

Falsa identidade - Autodefesa - Direito ao silêncio (art. 5º, LXIII, CF) - Princípio da legalidade (art. 5º, II, CF) - Colisão - Elementos constitutivos do tipo - Presença - Conduta típica

Ementa: Falsa identidade. Ré que fornece nome falso durante a prisão. Art. 5º, II e LXIII, da CF. Colisão. Silêncio e declaração. Antítese. Absolvição em primeiro grau. Condenação. Necessidade.

- O agente não tem o direito de atribuir-se falsa identidade na medida em que a garantia do silêncio a que se refere o art. 5º, LXIII, da Constituição Federal se contrapõe à garantia do art. 5º, II, da mesma norma fundamental, disposição que dá suporte legal à tipificação do art. 307 do Código Penal que veda a própria conduta.

Recurso provido.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0112.08.084791-9/001 - Comarca de Campo Belo - Apelante: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Apelada: Gilça Aparecida da Silva - Corréu: Célio Teixeira - Relator: DES. JUDIMAR BIBER

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 1º Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sob a Presidência do Desembargador Edival

José de Moraes, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, EM PROVER O RECURSO, VENCIDO O 2º VOGAL.

Belo Horizonte, 25 de janeiro de 2011. - *Judimar Biber* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. JUDIMAR BIBER - Trata-se de recurso de apelação criminal interposto pelo Ministério Público, contra a sentença de f. 256/266, que julgou improcedente a denúncia, para absolver a acusada Gilça Aparecida da Silva da imputação pela prática do delito descrito no art. 307 do Código Penal, com fulcro no art. 386, III, do Código de Processo Penal.

Em suas razões recursais (f. 268/273), busca a acusação a reforma da sentença, a fim de que seja a apelada condenada nas iras do art. 307 do Código Penal, ao argumento de que restou suficientemente comprovada a configuração do delito de falsa identidade.

O recurso foi contra-arrazoado às f. 282/285.

Nesta Instância revisora, f. 327/330, a douta Procuradoria-Geral de Justiça opina pelo provimento do recurso.

É o relatório.

Passo ao voto.

Conheço do recurso, porquanto presentes os requisitos de sua admissibilidade.

Pugna o apelante pela condenação em relação ao delito de falsa identidade, argumentando que a circunstância em que ocorreram os fatos demonstra que a ré tinha a intenção de livrar-se da responsabilidade, bem como obter vantagem própria ao ver o seu nome excluído do inquérito policial.

Segundo narra a denúncia, na data de 07.11.2008, por volta das 15h44min, após informação anônima, policiais militares dirigiram-se à Rua São Vicente de Paula, Bairro Arnaldos, na cidade de Campo Belo onde abordaram um casal dentro de um bar fazendo uso de bebida alcoólica.

Realizada a busca pessoal, foi encontrado com o corréu um tablete de substância entorpecente pesando cerca de 880g (oitocentos e oitenta gramas), que, conforme laudo de constatação preliminar de f. 23, confirmou que se tratava de maconha, além de R\$ 31,00 (trinta e um reais), 1 (um) cordão dourado e 2 (dois) aparelhos celulares da marca Nokia 1100.

Em seguida, a ré, após ser indagada sobre seus dados pessoais, se atribuiu falsa identidade, dizendo chamar-se Emily Aparecida Silva, filha de Edson Carvalho dos Santos e Camila Aparecida da Silva, com a finalidade de dificultar a ação policial em proveito próprio.

A materialidade e a autoria do crime estão con-substanciadas no boletim de ocorrência de f. 18/19, bem como pela confissão da recorrida.

Em relação ao delito de falsa identidade, a ilustre Magistrada, ao abordar a questão e concluir por absolver a ré, o fez levando em consideração que a identificação falsa da ré perante a autoridade policial fora tão somente no intuito de ocultar seus antecedentes, exercendo seu lúdimo direito de autodefesa, o que, sob a sua ótica, não poderia ser considerado para fins de punição do agente.

A questão, ora em debate, sobre o direito ou não de o indivíduo apresentar-se ou declarar ser outra pessoa tem causado discussões assíduas sobre o delito do art. 307 do Código Penal, sendo que a controvérsia estabelecida tem partido da premissa de que o art. 5º, LXIII, da Constituição Federal daria suporte à ação assumida pela ré, sendo que faltaria ao agente a específica intenção de obter proveito no fato de se atribuir falsa identidade, o que vem sendo atualmente chancelado pelo Superior Tribunal de Justiça como verdade jurídica consolidada.

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

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

A colisão entre ambas as normas constitucionais do art. 5º, II e LXIII, da Constituição Federal suscitaria a virtual prevalência do primeiro preceito, porque a chancela do direito ao silêncio do preso não poderia abarcar a falsidade declarada de forma específica.

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

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

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

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

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

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

De outro lado, não comungo do entendimento difundido de que inexista dolo específico a sustentar a ação desenvolvida, porque não há dúvida de que o proveito a que se refere a norma penal pode ser material ou imaterial, como no caso dos autos, onde a ré pretendia enganar a autoridade policial, por receio de ser exposta à família sua condição de garota de programa.

Não há nenhuma causa jurídica capaz de afastar a tipicidade da ação, sendo o crime de mera conduta.

Por outro lado, em mais de uma oportunidade estamos a decidir incidentes de execução em que terceiros acabam na cadeia em função da ação realizada pelo real agente, o que, ao meu aviso, suporta a conclusão de que a ação é de fato potencialmente danosa e absolutamente não querida pela legislação penal.

É por essas mazelas que tenho afirmado que a só existência de razões sociológicas, axiológicas ou doutrinárias não justificaria o afastamento do tipo penal legislado, mesmo porque ao juiz, ainda que não concorde com o conteúdo normativo latente na norma de proibição ou da de orientação e com ele não se alinhe intimamente, não se lhe confere o poder de subtrair-se ao ordenamento jurídico, senão nas hipóteses discricionárias ou de colisão da norma com o modelo constitucional vigente.

Diria, mais, que os aspectos metajurídicos a condicionar a tipicidade, como justificativa para o afastamento do tipo penal, ou mesmo a aplicação do direito penal alternativo, mínimo, máximo, ou de qualquer natureza, sugeridos como institutos existentes no direito penal brasileiro, pressuporiam a existência de norma penal a

lhe dar sustentação material, mormente quando a Constituição Federal tenha por base o modelo de distribuição de competências rígidas que são acometidas aos três poderes que ainda devem manter harmonia e independência entre todos.

Tenho alertado que, a vingar a visão utilitarista da possibilidade de desqualificação da norma de orientação impositiva, por certo não haveria fundamento para dar efetividade a uma série de políticas criminais suscitadas em virtude das mesmas razões. No entanto, não foi conferido ao Poder Judiciário discricionariedade na aplicação da lei penal. Se não lhe foi imposta a estrita legalidade como princípio de atuação, muito menos lhe foi acometido o poder de avaliar, ou reavaliar as políticas declinadas pelo Poder Legislativo a conduzirem a fixação da pena, e diria que somente o Legislativo seria o local próprio para a discussão e a rediscussão a respeito do próprio conteúdo normativo e das condições sociais e criminológicas a suscitem a tipicidade penal ou a orientem a sua imposição, porque de outro lado estaria o juiz criando uma grave deformação ao ordenamento jurídico hodierno.

Tenho mesmo alardeado a necessidade de maiores aprofundamentos sobre os aspectos mais imediatos a sustentarem as ponderações metajurídicas ou axiológicas a subtraírem a tipicidade penal, porque os próprios subterfúgios utilizados estão a inviabilizar qualquer tipo de contenção do julgador na avaliação da norma de proibição e da imposição penal, porque o elastério hermenêutico sugerido pelo afastamento conduz à ideia de que toda decisão jurisdicional, até mesmo no âmbito estrito do Direito Penal, estaria condicionada aos alinhamentos e tendências internas de cada Juízo, sustentando a ideia de que a imposição penal independeria da própria norma de contenção, o que nos remete à reflexão de que muito pouco adiantaram as constatações seculares a respeito da necessidade de limitação do Poder Real, que foi substituído pelo modelo de representação legislativa e de divisão tripartite de Poderes, porque, ao final, se o Poder Judiciário simplesmente se furta à legislação ou à política legislativa fixada para aplicar modelos metajurídicos, por certo que os julgamentos seriam tão arbitrários daqueles de antanho, já que a própria jurisdição independeria de lei ou regra e resultaria das predisposições internas, ou mesmo do capricho de cada julgador.

Estivéssemos diante de modelo constitucional diverso, certamente as ponderações aqui expendidas seriam de todo inadequadas, porque em modelos outros a jurisdição é o caminho para a própria imposição legal.

Destaco, por outro lado, precedente partido do Supremo Tribunal Federal a dar sustentação à própria tipicidade nas condições aqui declinadas; se não, vejamos:

Penal. Processual penal. *Habeas corpus*. Crime de roubo: consumação. Falsa identidade. Seqüestro.

I - Crime de roubo: consuma-se quando o agente, mediante violência ou grave ameaça, consegue retirar a coisa da esfera de vigilância da vítima.

II - Tipifica o crime de falsa identidade o fato de o agente, ao ser preso, identificar-se com nome falso, com o objetivo de esconder seus maus antecedentes.

III - Crime de seqüestro não caracterizado.

IV - Extensão ao co-réu dos efeitos do julgamento, no que toca ao crime de seqüestro.

V - HC deferido em parte (STF - HC 72.377/SP - 2º T. - Rel. Min. Carlos Velloso - DJU de 30.06.1995, p. 20.409).

Também em caso análogo, o Excelso Pretório afastou os argumentos; se não, vejamos:

Habeas corpus. Penal. Uso de documento falso. Atipicidade. Inocorrência. - O fato de o paciente ter apresentado à Polícia identidade com sua foto e assinatura, porém com impressão digital de outrem, configura o crime do art. 304 do Código Penal. Havendo adequação entre a conduta e a figura típica concernente ao uso de documento falso, não cabe cogitar de que a atribuição de identidade falsa para esconder antecedentes criminais consubstancia autodefesa. Ordem denegada (STF - HC 92.763/MS - 2º T. - Rel. Min. Eros Grau - DJe de 25.04.2008).

E é por essas mazelas que muitas vezes estou a refletir e repisar temas aceitos como óbvios por todos, declinando condição contrária, suscitando outros aspectos a serem considerados, porque, ao me dar conta de determinadas posições defendidas, fiquei a duvidar do acerto sobre várias das questões que foram acometidas ao longo de minha curta carreira na magistratura em função das complexidades que me assaltam diuturnamente neste egrégio Tribunal.

Aliás, tenho alertado para o fato de que a chancela pura e simples de precedentes, sem maiores reflexões, acaba por gerar verdadeiras deformações no ordenamento jurídico, de modo que, pedindo escusas aos que pensem de modo contrário, fico como os precedentes do Supremo Tribunal Federal por não vislumbrar a mínima condição para dar sustentação à absolvição.

No caso dos autos, a própria ré afirmou ter utilizado o nome falso (Emily Aparecida Silva), alegando que tinha medo de os pais descobrirem sua atividade como garota de programa, o que poderia prejudicar ainda mais a saúde dos mesmos (f. 10/11 e 130/131), sendo irrelevantes as razões suscitadas, já que o crime é de mera conduta, não exigindo real resultado.

Logo, conforme já mencionado, não há nenhuma causa jurídica capaz de afastar a tipicidade da ação, sendo o crime de mera conduta. Por conseguinte, pedindo escusas à culta Juíza sentenciante, reformo a sentença e condeno a ré Gilça Aparecida da Silva pelo delito do art. 307 do Código Penal.

Passo à dosimetria da pena.

Considerando que a conduta da ré é reprovável, mas sua intensidade não ultrapassa a normal do tipo

penal, o que a abona. Considerando seus antecedentes como bons, pela certidão juntada à f. 52, o que também a abona. Considerando sua conduta social como inadequada, mormente quando se revele garota de programa, o que a desabona. Considerando sua personalidade pouco explorada, o que não revela maiores condições de culpabilidade, o que a abona. Considerando os motivos do crime normais para o tipo, o que a abona. Considerando as circunstâncias normais dentro do próprio tipo, o que a abona. Considerando as consequências do delito como positivas, já que a própria ré confessou ter se utilizado de nome falso, o que a abona, não havendo que se considerar o comportamento da vítima, o que não pode ser utilizado para desabonar a ré, fixo a pena base em 3 (três) meses de detenção, a serem cumpridos em regime aberto.

Dando continuidade ao critério trifásico de fixação da pena, previsto no art. 68 do Código Penal, percebo a ausência de circunstâncias agravantes e atenuantes, já que, muito embora a ré tenha confessado o delito, foi a pena fixada no mínimo legal, de modo a inviabilizar a redução aquém do mínimo na etapa subsequente e inviabilizar a pretendida diminuição; se não, vejamos a posição do Supremo Tribunal Federal sobre o tema:

Habeas corpus. Pena-base. Circunstâncias atenuantes: menoridade e confissão espontânea. Regime inicial de cumprimento da pena. Agravamento desprovido de fundamentação. Art. 33, § 3º, c/c o art. 59 do Código Penal. - Não assiste razão à impetração quando impugna o critério de fixação da pena-base, que não considerara as circunstâncias atenuantes decorrentes da confissão espontânea e da menoridade de vinte e um anos do paciente. Segundo entendimento desta Corte, descabe falar dos efeitos da atenuante se a sanção penal foi fixada no mínimo legal previsto para o tipo (HC 71.051, Rel. Min. Marco Aurélio, DJU 09.09.94 e HC 70.833, Rel. Min. Celso de Mello, DJU 24.06.94). Concessão parcial da ordem para que outra decisão se profira, no tocante à fixação do regime de cumprimento da pena, com observância dos critérios previstos nos dispositivos legais sob enfoque (STF - HC 75.726/SP - 1ª T. - Rel. Min. Ilmar Galvão - DJU de 06.02.1998).

Outro não é o entendimento consignado na Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça, que pronuncia que a “incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal”.

De outro lado, a Súmula Criminal 42, deste egrégio Tribunal de Justiça, vem no sentido de que nenhuma circunstância atenuante pode reduzir a pena aquém do mínimo legal, como nenhuma agravante pode aumentá-la além do máximo cominado, razão por que mantenho as penas naqueles patamares.

Na terceira fase da reprimenda, inexistindo causas gerais de aumento ou diminuição de pena, mantenho a pena no patamar verificado.

Ainda dentro das condições dos autos, possível a substituição da pena privativa de liberdade por 1 (uma)

restritiva de direitos, na forma do art. 44, § 2º, primeira parte, do Código Penal, cuja modalidade determino como sendo prestação pecuniária no valor de um salário-mínimo, a ser paga em benefício de instituição a ser definida pelo Juízo da Execução, nos termos do art. 45, § 1º, do Código Penal.

Diante do exposto, dou provimento ao recurso ministerial para julgar procedente a denúncia e condenar a ré Gilça Aparecida da Silva pelo delito do art. 307 do Código Penal, impondo-lhe uma reprimenda de 3 (três) meses de detenção, a ser iniciada diretamente no regime aberto, substituindo a pena privativa de liberdade pela pena restritiva de direitos, consistente em pagamento de um salário-mínimo, a ser paga em benefício de instituição a ser definida pelo Juízo da Execução.

Com o trânsito em julgado, acometo ao Juízo da Execução o lançamento do nome da ré Gilça Aparecida da Silva no rol dos culpados, preenchendo-se e remetendo-se o boletim de informações à Secretaria de Segurança Pública e expedindo-se carta de guia ao Conselho Penitenciário do Estado, solicitando vaga em estabelecimento prisional adequado à condenação.

Determino ainda, também com o trânsito em julgado, que o Juízo a que for acometida a execução promova informações oficiais ao Juízo Eleitoral da comarca em que for eleitora a referida ré, para que conste dos cadastros eleitorais a suspensão dos direitos políticos enquanto durarem os efeitos da condenação, nos termos do art. 15, III, da Constituição Federal.

Custas, pela ré recorrida, nos termos do art. 804 do Código de Processo Penal.

DES. ALBERTO DEODATO NETO - Com o Relator.

DES. FLÁVIO LEITE - Adoto como relatório o integrante do voto do ilustre Desembargador Relator.

Contudo, pesa-me divergir quanto à sorte do recurso ministerial, que, penso, deve ser improvido.

Como o Juízo primevo, entendo que a atribuição de falsa identidade perante a autoridade, como se deu no caso, para tentar se esquivar da ação ostensiva e punitiva do Estado, não é mais do que o exercício de autodefesa, consoante os direitos ao silêncio (art. 5º, LXIII e § 2º, da CR), de não ser obrigado a depor contra si, nem a confessar-se (Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, art. 14, 3, g) e de não declarar-se culpado (Pacto de San José da Costa Rica, art. 8º, 2, g), todos direitos constitucionalmente garantidos. Dessa forma, a conduta não se enquadra no tipo penal descrito no art. 307, que, além de exigir dolo, exige o fim de obter vantagem.

O ilustre Des. Hécio Valentim, em voto proferido na Apelação Criminal 1.0672.06.225555-5/001, citando julgado extraído da RT 561/361, definiu que:

O conceito de vantagem significa a obtenção de um *plus*, que adere ao patrimônio do agente, ao passo que a liberdade procurada com a mentira é simples continuação de um estado natural a que todo homem pode e deve almejar.

Ao atribuir-se identidade de terceiro, a apelada desejou tão somente permanecer em liberdade. Nesse sentido leciona Guilherme de Souza Nucci:

não é infração penal a conduta do agente que se atribui falsa identidade para escapar da ação policial, evitando sua prisão. Está, em verdade, buscando fugir ao cerceamento da sua liberdade. Ora, se a lei permite que a pessoa já presa possa fugir, sem emprego de violência, considerando isso fato atípico, é natural que a atribuição de falsa identidade para atingir o mesmo fim também não possa assim ser considerada (*Código Penal comentado*. 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 1.086).

É nesse mesmo sentido a jurisprudência dominante do STJ:

Habeas corpus liberatório. Penal. Paciente condenado por falsa identidade. Atipicidade da conduta de atribuir-se falsa identidade perante autoridade policial, quando perpetrada como instrumento de autodefesa. Precedentes do STJ. Parecer do MPF pela denegação da ordem. Ordem concedida, no entanto, para absolver o paciente da imputação do crime de falsa identidade.

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

2. Ordem concedida para absolver o paciente da imputação do crime de falsa identidade, não obstante o parecer ministerial em contrário. Prejudicados os demais pedidos (STJ - HC 162.576/SP - HC 2010/0027549-0 - Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho - Quinta Turma - julgado em 22.06.2010 - DJe de 09.08.2010).

Penal. *Habeas corpus*. Art. 307 do Código Penal. Falsa identidade atribuída perante policial. Atipicidade. Art. 155, § 4º, II e IV, c/c o art. 14, II, do Código Penal. Dosimetria da pena. Pena-base acima do mínimo legal. Circunstâncias judiciais desfavoráveis. Culpabilidade, personalidade e motivos do crime. Fundamentação insuficiente. Maus antecedentes. Reincidência. Condenações diversas. Inocorrência de *bis in idem*. Atenuante da confissão espontânea. Compensação em face da existência da agravante da reincidência. Ilegalidade não verificada. Furto qualificado por escalada. Circunstância que qualifica o crime. Causa de aumento não prevista em lei. Constrangimento ilegal configurado. Regime aberto. Impossibilidade.

I - Na linha de precedentes desta Corte, não comete o delito previsto no art. 307 do Código Penal aquele que, perante a autoridade policial, se atribui falsa identidade para evitar sua prisão (Precedentes) [...] (STJ - HC 134.664/MS - 2009/0076441-1 - Rel. Min. Félix Fischer - Quinta Turma - julgado em 17.11.2009 - DJe de 1º.02.2010).

Habeas corpus. Crime de falsa identidade. Autodefesa. Atipicidade da conduta. Ordem concedida.

1. É pacífico nesta Corte o entendimento de que não comete o crime de falsa identidade aquele que, perante autoridade policial, se apresenta com outro nome, procurando ocultar antecedentes criminais negativos.

2. Ordem concedida (STJ - HC 152.800/MG - HC 2009/0218671-8 - Rel. Min. Haroldo Rodrigues - Sexta Turma - julgado em 18.02.2010 - DJe de 08.03.2010).

Ademais, o Estado tem o dever de proceder à identificação daquele que está sendo indiciado, independentemente de colaboração, cabendo-lhe disponibilizar à autoridade policial aparato suficiente para tanto.

Por isso é que ousou divergir do eminente Relator para negar provimento ao apelo ministerial, mantendo incólume a sentença fugitiva.

Súmula - RECURSO PROVIDO, VENCIDO O 2º VOGAL.