



ENTRE O SILÊNCIO E A MENTIRA: LIMITES DA AUTODEFESA FRENTE AO DIREITO A NÃO SE AUTOINCRIMINAR

BETWEEN SILENCE AND LIE: LIMITS OF SELF-DEFENSE IN FRONT OF THE RIGHT NOT TO SELF-INCRIMINATE

ENTRE EL SILENCIO Y LA MENTIRA: LÍMITES DE LA AUTO DEFENSA FRENTE AL DERECHO A NO AUTO-INCRIMINARSE

Daniel Reis Alves dos Santos¹

Resumo: Permanecer calado é direito fundamental e, como consectário lógico, também o é o de não ser obrigado a declarar sua culpa nem que contra si tenha de depor. Verificar-se-á, destarte, se ao interrogado existe um direito público subjetivo de mentir ou se, ao falsear as informações prestadas, estaria extrapolando seu direito constitucional de autodefesa. Para tanto, será utilizada a metodologia dialética de abordagem e a análise bibliográfica e jurisprudencial como técnica de pesquisa. O problema enfrentado correlaciona-se eminentemente na expressão, exteriorização da linguagem. Infere-se que a uma pessoa não assiste o direito de mentir perante a autoridade judicial ou policial, porquanto estará ela sujeita a sanções tipificadas como crimes (falsa identidade, denúncia caluniosa ou autoacusação falsa, *verbi gratia*).

Palavra-chave: Direito fundamental; Mentir; Linguagem; Crimes; Falsa identidade.

Abstract: To remain silent is a fundamental right and, as a logical consortary, so too is not to be obliged to declare your guilt even if you have to testify against yourself. It will be verified, therefore, if the interrogated person has a subjective public right to lie or if, by falsifying the information provided, he would be extrapolating his constitutional right of self-defense. For this, the dialectical approach methodology and bibliographic and jurisprudential analysis will be used as a research technique. The problem faced is eminently correlated in the expression, externalization, of language. It is inferred that a person does not have the right to lie before the judicial or police authority, as she will be subject to sanctions typified as crimes (false identity, slanderous denunciation or false self-accusation, *verbi gratia*).

Keywords: Fundamental right; To lie; Language; Crimes; False identity.

Resumen: Guardar silencio es un derecho fundamental y, como consectario lógico, tampoco está obligado a declarar su culpabilidad o testificar contra ti mismo. Se comprobará, por tanto, si el interrogado tiene un derecho público subjetivo a mentir o si, al falsear la información aportada, estaría extrapolando su derecho constitucional de legítima defensa. Para ello, se utilizará como técnica de investigación la metodología de aproximación dialéctica y el análisis bibliográfico y jurisprudencial. El problema enfrentado está eminentemente correlacionado en la expresión, exteriorización, del lenguaje. Se infiere que una persona no tiene derecho a mentir ante la autoridad judicial o policial, ya que estará sujeta a sanciones tipificadas como delitos (identidad falsa, denuncia calumniosa o falsa autoacusación, *verbi gratia*).

¹ Mestre em Direito (Centro Universitário FG - UniFG) com Bolsa CAPES, Especialista em Direito Civil e Processual Civil (Instituto Elpídio Donizetti), Especialista em Direito Público (Centro de Estudos Jurídicos de Salvador), Bacharel em Direito (Faculdade da Cidade do Salvador). Egresso dos seguintes grupos de pesquisa: Democracia, processo e efetividade do Direito e Centro de Estudos sobre Acesso à Justiça (CAJU). De mais a mais, atua como Advogado, Conciliador no Poder Judiciário do Estado da Bahia (PJBA) e Professor da Educação Profissional vinculado à Secretaria Estadual de Educação da Bahia. E-mail: danielreisalves@hotmail.com ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-2465-8355>

gratia).

Palabras clave: Derecho fundamental; Mentir; Lenguaje; Delitos; Identidad falsa.

1 Introdução

A República Federativa do Brasil confere ao acusado criminal alguns direitos petrificados a nível fundamental dentre os quais o de ampla defesa, o de permanecer calado e o de não ser considerado culpado antes que a sentença penal condenatória seja passada em julgado. A dúvida e a proposta de análise da presente pesquisa relacionam-se frontalmente com o suposto e sofismável direito que o interrogado, no exercício da ampla defesa, ostenta de mentir em juízo sem que isto lhe acarrete prejuízos processuais.

Neste contexto, indaga-se: Em que medida a mentira narrada pelo acusado, em seu interrogatório, pode desenvolver negativas consequências processuais e ou materiais a ele?

A doutrina especializada e a jurisprudência pátria já dissertaram (e ainda analisam) acerca do tema. Autores como Cesare Beccaria, Nicola Framarino dei Malatesta, Eugênio Pacelli e André Luiz Nicolitt (e outros) trata[ra]m desta discussão, tamanha sua relevância.

Ao presente problema, poder-se-ia mencionar que nenhuma consequência haveria ao interrogado, haja vista estar na esfera de sua ampla defesa; ou que, havendo subsunção do fato à norma, incorreria em conduta delituosa; ou, ademais, que poderia o magistrado, provada a inverdade das alegações, fixar a pena inicial do acusado acima do mínimo estabelecido pela legislação.

A pesquisa propõe analisar os limites do exercício do direito de o acusado defender-se amplamente. Para tanto, necessário será confrontar o direito de permanecer calado com o suposto direito de mentir; verificar as convergências e divergências doutrinárias e jurisprudenciais acerca das consequências materiais e ou processuais da mentira; e, por derradeiro, identificar possíveis soluções judiciais para o caso de relatos mentirosos do interrogado.

2 Direito de permanecer calado: corolário da garantia constitucional da defesa ampla

O silêncio do acusado, muito embora não possua relevância negativa a uma possível condenação criminal no pátrio ordenamento jurídico, pode não refletir necessariamente seu interesse em omitir uma verdade que lhe seja desfavorável (MALATESTA, 1927, p. 268). É possível que a conduta de o acusado, inocente, manter-se silente dê-se pelo que Malatesta (1927, p. 269 e 270) denomina de “trepidação do seu [referindo-se ao acusado] espírito” manifestada em razão de sentir-se “fraco em face de uma acusação formidável” frente a qual vê sua defesa inservível, emudecendo-se “devido ao espanto” ou “à cólera”, posto que passa a enxergar “um perigo desconhecido em toda a palavra sua”; ou, ainda, que se mantenha calado por nobreza, para não expor outrem, por “despreza[r] a sua salvação, para evitar a condenação”,

ou o opróbrio, de alguém por quem nutra algum sentimento de consideração.

O direito do acusado de permanecer em silêncio durante seu interrogatório, e deste silêncio não herdar prejuízos à sua defesa técnica, é uma das maneiras de exercer a ampla defesa. Da explicação de Bahia (2017, p. 194) infere-se que o direito ao silêncio é harmônico com a ampla defesa.

2.1 Breves comentários sobre a ampla defesa

A ampla defesa é uma garantia constitucional prevista no art. 5º, LV, da Constituição da República (CR) de 1988. A CR/1988 foi editada e promulgada após um período histórico de restrições e desrespeitos diversos a direitos mínimos do povo do Brasil. Dentre tantas restrições, autoritárias e diametralmente adversas à democracia, cite-se, *verbi gratia*, a inexistência de liberdade à imprensa, ou de manifestações artísticas, ou até mesmo a participação política por meio de partidos políticos.

Bem verdade, o pluripartidarismo existia, mas de forma ilegal; sua legalização e o consequente reconhecimento de alguns partidos políticos ilegais existentes deu-se ainda no período pré-democrático, durante o governo do então Presidente da República José Sarney (LENZA, 2009, p. 77 e 78).

A Ditadura Militar do Brasil, por meio do Ato Complementar (AC) nº 38, de 13/12/1968, fechou o Congresso Nacional, extirpando, do sentimento nacional, qualquer vestígio que outrora simbolizara a representatividade do povo brasileiro em sua política e governo.

O Ato Institucional (AI) nº 5, que também data de 13/12/1968 – revogado quase 10 anos depois, pela Emenda Constitucional (EC) nº 11, de 17/10/1978 –, que careceu de legitimidade política e jurídica, sendo que tal legitimidade pode-se afirmar, foi imposta pela força militarizada, armada, pela selvageria, sobrepôs o Presidente da República (Poder Executivo) ao Poder Legislativo (da União Federal, dos Estados e dos Municípios), limitou diversos direitos e garantias fundamentais e concedeu outros poderes despóticos ao chefe do Executivo Federal como confiscar bens, cassar mandatos eletivos, suspender direitos políticos, não conceder *habeas corpus* (HC) a certos tipos de crimes etc. (LENZA, 2009, p. 73).

Estas limitações, mormente na seara das liberdades públicas – dentre elas o direito de locomover-se livremente, a garantia do devido processo legal e do HC, a instabilidade dos mandatos eletivos, a suspensão de garantias dos membros do Poder Judiciário, por exemplo –, nada mais natural que crescesse na população de modo geral um sentimento de insegurança social e jurídica. Isto, mais tarde, cominaria na edição de uma Constituição que, talvez em demasia, ou não, limitasse e balizasse o poder punitivo do Estado de tal modo que ao acusado seria garantido o exercício de uma defesa ampla e que fosse, em seu benefício, presumida sua inocência.

A limitação do poder punitivo do Estado, como previsto no próprio texto constitucional, invade a seara administrativa. No Direito Administrativo, especificamente, a garantia da ampla defesa é direcionada à autoexecutoriedade inerente à função administrativa estatal. Neste caminho, consoante os dizeres de Carvalho Filho (2017, p. 111), tal garantia constitucional restringe, e não suprime, a “autoexecutoriedade dos atos da Administração [...], estabelece alguns limites ao princípio de executoriedade, impedindo uma atuação exclusiva do administrador”.

Destarte, o direito à ampla defesa traduz-se em defesa técnica (assistência de advogado ou defensor público) e autodefesa. Este, por sua hora, divide-se nos direitos de audiência e de presença ou participação (LENZA, 2009, p. 714).

Em que pese o entendimento alhures acerca da defesa técnica ser um elemento para concretização da ampla defesa, o Supremo Tribunal Federal (STF) publicou um enunciado sumular com caráter vinculante em sentido oposto, isto é, segundo o qual “A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição” (Súmula Vinculante nº 5).

Em 21/3/2011, iniciou-se um procedimento, com diversas modificações para cancelar a Súmula Vinculante (SV) nº 5, impulsionado pela Ordem dos Advogados do Brasil. Trata-se da Proposta de Súmula Vinculante (PSV) nº 58. Esta PSV, em apertada votação, foi rejeitada pelo STF, o qual, por meio dos seus Ministros Ricardo Lexandowski, Gilmar Mendes, Rosa Weber, Luís Roberto Barroso, Dias Toffoli e Teori Zavascki, manteve em plena vigência a SV nº 5. Vencidos os Ministros Marco Aurélio, Cármen Lúcia, Luiz Fux, Edson Fachin e o decano Celso de Mello (Informativo nº 849 do STF).

2.2 Disposições acerca do direito de manter-se calado

O direito ao silêncio, corolário do exercício da ampla defesa do acusado, deve ser interpretado à luz da Constituição da República, ou seja, ao acusado não pode pesar prejuízos processuais e ou materiais em razão de agarrar-se a tal direito. Deve-se, entretanto, acrescentar, cautelosamente, que, ao lado do direito propriamente dito de permanecer calado, existe e deve ser observado o direito de ser informado acerca da existência e da possibilidade de seu uso.

Seguindo este raciocínio, Bahia (2017, p. 194) informa que “o preso tem direito fundamental a ser informado de que possui tal direito [de permanecer calado] e a ausência do aviso poderá gerar também a nulidade”.

“O direito de permanecer calado”, na lição de Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2017, p. 905), reflete “a proeminência constitucional do direito de liberdade do acusado em face da pretensão punitiva do Estado” (grifo original), sendo certo que o seu desrespeito será atacado pela via do *HC* (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2017, p. 945).

Malatesta reflete que a imputação da pena a um autor de determinado delito passa

necessariamente pela verificação de uma verdade sem a qual é ao juiz impossível aplicar a punição legal, ainda que em seu consciente esteja convicto, por outro meio que não pela averiguação probatória, da autoria e materialidade criminosas. Neste sentir, do delinquente esperam-se as seguintes condutas para impedir que ao julgador chegue a “verdade”: “ou diz o contrário da verdade, ou calca a verdade; mentira ou silêncio, falsidade propriamente dita, ou reticência” (MALATESTA, 1927, p. 268).

A verdade, no processo, todavia, jamais será absoluta, posto que o fato a que ela supostamente corresponde já se exauriu no tempo e é irrepetível. Destarte, pela verificação probatória, poder-se-á chegar a uma conclusão juridicamente acatável.

Ferrajoli (2002, p. 38) analisa a verdade sob dois enfoques: a verdade material, que é uma verdade jurídica almejada no modelo de direito penal substancialista; e a verdade processual, esta que é uma verdade jurídica buscada no modelo de direito penal formalista.

Por sua vez, a verdade processual pode ser fática – quando se atenta a uma “verdade *histórica*, relativa a proposições que falam de fatos passados” (destaque original), inacessíveis “à experiência” – ou jurídica – reflete, neste ínterim, uma verdade “classificatória, ao referir-se à classificação ou qualificação dos fatos históricos comprovados conforme as categoriais subministradas pelo léxico jurídico e elaboradas mediante a interpretação da linguagem legal” (FERRAJOLI, 2002, p. 43).

A verdade formal (ou processual), consoante explica o jurista, encontra seus limites na lei processual e, de modo geral, nas garantias da defesa, permitindo inferir que é opositora ao modelo inquisitivo e favorável ao modelo acusatório. Neste diapasão, é uma “verdade [que] não pretende ser a verdade” – pois esta última corresponde a um autoritarismo próprio do modelo inquisitivo, que não se limita para ser alcançada e não [re]conhece garantias à defesa –; “não é obtida mediante indagações inquisitivas”, sendo, por isso, “mais controlada quanto ao método de aquisição”; e “está condicionada em si mesma pelo respeito aos procedimentos e às garantias da defesa”, o que a deixa “mais reduzida quanto ao conteúdo informativo” em relação à verdade material ou substancial (FERRAJOLI, 2002, p. 38).

Não sendo, pois, possível verificar uma verdade absoluta – e, ao pensar contrariamente, estar-se-ia diante de “uma ingenuidade epistemológica, que as doutrinas jurídicas iluministas do juízo, como aplicação mecânica da lei, compartilham com o realismo gnosiológico vulgar” (FERRAJOLI, 2002, p. 42) –, ela (a verdade) deve ser vista como um ideal aproximativo a ser almejado e que, por ausência de certeza, também lhe é ausente a definitividade.

Ainda que a “suspeita da mentira” faça “suspeitar da criminalidade”, tanto pelas “inverossimilhanças” como pela “improbabilidade do que diz” (MALATESTA, 1927, p. 268), num ordenamento que adotou o sistema acusatório, como é o específico caso do Brasil, esta discussão desembocaria ou esbarrar-se-ia na barreira da ampla defesa e do direito de não ser obrigado a autoincriminar-se.

Tendo o direito ao silêncio reflexo direto e frontal no direito de ser mantido em liberdade, ambos sob a proteção constitucional, apresenta-se vazia a obrigatoriedade de conduzir coercitivamente uma pessoa com o fito de que esta esclareça pontos de divergência que servirão para incriminá-lo em atual ou iminente persecução penal. Do mesmo lado, não há que se falar em prisão para que se efetive o interrogatório, haja vista que, segundo entendeu o então ministro Eros Grau, do STF, no julgamento do *HC 95009* (BRASIL, 2016, p. 294), “a Constituição garante a qualquer um o direito de permanecer calado”; isto “faz com que a resposta à inquirição investigatória consubstancie uma faculdade” e ninguém pode ser preso “para que exerça uma faculdade”.

Desse modo, mostra-se evidente o direito constitucional ao silêncio em termos contrários ao ventilado por Malatesta (1927, p. 269), para quem “o acusado que cala” faz inferir seu “interesse em ocultar a verdade” e que “a verdade lhe é contrária”.

Quando a narrativa do acusado for contraditória e não ostentar credibilidade, estar-se-á diante da “*certeza* da mentira”. Mas, sendo apenas improvável que da narrativa exista alguma verdade, estar-se-á diante de uma “*suspeita* de mentira” (destaques, dos períodos, originais). Neste caso, a simples suspeita não se sustenta como “indício de criminalidade”, haja vista que “a suspeita de mentira não seria mais do que o indício de um indício” (MALATESTA, 1927, p. 268).

A dúvida levantada por Malatesta é explicada pela semiótica. O indício manifesta-se como um elemento visível de uma circunstância ou situação naturalmente oculta, ainda imperceptível. E, dessa forma, o indício – que, em Malatesta, pode ser uma forma de verificar a verdade – não resguarda, por óbvio, a importância que a verdade objetivada (da qual ele é indício) tem. Será verdadeiro, todavia, o indício, isto é, poderá ser “considerado um signo” que leve ao objetivo almejado, consoante explica o semioticista Umberto Eco (2005, p. 57), se reunir três condições:

[i] quando não pode ser explicado de maneira mais econômica [de uma pergunta simples e objetiva, sua resposta não corrobora com a verdade buscada]; [ii] quando aponta para uma única causa (ou uma quantidade limitada de causas possíveis) e não passa um número indeterminado de causas diferentes; e [iii] quando se encaixa com outro indício.

Pois bem. O direito à autodefesa, que se traduz na participação e presença no processo, muito embora esteja petrificado como direito fundamental, é elencado como de livre disponibilidade do acusado (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2017, p. 902).

O direito ao silêncio poderá ser invocado não só no processo ou investigação criminal, mas também noutras investigações, tais como a intentada por Comissão Parlamentar (Mista) de Inquérito (CPI/CPMI). Afinal, é o que se infere do texto da Constituição da República, em seu art. 5º, LV.

A este propósito e neste mesmo sentido, o ministro Marco Aurélio, do STF, relator no *HC* 99289, entende que não há órgãos ou agentes públicos a quem não se aplique direito de silenciar-se. “A invocação da prerrogativa contra a autoincriminação” é “inteiramente oponível a qualquer autoridade ou agente do Estado” e, portanto, “não legitima, por efeito de sua natureza eminentemente constitucional, a adoção de medidas que afetem ou que restrinjam a esfera jurídica” da pessoa investigada ou processada, “nem justifica, por igual motivo, a decretação de sua prisão cautelar” (BRASIL, 2016, p. 294).

Em 20/9/2005, o Ministro Gilmar Mendes, do STF, proferiu decisão monocrática conferindo ao então paciente – STF, *HC* n° 86724 (BRASIL, 2005) – salvo conduto para que, durante seu interrogatório na CPMI dos Correios, pudesse permanecer calado.

Mendes, que foi o relator naquele *HC*, explicou que

o chamamento de alguém para depor perante tal ou qual CPI, não afasta o convocado, de modo algum dos princípios básicos da Constituição da República, atinentes aos direitos fundamentais, sobretudo aqueles arrolados, de forma taxativa, imperativa e fundamental, pelo artigo 5° de nossa Lei Maior. [...] O direito ao silêncio, que assegura a não-produção de prova contra si mesmo, constitui pedra angular do sistema de proteção dos direitos individuais e materializa uma das expressões do princípio da dignidade da pessoa humana. (BRASIL, 2005, p. 1 e 4)

Ademais, o magistrado garantiu ao paciente a “desobrigação de responder indagações suscetíveis de causar embaraços à sua defesa”, bem assim “a plena observância de seus direitos constitucionais, particularmente a preservação de seu *status libertatis*, independentemente do eventual silêncio a alguma indagação” (BRASIL, 2005, p. 1 e 2).

3 Os limites da autodefesa no interrogatório judicial

O interrogatório do acusado, o qual se deve ter em mente que “não é uma necessidade da acusação, mas um direito da defesa” (FERRAJOLI, 2002, p. 447) – segundo o STF, por seu ministro Celso de Mello, no *HC* 94016, trata-se de “ato de defesa do réu” (BRASIL, 2016, p. 294) –, será tomado na audiência de instrução, oportunidade na qual o magistrado o indagará acerca de sua própria pessoa e dos fatos. Todo problema estruturalmente gira em torno da linguagem, ou seja, da narrativa que o acusado imprime sobre os relatos acusatórios.

3.1 A linguagem polissêmica e a interpretação do interrogatório

Sendo certo que é no relato, na narração, que o interrogado transmite sua ideia que será captada pelo intérprete / juiz, mais certo ainda é que há uma relação de comunicabilidade e de prévio acordo entre os interlocutores acerca da língua exteriorizada pela fala. Por tal motivo, Warat (2002, p. 21 e 22) ensina que “a língua é o que nos permite compreender a fala”, uma vez que aquela se apresenta “como método de abordagem dos fatos linguísticos” e esta “como os

fatos sígnicos que obtém sua significação mediante sua inscrição na língua”.

O destinatário do interrogatório é o magistrado, que o utilizará direcionando-o à decisão mais próxima do direito. Destarte, será mais provável uma acertada interpretação do que relatar o interrogado, sobretudo quando no interrogatório forem identificáveis expressões e ou lexemas polissêmicos, quando se valer o intérprete da técnica “do isolamento da isotopia semântica relevante” (ECO, 2005, p. 73): dentro da polissemia, adota-se uma interpretação que melhor adapte-se ao contexto.

3.2 Silêncio e mentira: balizas à ampla defesa do interrogado

O direito de permanecer calado está previsto no texto do art. 5º, LXIII, da CRFB, bem assim na atual redação do art. 186 do Código de Processo Penal (CPP). O Código, ademais, esclarece que o acusado não precisa responder às perguntas a si direcionadas e que tal silêncio não será interpretado em seu desfavor (art. 186, parágrafo único).

Segundo Ferrajoli (2002), é no interrogatório, ato solene, que ao acusado é oportunizado uma dupla defesa: (i) contestar a narrativa da peça acusatória e (ii) apresentar os relatos de sua justificativa (FERRAJOLI, 2002, p. 486).

Não respondendo às indagações (permanecendo calado), o interrogado estará no pleno gozo do seu direito de não ser obrigado a declarar sua culpa nem que contra si tenha de depor, bem assim que sua omissão não lhe seja interpretada desfavoravelmente, como, por exemplo, se confissão fosse.

Nicolitt lembra que, muito embora o direito ao silêncio tenha sido consagrado constitucionalmente em 1988, apenas 15 anos depois da promulgação da Constituição da República foi que o mencionado direito do interrogado foi previsto na legislação infraconstitucional. Este dilema apenas findou com a nova redação do art. 186 do CPP dada pela Lei nº 10.792/2003. Enquanto esta lei não vigia, a maior parte da magistratura sobrepunha o entendimento da lei (art. 186 do CPP) ao da Constituição, entendendo em prejuízo à sua defesa o silêncio do interrogado. Com certo obtempero às opiniões neste sentido, Nicolitt afirma “que o exercício de um direito constitucional não poderia ser interpretado em detrimento da defesa” (NICOLITT, 2016, p. 689).

Não obstante alguns membros da magistratura aplicassem o antigo entendimento positivado no art. 186 do CPP, parcela da doutrina advogava (salvo melhor juízo, acertadamente) pela não recepção constitucional do dispositivo legal. Há, inclusive, quem afirme que o referido dispositivo legal teria sido “revogado” pela ordem constitucional inaugurada em 1988: “Tal disposição fora revogada pelo art. 5º, LXIII, da CF, que assegura ao acusado o direito ao silêncio, base fundamental do que se convencionou denominar ‘silêncio constitucional’” (MARCÃO, 2016, p. 370).

O direito a não responder às indagações cujas respostas possam ser incriminadoras ao

próprio acusado, orienta Marcão (2016, p. 355), que existe no processo penal, divergentemente inexistente no processo civil:

Ao contrário do que ocorre no Direito Processual Civil (CPC/2015, art. 385, § 1º, no processo penal a ausência de resposta por parte do acusado em relação às questões de mérito apresentadas pelo juiz, em hipótese alguma, importará em confissão, tampouco poderá, de qualquer forma, ser interpretada em prejuízo da defesa. Atualmente, não há, no direito processual penal brasileiro, “pena de confesso” nos casos de revelia, fuga ou silêncio no interrogatório.

Destarte, consoante a anterior redação do artigo 186 do Código de Processo Penal – “Antes de iniciar o interrogatório, o juiz observará ao réu que, embora não esteja obrigado a responder as perguntas que lhe forem formuladas, o seu silêncio poderá ser interpretado em prejuízo da própria defesa” –, ainda que o acusado mantivesse-se silente, pois no exercício de um direito fundamental constitucional, “poderia ser interpretado em prejuízo da defesa, referência esta que, evidentemente, não havia sido recepcionada pela Constituição Federal, da qual se infere o privilégio da não autoincriminação, corolário do direito ao silêncio” (AVENA, 2017, p. 100).

Outro dispositivo criticado pela doutrina é o art. 198 do CPP: “O silêncio do acusado não importará confissão, mas poderá constituir elemento para a formação do convencimento do juiz”.

Impõe observar que a parte final do texto legal supracitado fere frontalmente o direito fundamental de permanecer calado, haja vista que o silêncio, segundo o atual ordenamento jurídico-constitucional, jamais poderá ser fundamento para qualquer prejuízo à defesa do acusado.

Nesta senda, Marcão (2016, p. 371) assevera que a parte final do art. 198 do CPP “não foi recepcionada pela Constituição Federal vigente”, uma vez que “o art. 5º, LXIII, assegura o direito ao silêncio impune, e por isso dele não se pode extrair validamente qualquer conclusão desfavorável ao acusado”.

Pacelli (2017), assim como a maioria maciça da doutrina processual penal, patrocina o entendimento segundo o qual ao acusado não assiste o direito de mentir, ainda que em seu interrogatório; todavia, podendo, possivelmente, sua mentira ser tida como excludente de antijuridicidade ou de culpabilidade.

Importante destacar, neste espaço, que um modelo nomeadamente garantista de direito penal, no qual haja subordinação a “garantias processuais”, reconhece ao imputado “o seu direito de negar ou mentir” (FERRAJOLI, 2002, p. 188), sendo que negar uma afirmação que sabe ser verdadeira é, por si, uma mentira.

O direito de permanecer calado, consoante entendem Pacelli e Fischer (2016, p. 431), bifurca-se em duas vertentes identificáveis como medidas de proteção moral e jurídica do

interrogado:

tutela, não só a consciência moral daquele que, pelo fato de correr o risco de uma condenação, se vê compelido a *mentir* em seu favor, mas, também, protege o acusado contra juízos de convencimentos lastreados em percepções subjetivas indignas de graus aceitáveis de certeza. [destaque original]

Parte da doutrina entende que o direito ao silêncio difere-se do direito a não se autoincriminar. Nesse contexto, o que se chamaria direito ao silêncio, ou de ficar calado, seria uma garantia posta contra uma possível cognição ou inferência judicial do silêncio ou da ausência proposital de respostas pelo interrogado. Por outro lado, o que se apresentaria, segundo esta doutrina, como o direito a não autoincriminação seria “o direito à intimidade, à privacidade, à incolumidade física e psíquica, à honra, à imagem (art. 5º, X e XII, CF), que não podem ser tangenciados pelo Poder Público, salvo nos limites autorizados no texto constitucional” (PACELLI; FISCHER, 2016, p. 433). Assim, de acordo com Pacelli e Fischer (2016), inexistente o direito de recusa a todo e qualquer ato probatório.

Diametralmente oposto ao entendimento ilustrado imediatamente anterior, Avena (2017, p. 100) lembra que o acusado “não pode ser constrangido à produção de prova contra si”, o que, acrescentado ao direito de ficar calado sem prejuízo à sua defesa, “atinge qualquer outro meio probatório”. E isto inclui o direito de não ser obrigado a participar de, contribuindo para a própria implosão, “reconstituição do crime (reprodução simulada da prática delituosa)”.

Esta garantia de não ser compelido, sob pena de prejuízo à sua defesa, a produzir prova contra a própria pessoa traz, na dicção de Ferrajoli (2002, p. 486), uma série de direitos, tomados como corolários daquela, dentre os quais são elencados os direitos de calar e de mentir, bem assim

a proibição daquela “tortura espiritual”, como a chamou Pagano, que é o juramento do imputado; o “direito ao silêncio”, nas palavras de Filangieri, assim como a faculdade do imputado de responder o falso; a proibição não só de arrancar a confissão com a violência, mas também de obtê-la mediante manipulação da psique, com drogas ou com práticas hipnóticas, pelo respeito devido à pessoa do imputado e pela inviolabilidade de sua consciência; a consequente negação do papel decisivo da confissão, tanto pela refutação de qualquer prova legal como pelo caráter indisponível associado às situações penais; o direito do imputado à assistência e do mesmo modo à presença de seu defensor no interrogatório, de modo a impedir abusos ou ainda violações das garantias processuais.

Deste modo, por ser um direito fundamental a ser invocado a qualquer momento, o acusado não pode ser tolhido em sua liberdade corporal quando demonstrar desinteresse em colaborar com as investigações.

Diferentemente, todavia, poder-lhe-á ser decretada sua prisão preventiva, segundo reza o Código de Processo Penal, na hipótese de, diferentemente da não colaboração para com o Estado durante a investigação ou o processo amparado no exercício do direito constitucional

nemo tenetur se detegere, a pessoa valer-se de condutas que possam embarçar-lhes o andamento: “A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal” (art. 312).

Para Nicolitt (2016, p. 690), "o acusado pode até mesmo mentir em sua defesa sem que isto gere qualquer consequência, face ao princípio da ampla defesa, que não comporta limitação". Em que pese, no entanto, à primeira vista, aparentar uma absoluta inconsequência ao interrogado o exercício de seu suposto direito de mentir, Nicolitt traz à baila que a autoincriminação falsa, positivado no art. 341 do CP, é um delito do qual nem mesmo o interrogado está imune, corroborando com a tese de que não há direito absoluto (nem mesmo a ampla defesa).

O indigitado professor e magistrado, ao arripio da majoritária doutrina processualista penal – que é o no sentido de que o interrogado apenas poderá silenciar-se acerca a narrativa sobre os fatos –, ensina que o direito ao silêncio abrange os dois momentos do interrogatório: qualificação pessoal e a narrativa dos fatos. Nicolitt (2016, p. 690 e 691) bem ilustra esta afirmativa com a seguinte transcrição:

No interrogatório em si, o acusado pode exercer o direito ao silêncio amplamente, seja quando perguntado sobre residência, meios de vida, profissão etc. (interrogatório de individualização), seja sobre o fato em si (interrogatório sobre o mérito).

Abraçado à mesma tese ventilada pelo professor Nicolitt, consoante a qual a narrativa inverídica constitui um direito do interrogado, Marcão (2016, p. 356) justifica que “Ninguém pode ser compelido a depor contra si próprio, porque ninguém é obrigado a autoincriminar-se (*nemo tenetur prodere seipsum, quia nemo tenetur detegere turpitudinem suam*)”, logo exatamente por isso o acusado “Poderá mentir, calar ou dizer a verdade”.

Távora e Alencar (2016) filiam-se a duas correntes doutrinárias: uma mais expansiva e outra mais restritiva. Pois bem, nesse enfoque, os professores subdividem a garantia *nemo tenetur se detegere*, isto é, de que o acusado não é obrigado a produzir prova em prejuízo de sua defesa técnica, em: “silêncio ou permanecer calado”, “não ser compelido a confessar o cometimento da infração penal”, “inexigibilidade de dizer a verdade”, “não adotar conduta ativa que possa causar-lhe incriminação” e “não produzir prova incriminadora invasiva ou que imponham penetração em seu organismo” (TÁVORA; ALENCAR, 2016, p. 77).

Noutra senda, todavia, divergentemente do que propõe André L. Nicolitt, o direito de ficar calado, ora em análise, na lição de Távora e Alencar (2016, p. 77), não abrange a primeira fase do interrogatório, posto “que o indiciado, conduzido, réu, declarante e testemunhas têm o dever de informar seu nome, seu endereço e demais dados de sua qualificação, não sendo aplicável no ponto o direito ao silêncio”.

Com deferência ao entendimento segundo o qual o direito de manter-se silente apenas abrangeria a segunda fase do interrogatório, o Ministro Gilmar Mendes, no *HC* n° 86724 – no qual, como visto, foi deferida a liminar e expedido salvo conduto para que o então paciente pudesse usar deste direito fundamental sem prejuízo para sua defesa perante a CPMI dos Correios –, decidiu que o interrogado deve obrigatoriamente prestar as informações que não impliquem seu próprio declínio:

No caso dos autos, afigura-se inequívoco, pelo menos em sede de juízo cautelar, que o não reconhecimento do direito de não responder às perguntas, cujas respostas possam vir a incriminá-lo, importará graves e irreversíveis prejuízos a direito fundamental do paciente. **Com relação aos fatos que não impliquem auto-incriminação, persiste a obrigação de o depoente prestar informações** [nosso destaque] (BRASIL, 2005, p. 5)

Marcão (2016, p. 356) é adepto a esta mesma vértice traçada no *HC* n° 86724 que se orienta na doutrina de que o direito fundamental de permanecer calado encontra seu limite na primeira fase do interrogatório, aquela na qual o magistrado busca qualificar o interrogado: “A garantia ao silêncio”, afirma o professor, “não é ilimitada e não alcança o interrogatório de qualificação”.

Não se pode olvidar, todavia, que ainda vige o art. 68 (*caput* e parágrafo único) da Lei de Contravenções Penais (LCP) o qual prevê a sanção de multa para quem se silencia e multa mais prisão simples para aquele que mentir. Nessa toada, deve-se inferir que, em que pese se tratar de norma incompatível com a vigente ordem constitucional – logo, ineficaz –, a conduta punível como contravenção penal relacionar-se-ia à primeira fase do interrogatório, aquela que se ocupa da qualificação do acusado.

Marcão (2016, p. 371) explica que o direito ao silêncio é limitado. Deste modo, “não alcança o interrogatório de qualificação”, sob pena de restar-se configurada a conduta positivada no art. 68 da LCP – ocorrendo “recusa de dados sobre a própria identidade ou qualificação” – ou no art. 307 do CP – de maneira mais grave, quando o acusado fornece “dados falsos sobre sua identidade”.

O direito de não produzir prova contra si, em que pese seja bastante difundido na prática forense, como visto, não é absoluto. Nesse diapasão, os Tribunais Superiores, por sua repetida jurisprudência, analisando reiteradamente a “possibilidade do conduzido pela autoridade policial apresentar documentos falsos para burlar a sua identificação [...] têm rechaçado a aplicação do princípio do *nemo tenetur se detegere*, concluindo pela tipicidade da conduta” (destaque original) (TÁVORA; FISCHER, 2016, p. 77 e 78).

A jurisprudência do STJ vem afirmando em diversos julgados que o direito de autodefesa absolve eventual mentira contada pelo acusado. Todavia, deve-se atentar ao fato de que o próprio STJ não possui o mesmo entendimento quando o (ainda) investigado, falsamente, diz-se ser outra pessoa à autoridade policial (Enunciado n° 522).

No mesmo sentido, o STF, no julgamento do Recurso Extraordinário (RE) nº 640139, também entende que a atribuição de identidade falsa em investigação policial caracteriza fato típico, antijurídico e culpável: “O princípio constitucional da autodefesa (art. 5º, LXIII, da CF/1988) não alcança aquele que atribui falsa identidade perante autoridade policial com o intento de ocultar maus antecedentes” (BRASIL, 2016, p. 293).

O acusado, “a quem se reconhece o direito do silêncio”, é, na dicção de Malatesta (1927, p. 459), uma “testemunha incoercível”, haja vista que “não só não pode ser constrangido a *confessar*, como não pode também ser obrigado a *testemunhar* de qualquer modo” (destaques originais); e é incoercível porque não se sujeita a juramento, pois, do contrário, seria uma “coação sobre o seu espírito, e toda a coação, interna ou externa, obrigando o arguido a confessar, é sempre ilegítima, e deve rejeitar-se”.

No capítulo intitulado “Dos Juramentos”, Beccaria (2008, p. 36) não só admite a possibilidade de o acusado mentir como também entende ser impossível exigir-lhe uma conduta contrária aos seus instintos de sobrevivência: “Como se o homem pudesse jurar de boa-fé que concorrerá para a sua própria destruição!”

4 Conclusão

Em que pese existir parcela da doutrina que se filia à tese de que ao interrogado assiste um direito a narrar mentira, aparenta-se acertada aquela outra consoante com a qual é possível inferir que a ele, o acusado, não assiste o direito público subjetivo de mentir em juízo, porquanto está ele sujeito às sanções tipificadas em razão de crimes contra a administração da justiça (denúncia caluniosa ou autoacusação falsa, *verbi gratia*).

No entanto, não obstante inexistir tal direito, por atipicidade da conduta, não será crime a simples mentira do acusado, ora por não haver no ordenamento jurídico-penal pátrio a tipificação do perjúrio, ora quando a inverdade não se subsumir às normas criminais positivadas; bem como a mentira narrada pelo interrogado não poderá ser fundamento para uma possível fixação de pena base além do mínimo legal.

Deve-se, todavia, atentar ao fato de que num modelo de direito penal garantista, em que a busca da verdade (processual) é limitável e balizável por uma série de garantias (já vistas alhures), não se apresenta razoável admitir que o acusado contribua para sua própria ruína, seja através de uma narrativa ou por meio de condutas comissivas impostas pelo Estado.

Diante disso, uma narrativa conscientemente falsa por parte do interrogado, assim como seu silêncio quando indagado sobre algo que conheça a resposta, em obséquio à sua ampla defesa, à possibilidade de refutar a narrativa acusatória, é (e deve ser) tolerável num Estado que se intitula Democrático e de Direito e que adota o modelo acusatório e garantista de direito material e processual penal.

Referências

- AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo penal**. [livro eletrônico] 9. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017.
- BAHIA, Flávia. **Coleção descomplicando** – Direito constitucional. 3. ed. coord. Sabrina Dourado. Recife: Armador, 2017.
- BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 2. ed. Tradução de Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2008.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Enunciado nº 522**. A conduta de atribuir-se falsa identidade perante autoridade policial é típica, ainda que em situação de alegada autodefesa. Julgado em 25/3/2015 e publicado em 6/4/2015. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=@num=%27522%27>. Acesso em: 20 dez. 2020.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **A constituição e o supremo**. [recurso eletrônico] 5. ed. atual. até a EC 90/2015. Brasília: STF, Secretaria de Documentação, 2016.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida cautelar no habeas corpus nº 86724**. Ministro Relator Gilmar Mendes. Julgado em 20/9/2005 e publicado em 20/10/2005. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDecisao.asp?numDj=202&dataPublicacao=20/10/2005&incidente=3739957&capitulo=6&codigoMateria=2&numeroMateria=158&texto=1843886>. Acesso em: 29 jan. 2021.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Informativo nº 849, de 28 de novembro a 2 de dezembro de 2016**. Publicado em 13/12/2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br//arquivo/informativo/documento/informativo849.htm>. Acesso em: 21 dez. 2020.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula vinculante nº 5**. A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição. Publicado em 16/5/2008. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1199>. Acesso em: 20 dez. 2020.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Direito administrativo**. 31. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017.
- ECO, Humberto. **Interpretação e superinterpretação**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.
- LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 13. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009.
- MALATESTA, Nicola Framarino dei. **A lógica das provas em matéria criminal**. 2. ed. Lisboa: Livraria Clássica Editora, 1927.
- MARCÃO, Renato. **Código de processo penal comentado**. São Paulo: Saraiva, 2016.
- NICOLITT, André Luiz. **Manual de processo penal**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.
- PACELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. **Comentários ao código de processo penal e sua jurisprudência**. [livro eletrônico] 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016.
- PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 21. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas,

2017.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. [livro eletrônico] 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. [livro eletrônico] 11. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2016.

WARAT, Luis Alberto. **O direito e sua linguagem**. 2. versão. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995.

Artigo submetido em: 2020-12-26

Artigo reapresentado em: 2021-01-30

Artigo aceito em: 2021-03-12