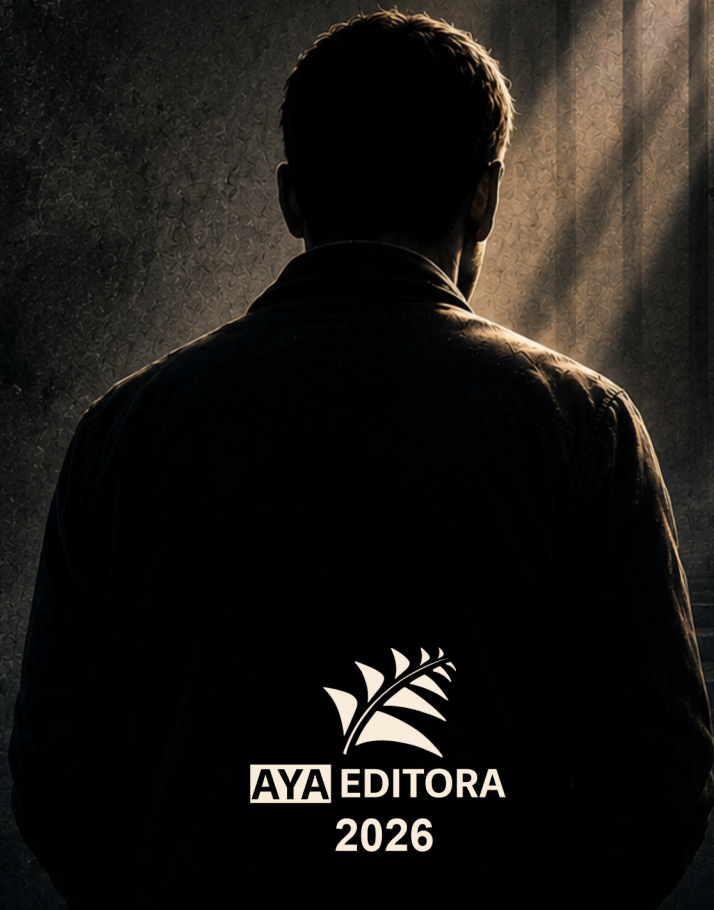


Nadma Ávila de Freitas

O ALCANCE DO
NEMO TENETUR
SE DETEGERE



AYA EDITORA

2026

O ALCANCE DO
NEMO TENETUR
SE DETEGERE

Nadma Ávila de Freitas

O ALCANCE DO
NEMO TENETUR
SE DETEGERE



AYA EDITORA

2026

Direção Editorial

Prof.º Dr. Adriano Mesquita Soares

Executiva de Negócios

Ana Lucia Ribeiro Soares

Autora

Nadma Ávila de Freitas

Revisão

A Autora

Produção Editorial

AYA Editora©

Imagens de Capa

GPT Image 2

Capa

AYA Editora©

Área do Conhecimento

Ciências Sociais Aplicadas

Conselho Editorial

Prof.º Dr. Adilson Tadeu Basquerote Silva (UNIDAVI)

Prof.ª Dr.ª Adriana Almeida Lima (UEA)

Prof.º Dr. Aknaton Toczec Souza (UCPEL)

Prof.º Dr. Alaerte Antonio Martelli Contini (UFGD)

Prof.º Dr. Argemiro Midonês Bastos (IFAP)

Prof.º Dr. Carlos Eduardo Ferreira Costa (UNITINS)

Prof.º Dr. Carlos López Noriega (USP)

Prof.ª Dr.ª Claudia Flores Rodrigues (PUCRS)

Prof.ª Dr.ª Daiane Maria de Genaro Chioli (UTFPR)

Prof.ª Dr.ª Danyelle Andrade Mota (IFPI)

Prof.ª Dr.ª Déa Nunes Fernandes (IFMA)

Prof.ª Dr.ª Déborah Aparecida Souza dos Reis (UEMG)

Prof.º Dr. Denison Melo de Aguiar (UEA)

Prof.º Dr. Emerson Monteiro dos Santos (UNIFAP)

Prof.º Dr. Gilberto Zammar (UTFPR)

Prof.º Dr. Gustavo de Souza Preussler (UFGD)

Prof.ª Dr.ª Helenadja Santos Mota (IF Baiano)

Prof.ª Dr.ª Heloísa Thaís Rodrigues de Souza (UFS)

Prof.ª Dr.ª Ingridi Vargas Bortolaso (UNISC)

Prof.ª Dr.ª Jéssyka Maria Nunes Galvão (UFPE)

Prof.º Dr. João Luiz Kovaleski (UTFPR)

Prof.º Dr. João Paulo Roberti Junior (UFRR)

Prof.º Dr. José Enildo Elias Bezerra (IFCE)

Prof.º Dr. Luiz Flávio Arreguy Maia-Filho (UFRPE)

Prof.ª Dr.ª Maralice Cunha Verciano (CEDEUAM-Unisalento - Lecce - Itália)

Prof.ª Dr.ª Marcia Cristina Nery da Fonseca Rocha Medina (UEA)

Prof.ª Dr.ª Maria Gardênia Sousa Batista (UESPI)

Prof.º Dr. Myller Augusto Santos Gomes (UTFPR)
Prof.º Dr. Pedro Fauth Manhães Miranda (UEPG)
Prof.º Dr. Rafael da Silva Fernandes (UFRA)
Prof.º Dr. Raimundo Santos de Castro (IFMA)
Prof.ª Dr.ª Regina Negri Pagani (UTFPR)
Prof.º Dr. Ricardo dos Santos Pereira (IFAC)
Prof.º Dr. Rômulo Damasclin Chaves dos Santos (ITA)
Prof.ª Dr.ª Silvia Gaia (UTFPR)
Prof.ª Dr.ª Tânia do Carmo (UFPR)
Prof.º Dr. Ygor Felipe Távora da Silva (UEA)

Conselho Científico

Prof.º Me. Abraão Lucas Ferreira Guimarães
Prof.ª Dr.ª Andreia Antunes da Luz (UniCesumar)
Prof.º Dr. Clécio Danilo Dias da Silva (UFRGS)
Prof.º Dr. Diogo Luiz Cordeiro Rodrigues (UFPR)
Prof.º Me. Ednan Galvão Santos (IF Baiano)
Prof.ª Dr.ª Eliana Leal Ferreira Hellvig (UFPR)
Prof.º Dr. Fabio José Antonio da Silva (HONPAR)
Prof.º Dr. Gilberto Sousa Silva (FAESF)
Prof.ª Dr.ª Karen Fernanda Bortoloti (UFPR)
Prof.ª Dr.ª Leozenir Mendes Betim (FASF)
Prof.ª Dr.ª Lucimara Glap (FCSA)
Prof.º Dr. Milson dos Santos Barbosa (UniOPET)
Prof.º Dr. Rudy de Barros Ahrens (FASF)
Prof.ª Dr.ª Silvia Aparecida Medeiros Rodrigues (FASF)
Prof.ª Dr.ª Sueli de Fátima de Oliveira Miranda Santos (UTFPR)
Prof.ª Dr.ª Tássia Patrícia Silva do Nascimento (UEA)
Prof.ª Dr.ª Thaisa Rodrigues (IFSC)

© 2026 - **AYA Editora**. O conteúdo deste livro foi enviado pela autora para publicação em acesso aberto, sob os termos da Licença Creative Commons 4.0 Internacional (**CC BY 4.0**). Esta obra, incluindo textos, imagens, análises e opiniões nela contidas, é resultado da criação intelectual exclusiva da autora, que assume total responsabilidade pelo conteúdo apresentado. As interpretações e posicionamentos expressos neste livro representam exclusivamente as opiniões da autora, não refletindo, necessariamente, a visão da editora, de seus conselhos editoriais ou de instituições citadas. A AYA Editora atuou de forma estritamente técnica, prestando serviços de diagramação, produção e registro, sem interferência editorial sobre o conteúdo. Esta publicação é fruto de pesquisa e reflexão acadêmica, elaborada com base em fontes históricas, dados públicos e liberdade de expressão intelectual garantida pela Constituição Federal (art. 5º, incisos IV, IX e XIV). Personagens históricos, autoridades, entidades e figuras públicas eventualmente mencionadas são citados com base em registros oficiais e noticiosos, sem intenção de ofensa, injúria ou difamação. Reforça-se que quaisquer dúvidas, críticas ou questionamentos decorrentes do conteúdo devem ser encaminhados exclusivamente à autora da obra.

F8665 Freitas, Nadma Ávila de

O alcance do nemo tenetur se deteger [recurso eletrônico]. / Nadma Ávila de Freitas. -- Ponta Grossa: Aya, 2026. 82 p.

Inclui biografia

Inclui índice

Formato: PDF

Requisitos de sistema: Adobe Acrobat Reader

Modo de acesso: World Wide Web

ISBN: 978-65-6228-000-5

DOI: 10.47573/aya.6228.1.482

1. Auto-incriminação. 2. Auto-incriminação – Brasil. 3. Processo penal – Brasil. I. Título

CDD: 345.8106

Ficha catalográfica elaborada pela bibliotecária Bruna Cristina Bonini - CRB 9/1347

International Scientific Journals Publicações de Periódicos e Editora LTDA

AYA Editora©

CNPJ: 36.140.631/0001-53

Fone: +55 42 3086-3131

WhatsApp: +55 42 99906-0630

E-mail: contato@ayaeditora.com.br

Site: <https://ayaeditora.com.br>

Endereço: Rua João Rabello Coutinho, 557
Ponta Grossa - Paraná - Brasil
84.071-150

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	8
INTRODUÇÃO	9
CAPÍTULO 1 – FASES DA PERSECUÇÃO PENAL.....	11
Inquérito policial.....	12
Ação penal	14
CAPÍTULO 2 – GARANTIAS FUNDAMENTAIS NA PERSECUÇÃO PENAL ...	18
CAPÍTULO 3 – DEVIDO PROCESSO LEGAL	25
Contraditório e ampla defesa	28
CAPÍTULO 4 – NEMO TENETUR SE DETEGERE	37
Direito ao silêncio.....	40
Alcance do <i>Nemo Tenetur se Detegere</i>	44
CONSIDERAÇÕES FINAIS	67
REFERÊNCIAS	72
SOBRE A AUTORA	75
ÍNDICE REMISSIVO	76

APRESENTAÇÃO

A proteção dos direitos fundamentais no âmbito da persecução penal constitui tema permanente do pensamento jurídico contemporâneo, sobretudo diante da necessidade de harmonizar o exercício do poder punitivo estatal com as garantias asseguradas pela ordem constitucional. Inserida nesse contexto, a presente obra examina o princípio *nemo tenetur se detegere*, tradicionalmente associado ao direito ao silêncio, tomando-o como elemento integrante da ampla defesa e do devido processo legal. A análise desenvolvida busca delimitar o alcance dessa garantia e suas repercussões na investigação criminal e no processo penal.

Ao longo do texto, são discutidas as etapas da persecução penal e as garantias que informam a atuação estatal, com destaque para a presunção de não culpabilidade, o contraditório, a defesa técnica, a autodefesa e a motivação das decisões judiciais. A reflexão acerca do devido processo legal é articulada com o sistema acusatório e com os parâmetros constitucionais que orientam a produção e a valoração das provas. Nesse cenário, o estudo do direito ao silêncio é desenvolvido em conexão com os limites da autoincriminação e com os problemas decorrentes da extensão de sua proteção a determinadas condutas do acusado.

A obra contribui para a compreensão das relações entre a dogmática constitucional e o processo penal, recorrendo à doutrina e à jurisprudência para examinar os contornos jurídicos do princípio da não autoincriminação. O diálogo entre fundamentos teóricos e decisões dos tribunais permite identificar os critérios empregados na interpretação das garantias processuais e suas consequências práticas.

A diversidade de referências mobilizadas evidencia diferentes perspectivas sobre a matéria, reunindo contribuições da teoria geral do processo, do direito constitucional e do processo penal. Essa aproximação favorece uma análise sistemática das garantias individuais e de sua incidência nas distintas fases da persecução penal.

Ao abordar questões que permanecem presentes na discussão jurídica, este volume oferece subsídios para pesquisas e para a prática forense, contribuindo para o exame crítico das garantias processuais e de seus limites no Estado Democrático de Direito.

Boa leitura!

INTRODUÇÃO

O *nemo tenetur se detegere*, ou direito ao silêncio, como conhecido no direito brasileiro, ocupa posto de grande relevância no processo penal porquanto expressão da ampla defesa e, por conseguinte, do devido processo legal.

Após a Revolução Francesa – berço de ideias e princípios importantes para o processo penal, como o *nemo tenetur se detegere* –, o direito ao silêncio, no Brasil, tem sua evolução histórica marcada por quatro momentos de reafirmação e aperfeiçoamento, quais sejam: a Constituição Federal de 1988, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos e a Lei n. 10.792 de 2003.

A possibilidade de permanecer calado é direito reconhecido ao indiciado – fase de investigação – e ao réu, como forma de proteger o indivíduo contra violências físicas ou morais por parte do Estado, que poderiam compeli-lo a declarar a verdade em prejuízo próprio.

O direito de defesa, decorrência do princípio geral do devido processo legal, constitui direito fundamental que garante ao acusado o poder de interferir no convencimento judicial, por meio de provas, pelo depoimento pessoal ou com a apresentação de sua versão pessoal dos fatos, bem como o direito de se manifestar sobre os atos praticados pela parte contrária.

No exercício do direito de defesa, o indivíduo pode optar entre uma postura ativa, com participação efetiva, produção de provas etc., ou passiva. A conduta passiva compreende o direito de permanecer calado, porque ninguém pode ser obrigado a se autoincriminar, ou seja, prestar declarações que prejudiquem a sua defesa.

Ocorre que, em nome do Direito ao Silêncio, conferiu-se ao acusado – e ao indiciado – não só a faculdade de calar, mas a de mentir, já que é impossível obrigar alguém a dizer a verdade, principalmente se esta o prejudica. Indaga-se, contudo, se o ordenamento jurídico brasileiro comporta a mentira sobre a própria identidade, como que abrangida pela autodefesa, pelo direito a não produzir prova contra si próprio, como admitia o Superior Tribunal de Justiça.

Defende a corrente mais conservadora, à qual esse trabalho se alinha, que não se pode admitir tamanho alargamento da garantia fundamental sob pena de deformação da mesma.

A doutrina constitucional discute a limitação de direitos fundamentais e fornece parâmetros para a aplicação concreta dos referidos direitos de modo a resguardar a integridade do sistema constitucional, enquanto suporte necessário às liberdades individuais.

O presente trabalho pretende demonstrar o tratamento do direito ao silêncio na doutrina e na jurisprudência, conforme a hermenêutica constitucional e a aplicação das garantias processuais penais, bem como procura identificar que condutas estão abrangidas pela garantia do *nemo tenetur se detegere*.

CAPÍTULO 1 – FASES DA PERSECUÇÃO PENAL

O Estado soberano é incumbido de regular as relações entre seus cidadãos, bem como as relações entre esses e o próprio Estado, através de normas objetivas.

Com a evolução da vida em sociedade, o interesse coletivo passou a preponderar sobre o interesse privado, a fim de garantir a própria existência do corpo social. Nesse contexto, o Estado tomou para si a missão de solucionar conflitos¹.

Na esfera penal, o Estado se tornou o titular do direito de punir, substituindo a vingança privada pela vingança pública (aplicação da pena pelo Estado) e proibindo, assim, outras formas de solução, como a autodefesa e a autocomposição², em que pese a opinião de doutrinadores como Tourinho Filho, para quem o Estado não proibiu terminantemente as outras formas compositivas de litígios³.

A jurisdição, como destacam Antonio Cintra, Ada Grinover e Cândido Dinamarco, se inclui na responsabilidade estatal por colaborar em grande medida para a preservação e fortalecimento dos valores humanos da personalidade⁴.

O Direito Penal, sob o prisma objetivo, é um conjunto de normas estabelecidas pelo Estado que descrevem os delitos e estabelecem as sanções⁵. Sob o aspecto político, consiste em importante instrumento de manutenção da paz social⁶.

Ao violar as normas impostas pelo Estado, o indivíduo se submete às consequências nelas previstas. Se assim não fosse, seria inócuo fixar regras para regulação da vida em sociedade, pois a sanção busca conferir efetivi-

1 TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de Processo Penal*. 9.ed.rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 110.

2 RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 13.ed.rev. amp. e atual. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007. p. 201.

3 TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de Processo Penal*. Op.cit. p. 110. Para o autor, a Lei que instituiu os Juizados Especiais (Lei 9.099/95) disciplinou uma forma de "autocomposição", assim como o Código de Trânsito.

4 CINTRA, Antonio Carlos de Araújo., GRINOVER, Ada Pelegrini., DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 23.ed.rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007. p.43.

5 MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo penal*. 18.ed. rev. e atual. até 31 de dezembro de 2005. São Paulo: Atlas, 2007. p. 4.

6 LOPES Jr. Aury. *Introdução Crítica ao Processo Penal*. 2.ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005. p.3.

dade à norma. Segundo Mirabete, a submissão às sanções impostas pelo Estado só se verifica com a cominação, aplicação e execução das sanções estabelecidas⁷.

Quando uma norma penal é infringida, surge para o Estado o direito de punir o infrator da norma. Contudo, o exercício do *jus puniendi* não se dá de forma imediata e automática. O direito de punir é despido de coerção direta⁸. Para aplicar e executar as sanções previstas em lei, o Estado se vale do processo, como único instrumento ou meio idôneo para a aplicação da lei e o respeito às garantias fundamentais.

Cintra, Grinover e Dinamarco ressaltam que, ainda que o infrator da norma penal, resignadamente, se submetesse à pena imposta, ainda assim seria necessário todo o trâmite processual por exigência dos comandos constitucionais do devido processo legal, da ampla defesa e da presunção de não-culpabilidade⁹. Acrescentam os referidos autores que “a pretensão punitiva só pode ser atendida mediante sentença judicial precedida de regular instrução e com observância do devido processo legal e participação do acusado em contraditório”¹⁰.

Desse modo, incumbe ao Estado punir o descumprimento da lei, que, no âmbito penal, se dá através da persecução penal.

A persecução penal ou *persecutio criminis*, no dizer de Frederico Marques, se divide em dois momentos: o da investigação e o da ação penal¹¹.

Inquérito policial

O primeiro momento – a investigação – é a fase administrativa, que precede a ação penal, isto é, se dá fora do âmbito judiciário.

Com a adoção expressa do modelo acusatório evidenciada pela Lei n. 13.964 de 2019, fica clara também a separação entre as fases investigativa e processual.

A investigação é conduzida, em regra, pela polícia judiciária, conforme se extrai do Art. 144, § 4º, da Constituição. No entanto, a jurisprudência

⁷ MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Processo Penal*. Op. cit. p. 4.

⁸ LOPES Jr. Aury. *Introdução Crítica ao Processo Penal*. Op.cit. p. 3. Lopes acrescenta que o Direito Penal não tem atuação direta nem realidade concreta fora do processo correspondente.

⁹ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo., GRINOVER, Ada Pellegrini., DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. Op. cit. p. 272.

¹⁰ Idem. *Ibidem*. p. 272.

¹¹ MARQUES, J. Frederico. *Elementos de direito processual Penal*. Vol. 1. 2.ed. Campinas: Millennium, 2000. p.138.

do Supremo Tribunal Federal reconhece ao Ministério Público poderes de investigação ao afirmar em tese de repercussão geral (Tema nº 184) que: “O Ministério Público dispõe de competência para promover, por autoridade própria, e por prazo razoável, investigações de natureza penal, desde que respeitados os direitos e garantias que assistem a qualquer indiciado ou a qualquer pessoa sob investigação do Estado, observadas, sempre, por seus agentes, as hipóteses de reserva constitucional de jurisdição e, também, as prerrogativas profissionais de que se acham investidos, em nosso País, os advogados (Lei n. 8.906/1994, art. 7º, notadamente os incisos I, II, III, XI, XIV e XIX), sem prejuízo da possibilidade - sempre presente no Estado Democrático de Direito - do permanente controle jurisdicional dos atos, necessariamente documentados (Súmula Vinculante n. 14), praticados pelos membros dessa Instituição”.

Frise-se ainda que o membro do Ministério Público não pode presidir o inquérito policial, de competência do delegado de polícia (Art. 2º, §1º, da Lei n. 12.830 de 2013). As investigações realizadas pelo Ministério Público são materializadas e documentadas no procedimento investigatório criminal (PIC), nos termos da Resolução nº 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP). Excepcionalmente, a investigação deve ser conduzida pelo Ministério Público — e não por delegado de polícia —, quando houver suspeita de envolvimento de agentes de segurança pública na prática de infração penal. Nesse sentido é a decisão na ADPF nº 635 MC/RJ¹² (“ADPF das Favelas”), a qual considerou a ausência de imparcialidade do delegado de polícia necessária à adequada investigação dos fatos, sem prejuízo das atribuições investigativas e correicionais da polícia.

Apesar do que dispõe o Art. 5º, inciso II, do Código de Processo Penal, que mantém a redação original de 1941, a doutrina advoga a impossibilidade de instauração de inquérito policial por requisição da autoridade judiciária. Nesse sentido, Brasileiro alerta que o dispositivo não se compatibiliza com a ordem constitucional vigente, totalmente diversa do regime existente na época em que foi editado o Código de Processo Penal¹³.

É o inquérito que fornece elementos de informação para subsidiar a ação penal. De acordo com o que dispõe o artigo 4º do Código de Processo Penal, o inquérito policial tem a finalidade de apurar infrações penais e res-

12 STF, Pleno, ADPF 635 MC/RJ, Rel. Min. Edson Fachin, julgado em 18/08/2020, DJe de 02/06/2022.

13 LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Jurisprudência Criminal - Volume Único*. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Juspudivm, 2023. p. 152.

pectivas autorias. Já a Lei n. 12.830/2013, no art. 2º, § 1º, afirma que o objetivo do inquérito policial é a apuração das circunstâncias, da materialidade e da autoria das infrações penais.

Aury Lopes Jr. ressalta que a finalidade do inquérito policial não se esgota em reunir informações acerca do fato delituoso para subsidiar a ação penal, mas eventualmente apurar fatos que conduzam ao arquivamento do inquérito¹⁴. Lopes Jr. lembra ainda Carnelluti, para quem “a investigação preliminar não se faz para comprovação do delito, mas somente para excluir uma acusação aventurada”¹⁵.

O inquérito policial caracteriza-se por ser procedimento administrativo, sigiloso, escrito e inquisitivo¹⁶, ao qual se aplicam, no que forem cabíveis, as regras concernentes ao interrogatório, quando da oitiva do indiciado (CPP, art. 6º, V).

Ação penal

A ação penal constitui a segunda fase da persecução penal. Nesse momento, forma-se a relação jurídica processual entre o Estado e o indivíduo denunciado.

Diz-se, em doutrina, que a ação penal é “o direito de pedir ao Estado-Juiz uma decisão sobre um fato penalmente relevante”¹⁷ ou ainda “direito público subjetivo a um provimento do órgão jurisdicional sobre a pretensão punitiva”¹⁸.

Trata-se de fase de maior complexidade em virtude da acusação formal – a denúncia ou queixa – e da possibilidade de condenação, isto é, imposição de pena, com a conclusão do processo. Também é no curso da ação penal que serão produzidas provas pelas partes para fundamentarem suas pretensões – punitiva e de liberdade. Essas são as razões pelas quais a ação penal não pode descurar dos direitos e das garantias ao acusado, em observância ao disposto na Constituição no sentido de que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (Art. 5º, inciso LIV).

¹⁴LOPES JR. Aury. *Sistemas de investigação criminal no processo penal*. Op. cit. p.40 e 47.

¹⁵Apud LOPES JR. Aury. *Sistemas de investigação criminal no processo penal*. Op.cit. p.40 e 47.

¹⁶TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual Processo Penal*. Op. cit. p. 68.

¹⁷Idem. *Ibidem*. p. 114.

¹⁸CINTRA, Antonio Carlos de Araújo., GRINOVER, Ada Pellegrini., DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. Op.cit. p. 273.

A ação penal classifica-se em pública ou privada pelo critério da legitimação ativa – classificação subjetiva¹⁹ – para sua propositura, sendo que a ação penal pública é exercida pelo Ministério Público, nos termos do art. 129, inciso I, da Constituição Federal; e a ação penal privada é exercida pela vítima²⁰.

A ação penal pública é informada, segundo Tourinho Filho, por cinco princípios: oficialidade, indisponibilidade, legalidade ou obrigatoriedade, indivisibilidade e intranscendência²¹. Essa espécie de ação subdivide-se ainda em: ação pública incondicionada e ação pública condicionada à representação ou à requisição.

A ação privada, por seu turno, tem como princípios norteadores a oportunidade ou conveniência, a disponibilidade, a indivisibilidade e a intranscendência. A ação exercida pela vítima pode ser: ação penal privada propriamente dita ou ainda ação penal privada subsidiária da pública – caso em que a ação penal pública não foi proposta no prazo legal (Art. 5º, inciso LIX, da Constituição da República, e Art. 29 do Código de Processo Penal).

O processo penal instrumentaliza o exercício do direito de ação e pode ser classificado, segundo as regras e os princípios que o informam, em inquisitivo, acusatório ou misto.

Denomina-se sistema de processo penal “o conjunto de princípios e regras constitucionais, de acordo com o momento político de cada Estado, que estabelece as diretrizes a serem seguidas para a aplicação do direito penal a cada caso concreto”²².

O sistema inquisitivo, próprio dos regimes monárquicos com forte influência do direito canônico, tem como traços marcantes, segundo aponta Rangel, a concentração das funções de acusar, defender e julgar; o sigilo; a ausência de contraditório e ampla defesa; e, por fim, no que toca às provas,

19 TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual Do Processo Penal*. Op. cit. p. 116.

20 *Idem*. *Ibidem*. p. 116.

21 *Idem*. *Ibidem*. p. 120-125. O referido autor esclarece que por oficialidade se entende que a ação penal deve ser proposta por órgão oficial, ou seja, órgão estatal; no caso, o Ministério Público. O artigo 42 do CPP expressa o princípio da indisponibilidade ao vedar ao Ministério Público a desistência da ação penal pública, seja ela condicionada ou incondicionada. Assim, em virtude da indisponibilidade o órgão ministerial não poderá desistir, transigindo ou acordando, da ação penal. O princípio da obrigatoriedade impõe ao Ministério Público o dever de promover a ação penal, isto é, não é permitido ao parquet optar entre propor ou não a ação penal. Da indivisibilidade extrai-se que a ação penal deve abranger todos aqueles que cometeram a infração penal. Finalmente, a intranscendência significa que a ação penal deve limitar-se apenas àqueles a quem se imputa a prática de infração penal, não alcançando, por exemplo, o responsável civil.

22 RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. Op. cit. p. 45.

o sistema de prova tarifada²³, no qual a confissão tem valor máximo. Cintra, Grinover e Dinamarco definem, sucintamente, o processo inquisitivo como secreto, não contraditório e escrito²⁴.

Por sua vez, o modelo acusatório, diametralmente oposto ao modelo inquisitivo, tem no Estado de Direito²⁵ o ambiente adequado ao seu desenvolvimento. O referido sistema, opção do direito pátrio, é marcado pela separação das funções processuais – acusação, defesa e julgamento –; pela publicidade; pelas garantias de contraditório e ampla defesa; quanto à avaliação das provas, adota o regime do livre convencimento; e pela iniciativa, que, em regra, cabe à parte acusadora²⁶.

Paulo Rangel acrescenta àquelas características a garantia da imparcialidade do órgão julgador²⁷. Entendimento corroborado por Antônio Cintra, Ada Grinover e Cândido Dinamarco que concebem o processo acusatório como um processo penal de partes e de ação²⁸.

No Brasil, a instituição do juiz das garantias, promovida pela Lei n. 13.964 de 2019, constituiu importante avanço democrático no sistema processual penal, no sentido de reafirmar o sistema acusatório e na medida em que delimitou expressamente os atos de competência do juiz das garantias, com destaque para o controle da legalidade da investigação criminal e a salvaguarda dos direitos individuais sujeitos à apreciação judicial (Art. 3º-B do Código de Processo Penal).

Por fim, o modelo misto de processo penal que, como o próprio nome diz, significa um modelo intermediário entre o inquisitivo e o acusatório que reúne características de ambos. Tourinho Filho diz, em síntese, que o sistema misto “desenvolve-se em três etapas: a) investigação preliminar, a cargo da polícia judiciária, sob orientação do Ministério Público; b) instrução preparatória, a cargo do juiz instrutor; e c) fase de julgamento. Das duas primeiras não

23 *Idem. Ibidem, p.46.*

24 CINTRA, Antonio Carlos de Araújo., GRINOVER, Ada Pelegrini., DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo. Op. cit. p.64.*

25 *Modelo de Estado que busca garantir a liberdade e a segurança das pessoas e da propriedade, possibilitando o autodesenvolvimento dos indivíduos, segundo Ernst Wolfgang Böckenförde – Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia, Madrid: Trota, 2000. p.20. Apud MENDES, Gilmar Ferreira., COELHO, Inocêncio Mártires., BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 35.*

26 TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de Processo Penal. Op. cit. p.33.*

27 RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal. Op. cit. p. 48-49.*

28 CINTRA, Antonio Carlos de Araújo., GRINOVER, Ada Pelegrini., DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo. Op.cit. p.64.*

participam a Defesa”²⁹.

O sistema misto, ainda que constitua um avanço em relação ao inquisitivo, recebe críticas, pois mantém a investigação preliminar a cargo de órgão jurisdicional – fato que afeta a imparcialidade própria do magistrado.

Em conclusão, a persecução penal realiza-se em duas fases: a do inquérito policial e a da ação penal.

No inquérito, por ser fase preliminar, não há acusação formal, não há produção de provas – ressalvada a produção antecipada de provas –, de forma que “os elementos probatórios do inquérito não poderão ser aproveitados no processo”³⁰.

A ação penal, em contrapartida, contém uma relação jurídica e ganha forma através do processo penal. Toda a *persecutio criminis* é informada por princípios constitucionais e permeada das garantias fundamentais, sendo que nem todas as garantias são aplicáveis às duas fases.

29 TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de processo penal*. Op. cit. p.33.

30 CINTRA, Antonio Carlos de Araújo., GRINOVER, Ada Pellegrini., DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. Op.cit. p.63.

CAPÍTULO 2 – GARANTIAS FUNDAMENTAIS NA PERSECUÇÃO PENAL

A fase administrativa – inquérito policial – é regida por garantias e princípios, assim como a judicial. Todavia, nem todas as garantias aplicáveis à ação penal encontram paralelo no procedimento administrativo em que consiste o inquérito policial.

Nessa esteira, o Ministro Sepúlveda Pertence, no julgamento do HC 82.354/PR³¹, reafirmou a incidência de direitos fundamentais do indiciado durante o inquérito, como a assistência de advogado e o direito de permanecer calado (uma das perspectivas do *nemo tenetur se detegere*), contudo, negou aplicabilidade ao contraditório e à ampla defesa, haja vista não ser o inquérito policial destinado a decidir litígio.

Ainda na linha desse entendimento, Tourinho Filho ressalta que não se pode confundir procedimento (fase) administrativo com processo administrativo³². Neste, há relação processual e as garantias a ela inerentes. A inaplicabilidade do contraditório no inquérito policial decorre da ausência de acusação e do fato de que, ao final, não haverá imposição de pena. É um procedimento preparatório e facultativo.

Destarte, durante a investigação policial, cumpre ao Estado assegurar garantias como a incolumidade física e moral – se o indiciado estiver sob custódia estatal –, tratamento adequado à presunção de inocência, assistência da família e de advogado, não produzir provas contra si mesmo ou permanecer calado, além de garantias relativas às prisões, conforme seja o caso.

No que diz respeito à ação penal, devido ao traço instrumental do processo penal, argumenta-se que este não se traduz apenas em instrumento de aplicação do direito material – Direito Penal – mas “instrumento a serviço da máxima eficácia de um sistema de garantias mínimas”³³.

Assim sendo, segundo a moderna perspectiva do processo penal, as garantias que o permeiam têm estreita ligação com a instrumentalidade (garantista) do processo; se é que não decorrem dela. A doutrina³⁴ analisa a

31 STF, HC 82.354/PR, Rel. Sepúlveda Pertence, julgado em 10/08/2004, DJ de 24/09/2004, p.42.

32 TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual Processo Penal*. Op. cit. p. 23.

33 LOPES Jr., Aury. *Introdução Crítica ao Processo Penal*. Op. cit. p.2.

34 CINTRA, Antonio Carlos de Araújo., GRINOVER, Ada Pellegrini., DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. Op. cit. p.47-48

instrumentalidade do processo sob dois aspectos: o positivo e o negativo. O primeiro diz respeito à efetividade do processo na busca de uma ordem jurídica justa. Por sua vez, o aspecto negativo ressalta o princípio da instrumentalidade das formas, ou seja, atenta para o fato de que o processo não é um fim em si mesmo.

Sobre a instrumentalidade do processo, segundo a qual “não se concebe a aplicação de pena sem processo”³⁵, Aury Lopes Jr., com muita propriedade, aduz que, pela íntima relação existente entre o direito penal e o processo penal, ao modelo de direito penal mínimo corresponde o processo penal garantista³⁶; este a significar, para Ferrajoli: “Um processo penal que, em garantia dos direitos do imputado, minimize os espaços impróprios da discricionariedade judicial”, pois só assim poderá “oferecer fundamento sólido a independência da magistratura e ao seu papel de controle da legalidade do poder”³⁷.

Lopes Jr. conclui, então, que:

A instrumentalidade garantista do processo penal é o fundamento de sua existência, mas com uma especial característica: é um instrumento de proteção dos direitos e garantias individuais. É uma especial conotação do caráter instrumental que só se manifesta no processo penal, pois trata-se de instrumentalidade relacionada ao Direito Penal, à pena, às garantias constitucionais e aos fins políticos e sociais do processo³⁸.

O processo penal garantista busca assegurar o respeito aos direitos fundamentais do indivíduo durante o desenvolvimento da relação processual. As garantias sobre as quais se funda a instrumentalidade garantista, segundo Aury Lopes Jr., são: a jurisdicionalidade (*nulla poena, nulla culpa sine iudicio*), a gestão da prova, o sistema acusatório, a presunção de inocência, o contraditório, o direito de defesa e a motivação das decisões judiciais³⁹.

Por jurisdicionalidade entende-se a necessidade de que a imposição de pena seja feita exclusivamente por órgãos jurisdicionais, através do processo – meio obrigatório –, mas também o direito ao juiz natural, à independência da magistratura e à submissão desta à lei⁴⁰.

35 TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual Processo Penal*. Op. cit. p. 14.

36 LOPES Jr. Aury. *Introdução Crítica ao Processo Penal*. Op. cit. p.69.

37 FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón – Teoría del Garantismo Penal*. p. 10. Apud LOPES Jr., Aury. *Introdução Crítica ao Processo Penal*. Op. cit. p.69.

38 LOPES Jr., Aury. *Introdução Crítica ao Processo Penal*. Op. cit. p. 10.

39 *Idem*. *Ibidem*. p.70 e ss.

40 *Idem*. *Ibidem*. p.70.

A gestão da prova, como anteriormente mencionado, tem seus contornos definidos pelo sistema de processo penal e, como se verá adiante, pelo sistema de apreciação de provas adotado.

A avaliação das provas, de acordo com Tourinho Filho, constitui a segunda fase da instrução criminal, sendo a primeira a fase de produção de provas⁴¹. São três sistemas: o da íntima convicção ou da prova livre, o das provas legais e o da livre convicção ou da persuasão racional.

O regime da íntima convicção permite ao juiz “integral liberdade de avaliação”⁴², ou seja, “ele decide de acordo com sua convicção íntima, sem necessidade de fundamentar sua decisão”⁴³, de expor a fundamentação racional, de sorte que o “fundamento da sentença é a certeza moral do juiz”⁴⁴, acrescenta Rangel. O ordenamento brasileiro adota o modelo da íntima convicção nos julgamentos do Tribunal do Júri.

Superado o sistema da íntima convicção, o legislador houve por bem determinar o valor de cada prova, eliminando o arbítrio do julgador que imperava no sistema anterior e conferindo mais segurança jurídica. A certeza moral do julgador é substituída pela certeza moral do legislador no sistema das provas tarifadas. Assim, “a lei fixa detalhadamente o valor a ser atribuído a cada meio de prova”⁴⁵.

Observa-se a limitação da atuação judicial, pois restringe-se severamente o espaço de interpretação dos fatos e provas, na medida em que a lei estabelece uma hierarquia e um valor para as provas. Foi nesse sistema que a confissão foi erigida à rainha das provas, pois constituía meio de prova irrefutável.

Um dos resquícios do sistema da prova legal pode ser extraído do disposto no art. 158 do Código de Processo Penal, segundo o qual é indispensável o exame de corpo de delito nas infrações que deixarem vestígios.

Por fim, o modelo da livre convicção ou da persuasão racional demonstrou-se o mais coerente com o processo penal acusatório e com o Estado de Direito, pois, como observa Rangel, esse sistema exige que “o magistrado somente condene com base nas provas contraditadas, ou seja, aquelas que

41 TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de Processo Penal*. Op. cit. p. 525.

42 CINTRA, Antonio Carlos de Araújo., GRINOVER, Ada Pellegrini., DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. Op. cit. p. 375.

43 TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de Processo Penal*. Op. cit. p.526.

44 RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. Op. cit. p. 445.

45 CINTRA, Antonio Carlos de Araújo., GRINOVER, Ada Pellegrini., DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. Op. cit. p. 375.

foram objeto de análise judicial e submetidas às partes para que pudessem utilizar do contraditório⁴⁶.

Extrai-se ainda desse modelo que a decisão do juiz deve ser fundamentada, por exigência de comando constitucional, mas, sobretudo, que as provas idôneas a embasar a sentença são aquelas produzidas sob o crivo do contraditório⁴⁷.

Nessa linha de raciocínio, o Código de Processo Penal brasileiro evidencia a adoção do sistema acusatório na regra contida no artigo 155, ao vedar a utilização exclusiva de elementos informativos colhidos durante a investigação para fundamentar uma sentença condenatória.

A livre convicção não exime o julgador de explicitar as razões que o levaram a determinada conclusão. A liberdade na valoração das provas é uma liberdade guiada pela razão e, por consequência, se dá a partir de critérios lógicos, objetivos e científicos que permitam a compreensão e a verificação de coerência pelas partes e, eventualmente, pela instância recursal.

O sistema acusatório de processo penal, como já mencionado, é um sistema de garantias, e sua adoção se traduz numa garantia que decorre da instrumentalidade.

A Constituição da República, de 1988, prescreve que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (art. 5º, LVII), estabelecendo, assim, a garantia da presunção de inocência ou de não culpabilidade, surgida, historicamente, com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão em 1789.

Em razão da presunção de inocência, discutia-se a constitucionalidade dos dispositivos do Código de Processo Penal (arts. 393, I, e 594) que determinavam restrições à liberdade do acusado antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Com a edição da Lei n. 11.719 de 2008, ao menos no que diz respeito à prisão decorrente de sentença ainda não transitada em julgado, a discussão ficou prejudicada pela revogação do referido artigo (594) pela Lei n. 11.719.

O artigo 594 do Código de Processo Penal dispunha sobre a impossibilidade de o réu apelar sem recolher-se previamente à prisão ou prestar fiança, salvo se primário e portador de bons antecedentes reconhecidos no decreto condenatório, o que resultava em execução provisória da pena.

46 RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. Op. cit. p. 451.

47 *Idem*. *Ibidem*, p. 444-445.

O Superior Tribunal de Justiça editou um enunciado de súmula de jurisprudência (n. 267) em que se afirma: “A interposição de recurso sem efeito suspensivo, contra a decisão condenatória não obsta à expedição de mandado de prisão”⁴⁸.

Percebe-se, de plano, que essa exigência legal não era compatível com a ordem constitucional vigente – que assegura a presunção de não culpabilidade.

Em 2009, o Supremo Tribunal Federal⁴⁹ mudou o entendimento jurisprudencial até então sedimentado e afirmou a impossibilidade de execução da pena antes do trânsito em julgado, ainda que o recurso interposto (ordinário ou extraordinário) não fosse dotado de efeito suspensivo.

Esse entendimento permaneceu aplicável até 2016, quando o STF alterou sua jurisprudência e, no julgamento do HC 126.292, estabeleceu que após a condenação em segundo grau era possível executar a sentença condenatória.

Por fim, em 2019, ao analisar as Ações Declaratórias de Constitucionalidade n. 43, 44 e 54, o STF⁵⁰ concluiu pela constitucionalidade do art. 283 do CPP, de modo que apenas após o trânsito em julgado da sentença condenatória será permitida a execução da pena, ressalvados os casos de prisão preventiva.

Segundo Pacelli⁵¹, o contraditório é um dos valores mais caros ao processo penal, mas também indissociável da ampla defesa, pedra fundamental do processo, porque é “garantia instituída para a proteção do cidadão diante do aparato persecutório penal” necessária à realização de um processo justo e equitativo.

Rogério Cruz aduz que o contraditório significa, em linhas gerais, a necessidade de assegurar às partes oportunidades iguais de serem ouvidas pelo órgão jurisdicional competente, mas constitui, sobretudo, o “método mais confiável para a pesquisa da verdade”⁵².

48 O enunciado de súmula n. 267 não foi formalmente revogado. Contudo, a doutrina entende que o entendimento nela contido se encontra superado. Nesse sentido: CAVALCANTE, Márcio André Lopes. *Súmulas do STF e do STJ Anotadas e Organizadas por Assuntos*. 11.ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Juspodivm, 2023, p. 570.

49 STF, Pleno, HC 84.078, Rel. Min. Eros Grau, julgado em 05/02/2009. DJe de 17/02/2009.

50 STF, Pleno, ADC 43, ADC 44 e ADC 54, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 07/11/2019, DJe de 25/11/2019

51 OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Curso de Processo Penal*. 4.ed. rev. atual. ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 20.

52 CRUZ, Rogério Schiatti Machado. *Garantias Processuais nos Recursos Criminais*. São Paulo: Atlas,

O contraditório ampara-se no binômio: informação e reação. Por informação entende-se a necessidade de informar a cada litigante dos atos praticados no processo, seja pelo juiz ou pela parte contrária⁵³. Por seu turno, a reação significa possibilitar a cada litigante, depois de tomar ciência da prática de ato processual, manifestar-se oralmente ou por escrito sobre o ato praticado.

No particular, o Código de Processo Civil de 2015 trouxe importante contribuição ao dispor, no artigo 369, que as partes têm o direito de empregar todos os meios legais de prova para provar a verdade dos fatos e influir eficazmente na convicção do juiz.

Embora a regra esteja prevista no Código de Processo Civil, explícita o entendimento atual da doutrina processual acerca do contraditório (efetivo), pois exercer o contraditório é, para além da ciência e possibilidade de reação, poder influenciar efetivamente a decisão judicial⁵⁴. Caso contrário, ter-se-ia assegurado apenas o contraditório formal que, apesar de fundamental, não é suficiente para a plena efetividade da garantia⁵⁵.

O direito de defesa, outra decorrência do *due process of law*, assegura aos acusados em geral, conforme assevera a Constituição Federal de 1988, a possibilidade de defender-se das acusações que lhe são imputadas. De acordo com a doutrina de Pontes de Miranda, o direito de defesa consubstancia-se na pretensão à tutela jurídica⁵⁶.

Desdobra-se em defesa técnica e autodefesa. Aquela, de caráter indeclinável, consiste na exigência de que seja feita por profissional da advocacia, dotado de capacidade postulatória - advogado nomeado ou constituído, ou defensor público. O enunciado de súmula n. 523 do STF, dentre outros, de-

2002. p. 169.

53 CINTRA, Antonio Carlos de Araújo., GRINOVER, Ada Pelegrini., DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. Op. cit. p.62.

54 NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 1.ed. São Paulo: Método, 2009. p. 57-58. O Autor sustenta que essa nova perspectiva do contraditório evidencia a importância da efetiva participação das partes na formação do convencimento do juiz.

55 FARIA, Márcio Carvalho. *A lealdade processual na prestação jurisdicional: em busca de um modelo de juiz leal*. 1.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 208-210. O Autor destaca o caráter democrático do processo evidenciado pelo contraditório participativo. "Passa-se, destarte, a falar-se em contraditório dinâmico, em que o juiz, em respeito à cooperação, de modo eminentemente democrático, participa e dialoga com os interessados, ouvindo-lhes, consultando-lhes, advertindo-lhes e, sobretudo, permitindo que seu convencimento seja formado sob o crivo do debate prévio, efetivo e real". Aduz que contraditório efetivo é aquele que permite a produção de resultados válidos em decorrência da participação das partes.

56 PONTES DE MIRANDA. *Comentários à Constituição Federal de 1967 com a Emenda n.1, de 1969*. 3.ed., Rio de Janeiro: Forense, 1987, t.5, p.234. Apud MENDES, Gilmar Ferreira., COELHO, Inocêncio Mártires., BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 524.

monstra a imprescindibilidade da defesa no processo penal⁵⁷.

A autodefesa é faculdade do acusado, direito disponível, exercida pessoal e diretamente pelo réu de três maneiras: 1) direito de audiência; 2) direito de presença; e 3) capacidade postulatória autônoma⁵⁸.

A ampla defesa impede que haja condenação sem defesa, bem como determina que, na falta de defensor, deve ser nomeado defensor dativo para réu⁵⁹.

O dever de motivação das decisões judiciais completa o sistema de garantias em que o processo penal garantista estabelece suas bases. Trata-se de princípio de caráter instrumental por possibilitar o controle do exercício da jurisdição.

Além da função de controle que se destina eminentemente às partes – para viabilizar a impugnação –, a doutrina⁶⁰ acrescenta a função política à motivação das decisões judiciais, segundo a qual a motivação possibilita “aferir-se em concreto a imparcialidade do juiz e a legalidade e justiça das decisões”, não só pelas partes, mas por qualquer um do povo.

À vista dessas considerações, conclui-se que a ação penal é permeada por direitos e garantias que legitimam a atuação estatal na esfera da liberdade individual e revelam o respeito ao devido processo legal.

57 Súmula n. 523 do STF: *No processo penal, a falta da defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu.*

58 LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Jurisprudência Criminal*. 4.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Juspodivm, 2023. p. 136.

59 MENDES, Gilmar Ferreira., COELHO, Inocêncio Mártires., BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. Op. cit. p. 525.

60 CINTRA, Antonio Carlos de Araújo., GRINOVER, Ada Pellegrini., DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. Op. cit. p.74.

CAPÍTULO 3 – DEVIDO PROCESSO LEGAL

A observância ao devido processo legal é determinação constante do artigo 5º, LIV, da Constituição Federal de 1988. A referida garantia tem sua origem histórica na Carta Magna inglesa de 1215⁶¹.

Há quem sustente que o devido processo legal é um princípio matriz, um “postulado fundamental do direito constitucional, do qual derivam todos os outros princípios”⁶². Outros o concebem como cláusula geral⁶³. Denise Neves Abade define o *due process of law* como sendo a “proibição de julgamento de forma que não esteja em conformidade com os ritos previamente estabelecidos, com observância às garantias constitucionais e legais”⁶⁴.

Hodiernamente, fala-se em devido processo legal substancial e devido processo legal processual – ou material e formal, respectivamente.

No Brasil, a doutrina diverge quanto ao reconhecimento do *substantive due process* no direito pátrio⁶⁵, como apontam Nelson Nery Júnior e Rosa Nery.

Pedro Lenza argumenta, em defesa do devido processo legal substantivo, que se trata de um princípio implícito e que dele decorrem os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade⁶⁶. Da mesma maneira, Nucci sustenta que o princípio geral de processo merece ser analisado em seu duplo aspecto, acrescentando que o sentido material (substancial) relaciona-se com o Direito Penal, enfatizando, dentre outras garantias, a legalidade penal⁶⁷.

Moraes – reafirmando a dupla face da cláusula do devido processo legal – acrescenta que no processo penal, o *due process of law* substantivo significa a proteção ao direito de liberdade; e, sob o aspecto formal, garantias

61 SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 24.ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005. p.431-432.

62 NERY JUNIOR, Nelson., NERY, Rosa Maria de Andrade. *Constituição Federal comentada e legislação constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 134.

63 FONTELES, Samuel Sales. *Direitos Fundamentais*. 2.ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 173.

64 ABADE, Denise Neves. *Garantias no processo penal acusatório: o novo papel do ministério público no processo penal de partes*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 123.

65 NERY JUNIOR, Nelson., NERY, Rosa Maria de Andrade. *Constituição Federal comentada e legislação constitucional*. Op. cit. p. 134.

66 LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 11.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Método, 2007. p.739.

67 NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 3.ed. rev. atual. e ampl. 2.tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 90.

como a igualdade entre as partes – réu e Estado persecutor –, ampla defesa, publicidade, juiz natural – também está no duplo sentido –, revisão criminal, entre outras.

Sem embargo, Cintra, Grinover e Dinamarco citam como princípios ou garantias decorrentes do *due process of law* a ampla defesa, o contraditório, a igualdade processual ou *par conditio*, a publicidade, o dever de motivar as decisões judiciais, a inadmissibilidade de provas obtidas por meios ilícitos, o juiz natural, a inviolabilidade do domicílio, o sigilo das comunicações e dos dados⁶⁸. Acrescentam, ainda, que só um procedimento garantido pelo devido processo legal pode legitimar o exercício da função jurisdicional⁶⁹.

A doutrina⁷⁰ inclui na cláusula geral do devido processo legal o direito à prova e a garantia do devido processo penal – como espécie daquela –, que se refere às garantias específicas do processo penal⁷¹, tais como a presunção de não-culpabilidade; a vedação à identificação criminal datiloscópica do civilmente identificado; a indenização por erro judiciário e pela prisão que ultrapasse o tempo da condenação; e a prisão ordenada, ressalvadas as hipóteses legais, por autoridade judiciária competente⁷².

Por devido processo penal, ou seja, garantias processuais penais específicas, Tucci adverte que:

Determinam elas, por sua vez, inequívoca e inexoravelmente, que a pessoa física integrante da coletividade não pode ser privada de sua liberdade, ou de outros bens a esta correlatos, sem o devido processo penal, em que se realize a ação judiciária, atrelada ao vigoroso e incindível relacionamento entre as preceituações constitucionais e as normas penais – quer de natureza substancial, quer de caráter instrumental – que as complementam; e de sorte a tornar efetiva a atuação da Justiça Criminal, tanto na inflição e concretização de sanção (pena ou medida de

68 *Idem. Ibidem. p. 89-90.*

69 *Idem. Ibidem. p. 88.*

70 FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional. 5.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 48 e 77.*

71 Rogério Lauria Tucci elenca como ínsitas ao devido processo penal as garantias: de acesso à Justiça Penal; do juiz natural em matéria penal; de tratamento paritário dos sujeitos parciais do processo penal; da plenitude de defesa do indiciado, acusado ou condenado, com todos os meios e recursos a ela inerentes; da publicidade dos atos processuais penais; da motivação dos atos decisórios penais; da fixação de prazo razoável de duração do processo penal; e da legalidade da execução penal. TUCCI, Rogério Lauria. *Teoria do direito processual penal: jurisdição, ação e processo (estudo sistemático). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 207-208.*

72 CINTRA, Antonio Carlos de Araújo., GRINOVER, Ada Pellegrini., DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo. Op. cit. p. 89-90.*

segurança) imposta, como na afirmação do *ius libertatis*⁷³

Afrânio Jardim prossegue no intento de definir o significado do devido processo legal; diz ele:

A cláusula “devido processo legal” deve significar hoje mais do significava em épocas passadas. Assim, a questão não mais pode se restringir à consagração de um processo penal de partes, com tratamento igualitário, em que o réu seja um verdadeiro sujeito de direitos e não um mero objeto de investigação. O “devido processo legal” não pode ser resumido à consagração do “Juiz Natural”, à vedação de provas ilícitas, ou mesmo à impropriamente chamada presunção de inocência. Tudo isto é muito importante, mas já foi conquistado, restando somente consolidar. Agora, queremos mais do “devido processo legal”, até mesmo porque aquelas matérias mereceram consagração específica na Constituição de 1988, o que denota que o princípio que ora nos ocupa tem campo de incidência mais abrangente, campo mais fértil⁷⁴.

Percebe-se, portanto, que embora possa haver divergência quanto ao reconhecimento e ao conteúdo do devido processo legal material, no direito brasileiro, há certo consenso sobre sua relação com a razoabilidade e proporcionalidade, tal como concebido pela Suprema Corte nos Estados Unidos da América, segundo a qual o *due process of law* constitui proteção para os direitos fundamentais contra conduta estatal irrazoável e arbitrária.

Demais disso, muitas garantias dele decorrentes já se encontram consolidadas, restando poucas controvérsias; mas muito ainda pode ser extraído da referida cláusula na tentativa constante da doutrina e da jurisprudência de delinear os contornos que melhor tutelem os direitos fundamentais⁷⁵, bem como atendam às finalidades do processo.

73 TUCCI, Rogério Lauria. *Teoria do direito processual penal: jurisdição, ação e processo (estudo sistemático)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 208.

74 JARDIM, Afrânio Silva. *Direito processual penal*. 11.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 318.

75 Segundo Antonio Cintra, Ada Grinover e Cândido Dinamarco, as garantias decorrentes do devido processo legal – direito ao processo – constituem uma face do estudo da tutela constitucional do processo, sendo a outra face, o direito de acesso à justiça. Afirma que “a própria Constituição brasileira incumbe-se de configurar o direito processual não mais como um mero conjunto de regras acessórias de aplicação do direito material, mas, cientificamente, como instrumento público de realização da justiça”. CINTRA, Antonio Carlos de Araújo., GRINOVER, Ada Pelegrini., DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. Op. cit. p. 86.

Contraditório e ampla defesa

Como visto, do devido processo legal derivam inúmeros princípios; contudo, merecem análise mais detida o contraditório e a ampla defesa por tocarem particularmente o tema em apreço.

A ampla defesa e o contraditório, consagrados no texto constitucional (art. 5º, LV), constituem as garantias mais expressivas através das quais o devido processo legal se materializa. Defende-se em doutrina que “sem contraditório não pode haver devido processo legal”⁷⁶.

Os referidos institutos possuem íntima relação, a ponto de “nem sempre se lograrem discernir as fronteiras que os dividem”⁷⁷. Todavia, não guardam, entre si, relação de primazia ou derivação⁷⁸. De acordo com Marques, “todo o processo deve ser estruturado sob a forma do contraditório para que o direito de defesa não sofra restrições indevidas”⁷⁹.

O princípio da audiência bilateral – *audiatur et altera pars* –, como afirmam Antonio Cintra, Ada Grinover e Cândido Dinamarco, “é tão intimamente ligado ao exercício do poder, sempre influente sobre a esfera jurídica das pessoas, que a doutrina moderna o considera inerente mesmo à própria noção de processo”⁸⁰.

O contraditório ostenta posto tão relevante no ordenamento jurídico que Gomes Filho o denomina de princípio informativo da plenitude de acesso ao Judiciário, compreendendo-o não só como “um princípio (objetivo) de organização do processo, mas de organização do Estado”⁸¹. O contraditório revela-se, portanto, em verdadeiro direito fundamental processual.

Segundo Fernando Tourinho Filho, o princípio do contraditório “traduz a ideia de que a defesa tem o direito de se pronunciar sobre tudo quanto for produzido em juízo pela parte contrária”⁸². Frederico Marques complementa o entendimento aduzindo que “uma vez que a lide tem sentido bilateral, por-

76 MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. vol. I. Op. cit. p. 87.

77 CRUZ, Rogério Schietti Machado. *Garantias processuais nos recursos criminais*. Op.cit. p. 174.

78 FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 249.

79 MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. vol. I. Op. cit. p. 87.

80 CINTRA, Antonio Carlos de Araújo., GRINOVER, Ada Pelegrini., DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. Op. cit. p. 61.

81 GOMES FILHO, Willis Santiago. *Dos direitos humanos aos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 14. Apud ABADE, Denise Neves. *Garantias no processo penal acusatório: o novo papel do ministério público no processo penal de partes*. Op. cit. p. 109.

82 TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de processo penal*. Op. cit. p.21.

que a sua parte nuclear é constituída por interesses conflitantes, o processo adquire caráter verdadeiramente dialético”⁸³.

O caráter dialético do processo deve-se, em grande medida, ao contraditório. Entretanto, Eugênio Pacelli de Oliveira ressalta que a perspectiva doutrinária do contraditório tem sido ampliada para entender que a garantia não se restringe à participação das partes no processo, mas abrange a paridade de armas como forma de buscar efetiva igualdade processual⁸⁴. Fernandes, compartilhando desse entendimento, esclarece que:

No processo penal é necessário que a informação e a possibilidade de reação permitam um contraditório pleno e efetivo. Pleno porque se exige a observância do contraditório durante todo o desenrolar da causa, até seu encerramento. Efetivo porque não é suficiente que se dê às partes a possibilidade formal de se pronunciar sobre os atos da parte contrária, sendo imprescindível que lhes sejam proporcionados os meios para que tenha condições reais de contrariá-los. Liga-se, aqui, o contraditório com o princípio da paridade de armas⁸⁵...

Ademais, Rogério Cruz observa que, no processo penal:

O contraditório incide desde o nascedouro da relação processual, quer em processo de conhecimento (via de regra em ação penal condenatória), quer em processo de execução e cautelar, perdurando até o seu ocaso, com o trânsito em julgado da sentença⁸⁶.

Como dito anteriormente, a ampla defesa e o contraditório são indissociáveis, tanto assim que não haverá defesa ampla se não houver contraditório. Uma vez que o contraditório se ampara na ciência dos atos praticados e na possibilidade de manifestar-se sobre eles, a defesa somente será ampla e efetiva se puder se valer do binômio ‘informação e possibilidade de reação’.

O direito de defesa manifesta-se, no processo penal, pela defesa técnica e pela autodefesa. Entende a doutrina de Antonio Cintra, Ada Grinover e Cândido Dinamarco ser indispensável tanto a defesa técnica como a autodefesa, sendo esta direito disponível do acusado⁸⁷. No dizer de Antônio Fernandes, “a defesa técnica, para ser ampla como exige o texto constitucional,

83 MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. vol. I. Op. cit. P. 87.

84 OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Curso de processo penal*. Op. cit. p. 23.

85 FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. Op. cit. p. 52.

86 CRUZ, Rogério Schiatti Machado. *Garantias processuais nos recursos criminais*. Op.cit. p. 170.

87 CINTRA, Antonio Carlos de Araújo., GRINOVER, Ada Pelegrini., DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. Op. cit. p.62

apresenta-se no processo penal como defesa necessária, indeclinável, plena e efetiva⁸⁸.

A defesa técnica ou específica⁸⁹ consiste em oposição realizada por pessoa especializada, que exerce profissionalmente a função técnico-jurídica defensiva⁹⁰. A defesa específica é direito irrenunciável do acusado; ainda que o réu não tenha ou não queira constituir defensor, o Estado deve providenciar um defensor para garantir que o réu não fique indefeso. Conforme preleciona Rogério Cruz:

A eventual confissão do acusado e seu manifesto desejo – como expressão de sua autodefesa – de submeter-se a uma sanção criminal não excluem o interesse da coletividade em que se busque, por meio da defesa técnica, a verdade real e a eventual absolvição do imputado, se demonstrada sua inocência⁹¹.

A autodefesa, por conseguinte, é levada a efeito pelo próprio réu e traduz-se numa faculdade; o réu pode optar entre dar a sua versão dos fatos ou silenciar, fazendo uso do seu direito constitucional de permanecer calado.

Em que pese a autodefesa constituir-se em faculdade do indivíduo, essa modalidade de defesa se manifesta através do direito de audiência e do direito de presença⁹². Brasileiro acrescenta a capacidade postulatória autônoma, que lhe permite interpor recursos, impetrar *habeas corpus*, pedir revisão criminal e provocar a instauração de incidentes na execução penal, independentemente da assistência de advogado ou defensor⁹³.

Rangel enfatiza que o réu deve ser citado para comparecer ao interrogatório, sob pena de nulidade; uma vez citado o réu, o interrogatório, apesar de importante, não é indispensável⁹⁴.

O Código de Processo Penal traz o interrogatório no capítulo dedicado à regulamentação das provas, o que leva a doutrina a divergir quanto à natureza desse ato processual.

Parte da doutrina, em virtude da topografia adotada pelo legislador, entende tratar-se o interrogatório de meio de prova.

88 FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. Op. cit. p. 252.

89 TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de Processo Penal*. Op. cit. p.372.

90 Idem. *Ibidem*. p.372

91 CRUZ, Rogério Schiatti Machado. *Garantias processuais nos recursos criminais*. Op. cit. p. 131-132.

92 FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. Op. cit. p. 304.

93 LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Jurisprudência Criminal*. 4.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Juspodivm, 2023. p. 136.

94 RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. Op. cit. p. 474.

Prevalece, todavia, o entendimento doutrinário que assegura a natureza defensiva do interrogatório⁹⁵. Tourinho Filho adota essa orientação em face da norma constitucional do direito ao silêncio. Segundo o autor

Embora o juiz possa formular ao acusado as perguntas que lhe parecerem apropriadas e úteis, transformando o ato numa oportunidade para a obtenção de prova, o certo é que a Constituição consagrou o direito ao silêncio. Em face do texto constitucional (art. 5º, LXIII), o réu responderá às perguntas a ele dirigidas se quiser. Não se pode dizer, pois, que o interrogatório é meio de prova⁹⁶.

Há ainda quem defenda, como Frederico Marques⁹⁷ e Mirabete⁹⁸ e outros⁹⁹, a natureza mista do interrogatório, porque é meio de prova e ato de defesa. Assim se posicionou o Superior Tribunal de Justiça, no Conflito de Competência 3.164/SC:

CC - Processual Penal - interrogatório - precatória - o interrogatório é meio de prova e de defesa. Ideal seria que sempre fosse tomado pelo juiz processante. O judiciário, no entanto, precisa ser realista. A extensão territorial do país impede o deslocamento das pessoas de uma comarca para outra. Some-se a isso o ônus das despesas. O Código de Processo Penal, além disso, não consagrou o princípio da identidade física do juiz. Em havendo necessidade, admissível se faz a renovação do ato pelo magistrado que prolatara a sentença. Admissível, pois, a tomada do interrogatório no juízo deprecado¹⁰⁰ (grifos nossos).

Recentemente, em julgamento de recurso repetitivo (Tema 1114)¹⁰¹, o STJ fixou tese em que afirma que o interrogatório é o último ato da instrução criminal, o que denota certa preponderância do caráter defensivo do interrogatório.

A adoção da tese da natureza jurídica mista do interrogatório do réu

95 LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Jurisprudência Criminal*. 4.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Juspodivm, 2023. p. 136.

96 TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de Processo Penal*. Op. cit. p. 533.

97 MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. Vol. II. 2.ed. Campinas: Millennium, 2000. p. 386.

98 MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo penal*. Op. cit. p. 272

99 Guilherme Souza Nucci apresenta quatro posições doutrinárias acerca da natureza jurídica do interrogatório, quais sejam a de meio de prova; a de meio de defesa; a de meio de prova e de defesa; e, por fim, a de, primordialmente, meio de defesa e, em segundo plano, meio de prova. NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. Op. cit. p.389.

100 STJ, CC 3.164/SC, Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, julgado em 18/03/1993, DJ de 10/05/1993

101 STJ, 3ª Seção. REsp 1.933.759/PR e REsp 1.946.472/PR, Rel. Min. Messod Azulay Neto, julgado em 13/09/2023.

conduz ao questionamento acerca do exercício do contraditório por eventuais corréus, já que o acusado não pode assistir ao interrogatório do corréu (Art. 191, CPP). Situação em que, havendo corréus, durante o interrogatório, um deles atribui responsabilidade de ato criminoso a outro corréu, ocorre o que a doutrina denomina de delação, chamada ou imputação de corréu.

Com o advento da Lei n. 12.850/2013 que, dentre outras, regulamentou a colaboração premiada como meio de obtenção de prova (Art. 3º, inciso I). E no § 10-A do artigo 4º, introduzido pela Lei n. 13.964/2019, positivou o entendimento já assentado pelo STF de que ao réu delatado deve-se garantir a oportunidade de manifestação após o prazo concedido ao réu que o delatou¹⁰².

Segundo Nucci, a delação só poderá ser valorada como prova se “o interrogado, além de atribuir a outrem a prática do crime, também confesse a autoria”¹⁰³, pois se o réu negar a autoria, apenas imputando a responsabi-

102 STF, 2ª Turma. HC 157627 AgR/PR, Rel. orig. Min. Edson Fachin, red. para o ac. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 27/08/2019.

103 NUCCI, Guilherme de Souza. O valor da confissão como meio de prova no processo penal. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 213. Prossegue Nucci, dizendo que “convém, portanto, diferenciar as duas situações: a) o réu confessa a prática do delito do qual está sendo acusado e envolve terceiro, seja co-réu ou não. Trata-se da delação. Se o outro for co-delinquente e estiver sendo processado nos mesmos autos, terá a oportunidade de se manifestar sobre a acusação que lhe foi feita no seu interrogatório (caso este já tenha sido realizado, convém tornar a ouvi-lo sobre o assunto, diante da gravidade do quadro formado); b) o réu não admite a prática do delito e imputa a outro a autoria. Nesse caso, pode acontecer do denunciado já estar integrando o mesmo processo no pólo passivo ou, então, será chamado a integrá-lo por aditamento à denúncia. Poderá, ainda, conforme o caso, ter um processo à parte contra si. Se integrar o mesmo processo onde houver o testemunho – e não a delação – será interrogado a respeito. Caso haja um novo processo, também será ouvido em interrogatório. Em matéria de consequência, é natural que a delação tenha mais força que o simples testemunho. Ao assumir a autoria e denunciar um comparsa, o réu não está se isentando, ainda que possa ter por finalidade amenizar sua situação, intitulado-se participe e não autor, de modo que mais verossímil é a sua declaração. (...) Parece-nos lógico que é praticamente impossível ignorar por completo as declarações que um co-réu faz incriminando outro e fornecendo dados que irão auxiliar o magistrado na busca da verdade real”. Contudo, finaliza o autor afirmando que “o princípio do contraditório é constitucionalmente previsto, de modo que não se pode aceitar, singelamente, a afirmação de que ‘ainda que violadora do princípio do contraditório’ a delação tem sido aceita pelos tribunais. Nada que viole um princípio constitucional pode ser aceito e assimilado pelo sistema jurídico”. A respeito do contraditório na delação, o STJ entende que a participação do defensor do delatado no interrogatório do delator não tem amparo legal; veja-se ementa do acórdão do STJ no HC 100.792/RJ: PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. EXTORSÃO MEDIANTE SEQUESTRO. INTERROGATÓRIO. DELAÇÃO DE CO-RÉU. PARTICIPAÇÃO DE DEFENSOR DO DELATADO. I - O interrogatório, nos termos da novel legislação (Lei nº 10.792/03), continua sendo, também, um meio de prova da defesa (arts. 185, § 2º, 186, caput e parágrafo único, do CPP), deixando apenas de ser ato personalíssimo do juiz (art. 188, do CPP), uma vez que oportuniza à acusação e ao advogado do interrogado a sugestão de esclarecimento de situação fática olvidada. II - A sistemática moderna não transformou, de forma alguma, o interrogado em testemunha. Ao passo que esta não pode se manter silente, aquele, por seu turno, não pode ser induzido a se auto-acusar (o silêncio, total ou parcial, é uma garantia do réu, ex vi art. 5º, LXIII, da CF e art. 186, parágrafo único, do CPP). III - Apesar de ser meio de prova da defesa, aquilo que é dito no interrogatório integra o material cognitivo por força do princípio da comunhão probatória. IV - A participação de advogados

lidade a terceiro, não haverá delação, apenas testemunho – adverte o autor.

Defende-se em doutrina que a delação deve estar respaldada por outros elementos probatórios idôneos¹⁰⁴ para preservação dos princípios constitucionais, entre os quais o contraditório. Essa é também a orientação seguida pelo Supremo Tribunal Federal, expressa na ementa do HC 75.226/MS¹⁰⁵:

COMPETÊNCIA - HABEAS-CORPUS - ATO DE TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Na dicção da ilustrada maioria (seis votos a favor e cinco contra), em relação à qual guardo reservas, compete ao Supremo Tribunal Federal julgar todo e qualquer habeas-corpus impetrado contra ato de tribunal, tenha este, ou não, qualificação de superior. PROVA - DELAÇÃO - VALIDADE. Mostra-se fundamentado o provimento judicial quando há referência a depoimentos que respaldam delação de corréus. Se de um lado a delação, de forma isolada, não respalda condenação, de outro, serve ao convencimento quando consentânea com as demais provas coligidas.

No mesmo sentido, o Superior Tribunal de Justiça se posicionou na Ação Penal n. 1.074/DF¹⁰⁶:

PROCESSUAL PENAL. AÇÃO PENAL. CONSELHEIRO DE TRIBUNAL DE CONTAS. CRIMES DE CORRUPÇÃO PASSIVA E DE LAVAGEM DE DINHEIRO. AUSÊNCIA DE PROVA SEGURA E HARMÔNICA SOBRE A IMPUTAÇÃO DELITIVA. ABSOLVIÇÃO.

I. (...)

III. Razões de decidir

3. A prolação de sentença condenatória demanda a existência de um conjunto harmônico de provas judicializadas que respaldem, de forma segura e inequívoca, a conclusão positiva em torno da autoria e materialidade delitivas imputadas.

dos co-réus não tem amparo legal, visto que criaria uma forma de constrangimento para o interrogado (Precedentes desta Corte)... Writ denegado. STJ, HC 100.792/RJ, Min. Felix Fischer, Julgado em 28/05/2008, DJe de 30/06/2008.

104 TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Manual de processo penal. Op. cit. p. 545. Tourinho Filho complementa que “reconhecendo o réu, no seu interrogatório, a sua culpa e, ao mesmo tempo, imputando a outrem co-participação, ele se transmuta em testemunha. E o que é pior: testemunha que não presta compromisso, que não pode ser processada por falso testemunho, que não pode ser contraditada, nem se admitindo que o delatado faça perguntas ou reperguntas”.

105 STF, HC 75.226/MS, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 12/08/1997, DJ de 19/09/1997. p. 45528.

106 STJ, Corte Especial. AP 1.074/DF, Rel. Min Nancy Andrighi, julgado em 15/10/2025, DJEN de 20/10/2025.

4. Nos termos do art. 156, caput, do CPP, compete ao órgão de acusação demonstrar, por meio de prova robusta que supere qualquer dúvida razoável (BARD - *standard* probatório previsto no art. 66, item 3, do Estatuto de Roma e incorporado ao ordenamento pátrio pelo Dec. 4.388/02), a responsabilidade penal do denunciado, fato que não se observou no presente processo, conforme reconhecido nos memoriais apresentados pelo MPF. (...)

Em tema de autodefesa, discutia-se, em doutrina e jurisprudência, em virtude da ausência de regulamentação legal específica, a possibilidade da realização do interrogatório por videoconferência, em caso de réu preso. A Lei paulista n. 11.819/2005 previu a possibilidade de utilização de aparelhos de videoconferência em procedimentos destinados a audiências e interrogatórios de presos no Estado de São Paulo.

A referida lei paulista teve sua constitucionalidade contestada junto ao Supremo Tribunal Federal, que pronunciou, *incidenter tantum*, a sua inconstitucionalidade, conforme Informativo 526:

O Tribunal, por maioria, concedeu habeas corpus impetrado em favor de condenado pela prática do delito previsto no art. 157, § 2º, I e II, do CP, e declarou, *incidenter tantum*, a inconstitucionalidade formal da Lei paulista 11.819/2005, que previu a utilização de aparelho de videoconferência nos procedimentos judiciais destinados ao interrogatório e à audiência de presos — v. Informativo 518. Na espécie, o interrogatório do paciente, a despeito da discordância de sua defesa, realizara-se sem a presença do paciente na sala da audiência, por meio da videoconferência. Entendeu-se que a norma em questão teria invadido a competência privativa da União para legislar sobre direito processual (CF, art. 22, I). Vencidos, em parte, os Ministros Carlos Britto e Marco Aurélio, que também consideravam caracterizada a inconstitucionalidade material do diploma examinado. Vencida a Min. Ellen Gracie, relatora, que indeferia o writ, por não vislumbrar vício formal, já que o Estado de São Paulo não teria legislado sobre processo, e sim sobre procedimento (CF, art. 24, XI), nem vício material, haja vista que o procedimento instituído teria preservado todos os direitos e garantias fundamentais, bem como por reputar não demonstrado qualquer prejuízo na realização do interrogatório do paciente. HC 90900/SP, rel. orig. Min. Ellen Gracie, rel. p/ o acórdão Min. Menezes Direito, 30.10.2008. (HC-90900).

Posteriormente, a Lei n. 11.900/2009 promoveu alteração no Código de Processo Penal para permitir, em casos excepcionais e devidamente justificados, a realização do interrogatório por sistema de videoconferência. Somente com a edição da referida Lei, o STJ¹⁰⁷ passou a validar o interrogatório feito por videoconferência.

Indubitavelmente, as cláusulas da ampla defesa e do contraditório permeiam todo o desenvolvimento da ação penal. A mesma certeza não há em relação à investigação preliminar. Gilmar Mendes, Inocêncio Coelho e Paulo Branco¹⁰⁸ confirmam a existência de controvérsia, mas informam que a doutrina¹⁰⁹ majoritária e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal¹¹⁰ entendem

107 STJ. 5ª Turma. HC 193904/SP, Rel. Min. Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ-RJ), julgado em 22/05/2012.

108 MENDES, Gilmar Ferreira., COELHO, Inocêncio Mártires., BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. Op. cit. p. 532.

109 Com referência a MARQUES, José Frederico. Elementos de direito processual penal. vol. I. Op. cit. p. 89, e MIRABETE, Júlio Fabbrini. Processo penal. Op. cit. p. 25.

110 Conforme ementa do HC 82.354/PR, Rel. Sepúlveda Pertence, julgado em 10/08/2004, DJ de 24/09/2004, p.42. EMENTA: I. Habeas corpus: cabimento: cerceamento de defesa no inquérito policial. 1. O cerceamento da atuação permitida à defesa do indiciado no inquérito policial poderá refletir-se em prejuízo de sua defesa no processo e, em tese, redundar em condenação a pena privativa de liberdade ou na mensuração desta: a circunstância é bastante para admitir-se o habeas corpus a fim de fazer respeitar as prerrogativas da defesa e, indiretamente, obviar prejuízo que, do cerceamento delas, possa advir indevidamente à liberdade de locomoção do paciente. 2. Não importa que, neste caso, a impetração se dirija contra decisões que denegaram mandado de segurança requerido, com a mesma pretensão, não em favor do paciente, mas dos seus advogados constituídos: o mesmo constrangimento ao exercício da defesa pode substantivar violação à prerrogativa profissional do advogado - como tal, questionável mediante mandado de segurança - e ameaça, posto que mediata, à liberdade do indiciado - por isso legítima a figurar como paciente no habeas corpus voltado a fazer cessar a restrição à atividade dos seus defensores. II. Inquérito policial: inoponibilidade ao advogado do indiciado do direito de vista dos autos do inquérito policial. 1. Inaplicabilidade da garantia constitucional do contraditório e da ampla defesa ao inquérito policial, que não é processo, porque não destinado a decidir litígio algum, ainda que na esfera administrativa; existência, não obstante, de direitos fundamentais do indiciado no curso do inquérito, entre os quais o de fazer-se assistir por advogado, o de não se incriminar e o de manter-se em silêncio. 2. Do plexo de direitos dos quais é titular o indiciado - interessado primário no procedimento administrativo do inquérito policial -, é corolário e instrumento a prerrogativa do advogado de acesso aos autos respectivos, explicitamente outorgada pelo Estatuto da Advocacia (L. 8906/94, art. 7º, XIV), da qual - ao contrário do que previu em hipóteses assemelhadas - não se excluíram os inquéritos que correm em sigilo: a irrestrita amplitude do preceito legal resolve em favor da prerrogativa do defensor o eventual conflito dela com os interesses do sigilo das investigações, de modo a fazer impertinente o apelo ao princípio da proporcionalidade. 3. A oponibilidade ao defensor constituído esvaziaria uma garantia constitucional do indiciado (CF, art. 5º, LXIII), que lhe assegura, quando preso, e pelo menos lhe faculta, quando solto, a assistência técnica do advogado, que este não lhe poderá prestar se lhe é sonogado o acesso aos autos do inquérito sobre o objeto do qual haja o investigado de prestar declarações. 4. O direito do indiciado, por seu advogado, tem por objeto as informações já introduzidas nos autos do inquérito, não as relativas à decretação e às vicissitudes da execução de diligências em curso (cf. L. 9296, atinente às interceptações telefônicas, de possível extensão a outras diligências); dispõe, em consequência a autoridade policial de meios legítimos para obviar inconvenientes que o conhecimento pelo indiciado e seu defensor dos autos do inquérito policial possa acarretar à eficácia do procedimento investigatório. 5. Habeas corpus deferido para que aos advogados constituídos pelo paciente se faculte a consulta aos autos do inquérito policial, antes da data designada para a sua inquirição.

pela inaplicabilidade, consoante a lição de Frederico Marques, para quem “o contraditório é inerente a toda resolução processual de litígios”¹¹¹.

Nesse particular, em virtude da fase inquisitorial da atividade de persecução penal não se constituir em processo, mas em procedimento administrativo, afirma-se que:

O inquérito policial é mero procedimento administrativo que visa à colheita de provas para informações do fato infringente da norma e de sua autoria. Não existe acusação nessa fase, em que se fala em indiciado (e não acusado ou réu), mas não se pode negar que após o indiciamento surge o conflito de interesses, com litigantes (art. 5.º, inc. LV, CF). Por isso, se não houver contraditório, os elementos probatórios do inquérito não poderão ser aproveitados no processo, salvo quando se tratar de provas antecipadas, de natureza cautelar (como o exame de corpo de delito), em que o contraditório é diferido¹¹².

Não obstante a doutrina e a jurisprudência majoritárias afirmarem a inexistência da bilateralidade do contraditório durante o inquérito policial, Rogério Cruz também traz à baila a certeza de que “alguns dos atos praticados durante as investigações devem, para ter (sic) validade futura como prova ou para legitimarem o sacrifício de bens ou direitos individuais, ser praticados mediante prévio ou diferido contraditório”¹¹³.

Antonio Araújo Cintra, Ada Pelegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco reafirmam a tutela plena dos direitos fundamentais do indiciado durante o inquérito. CINTRA, Antonio Araújo., GRINOVER, Ada Pelegrini., DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. Op. cit. p. 63.

111 MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. vol. I. Op. cit. p. 87.

112 CINTRA, Antonio Araújo., GRINOVER, Ada Pelegrini., DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. Op. cit. p. 63.

113 CRUZ, Rogério Schietti Machado. *Garantias processuais nos recursos criminais*. Op. cit. p. 171.

CAPÍTULO 4 – NEMO TENETUR SE DETEGERE

De acordo com o que noticia Maria Elizabeth Queijo, a expressão *nemo tenetur se detegere* significa, em termos literais, que ninguém é obrigado a se descobrir¹¹⁴. A autora cita ainda outras frases latinas pelas quais se reconhece o direito a não produzir prova contra si mesmo, tais como *nemo tenetur edere contra se*, *nemo tenetur se accusare*, *nemo tenetur se ipsum prodere*, *nemo tenetur detegere turpitudinem suam* e *nemo testis contra se ipsum*, que significam, respectivamente, ninguém é obrigado a se denunciar, ninguém é obrigado a se acusar, ninguém pode ser compelido a trair a si mesmo em público, ninguém é obrigado a revelar a sua própria vergonha e ninguém é obrigado a testemunhar contra si mesmo.

Ainda, por Maria Queijo, o direito de silenciar ou de não produzir prova contra si era desconhecido nas civilizações da Antiguidade, assim como na Idade Média¹¹⁵, haja vista o uso predominante da tortura como instrumento de obtenção da confissão. Durante a Idade Moderna, na Inglaterra, identificam-se garantias similares ao *nemo tenetur se detegere*, oriundas do *ius commune*¹¹⁶, porém cercadas de limitações.

Couceiro, por sua vez, identifica, na Idade Antiga, como origem remota do princípio em questão, o instituto conhecido pelos hebreus como “a regra das duas testemunhas”, segundo a qual uma única testemunha era insuficiente¹¹⁷. Seria necessário o depoimento pessoal de pelo menos duas testemunhas para que se admitisse a prova testemunhal como apta a incriminar alguém.

Ao analisar a evolução histórica do processo penal, verifica-se que, enquanto predominava a opção pelo sistema inquisitório, o acusado era tido como objeto de prova e o interrogatório como meio de prova, de forma que não assistia ao acusado o direito de silenciar. Ao contrário. Toda a persecução penal se voltava à obtenção da verdade real, preferencialmente pela

114 QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 4.

115 *Idem*. *Ibidem*. p. 5-6.

116 De acordo com HELMHOLZ, R. H. et al, *The privilege against self-incrimination: its origins and development*. Chicago: Universidade de Chicago, 1997. p.17. Apud QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal*. Op.cit. p. 12-13, a expressão *ius commune* refere-se à combinação dos cânones legais e romanos.

117 COUCEIRO, João Cláudio. *A garantia constitucional do direito ao silêncio*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 29-30.

confissão, e a tortura era o meio mais eficaz de alcançá-la.

O pensamento de Beccaria ilustra o tratamento dispensado à manifestação do acusado no processo penal em meados do século XVIII, pois, segundo ele, o silêncio do acusado era ofensivo à justiça¹¹⁸.

Com a Revolução Francesa e a evidência das ideias iluministas, passou-se a reconhecer algumas garantias ao acusado. Os pensadores da época criticavam de forma veemente o emprego da violência, a imposição do juramento e a penalização do interrogando silente – práticas tidas por instrumentos de justiça¹¹⁹. Foi no contexto da Revolução Francesa que as ideias que se condensam na expressão latina *nemo tenetur se detegere* começaram a se consolidar.

Desse modo, somente após o século XVIII, com a afirmação de alguns ideais do Iluminismo, é possível observar aplicações mais consistentes do *nemo tenetur se detegere*, pois sob o influxo daqueles pensamentos, os ordenamentos jurídicos modernos começaram a adotar outro paradigma de processo penal. Não se concebia mais um processo penal despido de direitos e garantias, marcado pelo arbítrio como o sistema inquisitivo.

Segundo conclui Eugênio de Oliveira, “o nascimento do *nemo tenetur se detegere* está ligado à necessidade de superação das mais variadas formas de absolutismo, estatal ou eclesiástico, que ao longo da história submeteram o homem ao exercício do poder”¹²⁰.

O *nemo tenetur se detegere*, como afirma Maria Queijo, traduz-se em “direito à não autoincriminação, que assegura esfera de liberdade ao indivíduo, oponível ao Estado, que não se resume ao direito ao silêncio”¹²¹. Prossegue a citada autora que, sob a ótica de direito fundamental, o *nemo tenetur se detegere*

Objetiva proteger o indivíduo contra excessos cometidos pelo Estado, na persecução penal, incluindo-se nele o resguardo contra violências físicas e morais, empregadas para compelir o indivíduo a cooperar na investigação e apuração de delitos, bem como contra métodos proibidos de interrogatório, sugestões e dissimulações¹²².

118 BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Martin Claret, 2002. p. 35-36.

119 QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal*. Op. cit. p. 8-9.

120 OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Processo e hermenêutica na tutela penal dos direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p.207.

121 QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal*. Op. cit. p. 54-55.

122 Idem. *Ibidem*. p. 55.

Nessa linha de raciocínio, sobre a concessão de benefícios, João Couceiro aponta a existência de posições doutrinárias segundo as quais “qualquer forma de benefício concedido à pessoa para que emita declaração (como a redução da pena ou concessão de liberdade provisória) consiste em pressão ilegal sobre o seu direito de calar”¹²³, não obstante, defende o autor que “pode, e deve, a política criminal, em tempos de criminalidade ultra-organizada, incentivar a colaboração dos acusados, instituindo atenuantes ou causas de redução de pena”¹²⁴, ou seja, os benefícios a que se referiu Maria Queijo.

No direito brasileiro, a garantia contra a autoincriminação ganhou expressão com a Constituição Federal de 1988, extraída do Art. 5º, inciso LXIII, e foi reafirmada, em seguida, com a adesão a pactos internacionais que a proclamam.

O Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos dispõe que toda pessoa acusada de um delito terá direito, em plena igualdade, a não ser obrigada a prestar declarações contra si própria nem a confessar-se culpada – Art. 14, 3, g.

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Art. 8º, 2, g – expressa a mesma garantia trazida pelo Pacto. Os referidos diplomas internacionais foram incorporados ao direito brasileiro através do Decreto Legislativo nº 226 e do Decreto nº 678. Sendo assim, o Brasil obrigou-se a tomar as medidas necessárias à implementação e proteção dos direitos afirmados naqueles documentos.

Sobre o tema, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, no caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*¹²⁵, condenou o Estado mexicano pela detenção ilegal e tortura de dois camponeses, pelo Exército, para assinarem confissões. Ainda assentou a invalidade absoluta das confissões, o que determinava a exclusão de todo material probatório delas derivado.

No Brasil, o *nemo tenetur se detegere* se expressa através do direito ao silêncio e do direito a não produzir prova contra si mesmo, sendo este mais abrangente que aquele, no entanto, por vezes se confundem.

123 COUCEIRO, João Cláudio. *A garantia constitucional do direito ao silêncio*. Op. cit. p.135.

124 *Idem*. *Ibidem*. p. 363.

125 Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México*, julgado em 26/10/2010. Disponível em: <<https://jurisprudencia.corteidh.or.cr/es/vid/883974410>>. Acesso em 20/05/2026.

Direito ao silêncio

A faculdade do preso ou acusado de permanecer silente decorre do brocardo latino *nemo tenetur se detegere*, ou seja, o direito ao silêncio guarda com este relação de gênero e espécie¹²⁶.

A doutrina aponta, de forma majoritária, o direito à defesa como fundamento do direito ao silêncio. Adauto Suannes, todavia, entende que o citado direito funda-se no direito à intimidade¹²⁷. Sem embargo à posição de Suannes, a análise do direito ao silêncio sob a perspectiva do direito à defesa permite exploração mais abrangente do instituto.

Em essência, a garantia insculpida no artigo 5º, inciso LXIII, da Constituição Federal visa assegurar que o indivíduo não seja coagido, pressionado ou obrigado a colaborar com a atividade persecutória do Estado se esta atividade se dirige contra ele. Há, em doutrina, quem afirme que a referida garantia “não vai além do direito de permanecer calado”¹²⁸. Afirma-se também que “o direito ao silêncio configura-se como uma exigência do princípio da inocência”¹²⁹.

João Couceiro entende que o direito ao silêncio, como assegurado nos diplomas internacionais – Convenção Americana de Direitos Humanos e Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos –, garante à pessoa “um direito genérico de não colaborar na produção de provas que possa incriminá-la, sendo que nada impede que, de sua recusa, se extraia indício de sua culpa”¹³⁰.

Spitzcovsky ressalta a importância da inclusão do direito ao silêncio na Carta de 1988, porque voltada a combater práticas arbitrárias e ilegais típicas de períodos ditatoriais e que, portanto, não se compatibilizam com um Estado Democrático de Direito¹³¹.

As práticas consideradas arbitrárias atualmente, como as torturas, os juramentos e outros atos coercitivos que visam à emissão de declaração, por

126 TOVIL, Joel. *A proteção contra a auto-acusação compulsória aplicada à persecução penal*. In *Revista Magister: direito penal e processual penal*. V.4, n. 22, fev/mar., 2008, p. 86-114.

127 SUANNES, Adauto. *Os fundamentos éticos do devido processo penal*. 2.ed. São Paulo: RT, 2004, p.333.

128 OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Processo e hermenêutica na tutela penal dos direitos fundamentais*. Op. cit. p. 207.

129 Idem. *Ibidem*. p. 209.

130 COUCEIRO, João Cláudio. *A garantia constitucional do direito ao silêncio*. Op. cit. p. 148.

131 SPITZCOVSKY, Celso. *O direito constitucional ao silêncio e suas implicações*. In *Revista Magister: direito penal e processual penal*. v.2, n.7, Agosto e Setembro/2005, p. 12-18.

parte do preso ou acusado, que possam prejudicar sua defesa processual, outrora foram tidas por práticas legítimas, porquanto constituíam meios para a busca da verdade real.

Beccaria, à época, reconhecia a inutilidade dos juramentos, por contradizerem o sentimento natural do acusado – que seria, em tese, de esconder a verdade –, e condenava a prática da tortura como forma de obter informações ou confissão do réu¹³², apesar de defender que o acusado não poderia se negar a responder ao interrogatório. Se o fizesse, deveria sofrer pesada pena. Beccaria entendia o silêncio do acusado como “um escândalo para a sociedade e uma ofensa para a justiça”¹³³.

Com o reconhecimento do direito de permanecer silente ao sujeito passivo da atividade persecutória estatal, surgiram outros questionamentos; agora, em relação ao momento de sua aplicação e aos limites a que esse direito estaria sujeito.

Quanto ao momento a partir do qual o indivíduo pode invocar esse direito, o caso norte-americano *Miranda vs. Arizona* representou um importante marco na história do “privilégio contra autoincriminação” – como é conhecido nos Estados Unidos da América. A partir do julgamento do referido caso, pela Suprema Corte Americana, restou assentado que o *Miranda warning*¹³⁴ (Aviso de Miranda) deveria ser efetuado antes de qualquer questionamento¹³⁵ acerca do fato considerado criminoso, fosse pelo juiz ou pela polícia.

Dessa forma, o indiciado ou réu deve ser esclarecido acerca de seus direitos para que possa exercê-los, se assim lhe convier. Tourinho Filho enumera os direitos do imputado, dentre os quais o de não responder às perguntas que lhe forem formuladas¹³⁶ – quer pela autoridade policial¹³⁷, quer pela autoridade judiciária –, ou seja, o direito de permanecer em silêncio sem que

132 BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Op. cit. p. 36-37.

133 *Idem*. *Ibidem*. p. 35-36.

134 Antes de proceder a qualquer pergunta ao acusado ou preso, a autoridade norte-americana declara, in verbis: “You have the right to remain silent. Anything you say can and will be used against you in a court of law. You have the right to be speak to an attorney, and to have an attorney present during any questioning. If you cannot afford a lawyer, one will be provided for you at government expense”.

135 “Under *Miranda*, prior to interrogation, a person in custody must be told of the right to remain silent and the likelihood that statements made by the person will be used against him or her in the court”. *Miranda v. Arizona: A Primer*. Disponível em: <www.landmarkcases.org/miranda/primer>. Acesso em 17/11/2008, às 22h55.

136 TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de processo penal*. Op. cit. p. 370-371.

137 Sobre o tema, o STF afetou o RE 1177984 para fixação de tese de repercussão geral (Tema 1185) acerca da obrigatoriedade de informação do direito ao silêncio ao preso, no momento da abordagem policial, sob pena de ilicitude da prova, tendo em vista os princípios da não autoincriminação e do devido processo legal.

daí se extraia qualquer ilação que o prejudique, por força da norma contida no parágrafo único do artigo 186 do Código de Processo Penal.

Portanto, para a efetiva concretização e exercício do direito ao silêncio, é imprescindível que o preso ou o acusado seja devidamente informado de todos os seus direitos. Ao direito de permanecer calado corresponde o dever da autoridade pública de cientificar o indivíduo dessa prerrogativa, assegurando-lhe o pleno conhecimento do direito de não produzir prova contra si.

Sem a atribuição à autoridade do dever de informar a pessoa acerca de seus direitos, compromete-se a tutela desses direitos, pois, por desconhecê-los, o indivíduo dificilmente poderá exercê-los de forma plena e eficaz. Nesse diapasão, Maria Queijo assevera que:

Não basta, assim, que o ordenamento jurídico venha a tutelar determinado direito ou garantia do acusado, sem criar mecanismos que assegurem a sua efetividade. Dessa forma, de pouca ou nenhuma valia seria a previsão do direito ao silêncio para o acusado se não houvesse o correspondente dever da autoridade de informá-lo acerca desse direito e de sua extensão¹³⁸.

Por se tratar de um direito, seu titular tem liberdade para decidir se o exerce ou não, e ainda se o exercerá integralmente ou parcialmente. Neste último caso, tem-se o que se convencionou chamar de 'silêncio seletivo'.

O silêncio seletivo consiste na opção do acusado, por ocasião de seu interrogatório, de escolher quais perguntas responder ou de responder apenas às perguntas da defesa. Apesar das críticas e oposições, não subsistem razões para excluir o direito ao silêncio do regime jurídico geral dos direitos que admitem exercício parcial. E o Supremo Tribunal Federal¹³⁹, no julgamento do Agravo Regimental no RHC 213849, afirmou a legitimidade do silêncio seletivo e destacou que é incompatível com a Constituição condicionar a validade do interrogatório ao exercício integral do direito ao silêncio.

Muito se discutiu, ainda, sobre as consequências da não informação ao acusado ou indiciado do direito que lhe assiste de escolher entre calar – para não se incriminar – ou participar ativamente de sua defesa, no *iter* da persecução penal.

Sustentava-se tratar-se de mera irregularidade. Até que o Supremo Tri-

¹³⁸ QUEIJO, Maria Elizabeth O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal. Op. cit. p. 205.

¹³⁹ STF, 2ª Turma. AgRg no RHC 213849, Rel. orig. Min. Ricardo Lewandowski, red. para o ac. Min. Edson Fachin, julgado em sessão virtual de 5/04/2024 a 12/04/2024, DJE de 15/05/2024.

bunal Federal pacificou a orientação no sentido de ser causa de nulidade a falta de informação ao acusado/preso do direito de permanecer em silêncio, e não mera irregularidade, conforme se depreende da ementa do acórdão do HC 78.708/SP¹⁴⁰

EMENTA: Informação do direito ao silêncio (Const., art. 5º, LXIII): relevância, momento de exigibilidade, consequências da omissão: elisão, no caso, pelo comportamento processual do acusado. I. O direito à informação da faculdade de manter-se silente ganhou dignidade constitucional, porque é instrumento insubstituível da eficácia real da vetusta garantia contra a autoincriminação que a persistência planetária dos abusos policiais não deixa perder atualidade. II. Em princípio, em vez de constituir irregularidade desprezível, a omissão do dever de informação ao preso sobre seus direitos, no momento adequado, gera efetivamente a nulidade e impõe a desconsideração de todas as informações incriminatórias dele anteriormente obtidas, assim como das provas delas derivadas. III. Mas, em matéria de direito ao silêncio e à informação oportuna dele, a apuração do gravame há de fazer-se a partir do comportamento do réu e da orientação de sua defesa no processo: o direito à informação oportuna da faculdade de permanecer calado visa a assegurar ao acusado a livre opção entre o silêncio - que faz recair sobre a acusação todo o ônus da prova do crime e de sua responsabilidade - e a intervenção ativa, quando oferece versão dos fatos e se propõe a prová-la: a opção pela intervenção ativa implica abdicação do direito a manter-se calado e das consequências da falta de informação oportuna a respeito.

Além dos prejuízos advindos do entendimento de que a omissão, por parte da autoridade pública, quanto à informação sobre o direito ao silêncio configuraria uma mera irregularidade processual — ou mesmo procedimental —, o ordenamento jurídico pátrio acabava por reiterar uma tutela deficiente¹⁴¹ do direito ao silêncio, como lembra Maria Elizabeth Queijo.

O Código Processual Penal reconhecia ao acusado o direito de silenciar, porém o silêncio poderia ser interpretado em prejuízo da defesa. Desse modo, fica claro que a tutela dispensada ao direito de permanecer calado não era eficiente, já que de seu exercício poderia resultar desvantagem para o réu.

¹⁴⁰ STF, HC 78.708/SP, Rel. Sepúlveda Pertence, julgado em 09/03/1999, DJ de 16/04/1999, p. 8.

¹⁴¹ QUEIJO, Maria Elizabeth. O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal. Op. cit. p.105.

Antes da alteração promovida pela Lei n. 10.792 de 2003, o direito ao silêncio existia sem efetividade. A redação nova do parágrafo único do artigo 186 do Código de Processo Penal, ao impedir que o silêncio do réu seja considerado em prejuízo da defesa, alinha, em certa medida, o sistema processual penal à ordem constitucional inaugurada pela Constituição Federal de 1988 e confere efetividade à norma constitucional.

Couceiro lamenta, contudo, que quando das alterações introduzidas pela Lei n. 10.792/2003, não se tenha optado por deixar a realização do interrogatório a critério da defesa¹⁴², ou seja, mediante requerimento, a exemplo do que ocorria na Lei de Imprensa (art. 45, III, Lei n. 5.250/67).

A tutela mais efetiva do direito ao silêncio teve como importante consequência a impossibilidade de valoração do silêncio em prejuízo da defesa. Conforme ressalta Eugênio Pacelli de Oliveira, “estabelecido o direito ao silêncio, tem-se como conclusão inevitável que a certeza judicial não pode mais ser construída sobre a omissão ou inatividade do acusado na defesa de seus interesses”¹⁴³.

Alcance do Nemo Tenetur se Detegere

Analisado o conteúdo do direito fundamental que assegura que ninguém poderá ser obrigado a se incriminar e as garantias dele decorrentes, como o direito ao silêncio, cumpre, sob a perspectiva da aplicação dos direitos fundamentais e a teoria externa¹⁴⁴ (conteúdo, limites e restrições), tratar do alcance do direito a não produzir prova contra si mesmo.

O art. 22 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos dispõe que os direitos previstos nesta Convenção admitem restrições excepcionais, na medida estritamente necessária à proteção da segurança, ordem, moral e/ou saúde públicas, à proteção dos direitos e liberdades das demais pessoas, ou ainda para prevenir infrações penais.

No mesmo sentido, a Constituição Federal de 1988 admite limitação a direitos e liberdades individuais, inclusive o direito à vida (art. 5º, XLVII) – direito fundamental por excelência –, consoante a adoção do Estado Democrático de Direito, no qual inexistem direitos ilimitados.

142 COUCEIRO, João Cláudio. *A garantia constitucional do direito ao silêncio*. Op. cit. p. 363.

143 OLIVERIA, Eugênio Pacelli de. *Processo e hermenêutica na tutela penal dos direitos fundamentais*. Op. cit. p. 208.

144 De acordo com FONTELES, Samuel Sales. *Direitos Fundamentais*. Op. cit. p. 44. Em termos gerais, a teoria externa dos direitos fundamentais parte da premissa de que os direitos fundamentais não são absolutos e admitem restrições, que podem se originar da lei ou da colisão com outros direitos fundamentais.

Assentada a premissa de que se trata de direito fundamental¹⁴⁵ de previsão expressa no texto constitucional e inequívoca aplicação no direito brasileiro pela adesão a diplomas internacionais que o proclamam, tem-se que — como todo direito fundamental —, o direito ao silêncio ou o privilégio contra autoincriminação sofre limitações ou conformações em sua aplicação ao caso concreto.

A efetividade da proteção consubstanciada num direito fundamental depende da determinação de seu campo de incidência. Conforme lecionam Mendes, Coelho e Branco, “a definição do âmbito de proteção configura pressuposto primário para a análise de qualquer direito fundamental”¹⁴⁶. Definir o âmbito de proteção de um direito fundamental significa identificar as balizas de aplicação, os limites a que se submete.

Canotilho, discorrendo sobre as limitações aos direitos constitucionais, aponta que, segundo a teoria das limitações horizontais, “o exercício de direitos, liberdades e garantias pressuporia logo uma ‘reserva de amizade’ e de ‘não prejudicialidade’, não como restrição dos direitos, mas como limite dos pressupostos jurídicos e fácticos desses mesmos direitos”¹⁴⁷.

As palavras do constitucionalista português reafirmam a ideia de que os direitos fundamentais não são absolutos, pelo contrário, comportam limitações. Pois, ainda com Canotilho, “as normas consagradoras de direitos fundamentais protegem determinados ‘bens’ ou ‘domínios existenciais’”¹⁴⁸, que ele prefere chamar de ‘domínio normativo’, como sendo aquelas ‘realidades da vida’ que as normas garantidoras de direitos tomam como ‘objecto de protecção’.

Depreende-se, portanto, que, em matéria de direitos fundamentais, não prevalece o entendimento de que sejam absolutos, admitindo-se, ao contrário, a possibilidade de limitações; entende-se, inclusive, que “não integraria o âmbito de proteção qualquer assertiva relacionada com a possibilidade de limitação ou restrição a determinado direito fundamental”¹⁴⁹.

145 Como ressalta Denise Abade, “não há mais dúvidas de que as questões referentes à estrutura processual e aos meios e forma de participação no processo são temas que pertencem à problemática dos direitos fundamentais no Estado Constitucional. Em uma abordagem garantista do processo, e especificamente do processo penal, as garantias processuais devem ser inseridas como novos componentes da concessão dos direitos fundamentais no Estado Constitucional. As garantias processuais são os instrumentos que fazem valer os direitos fundamentais”. ABADE, Denise Neves. Garantias do processo penal acusatório: o novo papel do ministério público no processo penal de partes. Op. cit. p. 107.

146 MENDES, Gilmar Ferreira., COELHO, Inocêncio Mártires., BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. Op. cit. p. 284.

147 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional. 6.ed.rev. Coimbra: Almedina, 1993. p. 608.

148 Idem. Ibidem, p. 632.

149 MENDES, Gilmar Ferreira., COELHO, Inocêncio Mártires., BRANCO, Paulo Gustavo Gonet.

No direito alemão, por exemplo, adota-se o princípio da proporcionalidade, com função de bússola a orientar a restrição de direitos fundamentais, como limite ou exceção ao direito de não ser obrigado a se incriminar. Dado que é necessário assegurar a intangibilidade do núcleo essencial dos direitos fundamentais, as restrições devem ser necessárias, adequadas e proporcionais, não afetando aquele núcleo¹⁵⁰.

A ampla defesa – de que decorre o direito ao silêncio –, ou a plenitude de defesa, como postas no texto constitucional, não significam o exercício indiscriminado, abusivo ou a ausência de restrições. Alexander Araujo de Souza assevera que “o seu exercício deve encontrar lindes em outros valores e garantias igualmente relevantes, com os quais deve compatibilizar-se e conviver harmoniosamente”¹⁵¹.

A primeira definição necessária à aplicação do direito ao silêncio se dá quanto ao titular do direito. O inciso LXII do artigo 5º da Constituição da República de 1988 estabelece que o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado. Em que pese a norma constitucional referir-se somente aos presos, a doutrina e a jurisprudência pacificaram-se no sentido de que essa garantia não se limita àqueles sob custódia do Estado, conforme exposto na decisão proferida pelo Ministro Sepúlveda Pertence, no HC 79.244-9¹⁵²

EMENTA: I. CPI: *nemo tenetur se detegere*: direito ao silêncio. Se, conforme o art. 58, § 3º, da Constituição, as comissões parlamentares de inquérito detêm o poder instrutório das autoridades judiciais — e não maior que o dessas — a elas se poderão opor os mesmos limites formais e substanciais oponíveis aos juízes, dentre os quais os derivados das garantias constitucionais contra a autoincriminação, que têm sua manifestação mais eloquente no direito ao silêncio dos acusados. **Não importa que, na CPI - que tem poderes de instrução, mas nenhum poder de processar nem de julgar - a rigor não haja acusados: a garantia contra a autoincriminação se estende a qualquer**

Curso de Direito Constitucional. Op. cit. p. 285.

150 BARROS, Suzana de Toledo. O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais. 2.ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000. p. 46. e BUECHELE, Paulo Armínio Tavares. O princípio da proporcionalidade e a interpretação da Constituição. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 143. Apud QUEIJO, Maria Elizabeth. O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal. Op. cit. p. 327.

151 SOUZA, Alexander Araujo de. O abuso de direito no processo penal. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007. p. 120.

152 STF, HC 79244-9/DF, Rel. Sepúlveda Pertence, julgado em 23/02/2000, DJ de 24/03/2000, p.38.

indagação por autoridade pública de cuja resposta possa advir à imputação ao declarante da prática de crime, ainda que em procedimento e foro diversos. Se o objeto da CPI é mais amplo do que os fatos em relação aos quais o cidadão intimado a depor tem sido objeto de suspeitas, do direito ao silêncio não decorre o de recusar-se de logo a depor, mas sim o de não responder às perguntas cujas repostas entenda possam vir a incriminá-lo: liminar deferida para que, comparecendo à CPI, nesses termos, possa o paciente exercê-lo, sem novamente ser preso ou ameaçado de prisão. II. Habeas corpus prejudicado, uma vez observada a liminar na volta do paciente à CPI e já encerrados os trabalhos dessa. (grifos nossos)

Nota-se um alargamento da proteção sob a perspectiva do sujeito de modo a abarcar o indiciado ou investigado, tanto no inquérito policial como no parlamentar, mas também as testemunhas.

Em que pese a ausência de regra específica para as testemunhas no Código de Processo Penal, a exemplo do que prevê o Código de Processo Civil (Art. 448), o entendimento consolidado na jurisprudência do STF lhes garante o direito ao silêncio se a resposta às indagações puder acarretar prejuízo ou incriminação¹⁵³, sem incorrer no crime de falso testemunho em razão da omissão.

O estudo do direito de não produzir prova contra si mesmo depende de outras definições, de caráter objetivo, porquanto relacionadas à conduta, sob duplo aspecto: a conduta do titular do direito e a agressão – ato da autoridade pública – contra a qual se volta aquela conduta.

153 Confirma-se a ementa do HC 79812. “E M E N T A: COMISSÃO PARLAMENTAR DE INQUÉRITO - PRIVILÉGIO CONTRA A AUTO-INCRIMINAÇÃO - DIREITO QUE ASSISTE A QUALQUER INDICIADO OU TESTEMUNHA - IMPOSSIBILIDADE DE O PODER PÚBLICO IMPOR MEDIDAS RESTRITIVAS A QUEM EXERCE, REGULARMENTE, ESSA PRERROGATIVA - PEDIDO DE HABEAS CORPUS DEFERIDO. - O privilégio contra a auto-incriminação - que é plenamente invocável perante as Comissões Parlamentares de Inquérito - traduz direito público subjetivo assegurado a qualquer pessoa, que, na condição de testemunha, de indiciado ou de réu, deva prestar depoimento perante órgãos do Poder Legislativo, do Poder Executivo ou do Poder Judiciário. - O exercício do direito de permanecer em silêncio não autoriza os órgãos estatais a dispensarem qualquer tratamento que implique restrição à esfera jurídica daquele que regularmente invocou essa prerrogativa fundamental. Precedentes. O direito ao silêncio - enquanto poder jurídico reconhecido a qualquer pessoa relativamente a perguntas cujas respostas possam incriminá-la (nemo tenetur se detegere) - impede, quando concretamente exercido, que aquele que o invocou venha, por tal específica razão, a ser preso, ou ameaçado de prisão, pelos agentes ou pelas autoridades do Estado. - Ninguém pode ser tratado como culpado, qualquer que seja a natureza do ilícito penal cuja prática lhe tenha sido atribuída, sem que exista, a esse respeito, decisão judicial condenatória transitada em julgado. O princípio constitucional da não-culpabilidade, em nosso sistema jurídico, consagra uma regra de tratamento que impede o Poder Público de agir e de se comportar, em relação ao suspeito, ao indiciado, ao denunciado ou ao réu, como se estes já houvessem sido condenados definitivamente por sentença do Poder Judiciário. Precedentes”. STF, Pleno. HC 79812, Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 08/11/2000, DJ 16/02/2001.

Sob o prisma da conduta do titular do direito, é certo que o direito de não produzir prova contra si mesmo alberga condutas como a recusa à participação na reconstituição do crime; o não fornecimento de documentos, de padrões gráficos, de voz ou biológicos¹⁵⁴; o não comparecimento à audiência de reconhecimento¹⁵⁵; não responder às perguntas formuladas a respeito do crime, escolher as perguntas que responderá ou até fornecer a versão dos fatos que melhor lhe aprouver.

Entre nós, as cortes superiores elucidam condutas estatais ou previsões legislativas e ainda condutas individuais que são ou não compatíveis com o direito em questão, isto é, representam ou não ofensa ao seu núcleo essencial. Cite-se, por exemplo, o entendimento do STF em relação ao crime previsto no art. 305 do Código de Trânsito Brasileiro, na ADC 35/DF¹⁵⁶, ao banco de dados com perfil genético de pessoas condenadas por crimes violentos ou hediondos, no RE 973.837/MG (Tema 905 de repercussão geral, pendente de julgamento), ao teste de etilômetro, e, no que toca ao presente estudo, ao crime de falsa identidade (Art. 307 do Código Penal).

No primeiro caso, discutiu-se a constitucionalidade da previsão legal à luz do direito de não produzir prova contra si mesmo, o que ocorreu três meses depois do Tribunal ter firmado tese de repercussão geral (Tema 907) assentando a constitucionalidade do art. 305, CTB. Prevaleceu o entendimento de que a evasão do local do acidente não constitui exercício legítimo do direito à não autoincriminação.

154 Ao contrário do que ocorre no direito alemão, como informa Maria Elizabeth Queijo, em que o acusado é obrigado a suportar intervenções corporais, colheita de material biológico para exames, isto é, investigação corporal, sem o consentimento do acusado. Segundo Maria Queijo, "pode-se afirmar que o acusado tem o dever de colaboração na produção da prova sob pena de execução forçada. O limite para essa execução encontra-se no perigo para a saúde do acusado.

Saliente-se que não se considera, nesse sistema, que haja qualquer violação à dignidade do indivíduo na coleta de material para perícia, mediante intervenção corporal no acusado não consentida, ainda que seja invasiva". Queijo informa ainda que parte da doutrina alemã considera ilícitas as provas colhidas mediante intervenções corporais não consentidas, mas esse não é o entendimento dominante, especialmente na jurisprudência. Segundo ela, "os tribunais alemães, inclusive o Tribunal Constitucional Federal, têm admitido o reconhecimento e ainda a imposição de outras medidas, como cortar o cabelo ou a barba; usar de artifícios para forçar uma posição da cabeça; manter os olhos abertos; manter dada expressão facial". QUEIJO, Maria Elizabeth. P. 281-284.

155 COUCEIRO, João Cláudio. A garantia constitucional do direito ao silêncio. Op. cit. p. 331-359.

156 STF, Pleno. ADC 35/DF, Rel. orig. Min. Marco Aurélio, Red. para o acórdão Min. Edson Fachin, julgado em 13/10/2020, DJE de 23/10/2020. Para o Ministro Marco Aurélio, criminalizar a fuga do local do acidente seria incompatível com o Estado Democrático de Direito e cita Guilherme Souza Nucci (Leis penais e processuais penais comentadas. São Paulo, RT: 2006), que defendia que a criminalização da conduta consistiria em afronta não só ao direito de não produzir prova contra si mesmo, mas também à isonomia, na medida em que todos os demais autores de crimes podem fugir do local do crime - sem que isso caracterize outro crime autônomo -, menos o autor do delito de trânsito.

Não se pode ignorar que o crime de fuga do local do acidente presuppõe envolvimento do autor daquele delito (Art. 305, CTB) no outro, em razão do dolo específico de fugir à responsabilidade penal ou civil, isto é, só existe esse elemento subjetivo para quem, de alguma forma, pode ser responsabilizado civil ou penalmente pelo acidente. Assim, permanecer no local do acidente - para não incorrer no tipo penal do art. 305, CTB - acarreta, inexoravelmente, a assunção de autoria ou, no mínimo, envolvimento com o acidente. Forçoso concluir, portanto, que essa permanência determinada pela lei é uma forma de autoincriminação, mas que, em juízo de ponderação com outros valores constitucionais e normas internacionais¹⁵⁷, deve ser admitida para a tutela de bens jurídicos mais relevantes como a administração da justiça, assistência às vítimas e solidariedade social.

Seguindo o mesmo raciocínio, a Corte Constitucional decidiu pela legitimidade da imposição de sanções ao condutor de veículo que se recuse a realizar o teste do etilômetro a fim de verificar a existência de álcool etílico no corpo do motorista. Para o STF, o direito ao silêncio estaria circunscrito ao âmbito penal e, como as sanções previstas para a recusa em tela no Código de Trânsito Brasileiro têm natureza administrativa, não haveria incompatibilidade entre as normas aparentemente em conflito. Ademais, ressaltou a importância de conferir efetividade à proibição de conduzir veículo após a ingestão de álcool como instrumento de proteção da saúde pública, da segurança no trânsito, da vida e da integridade física das pessoas¹⁵⁸.

Em relação ao banco de perfil genético, criado pela Lei n. 12.654/2012 e a coleta obrigatória de material biológico, a constitucionalidade ainda não foi analisada pelo STF. Na esfera infraconstitucional, o STJ mantém a compreensão de que o procedimento realizado no início da execução penal decorre automaticamente da condenação, por imperativo de individualização e identificação, e não implica colaboração na apuração de fato criminoso já ocorrido¹⁵⁹.

Quanto ao crime de falsa identidade, a jurisprudência da Suprema Corte já se orientava pela tipicidade da conduta de atribuir-se identidade falsa com o intuito de ocultar maus antecedentes, excluindo-a do campo de aplicação do direito a não produzir prova contra si mesmo¹⁶⁰.

157 Convenção de Trânsito de Viena, art. 31, internalizada por meio do Decreto n. 86.714/1981.

158 STF, Pleno. RE 1224374, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 19/05/2022, DJe de 23/09/2022.

159 STJ, Sexta Turma. HC 879757/GO, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, julgado em 20/08/2024, DJe de 23/08/2024.

160 HC 72377/SP, HC 70179/SP, HC 92763/MS, HC 73161/SP, dentre vários, todos do STF.

Observa-se que o conteúdo do direito à não autoincriminação dialoga com diversos direitos fundamentais, tais como a privacidade, a integridade física e mental da pessoa¹⁶¹, sob a perspectiva da dignidade humana. Por isso, destaca-se a perspectiva jurisprudencial do STF a partir da qual, apesar de não ser exigível a colaboração ativa do acusado, a intervenção corporal para fins de investigação penal tem suporte na Constituição, desde que observada a cláusula de reserva de jurisdição e assegurada a dignidade do investigado.

As limitações e as flexibilizações do *nemo tenetur* têm em comum a prevalência de interesse constitucional que se mostra mais importante na balança da ponderação. Pode-se mencionar a administração da justiça, a solidariedade social, o desempenho adequado das funções estatais, a saúde e a segurança públicas, tudo com a finalidade de apurar os fatos, punir os desvios e promover a paz social.

Quando se trata da apuração dos fatos, o direito ao silêncio tem ampla aplicação. Cabe ao Estado provar a culpa do acusado e, para isso, não pode contar com (ou exigir) a colaboração daquele.

Estritamente quanto aos fatos, Nucci acrescenta que, quer perante a autoridade policial, quer perante o juiz, o indiciado ou réu pode fazer uso do direito ao silêncio ou pode mentir, sem que seja processado e punido por isso, pois seria impossível obrigá-lo a narrar a verdade, e na medida em que a verdade apresentada não poderia ser completamente avaliada ou conferida¹⁶².

Frise-se, entretanto, que a identificação pessoal não integra o conjunto fático de um crime propriamente.

A partir da premissa de que os direitos fundamentais atuam dentro de determinado “âmbito normativo”¹⁶³, Mendes, Coelho e Branco concluem que é possível que a pretensão do indivíduo envolvido no conflito aparente não esteja abrangida pelo âmbito de proteção do direito que evoca¹⁶⁴. Continuam dizendo que “para descobrir se as condutas que estão enquadradas no suposto fato da norma, advoga-se, outras vezes, que se verifique se a conduta

¹⁶¹ *Idem. Ibidem. p. 362.*

¹⁶² NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal. 2.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 402.*

¹⁶³ MENDES, Gilmar Ferreira., *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade. São Paulo: Saraiva, 1998. p.150-151. Apud MENDES, Gilmar Ferreira., COELHO, Inocêncio Mártires., BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. Op. cit. p. 278.*

¹⁶⁴ MENDES, Gilmar Ferreira., COELHO, Inocêncio Mártires., BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional. Op. cit. p. 278.*

não está definida como crime”¹⁶⁵ (grifos nossos).

Ocorre que, seguindo antiga orientação do Superior Tribunal de Justiça, alguns tribunais admitiam condutas, formalmente típicas, como insertas na permissão constitucional de permanecer calado – decorrência do direito de defesa.

A referida orientação traduzia a jurisprudência dominante na Corte Superior, como se extrai da ementa do HC 88.998/RS¹⁶⁶:

PENAL. HABEAS CORPUS. FALSA IDENTIDADE PERANTE AUTORIDADE POLICIAL. ATIPICIDADE DA CONDUTA. ORDEM CONCEDIDA.

1. Segundo a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, não comete o delito previsto no art. 307 do Código Penal o réu que, diante da autoridade policial, atribui-se falsa identidade, em atitude de autodefesa, porque amparado pela garantia constitucional de permanecer calado, ex vi do art. 5º, LXIII da CF/88.

2. Ordem concedida para anular a condenação pelo crime de falsa identidade, em conformidade com o parecer ministerial.

Em oposição ao (antigo) entendimento do Superior Tribunal de Justiça, Greco afirmava que a “autoatribuição falsa de identidade nada tem a ver com o direito de autodefesa, ou de, pelo menos, não fazer prova contra si mesmo”¹⁶⁷. Pois, não há que se confundir o âmbito de proteção do direito fundamental com a proteção efetiva e definitiva, já que aquele garante a “possibilidade de que determinada situação tenha sua legitimidade aferida em face de dado parâmetro constitucional”¹⁶⁸.

Ratificando esse entendimento, Ada Grinover, Antonio Fernandes e Antonio Gomes Filho tocam no ponto nevrálgico da questão atinente ao limite do *nemo tenetur se detegere* ao sustentarem que “as perguntas sobre a qualificação do acusado não estão acobertadas pelo direito ao silêncio, porquanto a sua resposta não se caracteriza como qualquer atividade defensiva”¹⁶⁹.

Aquela orientação firmada pelo Superior Tribunal de Justiça revelava

165 *Idem. Ibidem. p. 279.*

166 STJ, HC 88.998/RS, Rel. Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 18/12/2007, DJ de 25/02/2008, p. 345.

167 GRECO, Rogério. *Curso de direito penal: parte especial, vol.IV. 3.ed. rev. ampl. e atual. Niterói: Impetus, 2007. p. 332.*

168 MENDES, Gilmar Ferreira., COELHO, Inocêncio Mártires., BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional. Op. cit. p. 285.*

169 GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no processo penal. 8.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 97.*

a adoção de uma perspectiva liberal dos direitos fundamentais, segundo a qual esses “são direitos de defesa contra o Estado, protegendo as esferas do indivíduo em que se teme a intervenção (em princípio nociva) deste”¹⁷⁰.

Não há dúvida de que o direito ao silêncio possui traço liberal, na medida em que impõe ao Estado uma postura absenteísta, estabelecendo um espaço de proteção ao indivíduo. Mas nem mesmo as liberdades clássicas - ou de primeira dimensão - estão indenes de limitação. E, nesse sentido, há tempos que o STF afirma que os direitos fundamentais não são absolutos, em linha com a posição doutrinária segundo a qual “prevalece a ideia de que os direitos individuais podem ser regulados, desde que respeitado o seu conteúdo essencial”¹⁷¹.

Segundo Couceiro¹⁷², a consagração do direito ao silêncio, como importante instrumento de autodefesa, não prejudica a aplicação de normas que tipificam a autoacusação falsa (Art. 341 do Código Penal), denúncia caluniosa (Art. 339 do Código Penal) ou falsa identidade (Art. 307 do Código Penal), pois a aplicação desses dispositivos não viola o conteúdo essencial do direito ao silêncio. A esse respeito Tourinho Filho observa que:

Quando do seu interrogatório, se a tanto assentir, o réu poderá dizer o que quiser e bem entender, dando aos fatos a versão que lhe parecer melhor (...)

Ele pode até faltar à verdade. (...)

Tal liberdade de manifestação não vai ao ponto de se permitir ao réu acusar-se de um crime que não cometeu. A autoacusação falsa é crime¹⁷³.

O sistema jurídico deve preservar sua harmonia e coerência interna, de modo que a norma protetiva não pode ser fundamento para vulnerar outros bens jurídicos. Em outras palavras, conforme entendimento consolidado do STF, “os direitos e garantias constitucionais não podem servir de manto protetor a práticas ilícitas”¹⁷⁴.

O alargamento do direito em discussão, transbordando os limites impostos pelos pressupostos fáticos e jurídicos,¹⁷⁵ importa em desvirtuação da quele direito. Maria Queijo noticia, por exemplo, que na doutrina italiana há

170 COUCEIRO, João Cláudio. *A garantia constitucional do direito ao silêncio*. Op. cit. p.119.

171 Idem . *Ibidem*. p. 123.

172 Idem. *Ibidem*. p. 362.

173 TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de processo penal*. Op. cit. p. 542.

174 STF, 2ª Turma. HC 103236, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 14/06/2010, DJE de 03/09/2010.

175 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. Op. cit. p. 608.

posicionamentos que consideram a admissão da mentira uma deformação do *nemo tenetur se detegere*¹⁷⁶. Oliveira, por sua vez, nega que o direito ao silêncio acolha o direito à mentira; ao contrário, visa apenas proteger o indivíduo contra posturas hostis e intimidatórias por parte do Estado em face daquele¹⁷⁷.

Pedroso preleciona, acerca dos limites, que:

Amplitude de defesa não se traduz em defesa irrestrita e ilimitada. Significa liberdade de atuação – sem restrições – dentro dos limites traçados e antepostos a tal direito, *id est*, liberdade de atuação dentro dos limites em que a defesa há de se conter. E isso porque todo direito, como todo dever, é limitado na sua execução. Fora dos limites traçados e antepostos, o direito se desvanece, dilui-se, esborvando-se e combalindo, para ceder passo ao abuso ou excesso¹⁷⁸.

Quando se trata da identificação realizada na oportunidade do interrogatório judicial, visualiza-se, sem maiores dificuldades, a impossibilidade de o acusado declinar dados pessoais falsos ou, quiçá, calar-se. Dificuldades similares não haveria de existir quando a identificação se dá no depoimento do indiciado prestado à autoridade policial, por força do que determina o artigo 6º, inciso V, do CPP.

João Cláudio Couceiro, ao discorrer sobre o artigo 187 do Código de Processo Penal, esclarece que:

O direito ao silêncio só abrange o verdadeiro interrogatório, como exercício de autodefesa, ou seja, o denominado “interrogatório de mérito”. Incide, apenas, sobre as declarações relacionadas ao fato delituoso, e não sobre aquelas pertinentes aos antecedentes ou à identidade da pessoa que está sendo ouvida. Afinal, se o direito ao silêncio está relacionado ao direito de defesa, e se o agente só se defende de fatos, é evidente que não poderia abranger as declarações relativas à vida pregressa e identificação.

Assim, as perguntas sobre os antecedentes e a qualificação do imputado não estão acobertadas pelo direito ao silêncio, por-

176 QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal*. Op. cit. p. 98. Autora cita a posição de Paolo Tonini ao abordar a chamada do *corréu*, para quem o *nemo tenetur se detegere* ampara o direito ao silêncio, mas não abrange o direito a mentira.

177 OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. Op. cit. p. 337.

178 PEDROSO, Fernando de Almeida. *Processo penal. O direito de defesa: repercussão, amplitude e limites*. 3.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 377.

quanto em sua resposta não se caracteriza qualquer atividade defensiva. O imputado está obrigado a responder às mencionadas no art. 187, § 1º, do CPP, sob pena de, se não o fizer, cometer o crime de desobediência (art. 330, CP) e, se o fizer de forma incorreta, cometer o crime de falsa identidade (art. 307, CP), ou de falsidade ideológica (art. 299, CP). Por tal razão, quando advertido de seu direito ao silêncio, deve ter conhecimento de que está obrigado, entretanto, a responder de forma verdadeira às perguntas sobre sua qualificação¹⁷⁹.

Guilherme Souza Nucci, sobre a qualificação no interrogatório, entende que:

Em relação à qualificação, não cabe direito ao silêncio, nem o fornecimento de dados falsos, sem que haja consequência jurídica, impondo sanção. O direito ao silêncio não é ilimitado, nem pode ser exercido abusivamente. As implicações, nessa situação, podem ser graves, mormente quando o réu fornece, maldosamente, dados de terceiros, podendo responder pelo seu ato¹⁸⁰.

Maria Queijo assevera que o interrogando não pode se recusar a responder às perguntas formuladas pelo juiz acerca de sua identificação porque essa conduta constitui crime de desobediência e complementa que “não é consentido ao acusado faltar com a verdade em relação aos dados que o identificam”¹⁸¹.

Couceiro defende, inclusive, a imposição de sanções às referidas recusas ou que tais condutas omissivas sejam consideradas como indícios de culpabilidade¹⁸².

O Supremo Tribunal Federal, há tempos, entende que a conduta de declinar dados pessoais falsos para encobrir maus antecedentes configura o delito de falsa identidade:

Tipifica o crime de falsa identidade o fato de o agente, ao ser preso, se identificar com nome falso, com o objetivo de esconder seus maus antecedentes. STF, HC 72.377-SP, Rel. Min. Carlos Velloso, julgado em 23/05/1995, DJ de 30/06/1995, p. 20.409.

179 COUCEIRO, João Cláudio. *A garantia constitucional do direito ao silêncio*. Op. cit. p.210-214.

180 NUCCI, Guilherme Souza. *Código de processo penal comentado*. 5.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p.408.

181 QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal*. Op. cit. p. 200.

182 COUCEIRO, João Cláudio. *A garantia constitucional do direito ao silêncio*. Op. cit. p. 331-333.

Parcela da jurisprudência nacional defendia a necessidade de conformação do direito ao silêncio e de delimitação do domínio normativo do direito de não produzir prova contra si mesmo, como se observa no voto a seguir:

DIREITO PENAL. FALSA IDENTIDADE (ART. 307, CÓDIGO PENAL). DIREITO DE AUTODEFESA NÃO AFASTA A TIPICIDADE. CRIME CONFIGURADO.

(...)

V. Não obstante respeitável entendimento contrário, inclusive destacado pela defesa neste recurso, tenho que os direitos fundamentais devem ser interpretados à luz do princípio da razoabilidade e proporcionalidade, em consonância com os demais preceitos constitucionais fundantes do Estado Democrático de Direito, **sob pena de admitir-se a “ditadura” do direito à autodefesa.** (grifos nossos)

VI. É cediço que ninguém poderá ser obrigado a produzir prova contra si ou a delatar-se. Portanto, o acusado pode se silenciar e optar por ser identificado criminalmente, se for o caso. É o que se extrai da redação do dispositivo constitucional invocado pela defesa (artigo 5º, inciso LXIII), que prevê o direito do acusado de permanecer calado.

VII. Contudo, não se infere dessa máxima jurídica que o investigado tenha o direito de prestar informação falsa acerca de sua identidade, cometendo ato ilícito e arriscando o direito de terceiros que sequer participaram da empreitada criminosa.

VIII. Assim como os demais direitos previstos pelo artigo 5º da Constituição da República, o direito à autodefesa ou à não-incriminação, também possui limites. O limite, na hipótese, é o interesse de terceiros eventualmente prejudicados pela conduta do agente, bem como o interesse público de que a investigação policial seja feita sem interferências injustificadas.

IX. Em outras palavras, o fato de o recorrente não ter o dever de colaborar com a investigação instaurada contra si não leva à conclusão de que ele tenha o direito de atrapalhar o andamento da apuração criminal, atentando contra a fé pública, ao menos no que diz respeito à sua identificação.

X. Os direitos fundamentais não podem servir como manto protetor da prática de crimes¹⁸³.

183 TJDF, APJ 2006.08.1.004617-4, Rel. Hector Valverde Santana, julgado em 07/08/2007, DJU de

Oliveira, seguindo o mesmo entendimento, afirma que “a radicalização ou absolutização de tal direito o colocaria em posição superior a qualquer outro interesse ou direito, individual, coletivo ou público, o que, para além do equívoco hermenêutico, não se justifica enquanto Direito”¹⁸⁴.

Rogério Greco reitera a compreensão de que o direito de não produzir prova contra si mesmo não abrange a conduta do agente que atribui a si identidade falsa com o intuito de ocultar seus antecedentes criminais ou frustrar o cumprimento de mandados de prisão contra sua pessoa¹⁸⁵.

Com efeito, o direito de defesa reclama parâmetros que possibilitem a aplicação uniforme da proteção ao seu exercício, mas requer, também, análise conforme o comando constitucional da legalidade. A título de ilustração, confira-se decisão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais pela caracterização do delito do artigo 307 do Código Penal, porquanto orientado pela obediência aos ditames da lei; *in verbis*:

Em relação ao tema aqui discutido, destaco de início que a controvérsia estabelecida tem partido da premissa de que o art. 5º, LXIII, da Constituição Federal, daria suporte à ação, sendo que faltaria ao agente a específica intenção de obter proveito no fato de se atribuir falsa identidade, o que vem sendo atualmente chancelado pelo Superior Tribunal de Justiça como verdade jurídica consolidada.

Em que pesem as ponderações, nem com muito esforço lógico consegui alcançar o entendimento.

É que sob a ótica constitucional, ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei, conforme preceito garantido no art. 5º, II, da Constituição Federal, de modo que muito embora haja possibilidade do agente buscar sua autodefesa, pela via da atribuição de falsa identidade, tal ação não se mostra legítima do ponto de vista jurídico, exatamente em virtude do tipo penal do art. 307 do Código Penal. (grifos nossos)

A colisão entre ambas as normas constitucionais do art. 5º, II e LXIII da Constituição Federal suscitaria a virtual prevalência do primeiro preceito porque a chancela do direito ao silêncio do

04/09/2007, p.151

184 OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Processo e hermenêutica na tutela penal dos direitos fundamentais*. Op. cit. p. 215.

185 GRECO, Rogério. *Curso de direito penal: parte especial, vol.IV*. Op. cit. p. 332.

preso não poderia abarcar a falsidade declarada de forma específica.

Se a própria legislação penal não autoriza o agente a se atribuir falsa identidade para obter proveito próprio e este mesmo agente, perante qualquer pessoa, seja de direito público, seja de direito privado, declara ser pessoa diversa da que efetivamente é não há dúvida de que todos os elementos objetivos e subjetivos do tipo estão presentes, possa ou não o Estado ter meios para averiguar a sua condição pessoal, porque o crime se exauriu, por ser de mera conduta.

Na verdade, estou perplexo diante das considerações expendidas pelo Superior Tribunal de Justiça de que o recurso de atribuir-se falsa identidade perante autoridade policial quando da prisão teria fundamento no direito constitucional de silêncio, na forma do art. 5º, LXIII, da Constituição Federal, até porque o próprio argumento representa uma contradição interna, já que o agente teria realizado a declaração, mostrando-se ilógica a sustentação do fundamento.

Por outro lado, o delito consuma-se com o fato de atribuir-se identidade diversa, não exigindo quaisquer ulteriores consequências, de modo que seria mesmo uma temeridade supor que o fato do descobrimento posterior da ação desenvolvida pudesse gerar ineficácia da conduta, mesmo porque a assertiva está baseada numa mera suposição de que o Estado realmente teria condições de realizar a identificação do preso.

Tal suposição, cujo conteúdo de realidade é inexistente pelo só volume de indivíduos existentes nesta imensa nação e pela precariedade de busca de todas as informações nacionais para fins de identificação, já seria motivo suficiente para afastar a pretendida desqualificação típica.

O direito ao silêncio do preso jamais alcançaria o fato dele atribuir-se falsa identidade, pela só antítese entre a declaração e o silêncio.

Muito embora não haja norma jurídica que imponha o dever do preso de falar a verdade, o que abarcaria o direito de mentir sobre os fatos que estão sendo objeto de apuração, em face do que dispõe o art. 5º, II, da Constituição Federal, tal direito não alcança o fato de se atribuir falsa identidade porque o art. 307 do Código Penal veda tal ação ao tipificá-la como antijurídica.

(...)

De outro lado, não comungo do entendimento difundido de que inexistia dolo específico a sustentar a ação desenvolvida, porque não há dúvida de que o proveito a que se refere a norma penal pode ser material ou imaterial, como no caso dos autos, em que o réu pretendia enganar a autoridade policial, a fim de esconder sua vida pregressa, de modo a obter alguma benesse que legalmente lhe seria inadmissível.

Não há nenhuma causa jurídica capaz de afastar a tipicidade da ação, sendo o crime de mera conduta, muito menos uma ação precedente capaz de sustentar a imputação como crime subsidiário¹⁸⁶.

Sob a perspectiva da legalidade e da liberdade de só fazer o que a lei obriga (Art. 5º, inciso II, da Constituição Federal), a correta identificação pessoal à autoridade decorre, para além de um dever moral, de dois comandos legais: a Lei de Contravenções Penais (Art. 68) e o Código Penal (Art. 307).

Consoante o entendimento de Arnaldo Siqueira de Lima, “a Constituição deve ser interpretada de forma sistêmica e, como já alinhavado, o Texto Maior só dispensa a pessoa de fazer algo se não houver lei obrigando-a a isso”¹⁸⁷.

Desse modo, a interpretação do direito de defesa, máxime sob o prisma da vedação à autoincriminação, de forma tão abrangente e extensa – que compreenda a identificação pessoal e classifique por atípica a conduta de quem falseia a própria identidade –, resulta em descumprimento de obrigação imposta a todos de se comportar de acordo com a lei e, em última análise, ofensa à igualdade, já que, ao exercer um direito fundamental, o indivíduo estaria dispensado de cumprir a lei.

Um dos métodos ou princípios de interpretação constitucional aplicáveis em caso de colisão de direitos fundamentais é o da concordância prática. Em linhas gerais, o método propõe a interpretação das normas constitucionais definidoras de direitos fundamentais em aparente conflito de modo que ambas possam existir em harmonia, sem que a incidência de uma acarrete a exclusão (ou sacrifício) completa da outra.

Grinover, Fernandes e Gomes Filho, a esse respeito concluem que:

¹⁸⁶ TJMG, Emb. Infringentes Nº 1.0024.06.269124-1/002(1), Rel. Judimar Biber, julgado em 16/09/2008, publicado em 26/09/2008.

¹⁸⁷ LIMA, Arnaldo Siqueira de. O direito ao silêncio durante o interrogatório não autoriza o acusado a não se identificar à autoridade. In *Consulex*, v.10, n. 227, Junho/2006, p. 14.

Os direitos do homem, segundo a moderna doutrina constitucional, não podem ser entendidos em sentido absoluto em face da natural restrição resultante do princípio da convivência das liberdades, pelo que não se permite que qualquer delas seja exercida de modo danoso à ordem pública e às liberdades alheias. As grandes linhas evolutivas dos direitos fundamentais, após o liberalismo, acentuaram a transformação dos direitos individuais em direitos do homem inserido na sociedade. De tal modo que não é mais exclusivamente com relação ao indivíduo, mas no enfoque de sua inserção na sociedade, que se justificam, no Estado social de direito, tanto os direitos como as suas limitações¹⁸⁸.

No ponto de intersecção do direito ao silêncio com o direito à igualdade, à ordem jurídica e social hígida, ao esmorecimento desenvolvimento da persecução penal etc., a interpretação que *busque* harmonizá-los parece conduzir à conclusão de que o direito de não produzir prova contra si mesmo encontra seu limite no âmbito de proteção daqueles outros direitos fundamentais.

A adequada delimitação desse direito também se mostra relevante para conciliar a proteção das liberdades individuais com a efetividade da jurisdição penal, preservando-se-lhes, ao mesmo tempo, a integridade e a finalidade constitucional.

Vale mencionar o pensamento de José Carlos Vieira de Andrade¹⁸⁹, citado por Fonteles, segundo o qual, em algumas situações de aparente conflito de direitos fundamentais, não havia sequer o direito, porque a norma nunca o contemplou para ser exercido daquela maneira. Então, não se trataria de conflito ou colisão, mas de situação não abrangida pelo âmbito de incidência da norma.

Já no contexto infraconstitucional, o fornecimento de dados pessoais falsos, por ocasião da identificação pela autoridade pública, suscita outro questionamento: quanto à aplicabilidade do princípio da lealdade processual – bastante difundido no processo civil – em sede de processo penal. O referido princípio impõe “deveres de moralidade a todos aqueles que participam do processo”¹⁹⁰.

188 GRINOVER, Ada Pellegrini., FERNANDES, Antonio Scarance., GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. 9.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 145.

189 ANDRADE, José Carlos Vieira de Apud FONTELES, Samuel Sales. *Direitos Fundamentais*. Op. cit. p. 24. *De acordo com o autor, a liberdade religiosa não autoriza o sacrifício de seres humanos, a liberdade artística não justifica a morte de um ator no palco, assim como o direito ao casamento não chancela a poligamia. Nesses casos, não haveria a liberdade religiosa ou artística, nem o direito ao casamento, porque tais situações escapariam da esfera de aplicação da norma.*

190 CINTRA, Antonio Araujo., GRINOVER, Ada Pellegrini., DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do*

Segundo Antonio Cintra, Ada Grinover e Cândido Dinamarco:

O Estatuto Processual Penal não denota especial preocupação com a lealdade processual (cfr., porém, seus arts. 799 e 801), mas o Código Penal comina pena de detenção pela fraude em processo civil ou procedimento administrativo, determinando a sua aplicação em dobro quando a fraude se destina a produzir efeitos em processo penal¹⁹¹.

De fato, o Código de Processo Penal não consagrou expressamente o dever de lealdade processual, como o fez o Código de Processo Civil. No entanto, Tourinho Filho afirma que, em virtude da constituição da relação jurídica – vínculo entre os sujeitos processuais – há a atribuição de poderes, direitos, faculdades e, conseqüentemente, a imposição de deveres, obrigações, sujeições e ônus às partes. Prossegue o autor, defendendo a teoria da relação jurídica triangular, dizendo que “o simples dever de lealdade recíproca (entre autor e réu) já demonstra um certo liame entre os contentores”¹⁹².

A outorga de poderes, direitos e faculdades e, em contrapartida, a sujeição a deveres, ônus e obrigações advém do contraditório¹⁹³, da relação dialética na qual o processo se constitui. Em outros termos:

Terem as partes poderes e faculdades no processo, ao lado de deveres, ônus e sujeição, significa, de um lado, estarem envolvidas numa relação jurídica; de outro, significa que o processo é realizado em contraditório¹⁹⁴.

Para parte da doutrina, a existência do dever de lealdade no processo penal é certa, em que pese a omissão do Código de Processo Penal. Advoga-se, ademais que:

O direito processual penal não se configura somente como um instrumental técnico, mas também como ético. O fato de se encontrar atrelado a um fundamento ético conduz à imposição de

processo. *Op. cit.* p. 77.

191 *Idem. Ibidem.* p. 78.

192 TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal. Vol. IV. 30.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.* p. 4.

193 CRUZ, Rogério Schietti Machado. *Garantias processuais nos recursos criminais. Op. cit.* p. 168. Segundo o autor, o contraditório se ampara na relação processual composta por três personagens principais. Schietti observa que, conforme a doutrina de FAZZALARI, a presença do contraditório é o que distingue o processo (espécie) do procedimento (gênero). A propósito, Antonio Cintra, Ada Grinover e Cândido Dinamarco dizem ser lícito afirmar que “o processo é o procedimento realizado mediante o desenvolvimento da relação entre seus sujeitos, presente o contraditório”. CINTRA, Antonio Araujo., GRINOVER, Ada Pelegrini., DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo. Op. cit.* p. 303.

194 CINTRA, Antonio Araujo., GRINOVER, Ada Pelegrini., DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo. Op. cit.* p. 303.

um dever, para todos que dele se utilizam, de atuar prudentemente: é o chamado dever de lealdade processual. (...)

Modernamente, e de maneira paulatina, os influxos advindos do direito processual civil, dos quais normalmente se beneficia o processo penal, vêm conduzindo à necessidade de também neste ramo contar com um “procedimento limpo”. Concebe-se a garantia de um processo penal justo, devido ou leal. Esta concepção se encontra intimamente relacionada ao repúdio ao abuso e à má-fé e vem tornando-se uma constante na legislação e na doutrina processual penal, seja na Europa ou na América Latina¹⁹⁵.

Por outro ângulo, Fernando Pedroso entende que o princípio da lealdade processual não tem aplicabilidade no processo penal, ao argumento de que “a desobediência ao princípio da lealdade processual, pelo acusado, dano algum de natureza material produzirá aos direitos e pretensões estatais”¹⁹⁶. Assevera o autor que o exercício do direito de defesa deve ter sua conformação discutida em sede de exercício regular de direito – excludente de ilicitude – ou, se degenerado, de abuso de direito.

Retomando a necessidade de definições para se estabelecer o alcance do *nemo tenetur se detegere*, “faz-se mister que se identifique não só o objeto da proteção (o que é efetivamente protegido), mas também contra que tipo de agressão ou restrição se outorga essa proteção”¹⁹⁷.

Os argumentos e compreensões expostos até aqui permitem afirmar que o objeto da proteção, no direito de não produzir prova contra si mesmo, consiste num espaço de liberdade - para não agir em prejuízo próprio.

Resta analisar do que se protege tal espaço de liberdade. Contra que espécie de ataque o direito se propõe a resguardar? Em princípio, e porque tem raiz liberal, a segurança se volta contra atos estatais que visem obrigar o sujeito a contribuir para sua ruína.

Todavia, parece acodado afirmar que a segurança vale contra todo e qualquer ato estatal que de algum modo resulte em colaboração do sujeito

195 SOUZA, Alexander Araujo de. *O abuso de direito no processo penal*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007. p. 220.

196 PEDROSO, Fernando de Almeida. *Processo penal. O direito de defesa: repercussão, amplitude e limites*. Op. cit. p. 385. Sobre os danos produzidos pelo comportamento desleal, Alexander Araujo de Souza afirma que “no plano processual, a conduta abusiva que se desvia da finalidade que lhe foi atribuída pelo legislador também poderá ou não causar dano patrimonial; contudo, por se pisar em terreno publicístico, como decorrência do ato abusivo, sempre se fará presente um dano processual. P. 57.

197 MENDES, Gilmar Ferreira., COELHO, Inocêncio Mártires., BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. Op. cit. p. 285.

com sua destruição, a exemplo da posição jurisprudencial sobre as sanções para a recusa de submeter-se ao teste do etilômetro e sobre a fuga do local do acidente de trânsito (Art. 305, CTB).

Trazendo a análise do exercício do direito de defesa para o direito penal e da agressão a que se contrapõe o *ius defensionis*; observa-se que a violação da norma (amparada pela autodefesa) se justifica pela agressão sofrida.

Em outras palavras, é pressuposto da legítima defesa (Art. 25 do Código Penal) a existência de uma agressão injusta a direito próprio ou alheio, de sorte que somente uma injustiça (agressão injusta) tem aptidão jurídica para legitimar - e afastar as consequências legais - a infração que se dá em nome do direito de defesa.

Isso significa que o Estado não pode punir alguém que causou um dano ou uma lesão para se defender de uma agressão injusta. Ou seja, o direito de defesa obsta à aplicação de sanção penal porque retira a ilicitude do comportamento.

Todavia, a identificação pessoal na esfera criminal, seja na abordagem policial, seja no interrogatório judicial, é indispensável para que a persecução penal se desenvolva regularmente contra o verdadeiro suspeito de ser autor do fato e, caso demonstrada sua culpa em juízo, que a pena seja aplicada ao verdadeiro culpado.

É por esse motivo que a identificação criminal não se revela agressão injusta ou constrangimento ilegal¹⁹⁸ contra os quais se possa invocar - legitimamente - o direito de não produzir prova contra si mesmo.

Na verdade, o que se tem na atuação do agente público é o estrito cumprimento do dever legal. E, a Lei n. 12.037/2009 disciplina as formas e hipóteses de identificação criminal, dentre as quais, se essencial às investigações policiais, poderá acarretar a coleta de material biológico para obtenção do perfil genético, mediante decisão judicial.

Fernando de Almeida Pedroso distingue o exercício da autodefesa que, de alguma forma, atinge bens penalmente tutelados, em: defesa penal típica e defesa criminosa¹⁹⁹.

A defesa penal típica seria aquela que “o acusado arranha, com os

198 STF, Súmula n. 568: “A identificação criminal não constitui constrangimento ilegal, ainda que o indiciado já tenha sido identificado civilmente”.

199 PEDROSO, Fernando de Almeida. *Processo penal. O direito de defesa: repercussão, amplitude e limites*. Op. cit. p. 395.

atos que pratica em sua defesa, tipos penais descritivos de delitos, sem que se lhes agregue, contudo, o atributo da antijuridicidade”²⁰⁰. Em outras palavras, não cometeria crime aquele que pratica condutas típicas, quando do exercício do direito de defesa, se aqueles atos não produzirem efeitos extraprocessuais, atingindo bens jurídicos alheios. Ter-se-ia, na espécie, exercício regular de direito.

De outro lado, na defesa criminosa, “os atos realizados pelo réu, no exercício da atividade defensiva, acarretam efeitos antijurídicos, por extravasando a órbita puramente processual, produzirem dano extrinsecamente considerado”²⁰¹.

Segundo Pedroso, nem todo fato típico praticado pelo réu em autodefesa será, irremediavelmente, ilícito; se perpetrado com único fim de defender-se, dependeria da verificação dos efeitos advindos daquele ato para se atribuir a pecha da ilicitude²⁰². A constatação da ilicitude se daria, portanto, a partir dos efeitos do ato e não do mero descumprimento da norma em abstrato.

O exercício (regular) do direito de defesa não se compatibiliza com a atribuição de identidade falsa, mesmo que vise ocultar antecedentes criminais ou escapar do cumprimento de mandado de prisão que se saiba existir contra si. Essa conduta extrapola os limites do direito e o exercício dissociado da finalidade que o legitima subtrai a regularidade do ato, situando-o na esfera do abuso.

Souza sustenta que “consustancia abuso toda obstaculização da marcha processual com o fito de ocasionar delongas, não obstante se tente, ainda que aparentemente, fazer valer faculdades processuais”²⁰³.

Falsear a própria identidade extrapola os limites “impostos pelos próprios fins do direito”²⁰⁴. Consoante afirma Bitencourt, “regular será o exercício que se contiver nos limites objetivos e subjetivos, formais e materiais impostos pelos próprios fins do direito”²⁰⁵. Acrescenta o autor que “fora desses limites haverá abuso de direito e estará, portanto, excluída a causa de justificação”.

200 *Idem. Ibidem. p. 395. Pedroso prossegue dizendo que, no caso da defesa penal típica, embora a conduta seja formalmente típica, como não há efeitos extraprocessuais, a atitude defensiva seria qualificada como exercício regular de um direito.*

201 *Idem. Ibidem. p. 395.*

202 *Idem. Ibidem. p. 388.*

203 SOUZA, Alexander Araujo de. *O abuso de direito no processo penal. Op. cit. p. 222.*

204 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Código penal comentado. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 87.*

205 *Idem. Ibidem. p. 87.*

Nesse contexto, Alexander de Souza defende a responsabilização do acusado que pratica ato processual abusivo; entende o autor que

Tem-se, primeiramente, o acusado como uma das figuras que se sujeitam à responsabilização cível e penal em virtude da prática do abuso processual. Quanto à reparação patrimonial, em nada difere da situação do ofendido, sujeitando-se às regras civilísticas gerais de responsabilidade. No tocante à possível atribuição de ato criminoso, porém, deve-se recordar que no exercício de sua autodefesa, desfruta o imputado do privilégio contra autoincriminação. Remarque-se, porém, que o princípio *nemo tenetur se detegere*, do qual deriva a garantia de não se encontrar o réu adstrito ao dever de veracidade quanto aos fatos que lhe são imputados, não acoberta abusos. Desta maneira, caso o acusado venha a faltar com a verdade ou silenciar em relação a seus dados pessoais ou à sua qualificação, poderá incorrer em conduta criminosa; também assim, se vier a trazer inverdades que incriminem falsamente outra pessoa, ou mesmo que importem em autoacusação falsa²⁰⁶.

O crime de falsa identidade, previsto no art. 307 do Código Penal caracteriza-se pela atribuição, a si ou a terceiro, de identidade diversa da real, com o fim de obter vantagem para si ou para outrem, ou de causar dano. A conduta só é punível a título de dolo, já que inexistente a figura culposa do delito.

Trata-se de delito formal, que não exige a efetiva obtenção da vantagem ou a concretização do prejuízo para sua consumação, que ocorre no momento em que o agente se identifica falsamente perante terceiros. Basta a declaração idônea a induzir em erro, ainda que por breve lapso temporal e independentemente de qualquer resultado posterior.

Assim, a doutrina e a jurisprudência reconhecem que a simples alegação de falsa identidade perante autoridade pública, em contexto de abordagem policial ou processo judicial, já é suficiente para a consumação do delito, o que reforça sua natureza de crime formal.

A responsabilização pelo delito de falsa identidade, contudo, não se justifica apenas pela tipicidade formal da conduta. Ultrapassa o juízo de tipicidade material para sair em defesa de valores inarredáveis que caracterizam um processo penal hígido e justo. Dizer que se deve punir aquele que fornece informações falsas acerca de sua identificação significa não só que o indivíduo deve ser responsável por seus atos, mas também defender o fortaleci-

206 SOUZA, Alexander Araujo de. *O abuso de direito no processo penal*. Op. cit. p. 216.

mento de um processo penal ético.

É preciso destacar que a exigência da verdade se volta, aqui, apenas aos dados de identificação, como um mínimo inarredável para o exercício es- correito do direito de punir. O dever de lealdade, mormente, como um “princí- pio de socialização do processo, segundo o qual, como uma exigência da sua moralização, é imprescindível a correção do comportamento das partes”²⁰⁷.

Admitir o direito de fornecer dados falsos de identificação pessoal, no exercício de autodefesa ou na luta pela liberdade, sem qualquer responsabi- lização penal corresponde ao direito de se furtar à persecução penal; significa dizer que alguém tem o direito de não ser responsabilizado por seus atos.

No caso de, eventualmente, serem fornecidos dados de terceiros, aquele que fornece os dados inverídicos não será responsabilizado pela in- fração que ensejou a prisão ou a ação penal, nem por falsa identidade, o que prejudica a efetividade do sistema de justiça e da ordem jurídica.

Não é preciso muito esforço para perceber o risco sistêmico que esse cenário acarreta para a ordem social, para a credibilidade da jurisdição e para a justiça enquanto meio de promover a paz social.

Couceiro ressalta as finalidades institucionais do processo, que, se- gundo ele, “encontram sua síntese na exigência de fazer justiça, pela verifica- ção dos fatos e das responsabilidades”; complementa que “fazer justiça por meio do processo significa não apenas absolver quem deve ser absolvido, mas também condenar quem deve ser condenado”²⁰⁸.

Em 2011, essa polêmica começou a perder o sentido, pois o Supremo Tribunal Federal fixou tese de repercussão geral (Tema 478)²⁰⁹, nos seguintes termos:

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

Na sequência, o STJ alinhou sua jurisprudência²¹⁰ à do Supremo Tri-

207 PEDROSO, Fernando de Almeida. *Processo penal. O direito de defesa: repercussão, amplitude e limites*. Op. cit. p. 383.

208 COUCEIRO, João Cláudio. *A garantia constitucional do direito ao silêncio*. Op. cit. p. 365.

209 STF, Pleno. RE 640139, Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 22/09/2011, DJE de 14/10/2011.

210 Conforme ementa do HC 156087/SP, dentre vários, STJ, 6ª Turma, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 28/08/2012, DJE de 05/09/2012.

HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. INVIABILI-

bunal Federal e, em 2015, editou o enunciado de súmula n. 522: “A conduta de atribuir-se falsa identidade perante a autoridade policial é típica, ainda que em situação de alegada autodefesa”.

Em síntese, o direito de não produzir prova contra si mesmo consubstancia garantia fundamental indispensável à preservação da dignidade da pessoa humana e ao equilíbrio na relação processual penal, funcionando como limite à atuação estatal e como corolário do devido processo legal. Mais do que uma prerrogativa defensiva, trata-se de expressão concreta do princípio da presunção de inocência, que impõe ao Estado o ônus probatório e veda a obtenção de provas mediante coação, direta ou indireta, do acusado.

Nessa perspectiva, embora se reconheça a importância e a amplitude dessa garantia, é necessário acomodá-la com outros valores constitucionais, para a convivência harmônica dos direitos fundamentais. Assim, não se pode admitir sua extensão a comportamentos que extrapolam a mera não colaboração, como a atribuição de falsa identidade com o intuito de se furtar à persecução penal ou ocultar antecedentes criminais, uma vez que essa conduta configura uma atuação fraudulenta em prejuízo da atividade estatal. Assim, não há que se falar em exercício legítimo do direito ao silêncio nesses casos, sob pena de deturpação de seu conteúdo e de esvaziamento da própria função do sistema de justiça penal.

DADE. VIA INADEQUADA. FALSA IDENTIDADE PARA EXIMIR-SE DE RESPONSABILIDADE. DIREITO À AUTODEFESA. INAPLICABILIDADE. CONDUTA QUE SE AMOLDA AO ART. 307 DO CÓDIGO PENAL. CAUSAS DE AUMENTO. EXASPERAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL EM RAZÃO DO NÚMERO DE MAJORANTES. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 443 DO STJ. ILEGALIDADE FLAGRANTE. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA. 1. É imperiosa a necessidade de racionalização do habeas corpus, a bem de se prestigiar a lógica do sistema recursal. As hipóteses de cabimento do writ são restritas, não se admitindo que o remédio constitucional seja utilizado em substituição ao recurso cabível, vale dizer, o especial. 2. Para o enfrentamento de teses jurídicas na via restrita, imprescindível que haja ilegalidade manifesta, relativa a matéria de direito, cuja constatação seja evidente e independa de qualquer análise probatória. 3. A Sexta Turma deste Superior Tribunal de Justiça, alinhando-se à posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal, firmou a compreensão de que tanto a conduta de utilizar documento falso como a de atribuir-se falsa identidade, para ocultar a condição de foragido ou eximir-se de responsabilidade, caracterizam, respectivamente, o crime do art. 304 e do art. 307 do Código Penal, sendo inaplicável a tese de autodefesa. 4. In casu, há manifesta ilegalidade apenas no tocante à dosimetria da pena do delito de roubo, pois, presentes mais de uma causa de aumento, a majoração da pena acima do mínimo legal - 1/3 (um terço) - requer devida fundamentação, com referência a circunstâncias concretas que justifiquem um acréscimo mais expressivo, não sendo suficiente a simples menção ao número de causas de aumento de pena presentes no caso em análise. Súmula n.º 443 desta Corte. 5. Ordem parcialmente concedida para diminuir a pena do paciente, em relação ao delito de roubo, para 6 (seis) anos, 4 (quatro) meses e 24 (vinte e quatro) dias de reclusão e 16 (dezesseis) dias-multa, mantendo-se, no mais, os termos da sentença e do acórdão.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

I. A atividade persecutória do Estado é composta por dois momentos: o da investigação ou do inquérito policial e o da ação penal. A persecução penal é desencadeada pela ocorrência de um fato que viola normas penais objetivas.

II. O inquérito policial é um procedimento administrativo, de natureza inquisitorial, a cargo da polícia judiciária. As investigações objetivam, por lei, apurar as circunstâncias do delito e sua autoria. As finalidades do inquérito não se resumem às circunstâncias e à autoria do fato tido por criminoso, ou seja, a subsidiar a propositura da ação penal, mas também a prevenir acusações infundadas.

III. O depoimento do indiciado – durante o inquérito policial – é orientado, no que couber, pelas disposições aplicáveis ao interrogatório judicial, aplicando-se-lhe, inclusive, a garantia contra autoincriminação.

IV. A ação penal constitui o segundo momento da *persecutio criminis*, em que há a formação da relação jurídico-punitiva entre o imputado e o Estado – titular do direito de punir. A ação penal, seja pública (incondicionada ou condicionada à representação/requisição) ou privada, será iniciada pela denúncia do Ministério Público ou pela queixa do ofendido.

V. A ação penal – como direito de ação que viabiliza uma pretensão (punitiva) – se materializa através do processo penal. Desse modo, o processo penal é um instrumento de dupla função; serve à aplicação do direito material e à segurança dos direitos e garantias do imputado. Contudo, somente se pode falar em direitos do acusado no modelo acusatório de processo penal, enquanto único sistema apto a assegurar garantias.

VI. Os modelos de processo penal distinguem-se pelos princípios a que se submetem. Por esse critério, o processo penal pode ser inquisitivo, misto ou acusatório. Este último consubstancia-se em opção do direito brasileiro e da quase totalidade dos Estados soberanos modernos.

VII. O caráter instrumental do processo penal, particularmente no tocante à garantia de direitos, denominado pela doutrina de instrumentalidade garantista, impõe a obediência a uma série de princípios, tais como: jurisdicionalidade, gestão da prova, sistema acusatório, presunção de inocência, contraditório, direito de defesa e motivação das decisões judiciais.

VIII. Em que pese o contraditório e o direito de defesa se incluam nas

garantias impostas pela instrumentalidade garantista, o processo deve igual obediência às regras estabelecidas pela adoção do princípio geral do devido processo legal, o qual tem como principais decorrências o contraditório e a ampla defesa. Assim, o contraditório e a ampla defesa são princípios compartilhados pela instrumentalidade garantista e pelo devido processo legal.

IX. A cláusula do devido processo legal não se limita, contudo, a garantir um processo contraditório e o exercício pleno do direito de defesa – perspectiva formal. Do *due process of law* podem ser extraídos diversos princípios de ordem processual; alguns, inclusive, específicos do processo penal. Entretanto, é possível identificar garantias substanciais derivadas da cláusula do devido processo legal. São exemplos de princípio de natureza material: a proporcionalidade, a legalidade penal e a proteção do direito à liberdade; sendo certo que esses exemplos não encerram o conteúdo da referida cláusula.

X. O contraditório ou princípio da audiência bilateral se funda na necessidade de informação acerca dos atos processuais praticados e na possibilidade de contrariá-los, manifestar-se sobre aqueles atos, mas também de deduzir argumentos e produzir provas para influenciar o convencimento do juiz (contraditório efetivo). O contraditório permeia todo o sistema processual. Do início ao fim, o processo deve orientar-se pelo contraditório; tanto assim que, inexistindo, deixa de ser processo para ser apenas procedimento.

XI. O contraditório é indissociável da ampla defesa. A ampla defesa se vale dos elementos do contraditório para ser exercida e não se pode falar em contraditório sem defesa.

XII. A defesa no processo penal se dá, principalmente, pela defesa técnica e pela autodefesa. A defesa técnica, realizada por advogado, é direito indisponível do acusado, porquanto instrumento a serviço do interesse público na busca da verdade mais próxima da real – verdade aproximativa. A autodefesa é exercida pelo próprio imputado, se desejar, durante o interrogatório.

XIII. O interrogatório é ato de audiência do réu com o julgador, em que o acusado poderá declinar suas razões e/ou a versão dos fatos que melhor lhe aprouver.

XIV. A despeito da classificação empregada, como meio de prova, pelo Código de Processo Penal ao interrogatório, a doutrina e a jurisprudência reconhecem que o interrogatório tem natureza mista, mas prepondera o caráter de meio de defesa; porquanto pode o réu defender-se da acusação que lhe é feita, bem como fornecer elementos probatórios.

XV. É possível que, durante o interrogatório, o acusado atribua responsabilidade pelo crime à corréu ou a um terceiro, isto é, à delação. No entanto, a delação é meio de obtenção de prova. E quando for admitida como meio de prova, deve ser corroborada por outros elementos e analisada com o conjunto probatório.

XVI. A respeito do interrogatório por videoconferência, a doutrina ressalta a importância do contato pessoal do acusado com seu julgador. A exigência de lei específica editada pelo Congresso Nacional que discipline o interrogatório online e assegure as garantias constitucionais do acusado, destacada pelo STF, foi suprida pela Lei n. 11.900/2009.

XVII. Por ocasião do interrogatório, momento de autodefesa, o acusado pode invocar o direito de permanecer silente para não fornecer informações que possam incriminá-lo ou agravar sua situação jurídico-processual.

XVIII. O direito de manter-se silente decorre do brocardo latino *nemo tenetur se detegere* – ninguém será obrigado a se descobrir. Trata-se de um princípio de raízes iluministas, do qual derivam garantias contra autoacusação. Dentre essas garantias, têm-se o direito ao silêncio e o direito de não produzir prova contra si mesmo, por vezes confundidos entre si.

XIX. O *nemo tenetur se detegere* visa resguardar o indivíduo contra abusos e arbitrariedades por parte do Estado, de forma que o acusado não pode ser coagido ou obrigado a cooperar com a atividade persecutória estatal. No direito norte-americano, é conhecido como privilégio contra autoincriminação, reafirmado pela Suprema Corte no *leading case* *Miranda v. Arizona*.

XX. Para fazer uso do direito de permanecer calado, assim como de outros direitos, o indiciado/acusado deve ser informado pela autoridade pública da garantia constitucional que lhe assiste, sob pena de nulidade do ato.

XXI. O silêncio do acusado, de acordo com o que dispõe o Código de Processo Penal, não pode ser valorado em prejuízo da defesa, como ocorria outrora. Daí que o decreto condenatório jamais possa se fundar no silêncio do acusado.

XXII. O *nemo tenetur se detegere* e suas derivações constituem direitos fundamentais do indiciado/acusado expressos na Constituição Federal e em diplomas internacionais. Apesar de serem fundamentais, não são absolutos. A aplicação de um direito fundamental requer a determinação de seu âmbito de proteção, isto é, quais situações fáticas e jurídicas estão abrangidas pela tutela fundamental.

XXIII. O direito de não produzir prova contra si mesmo não abrange condutas descritas como crime, isto é, não é possível cometer um crime a pretexto de se estar exercendo um direito fundamental. Desse modo, o indiciado não pode fornecer identificação falsa ou de terceiros à autoridade pública quando instado a se identificar. Pode, todavia, não fornecer dado algum.

XXIV. O *nemo tenetur se detegere* alberga condutas como a recusa à participação na reconstituição do crime; a recusa ao fornecimento de documentos, padrões de voz, padrões de grafia ou biológicos; não responder a perguntas formuladas acerca do fato delituoso; inventar um álibi; e a recusa ao comparecimento à audiência de reconhecimento. O fornecimento de dados falsos ou de terceiros não é amparado pela garantia contra autoincriminação, porque não constitui atividade defensiva propriamente dita.

XXV. A conduta de não se identificar corretamente não se compatibiliza com as finalidades do direito ao silêncio, quais sejam as de proteger o indivíduo contra abusos ou violências estatais conducentes à autoincriminação. Assim, o direito ao silêncio só pode ser invocado no denominado interrogatório de mérito, que versa sobre os fatos.

XXVI. O reconhecimento do direito ao silêncio não descriminaliza condutas tipificadas como falsa identidade, autoacusação falsa ou denúncia caluniosa, nem neutraliza os efeitos dessas normas.

XXVII. O ordenamento jurídico é um todo harmônico, de forma que se a lei determina que as pessoas se identifiquem quando solicitadas a fazê-lo, o direito ao silêncio não ampara o descumprimento daquela determinação.

XXVIII. A correta identificação se impõe, ademais, pelo princípio da lealdade processual, o qual baliza o comportamento das partes no processo. O ato que ofende a lealdade processual se traduz em abuso. Desse modo, o fornecimento de dados falsos não constitui exercício regular de direito, mas abuso do direito de defesa.

XXIX. A identificação falsa também não constitui legítima defesa, porque esta pressupõe agressão injusta. Instar alguém a identificar-se corretamente não configura injusta agressão, na medida em que falta o elemento da injustiça. Portanto, aquela conduta também não se enquadra no conceito de legítima defesa.

XXX. O crime de falsa identidade é delito formal, portanto, perfaz-se com a atribuição de falsa identidade, independentemente da percepção da vantagem – não econômica – almejada. O tipo do art. 307 do Código Penal

não admite a modalidade culposa. Assim, quando alguém, preso em flagrante ou na ocasião de seu interrogatório judicial, fornece como seus dados falsos ou de terceiros visando causar embaraço à persecução penal, pratica o delito de identidade falsa.

XXXI. Admitir a atribuição de falsa identidade como legítimo exercício de não produzir prova contra si mesmo significa isentar alguém da responsabilidade por seus atos, o que afeta negativamente a credibilidade do sistema de justiça e o desenvolvimento de um processo penal justo, hígido e ético.

XXXII. O processo é meio necessário para aplicação do direito penal e para a promoção da justiça. Para alcançar essa e outras finalidades, precisa se desenvolver regularmente e adequadamente para, ao fim, punir quem deve ser punido ou absolver quem deve ser absolvido.

REFERÊNCIAS

ABADE, Denise Neves. **Garantias no processo penal acusatório: o novo papel do Ministério Público no processo penal de partes**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Martin Claret, 2002.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código penal comentado**. São Paulo: Saraiva, 2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 6. ed. rev. Coimbra: Almedina, 1993.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo., GRINOVER, Ada Pellegrini., DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 23. ed rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007.

COUCEIRO, João Cláudio. A garantia constitucional do direito ao silêncio. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2004.

CRUZ, Rogério Schietti Machado. **Garantias Processuais nos Recursos Criminais**. São Paulo: Atlas, 2002.

FARIA, Márcio Carvalho. A Lealdade Processual na Prestação Jurisdicional: Em busca de um modelo de juiz leal. 1. ed. São Paulo: **Editora Revista dos Tribunais**, 2017.

FERNANDES, Antonio Scarance. Processo penal constitucional. 5.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2007.

FONTELES, Samuel Sales. **Direitos fundamentais**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal: parte especial**, vol. IV. 3. ed. rev. ampl. e atual. Niterói: Impetus, 2007.

GRINOVER, Ada Pellegrini, FERNANDES, Antonio Scarance, GOMES FILHO, Antonio Magalhães. As nulidades no processo penal. 9. ed. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2006.

JARDIM, Afrânio. **Direito processual penal**. 11.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 11.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Método, 2007.

LIMA, Arnaldo Siqueira de. **O direito ao silêncio durante o interrogatório não autoriza o acusado a não se identificar à autoridade**. In Consulex, v.10, n. 227, p.14, jun/2006.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de jurisprudência criminal**. 4. ed. São Paulo: Juspodivm, 2023.

LOPES JR. Aury. **Sistemas de investigação criminal no processo penal**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001.

_____. **Introdução Crítica ao Processo Penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

MARQUES, J. Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**. 2. ed. Campinas: Millennium, 2000.

MENDES, Gilmar Ferreira., COELHO, Inocêncio Mártires., BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Processo Penal**. 18. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2007.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. Constituição Federal comentada e legislação constitucional. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2006.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. 1. ed. São Paulo: Método, 2009.

NUCCI, Guilherme Souza. O valor da confissão como meio de prova no processo penal. 2.ed. rev. e atual. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 1999.

_____. Código de processo penal comentado. 5.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2006.

_____. Manual de processo penal e execução penal. 3.ed. rev. atual. e ampl. 2.tir. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2007.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Processo e hermenêutica na tutela penal dos direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

_____. **Curso de Processo Penal**. 4. ed. rev. atual. ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

PEDROSO, Fernando de Almeida. **Processo penal. O direito de defesa: repercussão, amplitude e limites**. 3.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2001.

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

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 13. ed. rev. amp. e atual. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 24. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005.

SOUZA, Alexander Araújo de. **O abuso de direito no processo penal**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

SPITZCOVSKY, Celso. O direito constitucional ao silêncio e suas implicações. In **Revista Magister: direito penal e processual penal**, v.2, n.7, p. 12/8, ago,set/2005.

SUANNES, Adauto. **Os fundamentos éticos do devido processo penal**. 2.ed. São Paulo: RT, 2004.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

TOVIL, Joel. A proteção contra a autoacusação compulsória aplicada à persecução penal. Na **Revista Magister: direito penal e processual penal**. v. 4, n. 22, p. 86/114, fevr., 2008.

TUCCI, Rogério Lauria. **Teoria do direito processual penal: jurisdição, ação e processo (estudo sistemático)**. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2002.

SOBRE A AUTORA

Nadma Ávila de Freitas

Graduada em Direito pelo Centro Universitário de Brasília - UNICEUB, pós-graduação (Ministério Público e a Ordem Jurídica) na Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, Analista Judiciário do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios desde 2010

ÍNDICE REMISSIVO

A

- Ação penal 12, 13, 14, 15, 17, 18, 24, 29, 33, 35, 50, 57, 65, 67
- Ação penal privada 15
- Ação penal pública 15
- Acusado 9, 12, 14, 16, 21, 23, 24, 26, 29, 30, 31, 32, 36, 37, 38, 39, 40, 41, 42, 43, 44, 46, 48, 50, 51, 53, 54, 55, 58, 61, 62, 64, 66, 67, 68, 69
- Ampla defesa 9, 12, 15, 16, 18, 22, 24, 26, 28, 29, 35, 46, 68
- Autocomposição 11
- Autodefesa 9, 11, 23, 24, 29, 30, 34, 51, 52, 53, 55, 56, 62, 63, 64, 65, 66, 68, 69
- Autoincriminação 38, 39, 41, 43, 45, 46, 48, 49, 50, 58, 64, 67, 69, 70

C

- Cintra 11, 12, 14, 16, 17, 18, 20, 23, 24, 26, 27, 28, 29, 36, 59, 60
- CNMP 13
- Código de Processo Penal 13, 15, 16, 20, 21, 30, 31, 35, 42, 44, 47, 53, 54, 60, 68, 69
- Confissão 16, 20, 30, 32, 37, 38, 41
- Constituição Federal 9, 15, 23, 25, 39, 40, 44, 56, 57, 58, 69
- Contraditório 12, 15, 16, 18, 19, 21, 22, 23, 26, 28, 29, 32, 33, 35, 36, 60, 67, 68
- Convenção Americana sobre Direitos Humanos 9, 39, 44

D

- Defesa técnica 23, 29, 30, 68
- Delegado de polícia 13

Denúncia 14, 32, 67

Devido processo legal 9, 12, 14, 24, 25, 26, 27, 28, 41, 66, 68

Dinamarco 11, 12, 14, 16, 17, 18, 20, 23, 24, 26, 27, 28, 29, 36, 59, 60

Direito à mentira 53

Direito ao silêncio 9, 10, 31, 37, 38, 39, 40, 41, 42, 43, 44, 45, 46, 47, 48, 49, 50, 51, 52, 53, 54, 55, 56, 57, 58, 59, 65, 66, 69, 70

Direito de defesa 9, 19, 23, 28, 29, 51, 53, 56, 58, 61, 62, 63, 65, 67, 68, 70

Direito de punir 11, 12, 65, 67

Direito Penal 11, 12, 15, 18, 19, 25, 40, 51, 55, 56, 62, 71

Direitos fundamentais 10, 18, 19, 25, 27, 28, 35, 36, 38, 40, 44, 45, 46, 50, 52, 55, 56, 58, 59, 66, 69

E

Estado Democrático de Direito 13, 40, 44, 48, 55

F

Frederico Marques 12, 28, 31, 36

G

Garantias fundamentais 12, 17, 18, 34

Garantias processuais 10, 22, 26, 28, 29, 30, 36, 45, 60

Grinover 11, 12, 14, 16, 17, 18, 20, 23, 24, 26, 27, 28, 29, 36, 51, 58, 59, 60

H

Hermenêutica constitucional 10

I

Identidade 9, 31, 48, 49, 51, 52, 53, 54, 55, 56, 57, 58, 63, 64, 65, 66, 70, 71

Imparcialidade 13, 16, 17, 24

Indiciado 9, 13, 14, 18, 26, 35, 36, 41, 42, 47, 50, 53, 62, 67, 69, 70

Inquérito policial 12, 13, 14, 17, 18, 35, 36, 47, 67

Interrogatório 14, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 37, 38, 41, 42, 44, 52, 53, 54, 58, 62, 67, 68, 69, 70, 71

Investigação criminal 14, 16

J

Jurisdição 11, 13, 24, 26, 27, 50, 59, 65

Jus puniendi 12

L

Limitação de direitos fundamentais 10

Livre convencimento 16

Lopes Jr. 11, 12, 14, 18, 19

M

Ministério Público 13, 15, 16, 25, 28, 45, 67

Mirabete 11, 12, 31, 35

Motivação das decisões judiciais 19, 24, 67

N

Não autoincriminação 38, 41, 48, 50

Nemo tenetur se detegere 9, 10, 18, 37, 38, 39, 40, 42, 43, 44, 46, 47, 51, 53, 54, 61, 64, 69, 70

P

Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos 9

Persecução penal 11, 12, 14, 17, 18, 36, 37, 38, 40, 42, 59, 62, 65, 66, 67, 71

PIC 13

Polícia judiciária 12, 16, 67

Presunção de inocência 18, 19, 21, 27, 66, 67

Presunção de não culpabilidade 22

Procedimento investigatório criminal 13

Processo penal 9, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 35, 37, 38, 40, 41, 42, 43, 44, 45, 46, 47, 50, 51, 52, 53, 54, 59, 60, 61, 62, 63, 64, 65, 67, 68, 69, 71

Prova 9, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 23, 24, 26, 27, 30, 31, 32, 33, 34, 36, 37, 38, 39, 40, 41, 42, 43, 44, 46, 47, 48, 49, 50, 51, 53, 54, 55, 56, 59, 61, 62, 66, 67, 68, 69, 70, 71

Prova tarifada 16

Publicidade 16, 26

Q

Queixa 14, 67

R

Rangel 11, 12, 14, 15, 16, 17, 18, 20, 21, 23, 24, 26, 27, 28, 29, 30, 36, 59, 60

Renato Brasileiro 13, 24, 30, 31

Repercussão geral 13, 41, 48, 65

Réu 9, 21, 24, 26, 27, 30, 31, 32, 33, 34, 36, 41, 43, 44, 47, 50, 51, 52, 53, 54, 58, 60, 63, 64, 68, 69

Revolução Francesa 9, 38

S

Sigilo 14, 15, 26, 35

Sistema acusatório 16, 19, 21, 67

Sistema inquisitivo 15, 38

STF 13, 18, 22, 23, 24, 32, 33, 41, 42, 43, 46, 47, 48, 49, 50, 52, 54, 62, 65, 69

STJ 22, 31, 32, 33, 35, 49, 51, 65, 66

Súmula Vinculante 13

Superior Tribunal de Justiça 9, 22, 31, 33, 51, 56, 57, 66

Supremo Tribunal Federal 13, 22, 33, 34, 35, 42, 54, 65, 66

T

Tourinho Filho 11, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 28, 30, 31, 33, 41, 52, 60

V

Verdade real 30, 32, 37, 41

Vingança privada 11

Vítima 15, 49



AYA EDITORA

2026