

O PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO À AUTOINCRIMINAÇÃO, A MENTIRA E SEUS REFLEXOS PROCESSUAIS E PENAIIS

THE PRINCIPLE AGAINST THE SELF INCRIMINATION, THE LIE AND ITS REFLEXES IN THE CRIMINAL PROCESS AND CRIMINAL LAW

*Renata Torri Saldanha*¹

RESUMO: O presente trabalho discorre sobre o princípio da vedação à autoincriminação no contexto da ampla defesa, enfatizando a possibilidade de a mentira integrar o referido princípio. Em um Estado Democrático de Direito, deve haver limites tanto para o acusado quanto para o Ministério Público, não se admitindo a mentira no processo penal sem nenhuma consequência.

ABSTRACT: This article discuss the principle against the self incrimination in the context of the wide defense, emphasizing the possibility of a lie to integrate its principle. In a Democratic State of Law, there must be limits to both the accused and to the Public Prosecutor, not admitting the lie into the criminal procedure without any consequence.

Palavras-chave: Autoincriminação; mentira; processo penal.

Keywords: Self-incrimination; lie; criminal proceedings.

Sumário: 1 Introdução - 2 Escorço históricos – 3 A mentira no âmbito do *nemo tenetur se detegere* – 4 Considerações finais – Referências.

¹ Possui graduação em Direito pela Universidade Estadual do Oeste do Paraná (2013). Especialista em Ministério Público – Estado Democrático de Direito, com ênfase em processo penal (2014). Especialista em Direito Penal e Processo Penal pela Escola Brasileira de Direito Aplicado (2015). Aluna de Mestrado em Filosofia pela Universidade Estadual do Oeste do Paraná, na linha de filosofia moderna e contemporânea, com projeto de pesquisa sobre a fundamentação ético-filosófico da Justiça Restaurativa (2016-2018). Aluna de Especialização em Direito Sistemico pela Faculdade Innovare (2016-2018). Assessora Jurídica na 2ª Vara Criminal da Comarca de Toledo/PR. Contato: renatatorrisaldanha@gmail.com

1 INTRODUÇÃO

O princípio da vedação à autoincriminação, do latim *nemo tenetur se detegere*, representa importante garantia no ordenamento jurídico, principalmente em matéria processual penal.

Atualmente, há consenso sobre o direito de o acusado não ser obrigado a se autoincriminar. Também não há dúvidas sobre o *status* de garantia fundamental da vedação à autoincriminação, tanto que a própria constituição prevê expressamente que o preso tem direito de permanecer calado. A controvérsia reside na delimitação dessa garantia e a repercussão da mentira dentro desse postulado.

Em um primeiro momento, o trabalho trata do estudo histórico do tema, situando o desenvolvimento do princípio da vedação à autoincriminação nos principais ordenamentos jurídicos e, especialmente, no direito brasileiro.

Em um segundo momento, passa-se ao tema propriamente deste trabalho, questionando-se se a mentira seria um desdobramento do princípio do *nemo tenetur se detegere* e assim, estaria acobertada pelo manto da ampla defesa ou se a mentira possui consequências.

Para elaboração deste trabalho utilizou-se da metodologia de pesquisa bibliográfica e revisão de jurisprudência.

2 ESCORÇO HISTÓRICO

O princípio do *nemo tenetur se detegere*, também conhecido como princípio da não autoincriminação, é um verdadeiro princípio de justiça, aplicável nos mais diversos ramos do Direito. Sua origem é controversa, todavia, embora não seja possível determinar o momento de seu aparecimento, é claro o período de sua consolidação.

Pelo fato do princípio da autoincriminação consubstanciar um instinto de preservação inerente ao homem, é possível que sua origem seja tão antiga quanto a própria existência humana, tendo em vista a tendência natural de autoconservação. No entanto, parece mais razoável falar-se em uma invenção desse princípio, de acordo com a evolução histórica dos direitos individuais (HADDAD, 2005, p. 89-90).

Nas legislações antigas, no Código de Hamurabi, Leis de Manu e no Egito havia a previsão de submissão ao juramento pelo acusado (QUEIJO, 2012, p. 29).

O juramento tinha forma solene e caráter religioso, de maneira que Deus servia como fiador da verdade e repressor da mentira (HADDAD, 2005, p. 66). Logo, a invocação de Deus era suficiente para pesar sobre a consciência do homem.

Em outra concepção, acredita-se que a gênese do *nemo tenetur se detegere* tenha se dado no Direito Hebraico, por volta do século III a.C. Na época, a lei vedava a confissão ou o testemunho contra si próprio, pois seria uma forma indireta de suicídio e a ninguém é dado tirar a própria vida (TROIS NETO, 2010, p. 82).

Na tradução literal, a expressão latina *nemo tenetur se detegere* significa que ninguém está obrigado a se descobrir (QUEIJO, 2012, p. 28). Por conta disso, crê-se que tal princípio teria suas raízes no Direito Romano (HADDAD, 2005, p. 89).

Todavia, algumas peculiaridades do processo penal romano colocam em dúvida tal assertiva. Ora, a tortura era legitimada para obrigar o acusado a falar, o juramento era exigido pelo acusado e a defesa era exercida exclusivamente por ele. Nesse quadro, dificilmente o acusado possuiria uma liberdade de autodeterminação que lhe permitisse silenciar, não participar das audiências ou até mesmo declarar o que lhe fosse conveniente (HADDAD, 2005, p. 99-100).

No processo inquisitório da Idade Média, o acusado tinha o dever de responder, mas a tortura era empregada para alcançar a confissão, pois havia uma prévia convicção em relação à culpabilidade do acusado e a tortura apenas confirmava essa convicção (QUEIJO, 2012, p. 31). Ou seja, a verdade, no processo inquisitório, era uma verdade pré-concebida (QUEIJO, 2012, p. 127).

Nesse período, a promiscuidade conceitual entre crime e pecado fez com que a confissão representasse não apenas a prova máxima, mas também uma expiação (TROIS NETO, 2010, p. 100). E esse fetiche pela confissão conferiu-lhe a conotação de “rainha das provas”.

Assim, o acusado era *objeto* do processo penal, admitindo-se torturas e tormentos com o escopo de obter, em teoria, a verdade real (RAMOS, 2009, p. 10).

Desse modo, difícil acreditar a possibilidade de o acusado não colaborar com sua incriminação, ante a obrigatoriedade de confessar (HADDAD, 2005, p. 104).

As revoluções liberais inspiraram a mudança desse pensamento sobrelevando o acusado à condição de sujeito de direitos, vedando a obrigação de

se auto-incriminar, de maneira que a confissão era válida se, e apenas se, fosse voluntária e se o acusado tenha sido, *previamente*, cientificado do *nemo tenetur se detegere* (RAMOS, 2009, p. 10).

Nos países de *common law*, como na Inglaterra, o procedimento acusatório teve lugar muito cedo, vez que os tribunais eclesiásticos não se estabeleceram com a mesma força, o que criou ambiente propício para o desenvolvimento do direito de não contribuir para a própria condenação. Aliás, considera-se o direito inglês o berço do moderno direito a não autoincriminação (TROIS NETO, 2010, p. 84-85).

Assim, o que se verifica é que a essência desse princípio é a limitação do poder estatal e a proteção do acusado. Em decorrência, verificam-se outros valores interligados a inexigibilidade da autoincriminação: a presunção de inocência e o direito ao silêncio, a dignidade humana, o devido processo legal, a autodefesa e a intimidade.

Como herança inglesa, o princípio contra a autoincriminação foi positivado e constitucionalizado, nos termos da 5ª Emenda da Constituição Americana de 1791, que prevê que nenhuma pessoa "será obrigada a depor contra si própria em processo criminal ou ser privada da vida, liberdade ou propriedade sem que exerça seu direito ao devido processo legal regular (due process of law)" (FERREIRA, 2013, p. 159-160).

No caso *Miranda vs. Arizona*, em 1966, a Suprema Corte americana assegurou o disposto na 5ª Emenda de forma categórica, o que serviu de paradigma:

Os *Miranda rights* ou *Miranda warnings* têm origem no famoso julgamento *Miranda V. Arizona*, verificado em 1966, em que a Suprema Corte americana, por cinco votos contra quatro, firmou o entendimento de que nenhuma validade pode ser conferida às declarações feitas pela pessoa à polícia, a não ser que antes ela tenha sido claramente informada de: 1) que tem o direito de não responder; 2) que tudo o que disser pode vir a ser utilizado contra ele; 3) que tem o direito à assistência de defensor escolhido ou nomeado. No referido julgamento, a Suprema Corte americana adotou a posição de que a mera ausência dessa formalidade era o bastante para inquirir de nulidade as declarações da pessoa, especialmente a confissão e as provas conseguidas a partir dela (LIMA, 2011, p. 58-59).

No entanto, cumpre destacar que na sistemática norte-americana o acusado se depara com três opções: ou declara-se culpado (*guilty*), ou não coopera e afirma sua inocência (*not guilty*) ou fica inerte, não contestando a acusação (*nolo contendere*) (ARAS, 2013, p. 248).

Todavia, a cláusula da vedação à autoincriminação não existe se o acusado opta por depor, vez que ele presta depoimento sob juramento, sendo tratado como qualquer outra testemunha e, portanto, sujeito às penas aplicadas ao crime de falso testemunho. Por tal razão, no direito anglo-americano o direito ao silêncio tem maior relevância, pois o acusado ou nada fala, ou diz a verdade, não havendo termo intermediário de prestar declarações mendazes (HADDAD, 2005, p. 67).

No âmbito internacional, também se reconhece a importância da garantia. Embora a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, não mencione, expressamente, o princípio do *nemo tenetur se detegere*, há a referência à presunção de inocência e à vedação da tortura (SANTOS, 2010).

Já a Convenção Americana sobre Direitos Humanos assegura que “toda pessoa tem o direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada”, nos termos do artigo 8º, §2º, alínea “g”.

Com dicção semelhante, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos prevê que toda pessoa tem direito “de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada”.

Na experiência brasileira, as ordenações *Afonsinas*, *Manuelinas* e *Filipinas*, que remontam ao período colonial, adotavam o sistema inquisitório (MARTELETO FILHO, 2012, p. 37). Embora desde as ordenações Manuelinas houvesse a previsão do direito de permanecer calado, a tradição inquisitorial tornava tal previsão ineficaz (TROIS NETO, 2010, p. 94).

Com a Constituição de 1824, a tortura foi expressamente proscrita (TROIS NETO, 2010, p. 94). Na mesma linha, o Código de Processo Criminal de 1832 apresentou caráter liberal, em consonância com os pensamentos iluministas da época (HADDAD, 2005, p. 115-116), desobrigando o acusado a prestar juramento ou a responder às perguntas (TROIS NETO, 2010, p. 94).

A previsão do interrogatório como meio de defesa constou expressamente na exposição de motivos ao Decreto n. 848/1890, que estruturou a Justiça Federal. O acusado tinha o direito de responder sim ou não, ao passo que o juiz tem o dever de respeitar a resposta lacônica do acusado (HADDAD, 2005, p.116).

Percebe-se que a definição do interrogatório como meio de prova ou como meio de defesa acarreta diferentes consequências jurídicas. O interrogatório como meio de prova, remonta ao modelo inquisitorial. Assim, nessa sistemática, o acusado

é obrigado a responder às perguntas, não tendo o direito de silenciar. Já o interrogatório como meio de defesa possibilita ao acusado decidir, de acordo com seu livre arbítrio, entre responder ou não aos questionamentos, possuindo, inclusive, o direito ao silêncio (QUEIJO, 2012, p. 109-110).

A Constituição de 1891 consagrou que “ao acusado se assegurará na lei a mais plena defesa, com todos os recursos e meios essenciais a ela” (TROIS NETO, 2010, p. 95). Essa plenitude de defesa implicava, ainda que de modo implícito, no direito ao silêncio (MARTELETO FILHO, 2012, p. 39).

A ampla defesa, em linhas gerais, representa os argumentos jurídicos a serem adotados pelo advogado e pelo próprio imputado visando rebater a acusação (ALENCAR; TAVORA, 2012, p. 60).

Em 1891 era adotado o sistema de pluralidade de competências legislativas e assim não houve uniformidade no tratamento da matéria, sendo que os Códigos do Distrito Federal, do Rio Grande do Sul e do Paraná previam que o silêncio poderia ser interpretado em desfavor do acusado (TROIS NETO, 2010, p. 95).

Com a Constituição de 1934 outorgou-se, exclusivamente, à União legislar sobre direito processual. Em 1941, instituiu-se o Código de Processo Penal, vigente até os dias de hoje. De início, com o viés autoritário, o Código admitia o exercício do direito ao silêncio, o que acarretava em prejuízo ao acusado. O interrogatório tinha caráter mais probatório do que de defesa, mas o acusado não era obrigado a prestar juramento e a confissão possuía valor relativo (HADDAD, 2005, p.117-118).

De fato, o artigo 186 do Código de Processo Penal previa que “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”.

Assim, fácil perceber que o interrogatório era caracterizado como ato tipicamente instrutório, conforme o modelo inquisitorial (MARTELETO FILHO, 2012, p. 40).

O item VII, da exposição de motivos do Código de Processo Penal, dispôs expressamente sobre a natureza do interrogatório como meio de prova:

Outra inovação, em matéria de prova, diz respeito ao interrogatório do acusado. Embora mantido o princípio do *nemo tenetur se detegere* (não estando o acusado na estrita obrigação de responder o que se lhe pergunta), já não será esse termo do processo, como atualmente, uma série de perguntas predeterminadas, sacramentais, a que o acusado dá as

respostas de antemão estudadas, para não comprometer-se, mas uma franca oportunidade de obtenção de prova. É facultado ao juiz formular ao acusado quaisquer perguntas que julgue necessárias à pesquisa da verdade, e se é certo que o silêncio do réu não importará confissão, poderá, entretanto, servir, em face de outros indícios, a formação do convencimento do juiz.

O artigo 191, do Código de Processo Penal, também dispunha que “consignar-se-ão as perguntas que o réu deixar de responder e as razões que invocar para fazê-lo”, reforçando essa ideia de interrogatório como meio de prova.

No entanto, o novo Código de Processo Penal abandonou o conceito da confissão como rainha das provas. O artigo 197 do referido diploma legal prevê que “o valor da confissão se aferirá pelos critérios adotados para os outros elementos de prova, e para a sua apreciação o juiz deverá confrontá-la com as demais provas do processo, verificando se entre ela e estas existe compatibilidade ou concordância”.

A exposição de motivos do Código de Processo Penal, item VII, explica que a razão dessa relativização da confissão foi justamente para evitar qualquer hierarquia entre as provas, em atenção ao princípio da livre apreciação das provas pelo juiz, sobretudo porque o juiz possui a prerrogativa de requerer provas complementares ou supletivas.

Assim, houve importante avanço no sistema probatório, passando-se do sistema da prova legal para o sistema do livre convencimento motivado.

Nesse contexto, sustenta-se que o desenvolvimento do direito à não autoincriminação acompanha não só os fatores históricos como também no próprio modo de se compreender a função dos sujeitos no processo penal (TROIS NETO, 2010, p. 99-100).

Por fim, a Constituição de 1988 assegura, expressamente, como garantia fundamental, que “o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado”, nos termos de seu artigo 5º, inciso LXIII.

Note-se que a expressão preso tem amplitude para abarcar qualquer indiciado e imputado, sendo a vedação à autoincriminação direito público subjetivo (BRAGA; SUZUKI, 2014).

A inserção do direito de permanecer calado nessa posição do texto constitucional representa a opção por um processo penal com limites e freios à

persecução penal, em que os direitos fundamentais consubstanciam-se valores preponderantes (HADDAD, 2005, p. 54).

Aliás, o *nemo tenetur se detegere* representa um direito de resistência perante o Estado, estando inserido entre os direitos fundamentais de primeira dimensão (QUEIJO, 2012, p. 77-78).

Assim, a possibilidade de o acusado permanecer calado se dá por uma aplicação direta e imediata, pois sua aplicação independe de intervenção legislativa e seu valor prevalece sobre a lei (HADDAD, 2005, p. 44).

Visando adequar o Código de Processo Penal à Constituição da República, a Lei 10.792/03 reformou o diploma processual. Assim, hodiernamente, o artigo 186, *caput*, do Código de Processo Penal prevê que “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” e o parágrafo único dita que “o silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa”. Já a redação do artigo 191 do Código de Processo Penal foi inteiramente suprimida.

Dessa maneira, ao interrogatório foram acrescentados aspectos defensivos, não revelando mais, marcadamente, o caráter probatório (HADDAD, 2005, p. 121). Aliás, atualmente o interrogatório tem caráter de obrigatório, no sentido de ser um direito do acusado que, querendo, pode comparecer ao ato e, ainda assim, não será obrigado a falar².

No âmbito dos tribunais superiores, o Supremo Tribunal Federal entende o interrogatório como meio de defesa³ e como meio de prova e meio de defesa⁴. No Superior Tribunal de Justiça entende-se pela natureza híbrida do ato⁵.

De fato, parece mais razoável falar em um interrogatório como meio de prova e de defesa, pois a versão do acusado pode influenciar a convicção do magistrado. Assim, para fins deste trabalho, adota-se a concepção híbrida do interrogatório.

² Nesse sentido: STJ - AgRg no REsp: 1317646 RS 2012/0080270-6, Relator: Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Data de Julgamento: 11/03/2014, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 28/03/2014.

³ Nesse sentido: STF, HC 111567/AM, Relator: Min. Celso de Mello, Julgamento: 05/08/2014, Órgão Julgador: Segunda Turma, Publicação: DJE-213 DIVULG 29-10-2014 PUBLIC 30-10-2014.

⁴ Nesse sentido: STF, HC 88548/SP, Relator: Min. Gilmar Mendes, Julgamento: 18/03/2008, Órgão Julgador: Segunda Turma, Publicação: DJE-182 DIVULG 25-09-2008 PUBLIC 26-09-2008.

⁵ Nesse sentido: STJ, HC 87875/SP, Relator: Rogério Schietti Cruz, Órgão Julgador: T5-QUINTA TURMA, Data do Julgamento: 10/02/2015, Publicação: DJe 23/02/2015.

Em relação ao silêncio, não restam dúvidas de que dele não se pode extrair qualquer consequência adversa para o acusado:

Portanto, o exercício desse direito não pode ser utilizado como argumento a favor da acusação, não pode ser valorado na fundamentação de decisões judiciais, nem tampouco ser utilizado como elemento para a formação da convicção do órgão julgador. Do uso desse direito não podem ser extraídas presunções em desfavor do acusado, até mesmo porque milita, em seu benefício, o princípio da presunção de inocência (CF, art. 5º, LVII), de cuja regra probatória deriva que o ônus da prova recai integralmente sobre a acusação (LIMA, 2011, p. 73).

Todavia, o direito ao silêncio não é a mesma coisa que o princípio *nemo tenetur se detegere*. Embora tais postulados sejam indissociáveis, equiparar o silêncio ao *nemo tenetur se detegere* é uma interpretação muito restritiva (QUEIJO, 2012, p. 232).

De outro lado, parece que a doutrina e a jurisprudência vêm interpretando o princípio contra a autoincriminação de maneira sensivelmente mais ampla, o que revela dificuldade na delimitação de seus contornos.

Em uma concepção extensiva, sustenta-se que o princípio abrange o direito ao silêncio, o direito de não declarar contra si mesmo nem confessar sua responsabilidade, o direito de mentir e o direito de não praticar nenhuma conduta ativa prejudicial a si mesmo (GOMES; BIANCHI, 2009, p. 250-260).

De modo geral, a doutrina entende que está albergado por esse princípio qualquer comportamento capaz de potencial lesão ao direito de defesa do acusado (HADDAD, 2005, p. 57). Ou seja, é o direito à *passividade* (RAMOS, 2009, p. 10).

Mas o ponto mais controverso diz respeito justamente à mentira do acusado no âmbito do princípio da vedação à autoincriminação, que é o objeto deste trabalho.

3 A MENTIRA NO ÂMBITO DO *NEMO TENETUR SE DETEGERE*

Como visto, o princípio da vedação à autoincriminação, além de direito fundamental, possui respaldo em outros valores fundamentais assegurados constitucionalmente. Entretanto, como todo direito fundamental, a vedação à autoincriminação não pode ser entendida em sentido absoluto.

O direito positivo assegura, em termos categóricos, a liberdade de declaração, a qual se desdobra em três vertentes: a inexigibilidade de o acusado confessar-se culpado, a supressão do juramento e o direito de ficar silente. Assim, os que entendem que pode o acusado mentir extraem tal conclusão da supressão

do juramento (HADDAD, 2005, p. 56-58), ou ainda por equipararem a mentira ao silêncio⁶ (HADDAD, 2005, p. 183).

De se notar que a obrigação do juramento é característica do processo inquisitorial, no entanto, mesmo nesse modelo processual, a mentira do acusado não era tida como um crime (FERREIRA, 2013, p. 164).

Por outro lado, em que pese o acusado não prestar juramento, não é por isso que suas declarações sejam, de plano, indignas de confiança, pois o valor probatório de sua declaração depende da sua coerência com os outros elementos de prova e também de sua aptidão para refutar ou confirmar os questionamentos feitos (TROIS NETO, 2010, p. 179).

Ferrajoli, expoente do garantismo penal, entende que dentro do princípio do “nemo tenetur se detegere” se compreende não só o direito ao silêncio, como também a faculdade do acusado faltar com a verdade (FERRAJOLI, 1997, p. 608).

Nessa linha de raciocínio, sustenta-se que, ao ser assegurado ao acusado o direito de falsear a verdade está se assegurando que o acusado não contribua para a formação da sua própria culpa (OLIVEIRA NETTO, 2008). Assim, caso o acusado minta, essa mentira não pode ser valorada em seu desfavor, pois estaria acobertada pela ampla defesa (BRAGA; SUZUKI, 2014).

A falta de tipificação da mentira como crime também serve como fundamento para essa corrente, pois, por não ser proibida, a mentira seria juridicamente tolerada (HADDAD, 2005, p. 178).

Nesse esteio, defende-se ainda que a falta de previsão legal da mentira como agravante também impediria sua valoração na dosimetria da pena, pois o Código Penal cuida apenas da vida anteaecta do acusado (HADDAD, 2005, p. 205).

Sob um enfoque criminológico, argumenta-se que o acusado, antes de tudo, é alguém que optou por desrespeitar os parâmetros sociais, de modo que mentir é somente reflexo de sua condição psicológica e socialmente desajustada de transgressor, o que lhe garante o exercício da prerrogativa de mentir (SOIBELMAN, 2003).

⁶ No mesmo sentido: “não se tipifica o delito do art. 307 do CP quando o agente se atribui falsa identidade tão-só como meio de autodefesa no ato de sua prisão. Na exteriorização desse propósito ante a pretensão estatal de punir, a mentira há de ser equiparada ao direito de calar a verdade” (TACrimSP, relator: Juiz Gonzaga Franceschini; JUTACRIM 91/404).

Sob outro vértice, entende-se que não há um direito de mentir. Da leitura do dispositivo constitucional que consagra o princípio do *nemo tenetur se detegere* não se extrai sequer a possibilidade da mentira.

A mentira, se admitida, não teria limites e sim consequências, a ponto de inocentes virem a ser acusados do crime sob julgamento, além de acarretar indevidos gastos públicos na procura da confirmação das falsas teses, em prejuízo da célere e justa prestação jurisdicional (ARAS, 2013, p. 270).

Mas essas consequências vão além. Reconhecer que a mentira está sob o manto da ampla defesa significa conceder ao direito à ampla defesa caráter absoluto, o que não se coaduna com um Estado Democrático de Direito:

Admitir toda e qualquer declaração do acusado, prejudicial à Justiça e atentatória a interesses de terceiros, sob o argumento de respeito ao sagrado direito de defesa, é transformar em absoluto um direito que, como os demais, é relativo. Passaríamos a considerar lícitos a morte da testemunha de acusação, a queima dos autos ou o suborno de peritos, de julgadores e de auxiliares da justiça, porque seriam condutas praticadas pelo acusado amparadas pela excludente do exercício regular de direito: o direito de defesa. Se o exercício da defesa não possuísse limites no direito material, seria legítima a conduta do acusado que falsificasse a certidão de nascimento, a fim de que ela estampasse sua inimputabilidade, em razão da idade inferior aos 18 anos (HADDAD, 2005, p. 180-181).

Ora, se a mentira efetivamente fosse um direito, caberia ao Estado tutelá-lo (ARAS, 2013, p. 276).

A regra é simples: “se o réu não está obrigado a falar, está claro que não *necessita* mentir” (ARAS, 2013, p. 275). Como há o direito de silenciar a mentira torna-se desnecessária e desproporcional e, portanto, abusiva. Ela é sempre uma manifestação de deslealdade processual e uma maneira reprovável de iludir a Justiça criminal (ARAS, 2013, p. 267).

Desse modo, é nítida a diferença entre a natureza de silenciar e de mentir, não podendo extrair uma da outra (RAMOS, 2009, p. 20).

Aliás, das próprias razões históricas do desenvolvimento do princípio da vedação à autoincriminação observa-se que o espírito do postulado é evitar atrocidades, inexigindo do acusado o dever de falar a verdade.

Assim, conceder ao acusado o direito de ativamente obstaculizar a procura da verdade não corresponde ao sentido do princípio contra a autoincriminação (HADDAD, 2005, p. 180-181).

Some-se a isso que, partindo da concepção que o interrogatório do acusado também consubstancia um meio de prova, não detém o acusado ampla liberdade sobre as provas a serem colacionadas aos autos (HADDAD, 2005, p. 328).

Alias, é “princípio geral de Direito que ninguém pode beneficiar-se da própria torpeza” (ARAS, 2013, p. 265-266).

Não é demais ressaltar que, embora não seja possível a imposição de uma conduta em conformidade com preceitos morais e éticos, é certo que o direito de defesa exige uma atuação restrita à lei (HADDAD, 2005, p. 178). A mentira pode até ser utilizada pelo acusado, mas ela não é meio de defesa legítimo em qualquer hipótese (HADDAD, 2005, p. 183-184).

Enfim, há limites à ampla defesa, e nesses limites inclui-se a mentira. Em contraposição à mentira, a verdade emerge, sem sombra de dúvidas, como um verdadeiro valor em nosso ordenamento.

Nesse sentido, a testemunha presta o compromisso legal de dizer a *verdade* (CPP, art. 203). É possível que a testemunha preste depoimento sem a presença do acusado se essa presença causar temor, constrangimento, humilhação de modo a prejudicar a verdade do depoimento da testemunha (CPP, art. 217). O *in dubio pro reo* assegura a absolvição quando a acusação não encontra verossimilhança com os fatos (CPP, art. 386, I e IV). O juiz presidente do Tribunal do Júri pode determinar, até mesmo de ofício, diligências visando suprir fala que prejudique o esclarecimento da verdade (CPP, art. 497) (ARAS, 2013, p. 252).

Vários dogmas foram calcados em cima da verdade e a boa-fé é, antes de tudo, um dever das partes, assim como expor os fatos em juízo conforme a verdade e colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade.

Em especial, o processo penal, por sua finalidade, não deve admitir a mentira:

O processo criminal é o que há de mais sério no mundo. Quer dizer: tudo nele deve ser claro como a luz, certo como a evidência, positivo como qualquer grandeza algébrica; nada de suposto, nada de anfibiológico, nada de ampliável; acusação positivamente articulada, para que a defesa seja possivelmente segura: banida a analogia, proscrito o paralelismo assente o processo exclusivamente sobre a precisão morfológica legal, e esta outra precisão mais salutar ainda: a verdade sempre desativada de dúvidas (CARRARA *apud* ROMEIRO NETO, 1996, p. 30).

Embora seja vedado exigir do acusado o dever de colaboração, justamente pelo *nemo tenetur se detegere*, disso não resulta o direito de obstruir a justiça.

Veja-se, ademais, que a verdade gera benefícios ao próprio acusado: a pena é atenuada em virtude da confissão, há a redução da pena e até mesmo o perdão em sede de colaboração premiada e há a extinção da punibilidade pela retratação (ARAS, 2013, p. 254). E mais, a verdade protege o próprio acusado:

No processo, a mentira para condenar é abjeta. De igual modo, é reprovável a mentira para absolver. Parece claro que a tutela da verdade protege o réu e a sociedade. A testemunha de acusação mentirosa deve ser afastada do processo e responsabilizada criminalmente. O documento falso, introduzido pela Polícia ou utilizado pelo Ministério Público, pelo assistente de acusação ou pelo querelante, tem de ser excluído dos autos. Também a testemunha defensiva que mente em favor do réu ofende o direito à verdade processual (ARAS, 2013, p. 251).

Assim, o conflito existe não é entre a mentira e a verdade ou entre a mentira e o princípio da vedação à autoincriminação, mas sim entre a verdade e o direito do acusado não produzir prova contra si mesmo, de maneira que a ponderação entre um e o outro torna desnecessária a mentira (ARAS, 2013, p. 271).

É certo que nosso ordenamento não contempla o crime de perjúrio, mas isso não é razão para que se admita a mentira do réu, sem nenhuma consequência.

Conforme visto anteriormente, na sistemática norte-americana, o acusado tem o direito ao silêncio, mas a partir do momento em que decide prestar declarações, o faz na condição de testemunha e, portanto, sob pena de perjúrio.

O perjúrio é "a prática de qualquer ato que tenda a ofender um juiz ou tribunal na administração da justiça, ou a diminuir sua autoridade ou dignidade, incluindo a desobediência a uma ordem" (OLIVEIRA NETTO, 2008).

Ainda que não exista semelhante previsão legal no ordenamento brasileiro, verifica-se falta de legitimidade do direito ao silêncio no direito interno.

O direito ao silêncio está em consonância com um ordenamento que não busque a verdade real e que, ao mesmo tempo admita a mentira como um crime (FERREIRA, 2013, p. 163).

No sistema anglo-saxão, impõe-se às partes a responsabilidade da construção da verdade, que é uma verdade consensual. Assim, é inadmissível que alguém falte com a verdade, o que demonstra que o direito ao silêncio e a garantia à não autoincriminação apresentam-se como institutos correlatos, sobretudo porque o silêncio representa tanto uma declaração de não culpado, quanto uma garantia de não autoincriminação. Já no sistema brasileiro, influenciado pelo modelo inquisitorial, o silêncio, desde sempre, foi indicativo de culpabilidade, o que fez com que a

garantia à não autoincriminação e o direito de ficar calado fossem apartados (FERREIRA, 2013, p. 168).

Ademais, no sistema jurídico brasileiro, nunca houve a tipificação da mentira (FERREIRA, 2013, p. 171). E o que se torna mais ilógico é que no direito norte-americano, o uso de documentos falso é equiparado ao perjúrio e, no direito brasileiro, essa mesma conduta caracteriza uso de documento falso ou fraude processual, o que demonstra que a falsidade documental não está acobertada pelo direito ao silêncio nem pelo suposto *direito* de mentir. Assim, em evidente contradição, o direito brasileiro “permite” ao réu a mentira verbal mas considera crime a mentira documental (ARAS, 2013, p. 273).

O que se conclui é que “a atipicidade da conduta não revela que exista o direito a mentir, mas sim que há tão-somente o direito, sem inibições, de exercitar a *ampla defesa* em um determinado processo” (RAMOS, 2009, p. 21).

Na realidade, essa falta de previsão do direito de mentir foi proposital e não se pode inferir o direito de mentir do texto constitucional. Ora, uma garantia constitucional jamais pode ter em vista proteger abusos. Pelo contrário, tem sempre feito e finalidades éticas. Desse modo, o princípio contra a auto-incriminação não pode ser invocado para acobertar atividades geradoras de danos a terceiros, mas somente para proteção do acusado (HADDAD, 2005, p. 180). Em suma, a mentira é algo repudiável no ordenamento jurídico brasileiro, sob várias perspectivas:

A ampla defesa não permite ao acusado a prática de calúnia (CP, art. 138), ou de falsa identidade (CP, art. 307), ou de autoacusação falsa (CP, art. 341). Também não pode o réu comunicar falsamente a prática de outro crime (CP, art. 340), denunciar outrem de forma caluniosa (CP, art. 339), inovar artificialmente o processo (CP, art. 347), usar documentos falsos na instrução (CP, art. 304) ou pagar dívidas processuais com moeda falsa (CP, art. 289). Embora nesses casos a mentira e o falso não sejam sempre verbais, a extensão que alguns *doutrinadores* pretendem dar ao princípio da ampla defesa poderia levar a tais absurdos, como o de permitir que o réu falsificasse certidão de óbito para ver-se livre da ação penal, por extinção da punibilidade (CP, art. 107, I). Se alguns admitem a mentira verbal, por que razão se proibiria a mentira documental? Autodefesa, diriam... Ora, é sabido que o acusado não pode utilizar documentos falsos no processo nem mesmo em sua própria defesa. Tampouco pode corromper uma testemunha ou um perito para que falseiem a verdade em seu favor. Como se admitir então, que faça uso da mentira para enganar o julgador? (ARAS, 2013, p. 256-257).

Assim, não é só a mentira documental que é reprovável em nosso ordenamento jurídico. A mentira oral, nas hipóteses em que existe dano a terceiro ou prejuízo à atividade investigativa é igualmente reprovável.

Em especial, quanto ao delito de falsa identidade, parte da jurisprudência, inclusive dos tribunais superiores, vinha entendendo que a hipótese de o acusado mentir sua identidade visando impedir o cerceamento da liberdade ou omitir seus antecedentes era conduta atípica, em claro exercício de autodefesa, com amparo no princípio do *nemo tenetur se detegere*.

Entretanto, esse entendimento foi modificado, e o Plenário do STF decidiu, com repercussão geral, que o princípio da não autoincriminação não compreende a conduta de falsear a própria identidade, pois atribuir-se falsa identidade extrapola os limites subjetivos das partes⁷.

A jurisprudência entende que há abuso da garantia constitucional da autodefesa na conduta de atribuir-se falsa identidade, pois a mentira, nesse caso, caracteriza um crime que atinge a fé pública e dificulta o trabalho dos organismos estatais⁸.

De todo modo, “por haver previsão de punição para o acusado mendaz cuja conduta se adapte a tipos penais, não é correto falar na existência de um direito de mentir, porque um direito, quando exercido, não pode acarretar a inflição de pena a quem o exerce” (HADDAD, 2005, p. 186).

Frise-se novamente que o direito à não autoincriminação não pode ser entendido em sentido absoluto. O princípio da convivência das liberdades exige que as liberdades sejam exercidas até o ponto de não serem danosas à ordem pública e às liberdades alheias (LIMA, 2011, p. 74).

Logo, a mentira encontra fronteira na lesão a bem jurídico alheio (HADDAD, 2005, p. 186). Por uma questão de coerência, da mentira devem ser extraídas mais consequências. A coerência encontra grande relevância em um Estado Democrático de Direito, pois se aproxima do valor segurança jurídica, tão fundamental quanto a própria ampla defesa e a vedação à não autoincriminação.

Em uma primeira análise, deve ser admitida a mentira como elemento de formação do convencimento judicial, tal como previsto na exposição de motivos do Código de Processo Penal.

⁷STF, RE 640139/RG/DF, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Julgamento: 22/09/2011, Publicação: DJe-198 DIVULG 13-10-2011 PUBLIC 14-10-2011

⁸ TJES, EI 24040060469, Relator; Sérgio Luiz Teixeira Gama, Data de Julgamento: 06/05/2009, Câmaras Criminais Reunidas, Data de Publicação: 26/06/2009

Ora, eventuais contradições nas declarações do acusado servem como parâmetro para aferir a credibilidade de sua versão (MIRABETE, 1998, p.124).

Mesmo que haja controvérsia entre a natureza jurídica do interrogatório, a declaração do acusado também influencia na reconstrução histórica dos fatos.

No entanto, não é qualquer mentira que tem o condão de influenciar a persuasão racional do juiz, tudo depende de uma ponderação:

Afirmações falsas que não ofendam a honra alheia, nem a persecução penal em face de terceiros, não se subsumem a nenhuma norma sancionadora, mas podem ter alguma influência, sob o aspecto cognitivo, no convencimento judicial relativo aos fatos objeto do processo no âmbito do qual elas foram proferidas. Essa possível consequência depende, sobretudo, da conexão da afirmação falsa com a sustentação da tese defensiva: uma afirmação inverídica sobre aspectos irrelevantes não teria aptidão para derrubar ou enfraquecer, por si só, com a versão do réu sobre o fato imputado, mas uma mentira sobre uma circunstância que tenha conexão com a negativa relativa ao fato principal pode enfraquecer os argumentos de refutação à tese acusatória (TROIS NETO, 2010, p. 180-181).

Também as falsas percepções da realidade, sem dolo ou má-fé, não podem ser valoradas em desfavor do acusado (ARAS, 2013, p. 267). Tanto é assim que não caracteriza falso testemunha a conduta da testemunha que reproduz os fatos conforme sua percepção, confiando em sua memória, sem a vontade de prejudicar a administração da justiça⁹.

De se destacar que o princípio do *nemo tenetur se detegere* também pode ser invocado pela testemunha, de modo que é atípica a conduta da testemunha que silencia ou não declara o que pode incriminá-la.

O Supremo Tribunal Federal é categórico, o direito da testemunha é o de calar e o de não revelar fatos que possam incriminá-la. Em nenhum momento confere à testemunha o direito ou até mesmo a possibilidade de mentir¹⁰.

De todo modo, quanto ao acusado, se ele mentir e ficar evidenciado que teve a intenção de tumultuar o processo para impedir a justa solução da causa, que pode ser a condenação, sua conduta deve ser considerada pelo juiz, de acordo com a livre convicção motivada (ARAS, 2013, p. 282).

⁹ Nesse sentido: TJSC, APR 598365, Relator: Salete Silva Sommariva, Data de Julgamento: 15/09/2009, Segunda Câmara Criminal.

¹⁰ Nesse sentido: STF, HC 119941/SD, Relator(a): Min. CARMEN LÚCIA, Julgamento: 25/03/2014, Órgão Julgador: Segunda Turma, Publicação DJe 080 DIVULG 28-04-2014 PUBLIC 29-04-2014 e HC 78814/PR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Julgamento: 01/02/1999, Publicação DJ 09/02/1999 PP 0003.

O artigo 198, parte final, do Código de Processo Penal prevê que “o silêncio do acusado não importará confissão, mas poderá constituir elemento para a formação do convencimento do juiz”. De um lado, entende-se que a parte final do referido dispositivo não foi recepcionada pelo texto constitucional (LIMA, 2011, p. 964). De outro lado, advoga-se que em algumas raras hipóteses de silêncio parcial, intercalado entre as perguntas, é possível a utilização na formação do convencimento judicial. Esse discurso lacunar, em que há um silêncio entre uma pergunta e outra, aliado à fragilidade de declarações, pode ser levado em consideração na avaliação da persuasão das provas, sobretudo em situações que claramente exigem uma explicação do acusado. Aliás, cabe ao próprio juiz colocar em evidência tais contradições (HADDAD, 2005, p. 72-73).

No mesmo sentido, Claus Roxin entende que quando o acusado se manifesta somente sobre determinados pontos e guarda silêncio em relação a outros, a análise valorativa é sobre o conjunto total do interrogatório do acusado, sendo perfeitamente possível consequências negativas dessa análise (ROXIN, 2000, p. 164).

Parece razoável que o silêncio parcial possa ser utilizado na formação da convicção do julgador, sobretudo pelo contato direto que tem com o acusado. Logo, as lacunas, em análise com o conjunto probatório, podem demonstrar a culpabilidade do acusado.

Na sistemática processual brasileira confere-se ao juiz poderes instrutórios para procurar, por si mesmo, a verdade, determinando a produção de provas a favor ou contra o acusado. Isso não existe no direito anglo-saxão, pois nesse modelo se prima por uma verdadeira neutralidade judicial, vez que a análise da credibilidade das provas cabe aos jurados. Assim, mais uma vez, denota-se uma incoerência do direito ao silêncio no sistema brasileiro (FERREIRA, 2013, p. 165-169).

Em uma segunda análise, a mentira deve incidir sobre a dosimetria da pena.

Prevalece que a reprovação do delito somente pode levar em conta as circunstâncias quando do fato criminoso, o que impede que a mentira posterior ao fato, perpetrada em juízo, seja utilizada para majorar a pena (BRAGA; SUZUKI, 2014). O mesmo raciocínio se dá em relação às circunstâncias agravantes, vez que o Código Penal desconhece comportamento posterior ao crime que configure uma circunstância agravante (HADDAD, 2005, p. 205).

Todavia, não transpõe os limites do justo entender que as falsas declarações do acusado devem ser valoradas em seu desfavor, na dosimetria da pena:

Se determinados benefícios aos réus que contribuem com a verdade são compatíveis com o direito de não se auto-incriminar (uma vez que ninguém é coagido pelos benefícios e, sim, estimulado) deve a postura maliciosa e semeadora de falsidades do investigado ou acusado (incluindo falsas imputações a terceiros) ao menos ser levadas em consideração na individualização e dosimetria da pena (RAMOS, 2009, p. 23).

A mentira pode ser um elemento indicativo de *personalidade* distorcida do acusado ou ainda de uma *conduta antissocial*, o que autoriza o aumento da pena em sede de circunstâncias judiciais. A pena-base do réu mendaz deve ser superior à do réu que permanece calado ou do réu que expõe sua versão sem recorrer a fabulações dolosas (ARAS, 2013, p. 262-263).

No julgamento de M.B.S., no caso da morte da advogada Mércia Nakashima, o magistrado Leandro Jorge Bittencourt Cano aumento a pena-base do réu devido à mentira perpetrada no interrogatório judicial, na moduladora da personalidade. Na oportunidade, o magistrado consignou que não há um direito de mentir, mas tão somente a não punição criminal da mentira, salvo as hipóteses de danos a terceiros ou ao Estado. Assim, tolerar o perjúrio como um direito, sobretudo de caráter constitucional, é desarrazoado, pois se o acusado não é obrigado a falar, certamente não precisa mentir para exercer o seu direito ao silêncio (ARAS, 2013, p.278-279).

E não há que se falar que a valoração da mentira como circunstância adversa da personalidade do acusado é direito penal do autor, porque o centro da reprovação é o que o acusado *fez* e não *quem ele é*. O contato direto que o magistrado tem com a prova e com os sujeitos processuais, o princípio da identidade física do juiz e sua própria experiência permitem-lhe identificar a mentira na declaração do acusado (ARAS, 2013, p. 277).

Em sede de tribunais superiores, o Supremo Tribunal Federal tem o seguinte precedente:

[...] A FIXAÇÃO DA PENA ACIMA DO MINIMO LEGAL EXIGE FUNDAMENTAÇÃO ADEQUADA, BASEADA EM CIRCUNSTANCIAS QUE, EM TESE, SE ENQUADREM ENTRE AQUELAS A PONDERAR, NA FORMA PREVISTA NO ART. 59 DO CÓDIGO PENAL, NÃO SE INCLUINDO, ENTRE ELAS, O FATO DE HAVER O ACUSADO NEGADO FALSAMENTE O CRIME, EM VIRTUDE DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL - "NEMO TENETUR SE DETEGERE"; E, NO CASO DO CRIME EM TELA, A INTENÇÃO DE CAUSAR DANO AO ERARIO, CUJA RELEVÂNCIA JURÍDICA SE INSERE NO RECONHECIMENTO DA EXISTÊNCIA DO CRIME, NÃO PODENDO, POR SI SÓ, LEVAR A

AGRAVAÇÃO DA PENA-BASE. [...] (HC 68742/DF, Relator(a): Min. OCTAVIO GALLOTTI, Relator(a) p/ Acórdão: Min. ILMAR GALVÃO, Julgamento: 28/06/1991, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Publicação DJ 02-04-1993 PP-05619 EMENT VOL-01698-06 PP-01026)

No entanto, em uma análise aprofundada do julgado, conclui-se que o entendimento do STF não afasta a possibilidade da consideração da *mentira* como circunstância judicial desfavorável, vez que “negar falsamente” é diferente de mentir deslavadamente para iludir a Justiça (ARAS, 2013, p. 258-260).

Pertinente fazer uma distinção entre a mentira “ativa” e a mentira “passiva”. A mentira passiva é a negativa de autoria, pura e simples. Já a mentira ativa é o comportamento dotado de potencialidade lesiva, em que a mentira ou constitui elemento normativo de crime ou um ilícito civil, razão pela qual deve ser repreendida.

Todo ato ilícito gera consequências, ainda que tão somente a reparação de danos. Assim, qualquer bem tutelado pelo ordenamento jurídico e atingido pela mentira do acusado configura uma mentira “ativa”.

De modo geral, a jurisprudência vem entendendo que a mentira quanto ao fato imputado e suas circunstâncias é inerente ao exercício da autodefesa e, portanto, não pode ser valorada em desfavor do acusado.

Não é necessária inovação na lei para criminalizar a mentira *verbal* do acusado. É necessário apenas que ela não seja tolerada no processo penal, pois o acusado não tem direito de dispor do direito difuso à prestação jurisdicional justa (ARAS, 2013, p. 257).

A jurisprudência entende que: “toda mentira é falso, mas nem todo falso é crime. Faz-se imprescindível evidenciar potencialidade lesiva e seja relevante para repercutir em alguma relação jurídica”¹¹.

Assim, evidente a contradição em sustentar que a falsa identidade é vedada por essa mentira lesar a fé pública e a regularidade da persecução penal e afirmar que a mentira deslavada do acusado, que prejudica bens jurídicos de igual valor e detém potencialidade lesiva é algo irrelevante para o Direito.

¹¹ Nesse sentido: STJ - RHC: 5298 DF 1996/0009059-9, Relator: Ministro WILLIAM PATTERSON, Data de Julgamento: 12/09/1996, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJ 16.12.1996 p. 50953 LEXSTJ vol. 94 p. 344.

Novamente, frise-se que “o direito de defesa não compreende o direito de provocar lesões em interesses de terceiros, sob o risco de se conceder salvo-conduto para delinquir” (HADDAD, 2005, p. 180).

Da mentira do acusado podem advir consequências muito graves, vez que se erra quando se condena um inocente da mesma maneira que se erra quando se absolve um culpado. Esquece-se que na persecução penal também estão em jogo os direitos de terceiros: da sociedade a um julgamento justo; da vítima à indenização pelo delito; da família da vítima a uma resposta penal e o direito à verdade reparadora dos traumas do crime. Esquece-se, sobretudo, que o Direito caminha de mãos dadas com a Moral, o que impede que a mentira do acusado se torne um indiferente jurídico (HADDAD, 2005, p. 262-263).

Em resumo, a ampla defesa compreende a possibilidade de o acusado falar, mas jamais mentir visando enganar ou causar lesão a terceiros ou à Justiça. Em um quadro *integralmente* garantista, o processo penal deve ser *democrático* e *ético*, com prerrogativas *proporcionais* às partes (ARAS, 2013, p. 283).

E justamente por ser garantista, deve-se ter cautela para não engessar o interrogatório do acusado, acarretando em uma pseudodefesa:

Por outro lado, o acusado temeroso em cometer outro delito ao prestar declarações, inibido em desvirtuar os fatos, mesmo em seu benefício, e intimidado com a ameaça de sanção decorrente de potenciais infrações retiradas do contexto da narrativa exigida pelas perguntas do juiz, estará exercitando uma pseudodefesa. A imposição de freios, a contenção do verbo, o desrespeito ao direito ao silêncio, enfim, o condicionamento das declarações do acusado é quase como instaurar a obrigação de falar a verdade, devendo o réu, contra os mais elementares instintos, declarar aquilo que lhe prejudica e pode ser utilizado em seu desfavor (HADDAD, 2005, p. 181-182).

E é nesse contexto tem lugar a diferenciação entre a mentira “ativa” e a mentira “passiva”, garantindo-se ao acusado a possibilidade de negar os fatos, desde que não prejudique bens jurídicos alheios.

Em conclusão, os aparentes conflitos entre direitos fundamentais devem ser enfrentados de maneira a se impor o respeito aos interesses da coletividade, com prevalência dos interesses individuais somente em situações concretas e excepcionais (SANTOS, 2010), do que se extrai ser defeso ao acusado mentir lesando bens jurídicos alheios.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A análise dos argumentos trazidos neste trabalho denota que falta coerência pelo legislador ao abordar o tema mentira, embora, de antemão, já se anteveja a desnecessidade de mudança legislativa para enfrentar o tema.

Do exame histórico do princípio do *nemo tenetur se detegere* conclui-se que o objetivo do postulado é conferir dignidade ao acusado no processo penal, reconhecendo-se sua condição de sujeito e não de mero objeto de prova.

Assim, o direito de permanecer em silêncio e de não produzir provas contra si já conferem efetividade ao princípio, vez que ainda que o acusado permaneça em silêncio, não será vulnerada sua presunção de inocência.

Logo, sendo o silêncio útil para o fim de resguardar a dignidade do acusado, não se justifica a mentira. Somente por um sofismo se extrai a mentira do princípio do *nemo tenetur se detegere*.

Restou clara a diferença entre permanecer em silêncio e mentir. Também restou evidente a delimitação da mentira “passiva” e da mentira “ativa”, sendo que, neste último caso, a potencialidade lesiva atrai a repressão da conduta pelo ordenamento jurídico.

E aqui, todo comportamento que configure ato ilícito, não só no âmbito penal, deve ser reprimido, pois é defeso invadir a esfera de liberdade alheia ou atingir bens jurídicos difusos de forma indiscriminada e inconsequente.

Assim, se torna perfeitamente possível e coerente com o ordenamento jurídico brasileiro a valoração da mentira como circunstância judicial desfavorável. O artigo 59 do Código Penal é uma cláusula aberta e, como tal, se fecha com a análise do caso concreto.

Ora, se há a confissão gera a premiação do acusado e o silêncio não pode ser valorado em seu desfavor, equiparar as consequências do silêncio a da mentira é esvaziar o conteúdo do princípio da vedação à autoincriminação.

Não é demais ressaltar que a ordem jurídica busca a verdade e a verdade sempre foi e sempre será um valor defendido pelo Direito. Dessa forma, não é possível conferir uma interpretação ao princípio da vedação à autoincriminação contrário a esse valor. Da mesma maneira, não é possível o acusado, sob o pretexto

de exercício de direito fundamental, prejudicar terceiros ou manipular o processo de acordo com a sua vontade.

Não existe direito absoluto e deve haver um equilíbrio entre a verdade e a vedação à autoincriminação. No entanto, a partir do momento em que se queira forçar uma interpretação, seja em favor da verdade, constrangendo o réu, seja em favor do réu, admitindo um “direito” à mentira, há um desequilíbrio que pode inclusive inviabilizar a persecução penal.

Dessa forma, a interpretação que nega a existência de um “direito” à mentira se torna proporcional e razoável, na medida em que o acusado já está assegurado pelo direito ao silêncio e de não produzir provas contra si mesmo e os interesses sociais também estão sendo garantidos.

Um provimento realmente garantista é aquele em que há equilíbrio e inegavelmente no processo penal está ocorrendo uma quebra da paridade entre as armas, vez que a interpretação é sempre em favor do acusado.

Logo, havendo potencialidade lesiva na mentira do acusado, deve haver alguma consequência jurídica, por ser medida de justiça.

REFERÊNCIAS

ALENCAR. Rosmar Rodrigues. TÁVORA. Nestor. **Curso de direito processual penal**. 7. ed. Salvador: JusPODIVM, 2012.

ARAS, Vladimir. A mentira do réu e o art. 59 do CP. In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas. PELLELA, Eduardo. **Garantismo penal integral**. 2 ed. Salvador: JusPodivm, 2013.

BRAGA. Hans Robert. SUZUKI. Claudio Mikio. **Processo penal: obrigação de falar a verdade? Direito de mentir ou direito a não autoincriminação?** 2014. Disponível em: <<http://claudiosuzuki.jusbrasil.com.br/artigos/121941239/processo-penal-obrigacao-de-falar-a-verdade-direito-de-mentir-ou-direito-a-nao-autoincriminacao>>. Acesso em: 20 out. 2014.

BRASIL. Código Penal (1941). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 10 out. 2014.

BRASIL. Constituição (1988). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 10 out. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 15 nov. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 20 nov. 2014.

FERRAJOLI, Luigi. Derecho y Razón. **Teoria del garantismo penal**. 2. ed. Madri: Trotta, 1997.

FERREIRA. Marco Aurélio Gonçalves. **A presunção da inocência e a construção da verdade**: contrastes e confrontos em perspectiva comparada (Brasil e Canadá). Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2013.

GOMES. Luiz Flávio. BIANCHI. Alice. Limites constitucionais da investigação: especial enfoque ao princípio da presunção de inocência. In: CUNHA. Rogério Sanches. GOMES. Luiz Flávio. TAQUES, Pedro (coord.). **Limites constitucionais da investigação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

HADDAD, Carlos Henrique Borlido. **Conteúdo e contornos do princípio contra a auto-incriminação**. Campinas: Bookseller, 2005.

LIMA. Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. Niterói, RJ: Impetus, 2011. v. 1.

MARTELETO FILHO. Wagner. **O direito à não auto-incriminação no processo penal contemporâneo**: investigação genética, interceptações telefônicas e ambientais, agentes infiltrados e outros problemas. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo penal**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 1998.

OLIVEIRA NETTO. Sérgio de. **Os limites ao direito do acusado de mentir**. Data de publicação: 16/07/2008. Artigos. Direito Criminal. Disponível em <http://ww3.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20080715174106325>. Acesso em: 01 dez. 2014.

QUEIJO. Maria Elisabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo**: o princípio do *nemo tenetur se detegere* e as decorrências ao processo penal. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

RAMOS. André de Carvalho. Limites ao poder de investigar e o privilégio contra a auto-incriminação à luz do Direito Constitucional e do Direito Internacional dos Direitos Humanos. In: CUNHA. Rogério Sanches. GOMES. Luiz Flávio. TAQUES, Pedro (coord.). **Limites constitucionais da investigação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

ROMEIRO NETO. **O Direito penal militar nos casos concretos**. Rio de Janeiro: José Konfino: 1966.

ROXIN, Claus. **La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal**. Trad. Carmen Gómez Rivero y María del Carmen Garcia Cantizano. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000.

SANTOS. Marcus Renan Palácio de M. C. dos. Princípio do nemo tenetur se detegere e os limites a um suposto direito de mentir. **Revista Acadêmica da Escola Superior do Ministério Público do Ceará**. Fortaleza, ano 2, n.1. jan./jun. 2010. Disponível em: <http://www.esmal.tjal.jus.br/arquivosCursos/2015_05_11_14_08_46_Artigo.Nemo.Tenetur.Direito.Mentir.Marcus.Pal+%EDcio.pdf>. Acesso em: 10 dez. 2014.

SOIBELMAN. Félix. O sagrado direito de o réu mentir no processo criminal. Coluna: Defesa em Questão, 17 de julho de 2003. **Consultor Jurídico**. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2003-jul-17/sagrado_direito_reu_mentir_processo_criminal>. Acesso em: 05 dez. 2014.

TROIS NETO. Paulo Mário Canabarro. **Direito à não autoincriminação e direito ao silêncio**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

Artigo recebido em: Março/2017

Aceito em: Junho/2017