

O PRINCÍPIO DA NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO: ANÁLISE DO PONTO DE VISTA TESTEMUNHAL

THE PRINCIPLE OF NON-SELF-INCRIMINATION: ANALYSIS FROM THE WITNESS'S POINT OF VIEW

MARIA LUIZA GORGA

Doutoranda em Direito Penal pela Universidade de São Paulo.

Mestre em Direito Penal pela Universidade de São Paulo.

Advogada criminal. marialuiza@cgrcadvogados.com.br

RESUMO: O presente artigo busca, após a introdução da origem e do conceito do princípio do *nemo tenetur se detegere*, trocar a ótica de seu estudo para aquela do indivíduo chamado como testemunha e que, por qualquer razão, tenha ao mesmo tempo o interesse de guardar segredo de alguma informação que poderia lhe incriminar – seja no feito em que é testemunha, seja em outro procedimento. Assim, trata-se da posição dicotômica daquele que é testemunha, com todos os seus deveres, mas também possível investigado, com todos os seus direitos. Ao final, após breve incursão pela resolução da questão nas Cortes, busca-se concluir pela primazia do instituto, devendo este valer ainda quando o indivíduo não possui formalmente a condição de investigado ou acusado, por tratar-se de garantia de ordem superior e inafastável.

PALAVRAS-CHAVE: *Nemo tenetur se detegere*. Autoincriminação. Testemunha. Garantias processuais.

ABSTRACT: With the introduction of the origin and the concept of the *nemo tenetur* principle, this article seeks to change the perspective of its study to that of the individual who is called as a witness and that, for any reason, has the interest of keeping incriminatory information a secret – either in the procedure in which he is a witness, or in another one. Thus, it has the dichotomous position of witness, with all his duties, but also of possible suspect, with all its rights. In the end, after a brief foray into how the courts are treating the issue, we conclude by the primacy of the institute, which should still be valid even when the individual does not formally have the condition of being investigated or accused, being as it is a guarantee of superior order and thus unalienable.

KEYWORDS: *nemo tenetur se detegere*; self-incrimination; witness; procedural safeguards.

SUMÁRIO: 1 Introdução e conceituação 2 A testemunha que mente em favor próprio: exercício regular de direito, por consecução do direito de não autoincriminação? 3 Casos práticos: como o entendimento vem sendo aplicado? 4 Conclusão.

1. Introdução e conceituação

O cidadão tem o direito de não produzir prova contra si mesmo. Essa noção, insculpida já há 30 anos em nosso ordenamento, chegou à boca do povo principalmente após as mudanças inseridas com a chamada Lei Seca – assim, até mesmo nos botequins a máxima jurídica pode ser ouvida (geralmente ao se “ensinar” o colega a não assoprar o bafômetro).

Deixando de lado os (de)méritos da popularização dessa garantia, fato é que sua importância é fundamental em um Estado de Direito.

Assim, a garantia à não autoincriminação, também conhecido pelo brocardo *nemo tenetur se detegere* (“não produzir provas contra si mesmo”), está prevista constitucionalmente dentre os direitos e garantias fundamentais dos cidadãos brasileiros, no art. 5º, inciso LXIII, segundo o qual “o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado”.

Além disso, o princípio também está consagrado na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (art. 8, 2, g, “direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada”), no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (art. 14, 2, g, “De não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada”), e no Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional (art. 55, 1, a, “Nenhuma pessoa poderá ser obrigada a depor contra si própria ou a declarar-se culpada”), todos ratificados e já promulgados pelo Brasil, o que garante ao cidadão não apenas a proteção desta prerrogativa pelas Cortes internas, como também o recurso às Cortes externas, como a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

A origem histórica do dispositivo encontra-se no direito anglo-saxão, podendo ser visto como uma reação a perseguições religiosas e políticas que pontuavam o cotidiano dos dissidentes ingleses¹ que eram submetidos a rigorosos procedimentos inquisitórios sem quaisquer garantias ao *fair trial* ou mesmo ao silêncio. Assim, na busca de se criar um procedimento que fornecesse um julgamento mais justo, o direito à não autoincriminação foi surgindo, cristalizando-se em sua forma mais bem-acabada – para o período – na quinta emenda da *Bill of Rights* americana no século XVIII.

Paralelamente, este direito também origina-se dos esforços de juristas do século XVIII em aprimorar o procedimento criminal², criando um modelo em que o julgamento era, mais do que uma oportunidade do réu se manifestar, uma oportunidade de a defesa testar a consistência da acusação – ou seja, partindo de uma presunção de inocência na qual a acusação deve ser provada como sólida e além da dúvida razoável –, o que culmina com o direito ao silêncio e à não autoincriminação como alguns dos corolários desse novo processo criminal.

Nessa linha, já no início do século XIX, mais precisamente em 1807, houve importante julgamento nas cortes americanas (*United States v. Burr*)³ entendendo que o princípio da não autoincriminação é uma exceção à regra de que todas as pessoas devem testemunhar em juízo. Nesse caso concreto, tratou-se de permitir que o secretário de Aaron Burr invocasse o privilégio para não depor contra seu empregador, que era acusado de traição, o que poderia indiretamente incriminá-lo.

No Brasil, o princípio passou a ser constitucionalmente previsto apenas na Constituição de 1988, mas ainda assim houve um transcurso de tempo de 15 anos entre sua previsão expressa e a adequação do Código de Processo Penal a esse princípio, já que até então a legislação processual continha dispositivo

¹ LEVY, Leonard Williams. *Origins of the Fifth Amendment: the right against self-incrimination*. Chicago: Ivan R. Dee, 1999. p. 44.

² MILLANI, Márcio Rached. *Direito à não autoincriminação*. Limites, conteúdo e aplicação. Uma visão jurisprudencial. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2015. p. 14-15.

³ Disponível em: <http://www.famous-trials.com/burr/169-judgement>. Acesso em: 8 mar. 2018.

que permitia que o silêncio fosse interpretado em desfavor do réu. Essa adequação veio somente com a Lei n. 10.792/2003, que alterou o artigo 186 do *Códex* processual penal para prever que “O silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa.”

Nesse ínterim, dependeu-se sobretudo do protagonismo do Supremo Tribunal Federal para conciliar a norma processual com o princípio constitucional. Veja-se, a título de exemplo:

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.⁴

Ao se verificar o espírito do princípio, o que se tem é que, mais que uma garantia a um direito subjetivo fundamental, este constitui “uma das mais eminentes formas de densificação da garantia do devido processo penal e do direito à presunção de não culpabilidade”,⁵ posto que significa que o órgão acusatório deve demonstrar, por seus próprios meios e de forma robusta, a autoria e a materialidade do delito que busca perseguir com a força estatal. Transfere-se assim todo o ônus da prova à acusação, libertando o acusado desse fardo – vê-se também aqui, portanto, a ligação umbilical com o princípio da presunção de inocência, já exposta acima ao tratarmos da sua origem histórica.

Mais ainda, dando maior corpo à sua importância fundamental, foi esse princípio o grande responsável pela eliminação do dogma da busca pela verdade real no processo penal⁶, protegendo o indivíduo de ser coagido – de forma física ou moral – a participar na busca da verdade dos fatos contra seus interesses.

Cabe, inclusive, ressaltar que o uso de tal prerrogativa pelo acusado, no bojo do processo, não pode servir a lhe agravar a pena, ainda quando se trate de comportamentos ativos do réu e que poderiam até mesmo ser criminalmente típicos como, por exemplo, falsificar seu próprio material grafotécnico.⁷

Por fim, e felizmente, embora no país a aplicação de muitos dos direitos fundamentais seja por vezes tortuosa nas instâncias inferiores do Poder Judiciário, a Corte Suprema possui firme posicionamento no sentido de garantir a ampla eficácia desse direito.

Vejamos, sobretudo nas palavras do ilustre ministro Celso de Mello:

O Estado – que não tem o direito de tratar suspeitos, indiciados ou réus, como se culpados fossem, antes do trânsito em julgado de eventual sentença penal condenatória (RTJ 176/805-806) – também não pode constrangê-los a produzir provas contra si próprios (RTJ 141/512), em face da cláusula que lhes garante, constitucionalmente, a prerrogativa contra a autoincriminação.

Aquele que sofre persecução penal instaurada pelo Estado tem, entre outras prerrogativas básicas, (a) o direito de permanecer em silêncio, (b) o direito de não ser compelido a produzir elementos de incriminação contra si próprio nem de ser constrangido a apresentar provas que lhe comprometam a defesa e (c) o direito de se recusar a participar, ativa ou passivamente, de procedimentos probatórios que lhe possam afetar a esfera jurídica, tais como a reprodução simulada (reconstituição) do

⁴ STF, HC 79.812, Rel. Min. Celso de Mello, j. 8.11.2000. Idem em HC 80.584, Rel. Min. Néri da Silveira, j. 8 mar. 2001.

⁵ STF, HC 101.909, Rel. Min. Ayres Britto, j. 28.2.2012.

⁶ OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de. *Curso de processo penal*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 41.

⁷ STF, HC 83.960, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 14.6.2005.

evento delituoso e o fornecimento de padrões gráficos ou de padrões vocais para efeito de perícia criminal (HC 96.219 MC/SP, Rel. Min. Celso de Mello, v.g.). (...) A invocação da prerrogativa contra a autoincriminação, além de inteiramente oponível a qualquer autoridade ou agente do Estado, não legitima, por efeito de sua natureza eminentemente constitucional, a adoção de medidas que afetem ou que restrinjam a esfera jurídica daquele contra quem se instaurou a *persecutio criminis* nem justifica, por igual motivo, a decretação de sua prisão cautelar. O exercício do direito ao silêncio, que se revela insuscetível de qualquer censura policial e/ou judicial, não pode ser desrespeitado nem desconsiderado pelos órgãos e agentes da persecução penal, porque a prática concreta dessa prerrogativa constitucional – além de não importar em confissão – jamais poderá ser interpretada em prejuízo da defesa.⁸

Percebe-se facilmente, portanto, que o conteúdo desse direito fundamental à não autoincriminação é amplo. De um lado, estende-se a garantia para além do preso, recebendo seu benefício todos aqueles que puderem ser incriminados por suas próprias palavras. De outro lado, implica não só garantir o silêncio ao indivíduo, mas também a faculdade de declarar ou produzir a versão que entender seja melhor para sua defesa. É, em verdade, reconhecido o direito à mentira em seu próprio favor, como bem coloca Guilherme de Souza Nucci:“(...) o direito de não se autoacusar implica, por óbvio, no direito de invocar todos os instrumentos lícitos para o desempenho da autodefesa. Dentre tais instrumentos, encontra-se o direito de mentir”.⁹

Frise-se, contudo, que esse “direito à mentira” não é ilimitado, já que a Corte Suprema entende que a apresentação de falsa identidade para ocultar maus antecedentes caracteriza o crime do art. 307 do Código Penal,¹⁰ bem como é crime de calúnia a imputação falsa de crimes a terceiros, já que o princípio é feito para a proteção do acusado em face do Estado, não se prestando como salvo conduto para a injusta incriminação de terceiros.

Pois bem. Estabelecido o que é o princípio, e sendo pacífica sua aplicação aos acusados, como fica a posição da testemunha que possa, respondendo aos questionamentos do juízo, incriminar-se?

É o que veremos a seguir.

2. A Testemunha que mente em favor próprio: exercício regular de direito, por consecução do direito de não autoincriminação?

Conforme já exposto acima, o princípio tem limites no tocante à não incriminação de terceiros de forma sabidamente falsa. Nessa linha, considera-se certo também que não se admite a produção deliberada de provas falsas para a defesa dos acusados, pois assim incorre-se no delito de falso testemunho, claramente tipificado em nosso ordenamento, de forma a proteger a boa administração da Justiça.

Contudo, essa vedação ao falso testemunho não pode ocorrer em face da testemunha que, legitimamente, mente para não se incriminar, pois nesse caso adentra-se claramente o terreno do princípio da não autoincriminação, sendo que o status de testemunha fica em segundo lugar frente ao direito subjetivo de proteger-se contra as investidas punitivas estatais.

⁸ STF, HC 99.289, Rel. Min. Celso de Mello, j. 23.6.2009.

⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Princípios constitucionais penais e processuais penais*. São Paulo: RT, 2012. p. 272.

¹⁰ STF, RG RE 640.139, Rel. Min. Dias Toffoli, 23.9.2011.

Decisão exemplar nesse sentido – que abrangeu inclusive o advogado da testemunha, que a orientou – foi proferida no Superior Tribunal de Justiça, relatada pelo ministro Hamilton Carvalhido, no *Habeas Corpus* 47.125. No caso concreto, o acusado era advogado de réu que respondia pelo crime de uso de drogas, e mentiu sobre a aquisição do entorpecente, em processo envolvendo um traficante.

Entendeu-se, a nosso ver corretamente, que a conduta da testemunha que mente em juízo para não se incriminar, sem a finalidade especial de causar prejuízo a alguém ou à administração da justiça é atípica em razão do especial fim de agir em benefício próprio nos termos do permissivo constitucional.

É do acórdão:

(...) temendo a autoincriminação, a testemunha Clayton Sérgio Diniz afirmou, em Juízo, que não era usuário de drogas, falseando a verdade de que teria adquirido entorpecente de Rodrigo Itamar Kurokawa, o qual estava sendo acusado e fora condenado, por comércio clandestino de entorpecentes. Atípico, pois, o fato praticado pela testemunha, até porque, de qualquer modo, ausente, na luz da evidência, “o especial fim de causar prejuízo a alguém ou à simples Administração da Justiça “ (Cezar Roberto Bitencourt, in *Código Penal Comentado*, São Paulo, Saraiva, 2002, p. 1.137), faltando, consequentemente, justa causa à ação penal do partícipe Darley Barros Júnior.¹¹

Nesse mesmo sentido também já decidiu a ministra Laurita Vaz, no Recurso Especial 402.470. Vejamos:

RECURSO ESPECIAL. PENAL. *HABEAS CORPUS*. CONCESSÃO DA ORDEM. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. FALSO TESTEMUNHO. ATIPICIDADE DA CONDUTA. DEPOENTE DESOBRIGADO DE PRESTAR DECLARAÇÕES QUE POSSAM INCRIMINÁ-LO.

1. *In casu*, não há como reconhecer a prática do crime de falso testemunho, porquanto é atípica a conduta do depoente que em suas declarações se exime de auto-incriminar-se. Precedentes do STJ e do STF

2. Recurso desprovido.¹²

De fato, é bem sabido pelos causídicos que não se pode presumir que, por constar como testemunha, o indivíduo já estaria em posição “livre” da persecução judicial por fatos que sejam por si revelados. Realmente, não é inédito que alguém ouvido como testemunha se veja posteriormente na posição de réu, sendo processado pelos fatos que testemunhou e tendo suas palavras utilizadas contra si.¹³

Dessa maneira, acreditamos que, em qualquer que seja a hipótese, não é a posição de réu que confere ao indivíduo o direito à não autoincriminação, mas sim o conteúdo da pergunta que lhe é feita. Daí porque testemunhas têm, sim, o direito de não responder a perguntas que lhe possam incriminar.

A importância da hermenêutica do princípio é evidente em cotejo com os casos concretos, em que o indivíduo ouvido na qualidade de testemunha compromissada presta informações tidas por falsas, mas em seu interesse (e não em interesse dos réus). Ao assim agir, a testemunha não busca produzir prova no processo para beneficiar ou exculpar os réus, mas apenas procura defender-se da possível resposta estatal.

¹¹ STJ, HC 47125, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. 02.05.2006.

¹² STJ, RESP 402.470, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 20.11.2003.

¹³ Exemplo pode ser encontrado em: <https://canalcienciascriminais.com.br/a-testemunha-que-se-tornou-reu-relatos-de-um-caso-real/>. Acesso em: 11 mar. 2018.

Isso significa que o Ministério Público deve ter sensibilidade para com as testemunhas que arrola. Ao se colocar um indivíduo na delicada situação de testemunhar sobre fato que lhe poderia gerar consequências criminais, também o magistrado da causa deve atuar de forma comedida, refletindo que, ao fazer perguntas cuja resposta não seja exigível, não deve prosseguir com eventual processo de falso testemunho.

Por tudo que se viu, é inegável a existência de um direito ao silêncio e até mesmo à mentira (desde que não incorrendo, por exemplo, no crime de calúnia), vigente em todos os casos em que a resposta verdadeira possa resultar em autoincriminação,¹⁴ não se podendo exigir que o indivíduo tenha certeza de que estaria ou não se autoincriminando, bastando que sua conduta se motive de forma a evitar a incriminação.

Isso implica a conclusão óbvia de que o Estado não deve arrolar um indivíduo como testemunha quando tiver de depor apenas sobre fatos que potencialmente o incriminem, de modo que, se for trazido ao processo nessa qualidade, tem o direito de permanecer em silêncio, ou mesmo de criar versão para sua autodefesa, sendo irrelevante que o nome designado a ele seja formalmente “testemunha”, pois, em substância, não o é, situação que se afigura contrária aos interesses da economia processual, já que arrola-se uma testemunha sabidamente “inútil”.

Aury Lopes Jr. bem fala sobre o tema, ilustrando, inclusive, com dispositivo do Código de Processo Penal Italiano, que, muito embora não necessitasse, expõe que a testemunha que prestar declaração que pode lhe afetar a si mesma será informada pelo juiz de seus direitos. Vejamos:

Exemplo a ser seguido, encontramos no art. 63 do Codice di Procedura Penale da Itália:

(...)

Dessa forma, o que se pretende evitar é que alguém não submetido à investigação, ao declarar-se como testemunha, por exemplo, acabe por ter suas palavras utilizadas contra si mesmo. Se de sua declaração emergirem indícios de culpabilidade (sentido amplo), a autoridade que está realizando o ato (especialmente a policial, dada a tradicional resistência ao sistema de garantias) deve interrompê-lo, advertindo-o de que a partir dali poderá utilizar seu direito de silêncio, na medida em que suas palavras poderão dar origem a uma investigação contra si. Imprescindível, ainda, é a nomeação de defensor e a garantia de que poderá entrevistar-se reservadamente com ele antes de continuar a declarar (analogia com o art. 7º, III, da Lei n. 8.906).

O dito, nesse momento despido de garantias necessárias a quem é imputado, não pode valer contra o declarante e tampouco justificar medidas cautelares pessoais ou outras decisões que de qualquer forma lhe prejudiquem.¹⁵

Também nesse sentido é manifestação do Excelentíssimo ministro Celso de Mello, ao afirmar que:

(...) o Plenário do Supremo Tribunal Federal reconheceu esse direito também em favor de quem presta depoimento na condição de testemunha, advertindo, então, que ‘Não configura o crime de

¹⁴ “Ninguém pode ser constrangido a confessar a prática de um ilícito penal. O direito de permanecer em silêncio insere-se no alcance concreto da cláusula constitucional do devido processo legal” (STF, HC 68.929/SP, rel Min. Celso de Mello, j. 22.10.1991. Cf.: RAMOS, André de Carvalho. Limites ao poder de investigar e o privilégio contra a autoincriminação à luz do direito constitucional e do direito internacional dos direitos humanos. In: SANCHES CUNHA, Rogério; TAQUES, Pedro; GOMES, Luiz Flávio (Coord.). *Limites constitucionais da investigação*. São Paulo: RT, 2009. p. 13).

¹⁵ LOPES JR., Aury, *Direito processual penal*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 640.

falso testemunho, quando a pessoa, depondo como testemunha, ainda que compromissada, deixa de revelar fatos que possam incriminá-la' (RTJ 163/626, Rel. Min. CARLOS VELLOSO – grifei).¹⁶

Patente, portanto, que o direito à não autoincriminação, embora seja direcionado sobretudo ao acusado, abrange a todos aqueles que tomem contato com o procedimento investigatório ou judicial, abarcando o espírito protetor da norma a todos aqueles que necessitem escusar da verdade em favor próprio.

3. Casos práticos: como o entendimento vem sendo aplicado?

À luz do exposto acima, vejamos, então, como a questão vem sendo conduzida, utilizando-se como exemplo amostras do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e do Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

APELAÇÃO – FALSO TESTEMUNHO – DEPOIMENTO COM O FITO DE AFASTAR AUTOACUSAÇÃO – ATIPICIDADE DA CONDOTA – Ocorrência: Diante da garantia constitucional de que ninguém está obrigado a produzir prova contra si mesmo, a conduta dos apelantes que buscaram com suas narrativas afastar indícios do cometimento de um delito, não configura o crime previsto no art. 342, do Código Penal. Recursos providos.

(...)

Embora o culto magistrado a quo não tenha se referido expressamente à tese defensiva sobre a impossibilidade de se autoincriminar, deixou claro o entendimento de que a pessoa que se dispõe a depor em juízo como testemunha está sempre obrigada a dizer a verdade, sob pena de falso testemunho, ainda que disso decorra uma autoincriminação.

(...)

A Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso LXIII, de forma expressa, assegura ao preso o direito de permanecer calado reconhecendo, assim, o princípio da proibição da autoincriminação que garante que ninguém seja obrigado a produzir prova contra si mesmo.

(...)

No presente caso, portanto, ainda que tenha feito afirmação falsa em processo criminal, segundo se depreende dos autos, atuaram no sentido de não produzirem contra si qualquer prova e, assim agindo, estavam sob o palio do princípio da não autoincriminação e, portanto, não se vê tipicidade em suas condutas.¹⁷

Apelação criminal – Falso testemunho – Alegação de atipicidade da conduta – Apelante que nega ter adquirido drogas de traficante – Direito a não se autoincriminar – Apelo provido para absolver o acusado nos termos do artigo 386, inciso III, do Código de Processo Penal.¹⁸

HABEAS CORPUS – Pacientes que, entendendo-se na condição de investigados, pretendem a concessão da ordem a fim de terem seus direitos constitucionais assegurados – Reconhecida a competência para processar e julgar a impetração, afastando-se a possibilidade de submissão do pleito ao Colendo Órgão Especial – No mais, não compete àquele que é chamado a prestar esclarecimento vestir-se de testemunha ou investigado, cabendo este ônus a autoridade competente – Impossibilidade do

¹⁶ STF, HC 94.082, Rel. Min. Celso de Mello, j. 28.11.2008.

¹⁷ TJSP, Apelação criminal n. 0000209-05.2006.8.26.0116, Rel. Des. J. Martins, j. 20.01.2011.

¹⁸ TJSP, Apelação criminal 990.09.043280-2, Rel. Des. Pedro Gagliardi, j. 22.09.2009.

acolhimento do pedido na forma em que apresentado na inicial, sob pena de obstrução da apuração dos delitos ora em questão – Concessão do direito de não se autoincriminarem, já garantido pela Constituição Federal – Ordem parcialmente concedida exclusivamente para este fim, revogando-se a liminar concedida.¹⁹

Cuida-se de direito fundamental, garantido pela Constituição Brasileira, que nenhuma pessoa está obrigada a efetuar prova contra a sua própria pessoa.

(...)

Esta afirmação encontra eco também quando se refere ao falso testemunho. Com efeito, não pode ser o depoente, mesmo compromissado, obrigado a efetuar declarações que o comprometam, que possam se traduzir em fato criminoso. Não se pode, em última hipótese, obrigá-lo a admitir que teria praticado fato que possa ser reconhecido como crime.

(...)

Fica, portanto, estabelecido que nenhum cidadão pode responder pelo crime de falso testemunho, caso, em seu depoimento, ele possa se autoincriminar.²⁰

*HABEAS CORPUS. FALSO TESTEMUNHO. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. DIREITO A NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO. ATIPICIDADE. Garantia constitucional da não autoincriminação. Reconhecimento da atipicidade da conduta e, em consequência, da inexistência de justa causa para a ação penal. Precedentes. Embora o trancamento de inquérito policial seja medida excepcional, só concebido quando comprovada, inequivocamente, a desnecessidade de exame valorativo do conjunto fático ou probatório, verifica-se, *in casu* a possibilidade do pedido. LIMINAR RATIFICADA. ORDEM CONCEDIDA.*

(...)

Veja-se que os pacientes foram convidados a depor, na condição de testemunhas, sendo obrigados a responder objetivamente sobre condutas que ensejaram o posterior oferecimento de denúncia contra eles. Portanto, naquela ocasião, ao negar, mesmo que falsamente, a ocorrência dos fatos, estavam eles utilizando-se do princípio constitucional do direito de não se autoacusar. Caso confirmassem, certamente estariam se autoincriminando, fato que não pode redundar no crime de falso testemunho. Desse modo, é evidente a falta de justa causa para a ação penal diante da atipicidade das condutas.

(...)

Contudo, é irrelevante, para efetiva observância e efeitos que decorrem do direito subjetivo à não autoincriminação, garantido pela Constituição Federal, segundo o qual ninguém pode ser compelido a se incriminar, ainda que seja ouvido na condição inicial de testemunha.²¹

REEXAME NECESSÁRIO EM HABEAS CORPUS. DIREITO DE NÃO PRODUZIR PROVA CONTRA SI MESMO. REMESSA OFICIAL IMPROVIDA. 1. Considerando que os fatos apurados ocorreram no mesmo contexto fático, se o paciente for obrigado a responder todas as perguntas formuladas pela autoridade impetrada, sob pena de responsabilização criminal por crime de falso testemunho, poderá prejudicar sua própria defesa na ação penal e produzir prova contra si mesmo, o que não é admitido pelos princípios constitucionais. 2 O direito ao silêncio e o privilégio contra a

¹⁹ TJSP, HC 990.09.126625-6, ReL. Des. Ribeiro dos Santos, j. 07.07.2009.

²⁰ TJSP, Apelação Criminal n. 3000270-55.2013.8.26.0280, Rel. Des. Almeida Sampaio, j. 01.02.2016.

²¹ TJSP, HC 2016197-69.2018.8.26.0000, Rel. Des. Camargo Aranha Filho, j. 13.03.2018.

autoincriminação são aplicáveis a qualquer indiciado ou testemunha, consoante farta jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. 3 Remessa oficial improvida.²²

5. Direito da testemunha mentir para evitar autoincriminação. Inocorrência. A Constituição Federal assegura o direito ao silêncio (artigo 5º, inciso LXIII), que a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica, artigo 8º, §2º, g) e o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (artigo 14, 3, “g”) institucionalizaram o princípio da “não autoincriminação” (*nemo tenetur se detegere*) e que a legislação civil e processual civil garantem o direito ao silêncio em relação a fatos tidos por criminosos (artigo 347, 406 do CPC e artigo 229 do CC). 6. O direito de não produzir prova contra si mesmo não acarreta em autorização para a testemunha mentir em juízo. É certo que o ordenamento assegura ao indivíduo o direito de não depor sobre fato que o incrimine. Contudo, lhe é reservado apenas o direito de permanecer em silêncio, mas não a conduta ativa de apresentar versão inverídica sobre fatos, pois, além de ser antiética, é criminosa. Com efeito, ao assim proceder, o agente intencionalmente busca enganar o julgador e se beneficiar da própria mendacidade. Ademais, não se vislumbra como o Judiciário possa tolerar ou estimular a mentira no processo, com fundamento no direito constitucional a não autoincriminação.²³

Percebe-se que, felizmente e com raras exceções, o princípio vem tendo sua vigência garantida pelos Tribunais, fazendo valer o entendimento das Cortes Superiores e a autoridade da própria Constituição. Por outro lado, a existência de inúmeros casos a esse respeito nos Tribunais indica que, nas instâncias inferiores e nos procedimentos investigativos, o mesmo não pode ser dito, parecendo ser a regra a violação do princípio, reduzindo as garantias daquele submetido ao poder estatal.

Esses fatos indicam a necessidade de maior controle da questão do ponto de vista do dia a dia das operações de colheita de testemunhos, podendo-se vislumbrar um papel mais ativo das corregedorias e órgãos de controle nesse aspecto.

4. Conclusão

Em resumo, temos que quando da apuração de fatos que indiquem óbvio risco de consequência penal à testemunha, seu depoimento deve ser tomado com as cautelas constitucionalmente impostas, de modo que ainda que formalmente revestido da condição de testemunha, nesses casos o indivíduo possui o claro direito de não responder (ou, frise-se, fornecer a versão que lhe convier, inclusive no tocante à colheita de materiais como assinaturas) a perguntas que lhe possam autoincriminar.

Conseqüentemente, isso significa que eventual mentira narrada em testemunho, longe de levar a uma imputação criminal por falso testemunho, nada mais é do que o exercício de um direito constitucionalmente garantido, insculpido no art. 5º, LXIII, da Constituição Federal, configurando, portanto, a causa excludente de antijuridicidade prevista no art. 23, inciso III, do Código Penal, o que exclui a existência do próprio crime de falso testemunho, tornando a conduta atípica.

Assim sendo, vale a intenção da lei, mais do que as formalidades de denominação dos atores no procedimento penal, para que se verifique a incidência do princípio e a consequente atipicidade de condutas praticadas em favor próprio.

²² TRF3, Reexame necessário criminal 0012253-04.2008.4.03.6181, Rel. Des. Federal Vesna Kolmar, j. 12.01.2010.

²³ TRF3, Apelação Criminal 0008437-28.2011.4.03.6110, Rel. Des. Federal Marcelo Saraiva, j. 15.09.2015.

Já no tocante às consequências formais – além das já mencionadas, de que o silêncio não importa em confissão e não pode ser utilizado em detrimento do acusado –, caso algum feito conte em sua instrução com a inclusão de provas derivadas da violação da garantia do *nemo tenetur se detegere*, tais provas deverão ser prontamente excluídas do procedimento, não podendo ser utilizadas no livre convencimento do juiz, por serem claramente ilícitas, fazendo valer assim o disposto no art. 5º, LVI, da Constituição Federal.²⁴

²⁴ “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”.