
O DIREITO DE NÃO AUTO-INCRIMINAÇÃO E O CRIME DE PERJÚRIO

THE PRIVILEGE AGAINST SELF-INCRIMINATION AND THE PERJURY FELONY

Cristiane Cantarelli Pouey

Procuradora Federal com atuação em matéria previdenciária.

Especialista em Direito Público

Reginaldo Roberto Albuquerque de Sá

*Procurador Federal, Chefe da Assessoria Jurídica da Secretaria de
Aviação Civil da Presidência da República*

SUMÁRIO: 1 Considerações Introdutórias; 2 O Princípio da não Auto-Incriminação; 3 O Princípio da não Auto-Incriminação No Direito Norte-Americano. O Crime de Perjúrio; 4 O Princípio da não Auto-Incriminação No Brasil; 5 Considerações Finais; 6 Referências.

RESUMO: Uma das garantias de proteção ao acusado que decorre do princípio da não auto-incriminação é o direito ao silêncio, garantia reconhecida em nosso ordenamento e em convenções internacionais. Nos Estados Unidos, essa proteção também é constitucionalmente garantida, mas há uma diferença entre a concepção norte-americana e a brasileira. Lá, quem opta por abrir mão dessa prerrogativa, tem o compromisso de não prestar falsas declarações. O acusado pode calar; se falar, só pode falar a verdade, sob pena de, não o fazendo, cometer o crime de perjúrio. No Brasil, a ausência de previsão de cometimento de crime de perjúrio pelo réu, que não presta compromisso ao fazer declarações em juízo, permite que o acusado que abra mão do direito de permanecer em silêncio preste falso depoimento, sem que por isso seja punido, desde que tais declarações não prejudiquem terceiros ou a administração da justiça.

PALAVRAS-CHAVE: Não auto-incriminação. Garantia do acusado. Direito ao silêncio. Perjúrio. Brasil e Estados Unidos.

ABSTRACT: One of the protections to the accused which follows from the privilege against self-incrimination is the right to silence, which is recognized in internal law and in international conventions. In the United States, this protection is also constitutionally guaranteed, but there is a difference between the conception of it in U.S. and in Brazil. There, who chooses to forgo the right to remain in silence is committed to not give false testimony. The accused may remain silent; but if one chooses to speak, he can only speak the truth. Failing that, he commits the crime of perjury. In Brazil, the lack of a legal rule that incriminates on perjury the defendant, who pays no commitment to make statements in court, allows him to forgo the right to remain silent and to misrepresent at court, without being punished, on the condition that such statements do not offend other individuals or the justice administration.

KEYWORDS: Privilege against self-incrimination. Protections of the accused. Right to remain in silence. Perjury. Brazil and United States.

1 CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS.

“Você tem o direito de permanecer calado. Tudo o que disser poderá ser usado contra você no tribunal”. O uso obrigatório do hoje clichê cinematográfico, chamado Aviso de Miranda (Miranda Rights ou Miranda Warning) teve sua origem em uma ação movida pelo Estado do Arizona contra o contumaz criminoso Ernesto Arturo Miranda. Ernesto, enquanto sob custódia da polícia durante uma investigação, assinou uma confissão de crime de rapto e estupro de uma jovem de dezoito anos de idade com problemas mentais, sendo condenado a cinquenta anos de prisão (vinte anos pelo rapto e trinta anos pelo estupro) com base nesta evidência. Em apelação ao Tribunal do Estado do Arizona, a condenação foi mantida.

O advogado público que defendia Ernesto, então, recorreu à Suprema Corte e conseguiu anular a condenação, sob argumento de que Ernesto havia confessado o crime sem saber que podia contar com a presença de um advogado, bem como sem ter ciência de que estava protegido contra a auto-incriminação e que, portanto, teria a opção de não produzir provas que levassem à sua condenação. O voto vencedor da decisão, do Juiz Earl Warren, ex-promotor, tornou-se célebre ao estipular que a confissão do preso que antes não fora advertido do seu direito de permanecer em silêncio seria desconsiderada. Ainda, que o preso deveria estar ciente de que o que falasse poderia ser usado contra ele e, além disso, saber que poderia contar com um advogado.

Assim se firmou nos Estados Unidos o entendimento de que os depoimentos dos acusados, enquanto sob custódia da polícia, somente podem ser utilizados pelos Promotores se os policiais, antes, os avisaram dos seus direitos. Estabeleceu, ainda, a Suprema Corte, que todos os acusados têm o direito de permanecer em silêncio. Usando a famosa frase, desde então, os policiais garantem que as provas obtidas por confissão em seus interrogatórios não sejam perdidas. A decisão no caso Miranda procurou afastar a ignorância do suspeito como fator determinante na obtenção de confissões, muitas vezes involuntárias.

No caso de Miranda, a decisão apenas adiou o inevitável: ele retirou sua confissão, mas foi novamente julgado e condenado pelo estado do Arizona.

O “direito ao silêncio” é uma das faces do princípio da não auto-incriminação. Permanecer em silêncio é uma forma de o acusado não produzir prova que venha em seu prejuízo, ou seja, é uma garantia de não auto-incriminação. Assim, o acusado fica livre da obrigação de colaborar em procedimentos de produção de prova que possam culminar

com a sua condenação. A não auto-incriminação vem do direito romano (*nemo tenetur se detegere, nemo tenetur se ipsum accusare*), consagrada ainda pelo *bill of rights* do direito anglo-saxão, como *privilege against self-incrimination*.¹

Lucas reflete: “o princípio *nemo tenetur se detegere* tem origem nos princípios da dignidade humana, da ampla defesa e da presunção de inocência, residindo neste último, talvez, sua mais evidente fundamentação.”²

A diferença de aplicação do princípio da não auto-incriminação no Brasil e nos Estados Unidos, especificamente no que concerne ao direito de silêncio, será abordada nas linhas seguintes. A previsão norte-americana para o crime de perjúrio para aqueles acusados que optam por abrir mão da prerrogativa de manterem-se calados não é encontrada no direito brasileiro, e essa diferença de enfoque é o objeto do presente estudo.

2 O PRINCÍPIO DA NÃO AUTO-INCRIMINAÇÃO

O princípio da não auto-incriminação é uma conquista do indivíduo perante o poder investigativo do Estado. É uma proteção do sujeito à obrigação de produzir provas que o incriminem.³ É fundado no instinto natural de preservação e admite informações, declarações, dados ou objetos de prova que incriminem mesmo que indiretamente o sujeito apenas quando fornecidos voluntariamente. “O direito de não auto-incriminação, como se vê, integra a autodefesa, que faz parte da ampla defesa, que é uma das garantias do devido processo criminal”.⁴

Januário⁵, citando Zainagui, esclarece que alguns defendem que a origem do princípio estaria na cultura hebraica, segundo a qual não se admite em depoimento qualquer testemunho auto-incriminatório, mesmo (e especialmente) voluntário, já que o homem não poderia dispor

1 NETTO, Sergio de Oliveira. *Os limites ao direito do acusado de mentir*. Disponível em: <http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20080715174106325&mode=print> Acesso em: 24 set. 2011.

2 LUCAS, Ana Cláudia. *Princípio de Não Auto-incriminação ou “Nemo tenetur se detegere”*. Disponível em: <<http://profeanaclaudialucas.blogspot.com/2009/09/principio-de-nao-auto-incriminacao-ou.html>> Acesso em: 12 set. 2011.

3 JANUÁRIO, D. *A evolução histórica do princípio contra a auto-incriminação no cenário mundial e no direito brasileiro*. Rev. Ciên. Jur. E Soc. Da Unipar. Umuarama. v. 11, n. 1, p. 45-52, jan./jun. 2008.

4 GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da não auto-incriminação: significado, conteúdo, base jurídica e âmbito de incidência*. Disponível em: <<http://www.lfg.com.br>> Acesso em: 25 set. 2011.

5 JANUÁRIO, D. *A evolução histórica do princípio contra a auto-incriminação no cenário mundial e no direito brasileiro*. Rev. Ciên. Jur. E Soc. Da Unipar. Umuarama. v. 11, n. 1, p. 45-52, jan./jun. 2008.

da própria vida, que, segundo a cultura, pertence a Deus. Mas entende o autor que a atual concepção do princípio remete à diferente origem.

Conforme explica Gomes, a Inquisição, na Idade Média, permeada pelo absolutismo monárquico e pela igreja, incentivava a tortura como meio de alcançar a confissão, “rainha das provas” no período. Enquanto a monarquia européia adotava o sistema da prova tarifada, (sistema hoje repudiado, no qual cada prova tinha um valor estabelecido em uma tabela, com uma hierarquia entre estas), a igreja adotava o sistema inquisitório de perseguição criminal, tudo isso para buscar a verdade a qualquer custo (mesmo que confessada mediante tortura).⁶

Assim, durante toda a Idade Média os direitos do acusado restaram ofuscados por um procedimento secreto, que desrespeitava o sistema acusatório, dispensava a presença do advogado, obrigava a confissão e a entendia como forma de arrependimento e expiação. O sistema inquisitório, então vigente, começou a ser questionado e denunciado na Idade Moderna, tendo fim com o apogeu do Iluminismo. Cesare Beccaria e Pietro Verri trouxeram os enfoques iluministas ao processo penal, promovendo forte combate ao sistema inquisitório e alcançando o ressurgimento de um renovado sistema acusatório.⁷ Dessa forma, a tortura foi gradativamente sendo eliminada e, com a renovação do sistema acusatório o direito contra a auto-incriminação ganhou destaque. Porém, como esclarece Queijo⁸, o entendimento não era de que o acusado tinha direito ao silêncio, mas de que tinha oportunidade de falar no processo criminal. A mudança essencial foi transformar o interrogatório de meio de prova em meio de defesa – não deve visar à obtenção de confissão, mas sim dar oportunidade ao acusado de ser ouvido.

Assim, o investigado, que era um objeto de prova para o sistema inquisitório, passou a ser sujeito de direitos e, consagrada no artigo 9 da Declaração dos Direitos do Homem de 1789, a presunção de inocência tomou força.

Gomes⁹ entende que o direito de não auto-incriminação compreende:

6 GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da não auto-incriminação*: significado, conteúdo, base jurídica e âmbito de incidência. Disponível em: <<http://www.lfg.com.br>> Acesso em: 25 set. 2011.

7 JANUÁRIO, D. *A evolução histórica do princípio contra a auto-incriminação no cenário mundial e no direito brasileiro*. Rev. Ciên. Jur. E Soc. Da Unipar. Umuarama. v. 11, n. 1, p. 45-52, jan./jun. 2008.

8 Apud JANUÁRIO, D. *A evolução histórica do princípio contra a auto-incriminação no cenário mundial e no direito brasileiro*. Rev. Ciên. Jur. E Soc. Da Unipar. Umuarama. v. 11, n. 1, p. 45-52, jan./jun. 2008.

9 GOMES, op. cit.

(1) direito ao silêncio, (2) direito de não colaborar com a investigação ou a instrução criminal, (3) direito de não declarar contra si mesmo, (4) direito de não confessar, (5) direito de declarar o inverídico, sem prejudicar terceiros, (6) direito de não apresentar provas que prejudiquem sua situação jurídica. A essas seis dimensões temos que agregar uma sétima, que consiste no direito de não produzir ou de não contribuir ativamente para a produção de provas contra si mesmo. Esse genérico direito se triparte no (7) direito de não praticar nenhum comportamento ativo que lhe comprometa, (8) direito de não participar ativamente de procedimentos probatórios incriminatórios e (9) direito de não ceder seu corpo (total ou parcialmente) para a produção de prova incriminatória.

O autor admite ainda que apenas três dessas dimensões são expressamente contempladas em nosso direito (item 1) e em tratados internacionais (itens 3 e 4), sendo que as demais dimensões são fruto de construção jurisprudencial, a exemplo do STF, HC 96.219-SP, rel. Min. Celso de Mello. Assim, revela, existe corrente jurisprudencial (norte-americana) e doutrinária que preferem uma interpretação mais restritiva, ao reconhecer que o direito de não auto-incriminação apenas abrangeria o silêncio e as declarações comunicativas do réu, sejam elas orais ou escritas.¹⁰ Nessa divergência de interpretação (restritiva ou ampliativa) está a diferença de tratamento dado ao instituto no nosso direito e no direito norte-americano.

3 O PRINCÍPIO DA NÃO AUTO-INCRIMINAÇÃO NO DIREITO NORTE-AMERICANO. O CRIME DE PERJÚRIO.

“O direito de não se incriminar, que impõe ao silêncio o significado da não culpabilidade, tendo como correlata a obrigação de dizer a verdade – tudo o que todos dizem em juízo deve ser verdade, sob pena de cometerem o crime de *perjury*”.¹¹

Perjúrio vem do latim *perjurium* e significa prestar deliberadamente falso ou enganoso testemunho sob juramento. Seria como quebrar um juramento. Segundo Houaiss¹², perjúrio é o “crime de falso testemunho

10 GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da não auto-incriminação*: significado, conteúdo, base jurídica e âmbito de incidência. Disponível em: <<http://www.lfg.com.br>> Acesso em: 25 set. 2011.

11 KANT DE LIMA, R. 1999. *Polícia, justiça e sociedade no Brasil*: Uma abordagem comparativa dos modelos de administração de conflitos no espaço público. Revista de sociologia e política, Curitiba, n. 13, p. 23-38, novembro.

12 KOOGAN, A.; HOUAISS, A. (ed). *Enciclopédia e Dicionário Digital 98*. Direção geral de: André Koogan Breikman. São Paulo: Delta, 1998. 5 CD-ROM.

ou de falsa acusação; testemunho em que se afirma em prejuízo de outrem ou da justiça, algo que a testemunha sabe ser falso.”

Nos Estados Unidos o princípio da não auto-incriminação garante o direito ao silêncio do réu nos processos penais. No entanto, quando o réu opta por abrir mão desse direito, suas manifestações ficam sob o compromisso de dizer a verdade, podendo o réu ser punido pelo crime de perjúrio caso profira afirmações mentirosas. O U.S. Code, em seu título 18, parte 01 do capítulo 79, prevê, no parágrafo 1621, uma pena de até cinco anos para quem mente sob juramento:

U.S. Code, title 18, part 1, chapter 79

§ 1621. PERJURY GENERALLY Whoever—

(1) having taken an oath before a competent tribunal, officer, or person, in any case in which a law of the United States authorizes an oath to be administered, that he will testify, declare, depose, or certify truly, or that any written testimony, declaration, deposition, or certificate by him subscribed, is true, willfully and contrary to such oath states or subscribes any material matter which he does not believe to be true; or

(2) in any declaration, certificate, verification, or statement under penalty of perjury as permitted under section 1746 of title 28, United States Code, willfully subscribes as true any material matter which he does not believe to be true;

is guilty of perjury and shall, except as otherwise expressly provided by law, be fined under this title or imprisoned not more than five years, or both. This section is applicable whether the statement or subscription is made within or without the United States.¹³

Assim, nos Estados Unidos, o princípio da não auto-incriminação é delimitado pelo livre arbítrio (nos Estados Unidos, cerca de 80% dos suspeitos abrem mão dos direitos ao silêncio e a um advogado e, estima-se que, atualmente, o percentual de confissões de crimes durante o interrogatório chegue a 55%).¹⁴

13 U.S. Code. Disponível em: <http://www.law.cornell.edu/uscode/usc_sec_18_00001621----000-.html> Acesso em: 25 set. 2011.

14 LAYTON, Julia. *Como funcionam os interrogatórios policiais nos Estados Unidos*. Disponível em: <<http://pessoas.hsw.uol.com.br/interrogatorios-eua.htm>> Acesso em: 25 set. 2011.

Noutros dizeres, ainda que o sistema anglo-saxão também preveja a garantia da não auto-incriminação (*privilege against self-incrimination*), incorporado em 1791 ao texto constitucional por intermédio da 5ª Emenda (que modificou o art. 7º), permite que o agente abra mão desta garantia e aceite prestar esclarecimentos despojado do manto protetivo desta prerrogativa. Nesta hipótese, se assim o fizer, ou seja, se concordar em prestar informações no seu interrogatório, sob juramento, sem invocar a imunidade consignada na 5ª Emenda, estaria sujeito a ser responsabilizado pelo delito de perjúrio.

Conduta caracterizada - neste contexto - como um atentado contra a dignidade e a administração da justiça (*contempt of court*), que pode ser entendido como sendo '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'.¹⁵

Inclusive, Bill Clinton tornou-se o segundo presidente norte-americano a sofrer um processo de *impeachment*, como resultado de mentiras referente ao escândalo envolvendo a estagiária Monica Lewinsky, e isso se deu em decorrência das acusações de perjúrio e obstrução à justiça. Ele acabou sendo absolvido pelo Senado dessas imputações em 12 de fevereiro de 1999.

Apesar da atual concepção de garantias contra a auto-incriminação, tal proteção nem sempre foi respeitada nos Estados Unidos. A tortura e abusos físicos eram métodos entendidos aceitáveis e até lícitos de interrogatório e obtenção de confissão. Geralmente eram utilizadas técnicas de tortura que não deixavam marcas, e eram livremente aceitas em juízo, desde que o acusado assinasse um documento afirmando que a confissão havia sido voluntária. Foi assim até o início do século XX. E mesmo as confissões involuntárias havendo sido proibidas pela Suprema Corte em 1897, somente nas décadas de 30 a 60 que as restrições às táticas policiais se tornaram mais severas e acabaram por iniciar um processo de modificação das práticas dos interrogatórios. Em 1937, "no caso Brown x Mississippi, a Suprema Corte descartou uma confissão 'voluntária' obtida depois que policiais penduraram um suspeito em uma árvore e o chicotearam repetidas vezes".¹⁶

15 NETTO, Sergio de Oliveira. *Os limites ao direito do acusado de mentir*. Disponível em: <http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20080715174106325&mode=print> Acesso em: 24 set. 2011.

16 LAYTON, Julia. *Como funcionam os interrogatórios policiais nos Estados Unidos*. Disponível em: <<http://pessoas.hsw.uol.com.br/interrogatorios-eua.htm>> Acesso em: 25 set. 2011.

Antes disso, lembra Gomes¹⁷, a Declaração dos Direitos da Virgínia, de 1774, já previa a não obrigação de o acusado produzir provas contra si. Tal previsão legislativa foi fonte da V Emenda à Constituição Norte-Americana (Fifth Amendment of the U.S. Constitution):

No person shall be held to answer for a capital, or otherwise infamous crime, unless on a presentment or indictment of a grand jury, except in cases arising in the land or naval forces, or in the militia, when in actual service in time of war or public danger; nor shall any person be subject for the same offense to be twice put in jeopardy of life or limb; nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself, nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law; nor shall private property be taken for public use, without just compensation.¹⁸

Esse direito foi ratificado em 1965, pelo caso *Griffin vs. California* (o direito ao silêncio não pode ser usado em prejuízo do réu) e, em seguida, *Miranda vs. Arizona* (abordado na primeira parte do trabalho), onde ficaram estabelecidos diversos limites ao poder investigativo do Estado em face do cidadão.

4 O PRINCÍPIO DA NÃO AUTO-INCRIMINAÇÃO NO BRASIL.

A previsão constitucional do direito ao silêncio no Brasil veio expressa somente na carta de 1988, embora o caminho para a busca da verdade real no processo e a garantia dos direitos dos indivíduos tivesse dado passos incipientes muito antes disso. A Constituição de 1824 no art. 179, inciso XIX, dizia que “desde já ficam abolidos os açoites, a tortura, a marca de ferro quente e todas as penas cruéis”.

Mais um passo importante foi dado com as Constituições de 1891 (art. 72, § 16 que previram que “aos acusados se assegurará na lei a mais ampla defesa, com todos os recursos e meios essenciais a ela, desde a nota de culpa, entregue em vinte e quatro horas ao preso e assinada pela autoridade competente, com os nomes do acusado e das testemunhas”), bem como na Constituição de 1934 (art. 113, n. 24, que “A lei assegurará aos acusados ampla defesa, com os meios e recursos essenciais a esta”),

¹⁷ GOMES, op. cit.

¹⁸ U.S Constitution. Disponível em: <http://www.law.cornell.edu/wex/fifth_amendment> Acesso em: 25 set. 2011.

já que incorporada ao processo a figura da ampla defesa e os meios a ela necessários.

O direito ao contraditório, nas Constituições de 1937 e 1946, ajudou a complementar esse conceito processual de busca pela verdade. Em 1967 e 1969 a ampla defesa e o contraditório permanecem no texto constitucional, que não trouxe grandes novidades no ponto, e, então, a Constituição Federal de 1988 trouxe expresso o “direito ao silêncio”. Diz o inciso LXIII do artigo 5º: “o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado”.

O Código de Processo Penal, por sua vez, já continha previsão, desde 1941, dessa proteção, porém de forma mais branda, já que era expresso que, apesar de não ser obrigado a responder as perguntas, caso o réu optasse pelo silêncio, tal atitude poderia ser interpretada em prejuízo da defesa: “CPP art. 186: antes de começar 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”. Era como uma advertência ao réu. O Supremo Tribunal Federal, no HC 80.949-9/RJ, rel. Min. Sepúlveda Pertence, declarou inconstitucional a segunda parte desse artigo, tanto que, tal artigo, teve a redação alterada pela Lei 10.792 em 2003, com a supressão desta última parte, o que fortaleceu o princípio constitucional.

Nos tratados internacionais também há essa garantia, já incorporada ao nosso direito antes da alteração do Código de Processo Penal. O Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos da ONU, de 1966 (em vigor, no Brasil, pelo Decreto 592/1992) dispõe que, toda pessoa acusada de um delito terá direito a não ser obrigada a depor contra si mesma nem a declarar-se culpada.

Dita previsão também vem expressa na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de 1969, (em vigor, no Brasil, pelo Decreto 678/1992) que, em seu artigo 8º, parágrafo 2º, g, assim prevê: “toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: ...g) direito de não ser obrigado a depor contra si mesmo, nem a declarar-se culpado”¹⁹.

19 Disponível em: <http://www.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/conv_americana_dir_humanos.htm>
Acesso em: 12 set. 2011.

Januário lembra, ainda, que o Estatuto de Roma, em 1998, criou o Tribunal Penal Internacional, cujo objetivo é punir os crimes que afetem a comunidade internacional, e que também adotou expressamente a proteção contra a auto-incriminação.²⁰

No Entanto, ao assegurar constitucionalmente o direito de o acusado não se auto-incriminar (direito ao silêncio), não se criminaliza, como no direito anglo-americano, a mentira dita pelo réu em sua defesa, o que implica em não haver, no Brasil, a possibilidade de condenação por *perjury*, apenas por falso testemunho.²¹

Em nosso país, o réu não presta compromisso de dizer a verdade. Na crítica de Coelho²²,

no Brasil não existe o crime de perjúrio mas apenas o de falso testemunho, e este pode ser praticado apenas por testemunhas, peritos, tradutores ou intérpretes, mas não pelos acusados. Assim, estes têm o direito de falarem o que quiserem em juízo, por mais absurdo que seja e ainda assim não estarão praticando crime algum.

Em terras um pouco mais civilizadas que esta, como os Estados Unidos e a Inglaterra, o acusado que mentir em seu depoimento ou interrogatório responde por perjúrio, além do crime pelo qual já estava respondendo. O ex-presidente americano Bill Clinton quase sofreu impeachment por causa disso (e não por ter tido um caso extra-conjugal como a imprensa brasileira deu a entender). Jonathan Aitken, secretário do Tesouro inglês no governo de John Major foi condenado a uma pena de dezoito meses de prisão, dos quais cumpriu sete, por ter cometido o crime de perjúrio.

Segundo Mirabete,

sendo o interrogatório ao menos em parte, meio de defesa, o acusado pode mentir e negar a verdade. Não há um verdadeiro direito de

20 JANUÁRIO, D. *A evolução histórica do princípio contra a auto-incriminação no cenário mundial e no direito brasileiro*. Rev. Ciên. Jur. E Soc. Da Unipar. Umuarama. v. 11, n. 1, p. 45-52, jan./jun. 2008.

21 KANT DE LIMA, R. 1999. *Polícia, justiça e sociedade no Brasil*: Uma abordagem comparativa dos modelos de administração de conflitos no espaço público. Revista de sociologia e política, Curitiba, n. 13, p. 23-38, novembro.

22 COELHO, Marcelo Moura. *Perjúrio, já!* Disponível em: <http://www.ubaweb.com/revista/g_mascara.php?grc=10577> Acesso em: 13 set. 2011.

mentir, tanto que as eventuais contradições em seu depoimento podem ser apontadas para retirar qualquer credibilidade das suas respostas. Mas o acusado, não presta compromisso de dizer a verdade, como testemunha, e sua mentira não constitui crime, não é ilícito. O réu é livre para mentir porque, se o fizer, não sofrerá nenhuma sanção. Essa liberdade, porém, é concedida apenas em benefício de sua defesa, pois se ele atribui a si próprio crime inexistente ou praticado por outrem, comete o delito de auto-acusação falsa [...] ²³

O réu, no Brasil, não presta compromisso, não podendo, portanto, ser condenado por eventual mentira dita em depoimento em juízo. Inclusive a testemunha, que mente em juízo para não se incriminar, desde que não vise a prejudicar terceiros ou a administração da justiça, não comete crime de falso testemunho. Este é o entendimento do STJ, que define os limites para o exercício do direito à não auto-incriminação, revelando sua essência e consequências. Mas a testemunha, em regra, presta compromisso e está sujeita, sim, ao crime de falso testemunho. Tal construção decorre do fato de a testemunha não ser parte no processo não possuindo, em tese, interesse em seu resultado, de forma que sua função é apenas relatar verdadeiramente o que presenciou.

A nossa Jurisprudência também remete para tal entendimento, como pode se inferir dos excertos colacionados abaixo:

EMENTA: CONSTITUCIONAL E PENAL. HABEAS CORPUS. FALSA IDENTIDADE. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO. DIREITO AO SILÊNCIO: INAPLICABILIDADE DA GARANTIA. MOEDA FALSA. INAPLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. ORDEM DENEGADA. 1. Habeas corpus impetrado visando trancamento da ação penal na qual se imputa à paciente a prática dos crimes tipificados nos artigos 307 e 289, § 1º, ambos do Código Penal. 2. A garantia insculpida no artigo 5º, inciso LXIII, que dispõe que “o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado”, tem origens na 5ª Emenda à Constituição dos Estados Unidos da América, que estabelece que “no person... shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself”, ou, em tradução livre, que “nenhuma pessoa será compelida, em nenhuma causa criminal, a ser testemunha contra si mesmo”. 3.

²³ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo penal*, 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 1998. p. 282.

Referida garantia, conhecida na doutrina norte-americana como “privilege against self-incrimination”, ou privilégio contra auto-incriminação, não inclui, nos Estados Unidos da América, onde nasceu - como se entende por estas terras brasileiras - nem mesmo o direito do réu a mentir, ainda que sobre fatos relativos à acusação que lhe é feita, mas apenas e tão somente o direito de permanecer calado. 4. A garantia do direito ao silêncio não inclui o direito do réu de mentir sobre a sua própria identidade, mas diz respeito apenas e tão somente aos fatos com relação aos quais está sendo acusado. Precedentes do STF e desta Turma. 5. O entendimento de que o direito ao silêncio inclui o direito de mentir acerca de própria identidade coloca em risco a segurança do sistema jurídico-penal, bem como pode também - como no caso dos autos, em que a paciente declinou o nome de uma amiga - colocar pessoas inocentes diante de uma injusta perseguição penal. 6. A utilização de cédula espúria para a compra de mercadoria, ainda que se trate de uma única nota falsa, é conduta que amolda-se ao tipo previsto no artigo 289, § 1º, do Código Penal e possui potencialidade lesiva a bem jurídico tutelado. 7. O valor monetário representado pela cédula falsa, assim como a quantidade apreendida, não constituem elementos hábeis a mensurar a potencialidade da lesão causada à fé pública do Estado, e tampouco a excluir a tipicidade, sendo inaplicável o princípio da insignificância. Precedentes desta Turma. 8. Ordem denegada. (TRF 3ª, 1ª Turma, HC 26465, Rel. Juiz Márcio Mesquita, DJU 24.4.2007)

EMENTA: - “Habeas corpus”. Falsidade ideológica. - No caso, a hipótese não diz respeito, propriamente, à falsidade quanto à identidade do réu, mas, sim, ao fato de o então indiciado ter faltado com a verdade quando negou, em inquérito policial em que figurava como indiciado, que tivesse assinado termo de declarações anteriores que, assim, não seriam suas. Ora, tendo o indiciado o direito de permanecer calado e até mesmo o de mentir para não auto-incriminar-se com as declarações prestadas, não tinha ele o dever de dizer a verdade, não se enquadrando, pois, sua conduta no tipo previsto no artigo 299 do Código Penal. «Habeas corpus» deferido, para anular a ação penal por falta de justa causa. (STF, 1ª Turma, HC 75257, Rel. Ministro Moreira Alves, 17.6.97)

DIREITO PROCESSUAL PENAL. IMPOSSIBILIDADE DA REALIZAÇÃO DE PROVA TESTEMUNHAL, COM A COLHEITA DE DEPOIMENTO DE CO-RÉU. 1. O testemunho

de acusado, como requerido por co-réu, não se mostra possível na ordem jurídica pátria vigente, ante a incompatibilidade manifesta entre aquele que presta testemunho de um fato e aquele que depõe sobre o mesmo, a supor admissível a atuação dissociada do depoente. 2. Os ônus que recaem sobre a testemunha não podem ser atribuídos ao acusado, que pode calar-se, omitir e até mentir sobre o fato investigado. 3. Patente, ainda, a inutilidade da colheita do testemunho do co-réu, visto que esse no curso da persecução penal é interrogado, momento em que pode ser perquirido sobre determinados fatos reputados relevantes pela defesa. 4. Ordem de habeas corpus denegada. (TRF 2ª, 2ª Turma Especializada, HC 5037, Rel. André Fontes, DJ 4.7.2007)

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ALEGAÇÃO DE EXCESSO DE PRAZO. SUSCITAÇÃO DE CONFLITO DE COMPETÊNCIA, JÁ DECIDIDO. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL NO CASO CONCRETO. 1. Habeas Corpus impetrado contra ato que decretou a prisão preventiva do paciente, nos autos de ação penal em que se imputa ao paciente a prática do crime previsto no artigo 35, combinado com o artigo 40, incisos I e III, da Lei nº 11.343/06. 2. Não há suporte constitucional para a decretação da prisão preventiva por conveniência da instrução criminal, visando evitar o que a decisão atacada denominou de “concerto de depoimentos”. 3. A Constituição Federal de 1988 garante a qualquer acusado o direito ao silêncio, no qual se inclui o privilégio da não auto-incriminação, possibilitando a opção ao silêncio, sem que seja interpretado em prejuízo da defesa, nos termos do artigo 5º, inciso LXIII. Assim, o réu na ação penal poderá silenciar sobre os questionamentos e até mentir em juízo, sem qualquer sanção. Ao juiz, no ato de sentenciar, caberá a valoração da prova. Precedentes do Supremo Tribunal Federa. 4. Se o réu pode silenciar em seu interrogatório, e pode mentir em seu interrogatório, a possibilidade de eventual “combinação” de depoimentos entre co-réus não pode servir de fundamento à decretação da prisão preventiva por conveniência da instrução criminal. A prosperar tal tese, em toda ação penal decorrente de denúncia oferecida contra mais de um réu restaria de antemão justificada a decretação da prisão preventiva. 5. Não obstante, o preenchimento dos requisitos da materialidade e autoria delitiva imputadas aos pacientes pode ser extraído, *prima facie*, do recebimento da denúncia, e houve fundamentação suficiente

na decisão impugnada para a decretação da custódia cautelar, no sentido de que presentes a prova da materialidade e os indícios de autoria imputada ao paciente, bem como presente a necessidade da custódia cautelar. (TRF 3ª, 1ª Turma, HC 34641, Rel. Juiz Márcio Mesquita, DJ 16.3.2009)

A não criminalização do perjúrio é justificada “...pelo reconhecimento de que não se afigura prudente exigir daquele que está sob suspeição, que contribua para a formação da sua própria culpa”.²⁴

Por fim, como bem adverte Iocohama²⁵,

No plano do Processo Civil tal regra não tem aplicação, pois não envolve a figura do preso e nem é tutelado o mesmo bem, pois o seu plano principal envolve patrimônio, distinto do processo penal onde se destaca a liberdade como bem jurídico principal.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.

É uma espécie de antinomia. Se por um lado o instinto natural do homem de auto-preservação seria autorizador de um suposto direito de mentir, por outro lado a mentira não pode ser largamente tolerada, sob pena de distanciarmos-nos dos objetivos de justiça. Nossa legislação permite a mentira do réu desde que ela não prejudique terceiros ou a administração da justiça. Ora, qual mentira do réu não prejudica a administração da justiça? Nesse sentido, Iocohama:

Surge então a possibilidade de prejuízo para a parte contrária, quando poderá se ver tolhida de seu direito mediante a mentira da outra parte. Surge, ainda, a possibilidade de prejuízo para o Estado, seja na possibilidade de ser induzido em erro na formação de convencimento do juiz diante de alegações falsas, seja desperdiçando tempo estatal com atividades necessárias.²⁶

Iocohama, ao abordar a questão da verdade dos fatos para o juiz adverte ainda:

²⁴ NETTO, Sérgio de Oliveira. *Os limites ao direito do acusado de mentir*. Disponível em: <http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20080715174106325&mode=print> Acesso em: 24 set. 2011.

²⁵ IOCOHAMA, Celso Hiroshi. *O dever de veracidade das partes*. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/9645/o-dever-de-veracidade-das-partes>> Acesso em: 15 set. 2011.

²⁶ Ibid.

Ao juiz há de se verificar a importância de se lhe formar o convencimento com fatos verdadeiros, capazes de gerar uma decisão justa. Assim, não poderá tolerar que seja enganado, pois isso prejudicará diretamente o seu trabalho e o resultado de sua atividade – e, por via de consequência, da própria função estatal.²⁷

Andrade complementa, dizendo que

Não só isso. Haveria também um impedimento às outras pessoas para a utilização da justiça. No momento em que um processo foi dilatado e demora mais que o normal, o acesso das outras pessoas à justiça se torna dificultoso e moroso, devido ao acúmulo de processos que ficam pendentes de resolução.²⁸

Essa antinomia é encontrada, inclusive, na obra de Beccaria, como bem destaca Queijo:

registra-se, dessa forma, verdadeiro contra-senso na obra de Beccaria, na medida em que sustenta que o dever de dizer a verdade, imposto ao acusado pelo juramento, é antinatural, mas entende que o acusado silente deve ser apenado gravemente, por constituir ofensa à Justiça.²⁹

Não sejamos tão radicais como Beccaria, que entende deva ser punido o acusado silente, mas deve haver certo tempero ao direito contra a auto-incriminação. Entendemos que a proteção da legislação brasileira poderia ser menos extensa, deveria deixar de proteger a mentira, já que suficiente à auto-preservação garantir ao acusado proteção às condutas omissivas.

Andrade, por seu turno, não encontra em nossa legislação um permissivo para a mentira. Ela explica que “não existe um direito de mentir; existe uma construção doutrinária e jurisprudencial no sentido

27 IOCOHAMA, Celso Hiroshi. *O dever de veracidade das partes*. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/9645/o-dever-de-veracidade-das-partes>> Acesso em: 15 set. 2011.

28 ANDRADE, Erica Isabel Dellatorre. *O direito constitucional ao silêncio e o 'direito' a mentir em âmbito processual*. Disponível em: <http://www.esmafe.org.br/web/trabalhos/erica_isabel_dellatorre_andrade.pdf> Disponível em: 10 out. 2011.

29 QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio nem tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2003, p.9.

de forçar uma interpretação favorável ao imputado, sem preocupar-se com a sociedade”³⁰

Sobre a questão, merece ainda destaque o escólio de Sérgio Luiz dos Santos, in *Do estelionato processual na Justiça do Trabalho: necessidade da caracterização doutrinária*:

“A atividade judicante se mostra, por vezes, ingrata, na medida em que não revela, nitidamente, soluções para questões que contribuiriam inexoravelmente para a celeridade e economia processuais, bem como para a melhoria na distribuição da Justiça. Uma dessas *quaestio juris* ainda não solucionadas, pelo menos no que tange à Jurisprudência em seara laboral, se refere à possibilidade de se punirem penalmente as partes litigantes pela conduta desleal de explicitamente estarem mentindo em juízo. Efetivamente, a lei processual já prevê sanções à litigância de má-fé (Art. 17 do CPC) que, no entanto, no nosso entender, não logram cumprir a função educativa a que se propõem. As partes continuam, deliberadamente, a assumir comportamento mendaz perante o órgão judiciário, sendo inclusive, muitas vezes, orientadas a tal fim com vistas ao lucro que podem auferir em detrimento do exercício escorreito da Jurisdição.

De há muito já se legislou a esse respeito no tocante aos depoimentos das testemunhas indicadas pelas partes e demais auxiliares da justiça, que podem incorrer, atualmente, nos crimes tipificados como “Falso Testemunho ou Falsa Perícia” pelo Código Penal pátrio (Arts. 342 e 343). Outrossim, já estão descritos crimes praticados pelos advogados (patrocínio infiel e tergiversação – Art. 355, *caput* e parágrafo único do CP), bem como por terceiros que, de algum modo, contribuem para a leviandade dos que prestam depoimento em audiência (Art. 343 do CP). A lei penal, por outro lado, prevê punição para atos materiais de alteração do estado das coisas (dos meios probatórios) a fim de se induzir o juízo a erro (Art. 347 do CP). Ainda assim, permanece silente - pelo menos não é explícita - a lei em relação aos litigantes, o que leva muitos magistrados a se resignarem com o ambiente teatral a que estão constantemente submetidos.”³¹

Verifica-se que no Sistema Norte Americano o réu tem o direito ao silêncio como permissivo constitucional, mas, ao recusar esta

30 ANDRADE, Erica Isabel Dellatorre. *O direito constitucional ao silêncio e o ‘direito’ a mentir em âmbito processual*. Disponível em: <http://www.esmafe.org.br/web/trabalhos/erica_isabel_dellatorre_andrade.pdf> Disponível em: 10 out. 2011.

31 FILHO, Sérgio Luiz dos Santos. *Do estelionato processual na Justiça do Trabalho: necessidade da caracterização doutrinária*. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/22862-22864-1-PB.htm>> Acesso em: 10 out. 2011.

benefício, só pode fazê-lo para contribuir com a busca da verdade real no Processo, com as consequências penais de sua utilização diversa, *in casu*, o cometimento do crime de Perjúrio. Não se está aqui a defender que este sistema seja o ideal, nem mesmo se entende que seja melhor que o brasileiro. Poderiam ser enumeradas diversas críticas a um direito célere, eficaz, mas que, a custa disso, passa longe de ser justo e equânime (Kant de Lima, 1997). O que se defende é que pontos positivos podem ser tidos como exemplo, aperfeiçoando os métodos já aplicados em nosso ordenamento.

De toda razão, o que se observa basicamente é que o “direito ao silêncio” e, no Brasil, a decorrente construção doutrinária e jurisprudencial do “direito de mentir”, servem como uma proteção ao réu na ação penal, já que o mesmo pode utilizá-los em sua defesa a fim de evitar uma condenação criminal.

Embora se discorde da escolha do legislador em não punir, no Brasil, o perjúrio cometido pelo réu, não se pode dizer que seja uma opção legislativa de toda falha ou injustificada. Acreditamos que o crime de perjúrio deveria existir, sim, no Brasil, mas de forma temperada, adaptada à nossa realidade.

No sistema brasileiro, “O juiz, não mais o Estado, é visto como um ser superior, capaz de formular um julgamento racional, imparcial e neutro, que *descubra* não só a ‘verdade real’ dos fatos, mas as *verdadeiras intenções* dos agentes” (Kant de Lima, 1997). Ocorre que com o volume de processos a que estão submetidos os juizes, o trabalho meticuloso e dedicado de investigação pode acabar se tornando inviável e, até mesmo, impossível, de forma que, a mentira acaba muitas vezes passando despercebida pelo judiciário, que deixa de cumprir o seu papel constitucional de promover a justiça através do devido processo legal. Permitir que o réu possa se utilizar de artifícios para distorcer a verdade no processo, sem qualquer tipo de sanção, incentiva a parte a levar vantagens sobre a outra que, ao final, pode ter seu direito preterido (*in casu* a própria sociedade). Desta forma, se deixam de observar outras garantias como a igualdade e a boa-fé, culminando, por vezes com um devido processo legal parcial.

REFERÊNCIAS

ANDRADE. Erica Isabel Dellatorre. *O direito constitucional ao silêncio e o ‘direito’ a mentir em âmbito processual*. Disponível em: <http://www.esmafe.org.br/web/trabalhos/erica_isabel_dellatorre_andrade.pdf> Acesso em: 10 out. 2011.

COELHO, Marcelo Moura. *Perjúrio, já!* Disponível em: <http://www.ubaweb.com/revista/g_mascara.php?grc=10577> Acesso em: 13 set. 2011.

FILHO, Sérgio Luiz dos Santos. *Do estelionato processual na Justiça do Trabalho*: necessidade da caracterização doutrinária. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/22862-22864-1-PB.htm>> Acesso em: 10 out. 2011.

GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da não auto-incriminação*: significado, conteúdo, base jurídica e âmbito de incidência. Disponível em: <<http://www.lfg.com.br>> . Acesso em: 26 janeiro. 2010.

IOCOHAMA, Celso Hiroshi. *O dever de veracidade das partes*. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/9645/o-dever-de-veracidade-das-partes>> Acesso em: 15 set. 2011.

JANUÁRIO, D. *A evolução histórica do princípio contra a auto-incriminação no cenário mundial e no direito brasileiro*. Rev. Ciên. Jur. E Soc. Da Unipar. Umuarama. v. 11, n. 1, p. 45-52, jan./jun. 2008.

KANT DE LIMA, R. 1997. *Polícia e exclusão na cultura judiciária*. Revista de Sociologia da USP, São Paulo, v. 9, n.1, p. 169-183, maio.

KANT DE LIMA, R. 1999. *Polícia, justiça e sociedade no Brasil*: Uma abordagem comparativa dos modelos de administração de conflitos no espaço público. Revista de sociologia e política, Curitiba, n. 13, p. 23-38, novembro.

KOOGAN, A.; HOUAISS, A. (ed). *Enciclopédia e Dicionário Digital 98*. Direção geral de: André Koogam Breikman. São Paulo: Delta, 1998. 5 CD-ROM.

LAYTON, Julia. *Como funcionam os interrogatórios policiais nos Estados Unidos*. Disponível em: <<http://pessoas.hsw.uol.com.br/interrogatorios-eua.htm>> Acesso em: 25 set. 2011.

LUCAS, Ana Cláudia. *Princípio de Não Auto-incriminação ou “Nemo tenetur se detegere”*. Disponível em: <<http://profeanaclaudialucas.blogspot.com/2009/09/principio-de-nao-auto-incriminacao-ou.html>> Acesso em: 12 set. 2011.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo penal*, 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 1998. p. 282.

NETTO, Sergio de Oliveira. *Os limites ao direito do acusado de mentir*.

Disponível em: <http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20080715174106325&mode=print> Acesso em: 24 set. 2011.

QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio nem tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2003, p.9.

U.S. Code. Disponível em: <http://www.law.cornell.edu/uscode/usc_sec_18_00001621----000-.html> Acesso em: 25 set. 2011.

U.S Constitution. Disponível em <http://www.law.cornell.edu/wex/fifth_amendment> Acesso em: 25 set. 2011.