



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 834126 - RS (2023/0220322-2)

RELATOR : **MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE : TIAGO LEITE DIONISIO
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PRIMEIRA FASE. AUMENTO DA PENA-BASE. *NEMO TENETUR SE DETEGERE*. DIREITO DE MENTIR. INEXISTÊNCIA. TOLERÂNCIA JURÍDICA NÃO ABSOLUTA. SUPOSTA MENTIRA DO RÉU NO INTERROGATÓRIO. ATRIBUIÇÃO FALSA DE CRIME A OUTREM. VALORAÇÃO COMO CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL NEGATIVA. IMPOSSIBILIDADE. FATO NÃO COMPROVADO E POSTERIOR AO DELITO IMPUTADO NA DENÚNCIA. FUNDAMENTO INIDÔNEO. ORDEM CONCEDIDA.

1. O direito a não se autoincriminar (do qual deriva, por lógica, o direito ao silêncio) é regra antiga e inerente ao processo penal de cariz democrático e racional. Constitui, nos dizeres de Ferrajoli, "a primeira máxima do garantismo processual acusatório, enunciada por Hobbes e recebida desde o século XVII no direito inglês" (FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: Teoria do garantismo penal, tradução coletiva*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 486).

2. Se, por um lado, a sua estatura é incontroversa, por outro, os seus limites geram acirrados debates na doutrina, especialmente no que concerne ao exercício da autodefesa no interrogatório.

3. Não é adequado admitir que haja, propriamente, um “direito de mentir”. A rigor, o que existe é uma tolerância jurídica – não absoluta – em relação ao falseamento da verdade pelo réu, sobretudo em virtude da ausência de criminalização do perjúrio no Brasil, conduta cuja tipificação penal é objeto de alguns projetos de lei em tramitação no Congresso Nacional (por exemplo: PL 3148/21 e PL 4192/2015).

4. Tolerância não absoluta porque, em algumas oportunidades, a própria lei cuida de atribuir relevância penal à mentira ou outras formas de encobrir a verdade. É o que ocorre, por exemplo, nos crimes de autoacusação falsa (art. 341 do CP) e falsa identidade (art. 307 do CP), ainda que praticado este em nome da autodefesa (Súmula n. 522 do STJ: “A conduta de atribuir-se falsa identidade perante autoridade policial é típica, ainda que em situação de alegada autodefesa”). Também é o que sucede nas hipóteses em que, para defender-se, o acusado comete fraude processual (art. 347, parágrafo único, do CP) ou coage testemunhas (art. 344 do CP), a evidenciar que, se, por um lado, o *nemo tenetur se detegere* é garantia fundamental, por outro, encontra importantes limitações no ordenamento jurídico pátrio.

5. De todo modo, ainda que o falseamento da verdade eventualmente possa – a depender do caso e se cabalmente comprovado – justificar a responsabilização do réu por crime autônomo, isso não significa que essa prática, no interrogatório, autorize a exasperação da pena-base do acusado.

6. O conceito de culpabilidade, como circunstância judicial prevista no art. 59 do Código Penal, está relacionado com a reprovabilidade/censurabilidade da conduta do agente, de forma que deve o magistrado, quando da aplicação da pena-base, dimensioná-la pelo nível de intensidade da reprovação penal e expor sempre os fundamentos que lhe formaram o convencimento. Trata-se de aferir o

grau de reprovabilidade do fato criminoso praticado pelo réu.

7. No caso dos autos, de acordo com a sentença, a culpabilidade do acusado foi valorada negativamente sob o argumento de que ele “tentou se furtar à responsabilização penal, imputando falsamente a um terceiro (seu vizinho J.) a responsabilidade por ter "plantado" as drogas e armas em sua casa na noite anterior ao cumprimento do mandado de busca e apreensão pela polícia. Essa conclusão, no sentido de ser uma falsa imputação, restou comprovada pelo depoimento de J. em juízo, o qual nada referiu sobre as alegações do réu” (fl. 275).

8. De início, cabe salientar que a simples circunstância de o vizinho haver negado esses fatos quando ouvido em juízo na condição de informante não permite afirmar a falsidade da versão do acusado; até porque, se houvesse confirmado a alegação do réu, tal depoente – que nem sequer prestou compromisso de dizer a verdade – estaria admitindo a prática de crime e passaria a ocupar o lugar do paciente como imputado. Assim, se, de um lado, a negativa do terceiro enfraquece a hipótese fática alternativa apresentada em autodefesa pelo paciente, de outro, não é suficiente para responsabilizá-lo penalmente pelo que disse no interrogatório.

9. Do contrário, toda vez que qualquer réu alegasse haver sofrido algum tipo de abuso policial e a prática desse abuso fosse negada pelo respectivo agente de segurança por ocasião de seu testemunho – situação absolutamente corriqueira no cotidiano da praxe forense –, isso bastaria para incrementar a pena do réu ou mesmo fazer-lhe incorrer em crime autônomo. Restaria ao interrogado somente confessar, ficar em silêncio ou, no máximo, negar de forma vaga e genérica a imputação, a fim de não incorrer em possível delito, o que representaria grave fator de intimidação contra a exposição de possíveis ilegalidades praticadas por agentes estatais na persecução penal.

10. Estendido esse raciocínio às audiências de custódia, nas quais um dos propósitos centrais da oitiva do preso é justamente o de verificar a legalidade da prisão em flagrante e a possível ocorrência de abuso, essa

finalidade primordial seria em boa medida frustrada, diante do risco que representaria para o indivíduo alegar qualquer violência: uma simples negativa do policial levaria o autuado a responder por mais um crime ou ter sua futura reprimenda agravada. No cenário atual, em que a veracidade da palavra dos policiais ainda é vista como dogma praticamente inquestionável por muitos tribunais, alegar a ocorrência de abuso seria demasiadamente arriscado para o preso, o que implicaria o aumento das já elevadas cifras ocultas da tortura praticada por agentes estatais.

11. De toda sorte, ainda que, por hipótese, se pudesse considerar provado que o réu atribuiu falsamente crime a terceiro no interrogatório (o que não é o caso), tal acontecimento não diria respeito à sua culpabilidade, a qual, conforme assentado anteriormente, relaciona-se ao grau de reprovabilidade pessoal da conduta imputada ao acusado. Isso porque o interrogatório constitui fato posterior à prática da infração penal, de modo que não pode ser usado retroativamente para incrementar o juízo de reprovabilidade de fato praticado no passado.

12. Com efeito, o exame da sanção penal cabível deve ser realizado, em regra, com base somente em elementos existentes até o momento da prática do crime imputado, ressalvados, naturalmente: a) o exame das consequências do delito, que, embora posteriores, representam mero desdobramento causal direto dele, e não novas e futuras condutas do acusado retroativamente valoradas; b) o superveniente trânsito em julgado de condenação por fato praticado no passado, uma vez que representa a simples declaração jurídica da existência de evento pretérito.

13. Nem mesmo nas circunstâncias da personalidade ou da conduta social seria possível considerar desfavoravelmente a mentira do réu em interrogatório judicial. O paralelo feito por alguns doutrinadores com a confissão (se a confissão revela aspecto favorável da personalidade e atenua a pena, a mentira supostamente revelaria o oposto e poderia autorizar o seu aumento), embora interessante, é assimétrico e não

permite que dele se extraia tal conclusão.

14. A confissão e diversos outros institutos que permitem o abrandamento da sanção (colaboração premiada, arrependimento posterior etc.) integram o chamado Direito penal premial e se justificam como ferramentas para valorizar e estimular a postura que o réu adota depois da prática do delito para mitigar seus efeitos ou facilitar a atividade estatal na sua persecução. Diferente, porém, é a análise sobre o que pode legitimar o incremento da sanção penal, a qual, nos termos dos mais basilares postulados penais e processuais penais, não pode ficar ao sabor de eventos futuros, incertos e não decorrentes diretamente, como desdobramento meramente causal, do fato imputado na denúncia (por exemplo, nos termos acima esclarecidos, as consequências do crime).

15. O que deve ser avaliado é se, ao praticar o fato criminoso imputado, a culpabilidade do réu foi exacerbada ou se, até aquele momento, ele demonstrava personalidade desvirtuada ou conduta social inadequada, o que não pode ser aferido retroativamente com base em fato diverso que só veio a ser realizado em tempo futuro, às vezes longos anos depois (no caso, o crime foi praticado em maio de 2013 e o interrogatório do réu ocorreu em agosto de 2019, mais de 6 anos depois).

16. Ordem concedida para reconhecer a inidoneidade do fundamento usado para exasperar a pena-base e reduzir a sanção do réu a 5 anos de reclusão, em regime inicial semiaberto, e 500 dias-multa, nos autos da condenação objeto do Processo n. 0000012-53.2014.8.21.0134.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma, por unanimidade, conceder o habeas corpus, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Antonio Saldanha Palheiro, Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDF), Laurita Vaz e Sebastião Reis Júnior votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 05 de setembro de 2023.

Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ

Relator

CERTIDÃO DE JULGAMENTO
SEXTA TURMA

Número Registro: 2023/0220322-2

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 834.126 / R S
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 03872013141831 13421300006739 13421400000090 3872013141831
50006708920148210134

EM MESA

JULGADO: 22/08/2023

Relator

Exmo. Sr. Ministro **ROGERIO SCHIETTI CRUZ**

Presidente da Sessão

Exma. Sra. Ministra LAURITA VAZ

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. JOSÉ ELAERES MARQUES TEIXEIRA

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE : TIAGO LEITE DIONISIO
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Tráfico Ilícito e Uso Indevido de Drogas - Tráfico de Drogas e Condutas Afins

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEXTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Adiado por indicação do Sr. Ministro Relator.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 834126 - RS (2023/0220322-2)

RELATOR : **MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE : TIAGO LEITE DIONISIO
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PRIMEIRA FASE. AUMENTO DA PENA-BASE. *NEMO TENETUR SE DETEGERE*. DIREITO DE MENTIR. INEXISTÊNCIA. TOLERÂNCIA JURÍDICA NÃO ABSOLUTA. SUPOSTA MENTIRA DO RÉU NO INTERROGATÓRIO. ATRIBUIÇÃO FALSA DE CRIME A OUTREM. VALORAÇÃO COMO CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL NEGATIVA. IMPOSSIBILIDADE. FATO NÃO COMPROVADO E POSTERIOR AO DELITO IMPUTADO NA DENÚNCIA. FUNDAMENTO INIDÔNEO. ORDEM CONCEDIDA.

1. O direito a não se autoincriminar (do qual deriva, por lógica, o direito ao silêncio) é regra antiga e inerente ao processo penal de cariz democrático e racional. Constitui, nos dizeres de Ferrajoli, "a primeira máxima do garantismo processual acusatório, enunciada por Hobbes e recebida desde o século XVII no direito inglês" (FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*: Teoria do garantismo penal, tradução coletiva, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 486).

2. Se, por um lado, a sua estatura é incontroversa, por outro, os seus

limites geram acirrados debates na doutrina, especialmente no que concerne ao exercício da autodefesa no interrogatório.

3. Não é adequado admitir que haja, propriamente, um “direito de mentir”. A rigor, o que existe é uma tolerância jurídica – não absoluta – em relação ao falseamento da verdade pelo réu, sobretudo em virtude da ausência de criminalização do perjúrio no Brasil, conduta cuja tipificação penal é objeto de alguns projetos de lei em tramitação no Congresso Nacional (por exemplo: PL 3148/21 e PL 4192/2015).

4. Tolerância não absoluta porque, em algumas oportunidades, a própria lei cuida de atribuir relevância penal à mentira ou outras formas de encobrir a verdade. É o que ocorre, por exemplo, nos crimes de autoacusação falsa (art. 341 do CP) e falsa identidade (art. 307 do CP), ainda que praticado este em nome da autodefesa (Súmula n. 522 do STJ: “A conduta de atribuir-se falsa identidade perante autoridade policial é típica, ainda que em situação de alegada autodefesa”). Também é o que sucede nas hipóteses em que, para defender-se, o acusado comete fraude processual (art. 347, parágrafo único, do CP) ou coage testemunhas (art. 344 do CP), a evidenciar que, se, por um lado, o *nemo tenetur se detegere* é garantia fundamental, por outro, encontra importantes limitações no ordenamento jurídico pátrio.

5. De todo modo, ainda que o falseamento da verdade eventualmente possa – a depender do caso e se cabalmente comprovado – justificar a responsabilização do réu por crime autônomo, isso não significa que essa prática, no interrogatório, autorize a exasperação da pena-base do acusado.

6. O conceito de culpabilidade, como circunstância judicial prevista no art. 59 do Código Penal, está relacionado com a reprovabilidade/censurabilidade da conduta do agente, de forma que deve o magistrado, quando da aplicação da pena-base, dimensioná-la pelo nível de intensidade da reprovação penal e expor sempre os fundamentos que lhe formaram o convencimento. Trata-se de aferir o grau de reprovabilidade do fato criminoso praticado pelo réu.

7. No caso dos autos, de acordo com a sentença, a culpabilidade do acusado foi valorada negativamente sob o argumento de que ele “tentou se furtar à responsabilização penal, imputando falsamente a um terceiro (seu vizinho J.) a responsabilidade por ter "plantado" as drogas e armas em sua casa na noite anterior ao cumprimento do mandado de busca e apreensão pela polícia. Essa conclusão, no sentido de ser uma falsa imputação, restou comprovada pelo depoimento de J. em juízo, o qual nada referiu sobre as alegações do réu” (fl. 275).

8. De início, cabe salientar que a simples circunstância de o vizinho haver negado esses fatos quando ouvido em juízo na condição de informante não permite afirmar a falsidade da versão do acusado; até porque, se houvesse confirmado a alegação do réu, tal depoente – que nem sequer prestou compromisso de dizer a verdade – estaria admitindo a prática de crime e passaria a ocupar o lugar do paciente como imputado. Assim, se, de um lado, a negativa do terceiro enfraquece a hipótese fática alternativa apresentada em autodefesa pelo paciente, de outro, não é suficiente para responsabilizá-lo penalmente pelo que disse no interrogatório.

9. Do contrário, toda vez que qualquer réu alegasse haver sofrido algum tipo de abuso policial e a prática desse abuso fosse negada pelo respectivo agente de segurança por ocasião de seu testemunho – situação absolutamente corriqueira no cotidiano da praxe forense –, isso bastaria para incrementar a pena do réu ou mesmo fazer-lhe incorrer em crime autônomo. Restaria ao interrogado somente confessar, ficar em silêncio ou, no máximo, negar de forma vaga e genérica a imputação, a fim de não incorrer em possível delito, o que representaria grave fator de intimidação contra a exposição de possíveis ilegalidades praticadas por agentes estatais na persecução penal.

10. Estendido esse raciocínio às audiências de custódia, nas quais um dos propósitos centrais da oitiva do preso é justamente o de verificar a legalidade da prisão em flagrante e a possível ocorrência de abuso, essa finalidade primordial seria em boa medida frustrada, diante do risco que

representaria para o indivíduo alegar qualquer violência: uma simples negativa do policial levaria o autuado a responder por mais um crime ou ter sua futura reprimenda agravada. No cenário atual, em que a veracidade da palavra dos policiais ainda é vista como dogma praticamente inquestionável por muitos tribunais, alegar a ocorrência de abuso seria demasiadamente arriscado para o preso, o que implicaria o aumento das já elevadas cifras ocultas da tortura praticada por agentes estatais.

11. De toda sorte, ainda que, por hipótese, se pudesse considerar provado que o réu atribuiu falsamente crime a terceiro no interrogatório (o que não é o caso), tal acontecimento não diria respeito à sua culpabilidade, a qual, conforme assentado anteriormente, relaciona-se ao grau de reprovabilidade pessoal da conduta imputada ao acusado. Isso porque o interrogatório constitui fato posterior à prática da infração penal, de modo que não pode ser usado retroativamente para incrementar o juízo de reprovabilidade de fato praticado no passado.

12. Com efeito, o exame da sanção penal cabível deve ser realizado, em regra, com base somente em elementos existentes até o momento da prática do crime imputado, ressalvados, naturalmente: a) o exame das consequências do delito, que, embora posteriores, representam mero desdobramento causal direto dele, e não novas e futuras condutas do acusado retroativamente valoradas; b) o superveniente trânsito em julgado de condenação por fato praticado no passado, uma vez que representa a simples declaração jurídica da existência de evento pretérito.

13. Nem mesmo nas circunstâncias da personalidade ou da conduta social seria possível considerar desfavoravelmente a mentira do réu em interrogatório judicial. O paralelo feito por alguns doutrinadores com a confissão (se a confissão revela aspecto favorável da personalidade e atenua a pena, a mentira supostamente revelaria o oposto e poderia autorizar o seu aumento), embora interessante, é assimétrico e não permite que dele se extraia tal conclusão.

14. A confissão e diversos outros institutos que permitem o abrandamento da sanção (colaboração premiada, arrependimento posterior etc.) integram o chamado Direito penal premial e se justificam como ferramentas para valorizar e estimular a postura que o réu adota depois da prática do delito para mitigar seus efeitos ou facilitar a atividade estatal na sua persecução. Diferente, porém, é a análise sobre o que pode legitimar o incremento da sanção penal, a qual, nos termos dos mais basilares postulados penais e processuais penais, não pode ficar ao sabor de eventos futuros, incertos e não decorrentes diretamente, como desdobramento meramente causal, do fato imputado na denúncia (por exemplo, nos termos acima esclarecidos, as consequências do crime).

15. O que deve ser avaliado é se, ao praticar o fato criminoso imputado, a culpabilidade do réu foi exacerbada ou se, até aquele momento, ele demonstrava personalidade desvirtuada ou conduta social inadequada, o que não pode ser aferido retroativamente com base em fato diverso que só veio a ser realizado em tempo futuro, às vezes longos anos depois (no caso, o crime foi praticado em maio de 2013 e o interrogatório do réu ocorreu em agosto de 2019, mais de 6 anos depois).

16. Ordem concedida para reconhecer a inidoneidade do fundamento usado para exasperar a pena-base e reduzir a sanção do réu a 5 anos de reclusão, em regime inicial semiaberto, e 500 dias-multa, nos autos da condenação objeto do Processo n. 0000012-53.2014.8.21.0134.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ:

TIAGO LEITE DIONÍSIO alega ser vítima de coação ilegal em decorrência de acórdão proferido pelo **Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul** na Apelação Criminal n. 5000670-89.2014.8.21.0134.

Consta dos autos que o réu foi condenado à pena de 5 anos e 10 meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, mais 583 dias-multa, pela prática do crime de tráfico de drogas.

A defesa aduz, em síntese, que foi inidôneo o fundamento usado pelas instâncias ordinárias para valorar negativamente a culpabilidade do acusado, razão pela qual requer o redimensionamento da sanção aplicada.

Argumenta, para tanto, “o juízo de primeiro grau valorou como negativa a culpabilidade em razão da tese defensiva do paciente, o qual alegou que as drogas teriam sido enxertadas por um terceiro”, mas “o que se vê nos autos, o réu apenas apresentou sua versão para defender-se dos fatos que lhe foram imputados, não agindo fora da normalidade” (fls. 5-6).

Indeferida a liminar, o Ministério Público Federal manifestou-se pela **concessão** da ordem (fls. 439-444).

VOTO

O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ (Relator):

I. Contextualização

Na hipótese, o Juízo singular elevou a reprimenda-base do réu sob o fundamento de que (fl. 275, grifei):

A culpabilidade do réu, considerada como grau de reprovabilidade de sua conduta, excedeu a normalidade para a espécie, isto porque, não obstante ser surpreendido com as referidas drogas e arma, o réu, de forma maliciosa, tentou se furtrar à responsabilização penal, imputando falsamente a um terceiro (seu vizinho, J. C. dos A.) a responsabilidade por ter "plantado" as drogas e armas em sua casa na noite anterior ao cumprimento do mandado de busca e apreensão pela polícia. Essa conclusão, no sentido de ser uma falsa imputação, restou comprovada pelo depoimento de Jardel em juízo, o qual nada referiu sobre as alegações do réu. Ao assim agir, o acusado demonstrou total despreocupação com as consequências criminais que poderiam advir de sua "versão" dos fatos (incriminação injusta de um terceiro, por exemplo). Saliento que essa atitude, a meu ver, extrapolou sobremaneira os limites da garantia constitucional da ampla defesa, na medida em que, além de dar azo a uma possível incriminação injusta de um terceiro (o que, felizmente, não ocorreu), também poderia movimentar indevidamente os órgãos de persecução penal.

A Corte estadual, por sua vez, chancelou o aumento nos seguintes termos (fls. 398-399, destaquei):

A culpabilidade, para fins de individualização da pena, deve ser compreendida como o juízo de reprovabilidade da conduta, ou seja, o menor ou maior grau de censurabilidade do comportamento do réu.

Na espécie, a sentença negativamente a culpabilidade porque o réu tentou imputar a terceiro a autoria do delito, **afirmando que Jardel teria enxertado a droga em sua residência, tudo com o fim de esquivar-se da punição**, o que, com efeito, impinge maior reprovabilidade à sua conduta.

Com isso, vai mantido o tisque quanto a culpabilidade.

Daí a impetração do presente *writ*, em que se questiona a idoneidade da fundamentação empregada pelas instâncias ordinárias para valorar negativamente a culpabilidade do réu.

A fim de examinar a tese defensiva, mostra-se pertinente tecer algumas considerações gerais sobre os limites da autodefesa para depois enveredar pelo tema central do aumento da pena-base em virtude de suposta mentira do acusado no interrogatório.

II. O *nemo tenetur se detegere* e os limites da autodefesa

Objeto de intensa celeuma na doutrina é o debate sobre a extensão do princípio *nemo tenetur se detegere*, cujo significado literal é “ninguém é obrigado a se descobrir”, mas que se consolidou no decorrer de sua evolução histórica como “**direito de não autoincriminação**”. Tal instituto constitui, nos dizeres de Ferrajoli, **a primeira máxima do garantismo processual acusatório**, enunciada por Hobbes e recebida desde o século XVII no direito inglês” (FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: Teoria do Garantismo penal*, tradução coletiva, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 486, grifei).

Além de constitucionalmente albergado no art. 5º, LXIII, da Constituição Federal, 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”, o *nemo tenetur* também encontra amparo nos principais diplomas

internacionais de direitos humanos.

O art. 14.3 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, internalizado em nosso ordenamento pelo Decreto n. 592, de 6 de julho de 1992, estabelece que “Toda pessoa acusada de um delito terá direito, em plena igualdade, a, pelo menos, as seguintes garantias: g) De não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada”.

Na mesma linha é a previsão do art. 8.2, “g”, da Convenção Americana de Direitos Humanos: “Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: g. direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada”.

Segundo Maria Elizabeth Queijo, o *nemo tenetur* "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 proibitivos de interrogatório, sugestões e dissimulações” (QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal*, 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2012, p. 77)

Embora não haja consenso sobre as suas exatas origens mais remotas, os principais apontamentos se referem ao direito anglo-saxônico de meados dos séculos XVI e XVII, em que o então chamado *privilege against self-incrimination* teria sido invocado como reação ao juramento *ex officio*, expediente inquisitorial realizado nos tribunais eclesiásticos do séc. XVII e que impunha ao interrogado, sob pena de cometer perjúrio, o dever de responder a verdade (*veritate dicenda*) sobre tudo aquilo que lhe fosse perguntado.

A garantia contra a autoincriminação era aplicada nas cortes de *common law* e tinha como principal fundamento o fato de o juramento *ex officio* colocar os

acusados diante de um impasse: ou cometiam perjúrio ou se incriminavam; mas “o *nemo tenetur se detegere* somente tinha aplicação quando a prática do crime era desconhecida. Se o crime cometido fosse de conhecimento público, não vigorava o princípio. Pretendia-se, com isso, evitar que os juízes pudessem investigar abstratamente a vida das pessoas. Era a vedação à prática de *fishing expeditions*” (QUEIJO, Maria Elizabeth. *op. cit.*, p. 37).

A verdadeira efetividade desse direito, porém, só se consolidou propriamente no período iluminista do séc. XVIII, quando foi fortalecido o sistema acusatório, o respeito às garantias processuais e introduzida no processo a presença de defesa técnica por advogado, com triunfo definitivo em 1791 na Quinta Emenda da Constituição dos EUA, segundo a qual “nenhuma pessoa [...] será obrigada em qualquer processo criminal a ser testemunha contra si mesma”. Isso porque, “para o arguido não assistido por advogado, recusar-se a declarar perante os jurados, que decidiam segundo a sua convicção pessoal, era o mesmo que cometer suicídio” (SILVA, Sandra Oliveira e. O arguido como meio de prova contra si mesmo – considerações em torno do princípio *nemo tenetur se ipsum accusare*. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*. Vol. 10, 2014, pp. 361-379).

Trata-se, pois, de verdadeiro marco civilizatório na história do devido processo legal, por representar uma mudança de paradigma no tratamento do investigado, que passou de mero objeto do qual se buscava extrair o reconhecimento da culpa com objetivo probatório para, finalmente, sujeito de direitos.

Paulo Mário Canabarro Trois Neto, nesse sentido, afirma:

O direito de não se autoincriminar surgiu e desenvolveu-se no bojo de transformações processuais pelas quais o imputado deixou de ser mero objeto da investigação e passou a ser tratado, simultaneamente, como sujeito do processo. No arcabouço constitucional do Estado de Direito contemporâneo, seu caráter jusfundamental extrai-se do entrelaçamento das normas constitucionais da dignidade humana, do procedimento correto, da ampla defesa e da presunção de inocência. É por isso que a proteção contra a obrigatoriedade da autoincriminação constitui, hoje, um dos aspectos centrais sobre como o indivíduo deve ser tratado em uma determinada organização jurídico-social. Adotada

uma teoria ampla do tipo normativo, o direito de não se autoincriminar protege *prima facie* todos os comportamentos individuais passivos que se refiram a uma postura de seu titular, como parte processual não subordinada à parte contrária, de não colaborar para a própria condenação.

(TROIS NETO, Paulo Mário Canabarro. Editora Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2011, pp. 199-200)

O direito ao silêncio não possui exata correspondência com o direito de não autoincriminação. É, na verdade, “apenas uma manifestação de uma garantia muito maior, inculpada no princípio *nemo tenetur se detegere*, segundo o qual o sujeito passivo não pode sofrer nenhum prejuízo jurídico por omitir-se de colaborar em uma atividade probatória da acusação ou por exercer seu direito de silêncio quando do interrogatório” (LOPES JR, Aury. *Direito Processual Penal*. São Paulo: Saraiva, 2023, p. 89).

Se, por um lado, a sua estatura é incontroversa, por outro, os limites do direito à não autoincriminação geram acirrados debates na doutrina, especialmente no que concerne ao exercício da autodefesa no interrogatório.

Entre os que encampam a existência de um suposto “**direito de mentir**” do réu, inclusive para incriminar falsamente terceiros, Guilherme Nucci afirma:

[...] ainda que judiciosas opiniões, como as de Hélio Tornaghi, Camargo Aranha e Mirabete, defendam expressamente que o réu não tem o direito de mentir, ousamos discordar. **No exercício de sua autodefesa e para não incidir na auto-acusação, pode o acusado dizer o que bem entende, inclusive mentir. Se pode e deve defender-se com amplidão, é natural que o direito de faltar com a verdade esteja presente. Tanto assim que pode até incriminar outra pessoa para salvar-se, sem que seja punido.** Essa mentira não é sancionada. Ora, o que não é vedado pelo ordenamento jurídico, é permitido. Faz parte da lógica jurídica e da coerência do conjunto das leis, donde deflui a assertiva de que uma conduta só pode ser permitida, obrigatória ou proibida. Fora disso, não se vislumbra outra hipótese. **Assim, se não é proibido mentir, porque faz parte da autodefesa e não é sancionado; se não é obrigatório faltar a verdade, porque não há lei impondo tal dever, logo, é óbvio que é permitido. Se é permitido fazer algo, é um direito do indivíduo fazê-lo.** “É permitido fumar”, logo, é direito da pessoa fumar no local onde existe tal permissão. Argumentar com a proibição da auto-acusação falsa, que é sancionada, não elimina o que dissemos. **O réu tem o direito de mentir, mas não o tem no que se refere à auto-acusação falsa.**

Portanto, é proibido assumir um crime que não se cometeu; se é proibido, logo, não pode ser permitido, nem é obrigatório fazê-lo (não é um direito). Pelo exposto, sustentamos que é direito do réu mentir no seu interrogatório.

(NUCCI, Guilherme de Souza. *O valor da confissão como meio de prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, pp. 82-83)

Gustavo Badaró, embora rejeite a existência de um “direito de mentir”, também admite a irrelevância penal da mentira no interrogatório, mesmo em caso de incriminação de terceiro:

Não há um direito de mentir para o acusado. Há uma irrelevância jurídica na mentira do acusado, posto que de tal ato não lhe poderão advir consequências negativas. O direito ao silêncio do acusado inclui o direito de apresentar versão para encobrir fatos sobre os quais deseja se calar. **Se o acusado atribui a outrem a autoria do crime que lhe é imputado, sabendo ser este inocente, não cometerá o crime de denúncia caluniosa, se o fizer para se defender.** Entretanto, se o acusado mentir, para confessar um crime que não cometeu, poderá responder pelo delito de autoacusação falsa (CP, art. 341).

(BADARÓ, Gustavo H. *Processo Penal*, São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023, edição digital, item 10.3.1)

Outra parcela da doutrina, a seu turno, proclama não apenas a inexistência do direito à mentira no interrogatório, mas também a possibilidade de que “se, em função da mentira *juridicamente relevante*, houver prejuízo real ou potencial para a vítima, para terceiros ou para a administração da justiça, **o art. 59 do Código Penal pode ser invocado pelo juiz para estabelecer, com base em circunstâncias judiciais desfavoráveis (personalidade ou conduta social do réu), pena-base acima da mínima para o acusado mendaz**, aquele que, *em juízo*, usou de engodos e ardis, que zombou do serviço judicial com mentiras e o desprestigiou com versões e fantasias, numa visão egoística e antiética da relação processual” (ARAS, Vladimir. A Mentira do réu e o artigo 59 do CP. *In: Garantismo Penal Integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil*, CALABRICH, Bruno, FISCHER, Douglas e PELELLA, Eduardo (org.). Porto Alegre: Editora Verbo Jurídico, 2017, pp. 247-269, acrescentei destaques ao original).

Para esse autor, o réu pode apenas negar falsamente a prática do crime ao responder à pergunta prevista no art. 187, § 2º, do CPP (“é verdadeira a acusação que lhe é feita?”), mas seria uma falácia lógica considerar que “por não ser obrigado a autoacusar-se, o réu pode mentir. Disso não se trata. O acusado tem sempre a opção constitucionalmente assegurada e moralmente legítima de silenciar”.

Cléber Pereira Defina, em raciocínio similar, argumenta que “assim como a confissão dos fatos denota aspecto louvável da personalidade do agente, pois atua com boa-fé e consciência social, o inverso também é verdadeiro: **a mentira do agente sinaliza aspecto censurável de sua personalidade**, pois atua com má-fé e franca ausência de consciência social, **constituindo-se, portanto, em dado sensível quando da individualização da pena**” (DEFINA, Cleber Pereira. A mentira do réu como elemento relevante na dosagem da pena. *Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo*, v. 5, n. 1, p. 117-144, 2014, grifei).

Adotando posição intermediária, Renato Brasileiro pondera não haver propriamente um “direito à mentira”, mas somente a ausência de sanção legal sobre a sua prática, salvo quando se tratar de imputar falsamente crime a terceiro que sabe inocente. Confira-se:

c) inexigibilidade de dizer a verdade: alguns doutrinadores entendem que o acusado possui o direito de mentir, por não existir o crime de perjúrio no ordenamento pátrio. **A nosso ver, e com a devida vênia, não se pode concordar com a assertiva de que o princípio do *nemo tenetur se detegere* assegure o direito à mentira. Em um Estado democrático de Direito, não se pode afirmar que o próprio Estado assegure aos cidadãos direito a um comportamento antiético e imoral, consubstanciado pela mentira. A questão assemelha-se à fuga do preso. Pelo simples fato de a fuga não ser considerada crime, daí não se pode concluir que o preso tenha direito à fuga. Tivesse ele direito à fuga, estar-se-ia afirmando que a fuga seria um ato lícito, o que não é correto, na medida em que a própria Lei de Execuções Penais estabelece como falta grave a fuga do condenado (LEP, art. 50, inciso II). Na verdade, por não existir o crime de perjúrio no ordenamento pátrio, pode-se dizer que o comportamento de dizer a verdade não é exigível do acusado, sendo a mentira tolerada, porque dela não pode resultar nenhum prejuízo ao acusado. Logo, como o dever de dizer a verdade não é dotado de coercibilidade, já que não há**

sanção contra a mentira no Brasil, quando o acusado inventa um alibi que não condiz com a verdade, simplesmente para criar uma dúvida na convicção do órgão julgador, conclui-se que essa mentira há de ser tolerada por força do *nemo tenetur se detegere*. A esse respeito, concluiu o Supremo Tribunal Federal que, no direito ao silêncio, tutelado constitucionalmente, inclui-se a prerrogativa processual de o acusado negar, ainda que falsamente, perante a autoridade policial ou judiciária, a prática da infração penal. **Se essa mentira defensiva é tolerada, especial atenção deve ser dispensada às denominadas mentiras agressivas, quando o acusado imputa falsamente a terceiro inocente a prática do delito. Nessa hipótese, dando causa à instauração de investigação policial, processo judicial, investigação administrativa, inquérito civil ou ação de improbidade administrativa contra alguém que o sabe inocente, o agente responderá normalmente pelo delito de denúncia caluniosa (CP, art. 339), porque o direito de não produzir prova contra si mesmo esgota-se na proteção do réu, não servindo de suporte para que possa cometer outros delitos.** Também é crime a conduta de acusar-se, perante a autoridade, de crime inexistente ou praticado por outrem (CP, art. 341, autoacusação falsa). Na mesma linha, tem prevalecido o entendimento de que o direito ao silêncio não abrange o direito de falsear a verdade quanto à identidade pessoal.

(LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*: volume único, Salvador: JusPodivm, 2020, p. 75, destaquei)

No direito alemão, Claus Roxin também registra a existência de desacordo doutrinário sobre a existência de uma “obrigação de dizer a verdade”, mas reconhece que, a despeito disso, se considera que a negativa do réu quanto à imputação não pode ser usada em seu desfavor na dosimetria da pena, em que pese a jurisprudência de seu país natal contrarie esse entendimento. Veja-se:

Além disso, também há divergência sobre se o réu tem uma "obrigação de dizer a verdade" em sua declaração sobre o fato. Na literatura jurídica, a existência de tal obrigação é rechaçada de forma majoritária (ver FEZER, 3/11, com mais detalhes). No entanto, independentemente disso, reconhece-se que a negação do réu – como tal livre de sanção –, não pode causar prejuízo na dosagem da pena. No entanto, a jurisprudência chega a esse resultado, na prática, quando valora a negação persistente como indício de obstinação e incompreensão, e aumenta a pena por esse motivo (cf. BGHSt 1, 104, 342).

(ROXIN, Claus. *Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2003, p. 211, traduzi)

A discórdia a respeito da questão se espalha por diversos países mundo

afora, consoante expõe com minúcia a já citada pesquisa monográfica de Maria Elizabeth Queijo (*op. cit.*, pp. 277-279, grifei):

Nas palavras de Cordero, o acusado nada tem a temer no interrogatório. Poderá silenciar e até mentir, desde que não impute falsamente o crime a outrem. Neste último caso, praticará delito.

Grevi refere a existência de um "dever moral" do acusado de dizer a verdade, quando não exerce o direito ao silêncio, mas conclui que esse dever não é dotado de coercibilidade no plano jurídico. Em outras palavras: se o acusado não exerce o direito ao silêncio e decide prestar declarações, deve fazê-lo dizendo a verdade. Contudo, não há como impor esse dever a ele na esfera jurídica.

Indaga-se, assim, se existe um direito à mentira, por parte do acusado. **Na doutrina portuguesa**, Manuel Lopes Maia Gonçalves salienta, a esse respeito, que a questão não tem grandes repercussões práticas, na medida em que, em qualquer caso, será inexigível do acusado o dever de verdade.

Já Costa Andrade, embora não afirme peremptoriamente a existência do direito à mentira, traz a lume citação de Castanheira Neves, que bem define a questão: "O que ninguém exige, superadas que foram as atitudes degradantes do processo inquisitório (a recusar ao réu a qualidade de sujeito do processo e a vê-lo apenas como meio e objecto de investigação), é o heroísmo de dizer a verdade autoincriminadora".

Jorge de Figueiredo Dias e Germano Marques da Silva, por seu turno, entendem que inexiste direito à mentira. Apenas o comportamento de dizer a verdade é inexigível, na medida em que não há sanção para a mentira.

Na doutrina italiana, Marco Boschi, Paola Felicioni, Oliviero Mazza e Paolo Tonini defendem que não há direito à mentira por parte do acusado. O último autor, a respeito, observa que o entendimento de que o *nemo tenetur se detegere* protege o direito à mentira é reflexo de maximização do direito à defesa.

Já Ramajoli reconhece que do *nemo tenetur se detegere* decorre não somente o direito ao silêncio, como também o direito de mentir, sem qualquer discriminação, seja a mentira sutil ou não. Do mesmo entendimento compartilha Maria Elisabetta Cataldo, que assinala que o acusado tem um verdadeiro e próprio direito de mentir, já que não presta juramento nem pode ser processado por falso testemunho. Sergio Badellino afirma que a possibilidade de mentir, pelo acusado, advém da ausência de previsão do dever de colaborar.

Orazio Campo, por sua vez, observa que a discussão sobre a existência de um direito à mentira é irrelevante, na medida em que não podem ser impostas sanções ao acusado que mente.

Na doutrina espanhola, José Maria Asencio Mellado entende que há direito à mentira, na medida em que esse comportamento do acusado não pode ser sancionado ou dele se extraírem conseqüências prejudiciais. Mas aduz que o Tribunal poderá servir-se da mentira para averiguar a credibilidade geral das declarações do acusado.

Não me parece adequado admitir que haja, propriamente, um “direito de mentir”. A rigor, o que existe é uma **tolerância jurídica – não absoluta** – em relação ao falseamento da verdade pelo réu, sobretudo em virtude da ausência de criminalização do perjúrio no Brasil, conduta cuja tipificação penal é objeto de alguns projetos de lei em tramitação no Congresso (por exemplo: PL 3148/21 e PL 4192/2015).

Tolerância não absoluta porque, em algumas oportunidades, a própria lei cuida de atribuir relevância penal à mentira ou outras formas de encobrir a verdade. É o que ocorre, por exemplo, nos crimes de autoacusação falsa (art. 341 do CP) e falsa identidade (art. 307 do CP), ainda que praticado este em nome da autodefesa (Súmula n. 522 do STJ: “A conduta de atribuir-se falsa identidade perante autoridade policial é típica, ainda que em situação de alegada autodefesa”).

Também é o que sucede nas hipóteses em que, para defender-se, o acusado comete fraude processual (art. 347, parágrafo único, do CP) ou coage testemunhas (art. 344 do CP), a evidenciar que, se, por um lado, o *nemo tenetur* é garantia fundamental, por outro, encontra importantes limitações no ordenamento jurídico pátrio.

De todo modo, ainda que o falseamento da verdade eventualmente possa – a depender do caso e se cabalmente comprovado – justificar a responsabilização do réu por crime autônomo, **isso não significa que essa prática, no interrogatório, autorize a exasperação da pena-base do acusado**, conforme passo a demonstrar.

III. Pena-base e culpabilidade

O conceito de culpabilidade, envolto em intensos debates doutrinários, costuma ser utilizado em três sentidos no Direito Penal, que aqui sintetizo apenas para compreensão do julgado: **a)** como princípio, querendo traduzir a limitação à responsabilidade penal objetiva; **b)** como pressuposto da aplicação da pena ou, para os que adotam a teoria tripartida do delito, elemento analítico do crime; **c)**

como limite à sanção estatal, vinculado ao grau de reprovabilidade da conduta.

Considerado uma das pedras de toque do direito penal moderno, o **princípio da culpabilidade**, na visão de Ferrajoli, constitui um dos dez axiomas do garantismo penal e se expressa no brocardo *nulla actio sine culpa*, do qual derivam: *nulla poena, nullum crimen, nulla lex poenalis, nulla iniuria sine culpa*. Nas palavras do ilustre jusfilósofo, “nenhum fato ou comportamento humano é valorado como ação se não é fruto de uma decisão; conseqüentemente, não pode ser castigado, nem sequer proibido, se não é intencional, isto é, realizado com consciência e vontade por uma pessoa capaz de compreender e de querer” (FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: teoria do garantismo penal, tradução coletiva, São Paulo: Revista do Tribunais, 2002, p. 390).

Conforme esclarece Davi Tangerino, em obra que resultou de sua tese de doutoramento na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, a culpabilidade “nasce como superação da responsabilidade objetiva pelo resultado, isto é, como forma de exclusão do acaso em relação ao dolo e à culpa. Com a consolidação da racionalidade penal moderna, ou seja, com a formação do Direito Penal como ramo autônomo, herdeiro do Direito natural, atrelou-se ao delito a imposição da pena em sentido forte, servindo a culpabilidade como elemento diferenciador do crime em relação às demais infrações legais” (TANGERINO, Davi de Paiva Costa. *Culpabilidade*, Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 255).

Trata-se, portanto, de avanço civilizatório fundamental para afastar a responsabilidade penal objetiva, na medida em que uma conduta humana deve ser, no mínimo, culposa para ser penalmente sancionada. Prossegue Tangerino com a lembrança de que foi Karl Binding “o primeiro a empregar a expressão culpabilidade como integrante do delito (e não mais como noção genérica de *nullum crimen sine culpa*), aproximando-a da capacidade de ilícito, ou seja, ‘a aptidão de reconhecer o próprio ato em relação com a norma e manter-se em harmonia com ela’” (*op. cit.*, p. 256).

A culpabilidade, que nesse momento histórico, capitaneado por Binding

e Von Liszt, ainda era psicológica, passa gradativamente a ser normativa, sobretudo com o trabalho de Welzel (teoria normativa pura), o qual relega as categorias do dolo e da culpa para o exame da tipicidade. Consagra-se, então, a culpabilidade em sua **segunda acepção**, de **juízo de reprovabilidade**, como pressuposto da aplicação da pena ou, para os que adotam a teoria tripartida do delito, elemento analítico do crime.

Daí porque Zaffaroni conceitua a culpabilidade, nessa noção, como “a reprovabilidade do injusto ao autor”. Para o jurista argentino, “um injusto, isto é, uma conduta típica e antijurídica, é culpável, quando é reprovável ao autor a realização desta conduta porque não se motivou na norma, sendo-lhe exigível, nas circunstâncias em que agiu, que nela se motivasse. Ao não se ter motivado na norma, quando podia e lhe era exigível que o fizesse, o autor mostra uma disposição interna contrária ao direito” (ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 601).

Para a análise da dosimetria e da aventada violação do art. 59 do CP, interessa-nos, porém, a culpabilidade em sua **terceira acepção**, como uma das oito circunstâncias judiciais previstas no referido dispositivo legal.

A fixação da pena é regulada por princípios e regras constitucionais e legais previstos, respectivamente, nos arts. 5º, XLVI, da Constituição Federal, 59 do Código Penal e 387 do Código de Processo Penal. Todos esses dispositivos remetem o aplicador do direito à individualização da medida concreta para que, então, seja eleito o *quantum* de pena a ser aplicada ao condenado criminalmente, visando à prevenção e à repressão do delito perpetrado.

Assim, para chegar a uma aplicação justa da lei penal, o sentenciante, dentro dessa discricionariedade juridicamente vinculada, deve atentar-se para as singularidades do caso concreto e, na primeira etapa do procedimento trifásico, guiar-se pelas circunstâncias relacionadas no *caput* do art. 59 do Código Penal, as quais não se deve furtar de analisar individualmente. São elas: **culpabilidade**;

antecedentes; conduta social; personalidade do agente; motivos, circunstâncias e consequências do crime; comportamento da vítima.

Introduzida no Código Penal pela Reforma da Parte Geral de 1984, a circunstância judicial da culpabilidade “diz respeito a maior ou menor censurabilidade pessoal tendo em conta a conduta realizada” pelo agente (PRADO, Luiz Regis. *Tratado de Direito Penal Brasileiro: parte geral – tomo I*, Londrina: Editora Thoth, 2023, p. 478).

Paulo César Busato, a propósito, sustenta que "os limites da liberdade de agir implicam em proporcional reprovação desse agir. Assim, a culpabilidade representa também o grau de reprovabilidade de cada conduta em face do seu contexto. É uma medida de intensidade, da qual decorre a ideia de proporcionalidade" (BUSATO, Paulo César. *Direito Penal. Parte Geral*. São Paulo: Ed. Atlas, 2013, p. 525).

Conforme disposto no item 50 da Exposição de Motivos da Reforma, “preferiu o Projeto a expressão ‘culpabilidade’ em lugar de ‘intensidade do dolo ou grau da culpa’, visto que graduável é a censura, cujo índice, maior ou menor, incide na quantidade da pena”.

O conceito de culpabilidade, como circunstância judicial prevista o artigo 59, do Código Penal, portanto, está relacionado com a reprovabilidade/censurabilidade da conduta do agente, de forma que deve o magistrado, quando da aplicação da pena-base, dimensioná-la pelo nível de intensidade da reprovação penal e expor sempre os fundamentos que lhe formaram o convencimento. Trata-se de **aferir o grau de reprovabilidade do fato criminoso praticado pelo réu.**

O dolo, por sua vez, constitui a vontade livre e consciente do agente de realizar a conduta descrita no tipo penal. A partir do finalismo penal de Welzel, o dolo deixou de constituir uma das categorias da culpabilidade e passou a integrar o tipo penal como um de seus elementos, de modo que não cabe a análise do dolo quando da aplicação de pena, por já haver sido analisado no exame da tipicidade.

IV. O caso dos autos

Firmadas essas premissas teóricas, cabe analisar se foi idônea ou não a valoração negativa da culpabilidade do réu **na hipótese dos autos**, sob o argumento de que ele “tentou se furtar à responsabilização penal, imputando falsamente a um terceiro (seu vizinho, J. C. dos A.) a responsabilidade por ter "plantado" as drogas e armas em sua casa na noite anterior ao cumprimento do mandado de busca e apreensão pela polícia” (fl. 275).

Nesse ponto, reputo **inidônea** a fundamentação empregada pelas instâncias ordinárias para valorar negativamente a culpabilidade do paciente.

De início, cabe salientar que a simples circunstância de o vizinho haver negado esses fatos quando ouvido em juízo na condição de informante não permite afirmar a falsidade da versão do acusado; até porque, se houvesse confirmado a alegação do réu, tal depoente – que nem sequer prestou compromisso de dizer a verdade – estaria admitindo a prática de crime e passaria a ocupar o lugar do paciente como imputado. Assim, se, por um lado, a negativa do terceiro enfraquece a hipótese fática alternativa apresentada em autodefesa pelo paciente, por outro, não é suficiente para responsabilizá-lo penalmente pelo que disse no interrogatório.

Do contrário, toda vez que qualquer réu alegasse haver sofrido algum tipo de abuso policial e a prática desse abuso fosse negada pelo respectivo agente de segurança por ocasião de seu testemunho – situação absolutamente corriqueira no cotidiano da praxe forense –, isso bastaria para incrementar a pena do réu ou mesmo fazer-lhe incorrer em crime autônomo. Restaria ao interrogado somente confessar, ficar em silêncio ou, no máximo, negar de forma vaga e genérica a imputação, a fim de não incorrer em possível delito, o que representaria grave fator de intimidação contra a exposição de possíveis ilegalidades praticadas por agentes estatais da persecução penal.

Estendido esse raciocínio às audiências de custódia, nas quais um dos propósitos centrais da oitiva do preso é justamente o de verificar a legalidade da prisão em flagrante e a possível ocorrência de abuso, essa finalidade primordial

seria em boa medida frustrada, diante do risco que representaria para o indivíduo alegar qualquer violência: uma simples negativa do policial levaria o autuado a responder por mais um crime ou ter sua futura reprimenda agravada. No cenário atual, em que a veracidade da palavra dos policiais ainda é vista como dogma praticamente inquestionável por muitos tribunais, alegar a ocorrência de abuso seria demasiadamente arriscado para o preso, o que implicaria o aumento das já elevadas cifras ocultas da tortura praticada por agentes estatais.

De toda sorte, **ainda que, por hipótese, se pudesse considerar provado que o réu atribuiu falsamente crime a terceiro no interrogatório (o que não é o caso)**, isso não diria respeito à sua culpabilidade, a qual, conforme assentado anteriormente, relaciona-se ao grau de reprovabilidade pessoal da conduta imputada ao acusado. Isso porque o interrogatório constitui **fato posterior** à prática da infração penal, de modo que **não pode ser usado retroativamente para incrementar o juízo de reprovabilidade de fato praticado no passado**.

Com efeito, o exame da sanção penal cabível deve ser realizado, **em regra**, com base **somente em elementos existentes até o momento da prática do crime imputado**, ressalvados, naturalmente: a) o exame das consequências do delito, que, embora posteriores, representam mero desdobramento causal direto dele, e não novas e futuras condutas do acusado retroativamente valoradas; b) o superveniente trânsito em julgado de condenação por fato praticado no passado, uma vez que representa a mera declaração jurídica da existência de evento pretérito (ilustrativamente: **AgRg no REsp n. 1.498.851/RS**, Rel. Ministro **Sebastião Reis Júnior**, 6ª T., DJe 29/3/2016).

Nem mesmo nas circunstâncias da personalidade ou da conduta social seria possível considerar desfavoravelmente a mentira do réu em interrogatório judicial, como sustentam Vladimir Aras e Cléber Pereira Defina, em já referidos artigos acadêmicos.

O paralelo feito com a confissão (se a confissão revela aspecto favorável da personalidade e atenua a pena, a mentira supostamente revelaria o oposto e

poderia autorizar o seu aumento), embora interessante, é **assimétrico e não permite que dele se extraia tal conclusão**. É que a confissão e diversos outros institutos que permitem o abrandamento da sanção (colaboração premiada, arrependimento posterior etc.) integram o chamado Direito penal premial e se justificam como ferramentas para valorizar e estimular a postura que o réu adota **depois** da prática do delito para mitigar seus efeitos ou facilitar a atividade estatal na sua persecução. Diferente, porém, é a análise sobre o que pode legitimar o **incremento** da sanção penal, a qual, nos termos dos mais basilares postulados penais e processuais penais, não pode ficar ao sabor de eventos futuros, incertos e não decorrentes diretamente, como desdobramento meramente causal, do fato imputado na denúncia (por exemplo, nos termos acima esclarecidos, as consequências do crime).

O que deve ser avaliado é se, **ao praticar o fato criminoso imputado, a culpabilidade do réu foi exacerbada ou se, até aquele momento, ele demonstrava personalidade desvirtuada ou conduta social inadequada**, o que **não pode ser aferido retroativamente com base em fato diverso que só veio a ser realizado em tempo futuro, às vezes longos anos depois** (no caso, o crime foi praticado em maio de 2013 e o interrogatório do réu ocorreu em agosto de 2019, mais de 6 anos depois). Em sentido análogo:

[...]

2. Ações penas definitivas por fatos posteriores ao crime em julgamento não podem ser usadas para agravar a pena-base, seja como Maus Antecedentes ou como personalidade negativa do agente.

3. Na sentença, o julgador fixa a pena merecida ao tempo em que o crime se consumou, não podendo haver influência de fatos posteriores ao que está sendo julgado.

[...]

(HC n. 199.203/SP, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, 6ª T., DJe 3/8/2015, grifei)

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. DOSIMETRIA. PENA-BASE. VALORAÇÃO NEGATIVA DA PERSONALIDADE. CONDENAÇÃO DEFINITIVA POR FATO POSTERIOR AO CRIME APURADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. Consoante a jurisprudência desta Corte Superior, a condenação definitiva, por fato posterior ao crime apurado, não pode servir para valorar negativamente a culpabilidade, a

conduta social ou os antecedentes do agente. Precedentes.

2. Agravo regimental não provido.

(AgRg no HC n. 254.781/SP, Rel. Ministro **Rogério Schietti**, 6ª T., DJe 7/5/2015, destaquei)

Vale destacar, ainda, importante precedente do Pleno do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria, no qual se refutou aumento de pena justificado com base em falsa negativa quanto à prática do delito:

HABEAS CORPUS. PACIENTE CONDENADO, PELO CRIME DO ART. 304, DO CÓDIGO PENAL, A 3 ANOS DE RECLUSÃO. ALEGADO CONSTRANGIMENTO ILEGAL, PELO FATO DE NÃO HAVER SIDO CONSIDERADO TER ELE RECOLHIDO, ANTES DO RECEBIMENTO DA DENUNCIA, A IMPORTANCIA CORRESPONDENTE AO VALOR DO TRIBUTO, MENCIONADA NO DOCUMENTO FALSO QUE UTILIZOU, CIRCUNSTÂNCIA DEFINIDA COMO CAUSA OBRIGATORIA DA REDUÇÃO DA PENA, NO ART. 16 DO CÓDIGO PENAL. ADEMAIS, TERIA SIDO CONTEMPLADA, PELO JUIZ, A GUIA DE ANTECEDENTE PENAL, DENUNCIA POSTERIOR AO FATO DE QUE DECORREU A CONDENAÇÃO. SE NÃO SE ACHA DEMONSTRADO, NOS AUTOS, O ALEGADO RESSARCIMENTO DO PREJUÍZO CAUSADO A FAZENDA PÚBLICA, NÃO HÁ FALAR-SE EM REDUÇÃO DE PENA POR EFEITO DE ARREPENDIMENTO POSTERIOR. A FIXAÇÃO DA PENA ACIMA DO MINIMO LEGAL EXIGE FUNDAMENTAÇÃO ADEQUADA, BASEADA EM CIRCUNSTÂNCIAS QUE, EM TESE, SE ENQUADREM ENTRE AQUELAS A PONDERAR, NA FORMA PREVISTA NO ART. 59 DO CÓDIGO PENAL, NÃO SE INCLUINDO, ENTRE ELAS, O FATO DE HAVER O ACUSADO NEGADO FALSAMENTE O CRIME, EM VIRTUDE DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL - "NEMO TENETUR SE DETEGERE"; E, NO CASO DO CRIME EM TELA, A INTENÇÃO DE CAUSAR DANO AO ERÁRIO, CUJA RELEVÂNCIA JURÍDICA SE INSERE NO RECONHECIMENTO DA EXISTÊNCIA DO CRIME, NÃO PODENDO, POR SI SÓ, LEVAR A AGRAVAÇÃO DA PENA-BASE. A REFERENCIA A INTENSIDADE DO DOLO E FÓRMULA VAZIA, QUANDO NÃO RELACIONA A CIRCUNSTÂNCIA CONCRETA QUE A DETERMINOU. HABEAS CORPUS QUE SE DEFERE PARA O EFEITO DE REDUZIR-SE A PENA A 2 ANOS DE RECLUSÃO, SEM PREJUÍZO DA MULTA APLICADA.

(HC n. 68.742/DF, Rel. Ministro **Octávio Galotti**, Red. p/ o acórdão Ministro **Ilmar Galvão**, Tribunal Pleno, DJ 2/4/1993, destaquei)

No mesmo sentido, registro a existência de recente decisão monocrática do Ministro **Edson Fachin**:

Nada obstante, à luz dos princípios norteadores do processo penal brasileiro, tal argumento não revela, isoladamente, motivação idônea para exasperação da reprimenda. A ausência de colaboração relacionada a questões cujo ônus recai sobre a acusação decorre da prerrogativa de não auto-incriminação e, portanto, não tem o condão de placitar o incremento da pena-base. O direito ao silêncio, compreendido em sentido amplo, abarca também resultados probatórios que pressuponham condutas ativas da acusada, sob pena de que se admita a exigência de contribuição involuntária por parte do sujeito passivo da *persecutio criminis* com o intuito de suprir o encargo probatório que incumbe à acusação.

Assim não fosse, admitindo-se consequência gravosa como resultado de uma prerrogativa, negar-se-ia a essência do princípio do *nemo tenetur se detegere* e, na prática, haveria verdadeira inversão do ônus da prova, providência que, à obviedade, não se conforma com o sistema processual penal.

No que atine às supostas falsas versões prestadas em interrogatório, embora não se esteja, no momento a adentrar na discussão acerca da extensão do direito ao silêncio e se o réu ostenta um direito a mentir ou não, o fato é que as normas processuais não exigem do acusado o compromisso de dizer a verdade.

Em outros sistemas, é garantido que o acusado opte entre prestar declarações ou não. Mas, o fazendo, submete-se ao dever de dizer a verdade, sob pena de perjúrio. A hipótese brasileira não consagra essa obrigatoriedade, subtraindo do acusado, ainda que faltante com a verdade, a responsabilização penal e assim, por via reflexa, tampouco admite que tal circunstância impacte negativamente na reprimenda que será aplicada.

No caso concreto, as supostas declarações falsas estão sendo utilizadas, em última análise, como instrumento para a dosagem da responsabilização penal, exatamente o que o Código Penal pretendeu afastar. Ou seja, embora, em tese, as versões falseadas possam ser valoradas e utilizadas pelo Juiz da causa na formação da convicção final, ainda que em prejuízo do acusado, não se admite que essas declarações tidas como falsas, por essa simples condição e independentemente de seu conteúdo, justifiquem uma dosagem da pena mais severa. Isso porque, ao meu sentir, a simples falta da verdade não obsta que a acusação persiga a produção das provas que entender relevantes aos seus anseios e por isso não há como acolher a conclusão de que o agir da acusada acarretou “tumulto à instrução processual e, maliciosamente, induzir em erro o julgador, com afronta à dignidade da justiça.”

Não bastasse, essa Corte tem entendimento consagrado de que a valoração negativa da personalidade do infrator reclama avaliação criteriosa, assentada em laudos técnicos, não se

relacionando, a princípio, com atos endoprocessuais tomados pelo acusado no intuito de autodefesa.

(HC n. 195.937/SP, Rel. Ministro Edson Fachin, decisão monocrática, Dje 4/2/2021)

Menciono, por fim, a manifestação **favorável** do Ministério Público Federal (fl. 443):

[...]

Na hipótese em apreço, o fato de o acusado ter atribuído a autoria do delito a terceiro, com o intuito de se livrar da responsabilidade, não deve necessariamente resultarem uma maior reprovabilidade à sua conduta.

Além disso, a valoração da culpabilidade deve se basear principalmente nas circunstâncias diretas relacionadas à conduta do réu, como a gravidade objetiva do delito, sua participação efetiva no crime, sua consciência da ilicitude, entre outros aspectos relevantes.

A simples tentativa de transferir a responsabilidade para outra pessoa não deve ser um fator determinante para a negatização da culpabilidade. Desse modo, a circunstância judicial da culpabilidade deve ser afastada.

Diante de tais considerações, a reprimenda-base do paciente deve retornar ao mínimo legal de 5 anos de reclusão e 500 dias-multa, à míngua de outras circunstâncias judiciais, agravantes ou causas de aumento de pena, mantido o regime inicial semiaberto.

V. Dispositivo

À vista do exposto, **concedo a ordem de habeas corpus**, a fim de reconhecer a inidoneidade do fundamento usado para exasperar a pena-base e reduzir a sanção do réu a 5 anos de reclusão, em regime inicial semiaberto, e 500 dias-multa, nos autos da condenação objeto do Processo n. 0000012-53.2014.8.21.0134.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO
SEXTA TURMA

Número Registro: 2023/0220322-2

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 834.126 / R S
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 03872013141831 13421300006739 13421400000090 3872013141831
50006708920148210134

EM MESA

JULGADO: 05/09/2023

Relator

Exmo. Sr. Ministro **ROGERIO SCHIETTI CRUZ**

Presidente da Sessão

Exma. Sra. Ministra LAURITA VAZ

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. JOSÉ ELAERES MARQUES TEIXEIRA

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE : TIAGO LEITE DIONISIO
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Tráfico Ilícito e Uso Indevido de Drogas - Tráfico de Drogas e Condutas Afins

SUSTENTAÇÃO ORAL

Dr(a). DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, pela parte
PACIENTE: TIAGO LEITE DIONISIO

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEXTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Sexta Turma, por unanimidade, concedeu o habeas corpus, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Antonio Saldanha Palheiro, Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDF), Laurita Vaz e Sebastião Reis Júnior votaram com o Sr. Ministro Relator.

C5022355/2023@ 2023/0220322-2 - HC 834126