

A MENTIRA DO RÉU COMO ELEMENTO RELEVANTE NA DOSAGEM DA PENA

THE DEFENDANT'S LIE AS A RELEVANT ELEMENT TO
MEASURE PUNISHMENT

Cleber Pereira Defina

cleberdefina@mpsp.mp.br

Formado em Direito pela Universidade Estadual Paulista e Filosofia pela Rede de Educação Claretiano. Promotor de Justiça do Estado de São Paulo.

RESUMO

O presente artigo foi iniciado coletando motivos pelos quais se repulsa a mentira nas esferas filosófica, social e jurídica, visto que uma sociedade livre, justa e solidária tem sua fonte na verdade. Refutou-se a mentira como um direito do réu, tratando como aberração a afirmação que a impostura decorre do direito ao silêncio e do princípio da não autoincriminação. Por fim, foi trabalhado o princípio da individualização da pena, a regra legal das três fases de sua fixação e, em especial, o critério da personalidade do agente. A partir de julgados dos tribunais superiores que privilegiaram a boa-fé do acusado como parte integrante e positiva de sua personalidade, postulou-se a má-fé como aspecto da personalidade do agente para o mesmo fim de individualização da reprimenda.

PALAVRAS CHAVE

Mentira. Personalidade. Pena. Dosagem.

ABSTRACT

The present article started gathering reasons which repulse lying, based on the philosophical, social and legal spheres, considering that a free, fair and solidarity society has its source on the truth. Lying was refuted as the defendant's right, managing it as an aberrant result of the right to silence and of principle of non-self incrimination. Lastly, we analyzed the principle of individualization of the punishment, the legal rule of the three stages of fixing the punishment and, in particular, the criterion of the agent's personality. From the judgments of the higher courts that have privileged the defendant's good faith (*bona fide*) as integral and positive part of his personality, it postulated the bad faith as an aspect of the agent's personality for the same purpose of individualizing the reprimand.

KEYWORDS

Lie. Defendant. Personality. Punishment. Dosage.

SUMÁRIO

Introdução. 1. O desvalor social e jurídico da mentira. 2. Direito ao silêncio não fala de mentira. 3. O princípio da não obrigatoriedade de produzir prova contra si mesmo não autoriza a mentira. 4. O sistema trifásico da fixação da pena e o parâmetro da personalidade do réu. 5. A mentira como face da personalidade do réu em uma possível leitura da jurisprudência dos Tribunais Superiores. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A lida cotidiana dos operadores do Direito Penal nos força a deparar com a frequente prática da mentira ostentada pelos autuados, investigados, indiciados e acusados¹. Entretanto, embora seja comum, a mendacidade é desastrosa para os objetivos colimados pelo processo criminal.

A mentira visa precipuamente o engano, é mesquinha, constitui um desvalor filosófico, social e jurídico. A fraude em nada contribui para a construção de uma sociedade mais solidária, fraterna, isenta de violência. Assim como a mendacidade não pode suportar os objetivos fundamentais da República, da mesma maneira não pode ser abonada pelo Direito e seus manipuladores.

Espanta-nos o fato de não serem poucos, nem de pouca luz, os defensores de um pretense direito de mentir do réu, supostamente calcado no direito fundamental do silêncio e no princípio da não autoincriminação.

Precedentes dos tribunais superiores reconheceram que a ampla confissão dos fatos traduz um comportamento elogiável do agente, cuja lealdade processual e boa-fé demonstram traços de sua personalidade a ser aquilatada em seu favor quando da dosimetria da reprimenda. Se assim é, apenas ressaltamos o outro lado desta mesma moeda: a personalidade do réu desonesto, que, sem medo, vergonha e consideração pelo outro, prossegue agindo com má-fé, igualmente é nota a soar no timbre da personificação da pena. Pudera. Eis o objetivo central desse estudo, que se assenta sobre a tese de que a mentira constitui um aspecto censurável da personalidade do agente que dela se vale para procurar infectar interesses tanhos e nocivos no processo penal. Tamanho desvalor merece ser captado quando da individualização da pena, sendo certo que tal conclusão encontra arrimo nas maiores cortes do país.

O tema é polêmico, tanto na literatura quanto nos tribunais, conquanto nos seja indubitoso que a ordem jurídica jamais se orgulharia de uma norma que personifica a má-fé e somente atrapalha as aspirações da Justiça.

1. O DESVALOR SOCIAL E JURÍDICO DA MENTIRA

Imaginemos uma sociedade que vivesse baseada na mentira, na falsidade, no engano, na fraude, na perfídia, na inverdade, na dissimulação, na desonestidade em cujo solo tudo não passasse de ilusão ou se ninguém tivesse o mínimo compromisso com o verdadeiro. É difícil imaginar uma sociedade assim, pois não há exemplos para se apegar, visto que esta espécie de sociedade não subsiste, por isso, nunca existiu, tampouco existirá. Apenas conjecturando, nesta sociedade fictícia não haveria trânsito, pois ninguém pararia na placa “PARE”; não existiria comércio, pois o

1 Os termos acusado, imputado, increpado e investigado serão utilizados para referir-se, indistintamente, àquele que se encontra na condição de objeto de um procedimento penal, seja policial ou judicial.

único objeto exposto à venda seria o gato pela lebre, o recauchutado pelo novo, o falso; não haveria propriedade, já que ninguém respeitaria seus limites; todos trocariam o caráter pela mera reputação; o interesse público cederia à demagogia; enfim, não haveria descanso, não haveria condições propícias para o desenvolvimento integral e sadio da personalidade humana.

Imaginemos, agora, o contrário da primeira sociedade. Suponhamos uma comunidade que seja capaz de alcançar a verdade e viver fundamentada nesta verdade. Também esta sociedade é difícil de imaginar, já que ela não existe e a verdade nem sempre é tão simples de ser contemplada. No entanto, apenas para exercer a reflexão, poderíamos enxergar uma vida mais segura, tranquila, cordial nesta comunidade, que vive fincada na honestidade, sem sobressaltos, sem vícios ou defeitos. Seu solo é fértil para o cultivo da paz, solidariedade, da dignidade de seus cidadãos.

Talvez seja por isso que, consciente ou inconscientemente, desde tempos imemoriais, a humanidade tem gemido pelas falsidades que se lhe penetram e, por vezes, tem clamado pela verdade, pela justiça, enfim, pelos meios de se galgar uma vida mais digna.

Muito do que concebemos por verdade passa pela construção histórica do que se entendia por verdade em cada período, ou mesmo em cada povo. À guisa de exemplo, trazemos à balha preciosa lição da professora Marilena Chauí que, discorrendo sobre o tema, enfatiza as diferenças das verdades grega (*alétheia*), latina (*veritas*) e hebraica (*emunah*). Vejamos suas explicações sobre os verbetes (2008, p.96):

Alétheia se refere ao que as coisas são (isto é, o que elas sempre foram e sempre serão tais como se manifestam agora ao nosso espírito); *veritas* se refere aos fatos que foram (isto é, a acontecimentos que realmente se deram tais como são relatados); *emunah* se refere às ações e coisas que serão (isto é, ao que virá a ser ou a acontecer porque assim foi prometido. A nossa percepção da verdade é uma síntese dessas três fontes e por isso se refere à percepção das coisas reais (como na *alétheia*), à linguagem que relata fatos passados (como na *veritas*) e à expectativa de coisas futuras (como na *emunah*). Ou seja, nossa concepção de verdade abrange o que é (a realidade), o que foi (os acontecimentos passados) e o que será (as ações e acontecimentos futuros).

Ao longo da história, podem-se constatar várias tentativas de elaboração de pensamentos, teses, sistemas filosóficos, métodos, todos pretendendo garantir o esteio da verdade. As polêmicas que giram em torno da verdade, as várias e contrapostas escolas de pensamentos e os séculos e eras históricas que se passaram sem pôr fim ao debate comprovam que a verdade é algo desejado, e que ao mesmo tempo não é tão simples de se conquistar. Por outro lado, os efeitos nefastos que a inverdade ocasiona atestam que o homem não pode viver sem a procurada verdade.

A verdade confere dignidade ao homem e, se é fato incontroverso que, às vezes, ela parece mais uma utopia inalcançável, pelo menos detém a virtude de colocar o homem em sua caça. O verdadeiro foi, é e sempre será um nobre valor a ser aspirado. Ao contrário do que ocorre com a mentira, que é destrutiva, temporária,

fraudulenta, causa de dor e ruína, a necessidade do verdadeiro faz parte da própria existência humana, pois, como arrematou Chauí (2008, p.103),

A verdade é, ao mesmo tempo, frágil e poderosa. Frágil porque os poderes estabelecidos podem destruí-la, assim como mudanças teóricas podem substituí-la por outra. Poderosa porque a exigência do verdadeiro é o que dá sentido à existência humana.

Diante deste pequeno esforço montado para lisonjear a verdade e descortinar a virulência da mentira, cumpre ressaltar que a presente reflexão não pretende colocar o pé no terreno pantanoso das infundáveis aporias filosóficas a respeito do que é a verdade e, por reflexo, do que é a mentira e o erro. Partiremos do pressuposto – singelo, mas eficiente para o fim ao qual este trabalho se destina – que verdade é a adequação dos fatos acontecidos na vida real ao discurso ostentado pelo investigado às autoridades policiais e judiciais². *A contrario sensu*, a mentira refere-se à versão que nega ou distorce de qualquer maneira a verdade dos fatos³.

A antiguidade e a recorrência da perseguição à verdade e refutação da mentira demonstram quanto o tema da verdade é cara ao homem, e que a mentira não se presta minimamente a consagrar os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, insculpidos no artigo 3º da Carta Magna e na alma de todo brasileiro comprometido com o progresso social deste país, consistentes na construção de uma sociedade livre, justa e solidária; no desenvolvimento nacional; na erradicação da pobreza, da marginalização e das desigualdades sociais e regionais; na promoção do bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Ora, qual o objetivo do réu que mente perante a Autoridade Policial ou Judicial? Pretende ele justiça (mediante a absolvição de um culpado ou a condenação de um inocente)? Quer ele sagrar-se livre enquanto toda a sociedade perde sua liberdade frente aos alarmantes índices de violência que a assombam. Estaria ele procurando estabelecer as bases para uma sociedade solidária (ou defender interesses tacanhos e egoísticos sem qualquer laço com o bem comum)? A mentira visa dois objetivos precípuos: o benefício próprio em detrimento da vítima, e prejudicar alguém.

2 Trata-se da verdade na acepção também proposta por Jorge de Figueiredo Dias, “no sentido de uma verdade subtraída à influência que, através de seu comportamento processual, a acusação e defesa queiram exercer sobre ela; mas também no sentido de uma verdade que, não sendo *absoluta* ou *ontológica*, há de ser antes de tudo uma verdade judicial, prática e, sobretudo, não uma verdade obtida a todo o preço mas *processualmente válida*.” (Apud MOSSIN, 1997, p.65)

3 De acordo com Champlin (2010, p. 228), “mentir é fazer declarações propositadamente falsas, meias verdades que envolvem falsas interpretações. Um exagero proposital é um tipo de mentira, como também o é uma declaração parcial proposital. Até mesmo as verdades proferidas com o intuito de enganar, naquilo em que visam iludir, não passam de mentiras. Entretanto, as histórias de ficção, escritas ou filmadas, embora não correspondam à realidade, não são mentiras, visto que não se propõe a narrar fatos, mas tão somente simbolizam fatos e ideias”.

O ordenamento jurídico nacional não passou despercebido da virulência da mentira. Assim é que a integralidade das normas processuais visam à prestação jurisdicional justa, calcada na verdade, no valor da retidão balanceada pela equidade, na prescrição de métodos legítimos para a colheita das provas, no prestígio da atuação proba das partes e julgadores. A impostura não é bem-vinda no ambiente forense.

Definitivamente, a prospecção da verdade não se resume a enfrentamentos filosóficos, teológicos, éticos e morais, mas se constitui também uma preocupação jurídica. Muitos são os exemplos do cerco contra a mentira e da exaltação da verdade, seja nas disposições constitucionais, como já adiantado, seja no direito substancial, seja no direito adjetivo. Existe um princípio geral de direito, que perpassa todo o sistema processual, trabalhando diuturnamente para selecionar os meios mais eficazes e rápidos de procurar descobrir a verdade e de evitar o erro (CINTRA, 2010, 57).

Os mecanismos jurídicos elaborados para o afastamento do falso e garantia da verdade são praticamente infundáveis. Lembramos, como exemplos aleatórios, a imparcialidade do juiz, o processo acusatório, a igualdade substancial, a garantia do contraditório, da ampla defesa, da plenitude de defesa no Tribunal do Júri, da vedação das provas obtidas por meios ilícitos, a inversão do ônus da prova em favor do consumidor, a paridade de armas no processo, o duplo grau de jurisdição, os crimes contra a fé pública, a Lei de Improbidade Administrativa, o instituto da boa-fé objetiva, o princípio da identidade física do juiz, os institutos do Direito Penal premial (atenuante da confissão, delação premiada, entre outros), o devido processo legal, o princípio da moralidade da Administração Pública, a natureza da mentira na jurisprudência congressual que a reconhece como quebra de decoro parlamentar, o anseio constitucional de se evitar o erro judiciário, a desconsideração da personalidade jurídica, etc. Enfim, a mentira não é jurídica, não é meio de defesa, mas um artifício para tumultuar o processo e minar os fundamentos do Estado Democrático de Direito.

Entre tantos instrumentos jurídicos que visam podar a mentira, como visto acima, por ora destacaremos os princípios da lealdade processual e o da busca pela verdade real.

Segundo o artigo 14 do Código de Processo Civil, as partes devem proceder com lealdade e boa-fé ao longo de todo o processo, cabendo-lhes expor os fatos em juízo conforme a verdade, "*in verbis*":

Art. 14. São deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo: (Redação dada pela Lei nº 10.358, de 27.12.2001)

I - expor os fatos em juízo conforme a verdade;

II - proceder com lealdade e boa-fé;

III - não formular pretensões, nem alegar defesa, cientes de que são destituídas de fundamento;

IV - não produzir provas, nem praticar atos inúteis ou desnecessários à declaração ou defesa do direito.

V - cumprir com exatidão os provimentos mandamentais e não criar embaraços à efetivação de provimentos judiciais, de natureza antecipatória ou final (Incluído pela Lei nº 10.358, de 27.12.2001).

Embora referida previsão legislativa não encontre idêntica reprodução no Código de Processo Penal, é inequívoco que tais valores são a este aplicados da mesma forma, até porque é francamente indesejável que quaisquer das partes atue deslealmente no processo empregando artifícios fraudulentos. Assim é porque o processo e a Justiça divisam a pacificação geral da sociedade e não somente dos demandantes de determinado caso.

Lecionando sobre o princípio da lealdade processual, Grinover (2010, P. 77-78) dispõe com sua peculiar acuidade:

Sendo o processo, por sua índole, eminentemente dialético, é reprovável que as partes se sirvam dele faltando ao dever de verdade, agindo deslealmente e empregando artifícios fraudulentos. Já vimos que o processo é um instrumento posto à disposição das partes não somente para a eliminação de seus conflitos e para que possam obter resposta às suas pretensões, mas também para a pacificação geral na sociedade e para a atuação do direito. Diante dessas suas finalidades, que lhe outorgam uma profunda inserção sociopolítica, deve ele revestir-se de uma dignidade que corresponda a seus fins. O princípio que impõe esses deveres de moralidade e probidade a todos aqueles que participam do processo (partes, juízes e auxiliares da justiça; advogados e membros do Ministério Público) denomina-se *princípio da lealdade processual*.

[...]

Mas uma coisa é certa: a relação processual, quando se forma, encontra as partes conflitantes em uma situação psicológica pouco propícia a manter uma clima de concórdia; e o processo poderia prestar-se, mais do que os institutos de direito material, ao abuso do direito. As regras condensadas no denominado princípio da lealdade visam exatamente a conter os litigantes e a lhes impor uma conduta que possa levar o processo à consecução de seus objetivos.

Esta mesma característica publicística do processo, que envolve interesses das partes e do próprio Estado na prestação jurisdicional justa e verdadeira determina ao magistrado que fundamente seu veredicto, sobretudo no processo penal, na verdade real dos fatos. Com efeito, na esfera criminal, não pode o julgador contentar-se com a chamada verdade formal, salvo quando assim agir em benefício do acusado.

Diversas são as repercussões do princípio da verdade real, tal como a mitigação do princípio do dispositivo, em que o magistrado aguarda a produção das provas requeridas pelas partes, em face do princípio da livre investigação das provas, que enseja ao julgador a iniciativa probatória com vistas a formação de seu convencimento a ser alicerçado na verdade, e não na mera formalidade. Isso se dá em função da profunda nobreza do bem jurídico que está em jogo: o *status libertatis* do increpado.

A propósito, arremata Marques (1965, p.279):

A verdade real – eis a *causa finalis* da instrução probatória e, portanto, do próprio processo. Tendo em vista os graves interesses que estão em conflito, na instância penal, é absolutamente imprescindível que fique elucidado o *thema probandum* a fim de que se dê solução justa e exata ao pedido que se contem na acusação. E isto se consegue quando emergem da instrução, de maneira fiel e real aos acontecimentos que motivaram a acusação. Para tanto, necessário é, também, que o juiz aprecie os dados e informações obtidos com a prova, para reconstruir a situação concreta que deve ser objeto de seu pronunciamento jurisdicional.

Ainda sobre o tema, deduz Florian (*apud* MOSSIN, 1997, p.65):

No processo penal se agita e se patenteia um esforço que o estimula e o impulsiona incessantemente (*sic*), desde seus começos até a última decisão; é o esforço dirigido a comprovar a verdade real a respeito de determinado fato, que se revela com características de delito, e em realidade com determinada pessoa, indicada e reconhecida com autor ou partícipe daquele. É este um esforço vigoroso e dominador, que submete a si mesmo toda a atividade processual, pois que a comprovação da verdade real constitui a um mesmo tempo, não só um método para a condução do processo e seu fim imediato e específico, ao que converge o múltiplo conteúdo processual, senão o meio e caminho para conseguir um fim mais alto e geral, qual seja a aplicação ou não aplicação da lei penal no caso concreto.

E não é só o ordenamento jurídico nacional que privilegia a veracidade. Sobre o anseio de verdade no processo penal comparado, em especial no direito alemão e norte-americano, aduz Dias Neto (1997, 180)⁴:

A apuração da verdade é uma meta essencial do direito processual penal. Para que haja eficácia na aplicação do direito penal substantivo é necessário que o caso produzido seja verdade. A adequação material é pressuposto de uma sentença justa:

4 O mesmo autor, neste mesmo trabalho, pontua que o direito processual penal não se configura apenas como instrumento de proteção dos cidadãos contra o crime, mas também como instrumento de proteção da dignidade do acusado diante de uma intervenção estatal específica. Recorda, ainda, que a verdade não pode ser buscada a qualquer preço, cabendo ao processo penal o estabelecimento de critérios que regulem a busca pela verdade, na medida em que atenua os riscos inerentes ao desequilíbrio de poderes entre Estado e cidadão, acusador e acusado (DIAS NETO, 1997, p. 181): “Ao estabelecer normas que limitam a extensão do poder estatal de investigar o ocorrido, e que impedem acesso dos órgãos instrutores a informações cujo conhecimento seria de grande interesse para elucidação da verdade (proibições de prova), o direito processual penal manifesta que o seu fim não é a verdade a qualquer preço, mas, a busca dosificada da verdade ou, em outras palavras, a verdade obtida em respeito ao *Fairnessprinzip*. O princípio da proporcionalidade, o direito à privacidade e o privilégio contra a autoincriminação são exemplos de barreiras que o direito processual penal criou visando a limitar a busca da verdade (Hassemer, 1981: 142)”. Assim, pode-se afirmar que a meta do direito processual penal não é a averiguação da verdade material, mas a obtenção formalizada da verdade. A convicção do juiz não corresponde à verdade material, mas à verdade obtida por via formalizada, à *verdade forense*, sendo a esta que se orienta a compreensão do procedimento.

[O caso] não deve estar construído sobre dados inexistentes, assim como não lhe deve faltar dados relevantes; os dados devem estar confrontados entre si na mesma relação que possuem na realidade. Um caso erroneamente produzido somente pode resultar em uma sentença injusta, pois esta decide um caso diverso (irreal) ao que está a ela subjacente (HASSEMER, 1981, p. 137).

De tudo quanto exposto até o presente momento, vê-se, sem qualquer esforço, que a mentira se apresenta como um comportamento socialmente reprovável e juridicamente indesejável, de maneira que sua defesa não encontra arrimo nos objetivos fundamentais da República, nos princípios gerais de direito, nas normas que informam as legislações processuais e materiais.

Ao contrário, percebe-se uma vigorosa energia legiferante com vistas a debelar a mentira, a falsidade e o engano do processo, força esta que atinge todas as partes integrantes da relação processual de todas as naturezas (cível, criminal e administrativo), seja o magistrado, acusação ou defesa, autor e réu.

2. DIREITO AO SILÊNCIO NÃO FALA DE MENTIRA.

O Direito ao silêncio giza que nenhum imputado pode ser forçado a prestar declarações contra a sua vontade. Permanecer calado é garantia fundamental de todo cidadão brasileiro e do estrangeiro residente no país. Incidirá nulidade de pleno direito caso o imputado não seja informado do seu direito ao silêncio. Embora o artigo 5º, inciso LXIII, da Constituição Federal garanta o direito ao silêncio ao *preso*, vale aqui a interpretação extensiva para proteger igualmente o imputado solto, na Polícia e em Juízo, e, inclusive, antes mesmo da confecção do auto de prisão em flagrante, por exemplo, quando da oitiva informal dos policiais que atenderam a ocorrência e em caso de eventuais perguntas dirigidas pela imprensa. O direito ao silêncio é manifestação do direito à intimidade, o qual representa, por sua vez, um dos direitos da personalidade. Como se trata de direito, o exercício do silêncio não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa, tampouco importará em confissão, conforme preceitua o artigo 186, parágrafo único, do Código de Processo Penal, com redação dada pela Lei Federal nº 10.792/03.

O direito ao silêncio impede qualquer pressão para o acusado falar⁵. Possui estreito relacionamento com a valorização do devido processo legal, do *fair trial* nor-

5 Predomina o entendimento de que o direito ao silêncio tem lugar apenas no interrogatório de mérito. Desse modo, o acusado pode deixar de responder às indagações formuladas a respeito do fato em apuração e suas consequências, não lhe sendo facultado deixar de responder às perguntas formuladas com referência à sua identificação. A recusa de resposta a essas indagações pode ensejar a prática do crime de desobediência. Nessa esteira, também não é consentido ao acusado faltar a verdade em relação aos dados que o identifiquem, sob pena de cometimento de crime. Não se reconhece a incidência do *nemo tenetur se detegere* na qualificação porque se entende que a oferta de dados pessoais não implica auto-incriminação, já que não representa assunção de responsabilidade quanto ao fato apurado (...) Extrai-se que não tem o acusado o direito de silenciar, bem como há o dever de dizer a verdade com referência à qualificação. (QUEIJO, *apud* SANTOS, 2013).

te-americano ou o *fairnessprinzip* alemão, com a proibição das provas obtidas por meios ilícitos, enfim, com o banimento de toda prática processual que enxergava no acusado somente um meio de prova, homologando o aviltamento, pelo Estado, da dignidade do imputado. Como lembra Andrade (2007, p.11):

A garantia de permanecer calado surge na Inglaterra no final do século XVI em oposição aos métodos inquisitoriais utilizados pelos tribunais para conseguir extrair do imputado alguma prova. Isso levava a que muitas vezes o sujeito admitisse um fato para que a tortura cessasse. Desta forma, a verdade que aparecia no processo era uma verdade tecida pelo próprio homem.

O histórico do direito ao silêncio ensina que tal garantia sempre condenou a mentira. O silêncio mirava a cessação da tortura, que rendia ensejo a duas espécies de mentira: a mentira propriamente dita, representada quando o acusado, sob tortura, confessava algo que não havia feito; e a mentira consistente na sentença “os fins justificam os meios”, representada quando o imputado, sob tortura, confessava a realidade do crime. Por isso, deduzir o direito a mentir da garantia do silêncio não se coaduna com os princípios basilares da hermenêutica, não havendo que se falar em interpretação extensiva, mas sim de genuína interpretação escorchantemente de uma garantia histórica que nunca pretendeu resguardar nada parecido com o engodo, a fraude, a mendacidade. Mentir é tergiversar o direito ao silêncio.

A noção dos Direitos Humanos de primeira geração, que propugnavam um círculo de liberdade do indivíduo que poderia ser oposta inclusive perante o Estado, migrou a natureza do acusado de meio de prova para um sujeito passível de exercer ampla defesa e todos os meios a ela necessários, cabendo exclusivamente ao Estado o ônus de comprovar a responsabilidade criminal do réu, que será tido por inocente até que a acusação demonstre o contrário.

Assim é que o devido processo legal, a ampla defesa e o direito ao silêncio convergem para a concretização de um processo justo, em que ao acusado serão franqueados todos os meios *lícitos* para arquitetar sua defesa e permanecer inocente. Isto quer dizer que, assim como o Estado possui balizas intransponíveis em suas tarefas de processar, acusar e condenar, a ampla e plena defesas, ainda que ampla ou plena, também esbarra em limites. Este amálgama tem em mira o processo justo, que se aperfeiçoa com a absolvição do inocente e a condenação do culpado. Por isso um processo justo não pode transigir com a mentira.

Com efeito, o fim do Direito é a pacificação social, o objeto do processo é a justiça, e ambos só podem ser legitimados sobre a verdade. Há uma construção centenária da ciência processual que sempre visou a coibição dos abusos, a repulsa da fraude, a mitigação do erro judiciário, demonstrando claramente que o veredicto legitima-se na verdade filtrada no *fair trial*, o que nos leva a repetir a inexistência do menor espaço para o reconhecimento do direito de mentir. Não é pelo simples fato do Direito Penal nacional não tipificar o perjúrio que o nosso ordenamento abona a perfídia.

Nesse quadro, não há nenhuma lógica em afiançar que a mentira decorre do direito fundamental ao silêncio. Qual o sentido de se liberar a mentira ao in-

crepado que vê garantido seu direito ao silêncio? A mentira afronta os objetivos do Processo, mina os fins do Direito e obsta a consecução dos objetivos fundamentais da República. A defesa deve ser ampla e plena, mas não pode ser irrestrita, sob pena de tropeçar nos mesmos abusos (um dia) praticados pelo Estado e que se constituem em alvos a serem liquidados. A mentira desborda os limites da defesa pautada na lealdade processual e na busca pela verdade real.

Sobre o ponto, colaciona Andrade (2007, p. 21):

Quando um sujeito invoca o direito de calar-se ou de não revelar nada que possa ser usado contra si próprio, isto é um meio de defender-se, é um instinto de autopreservação, prenotado na lei. Mas, no momento em que, sob a égide de um direito fundamental, se passa falsamente a criar situações com a intenção de prejudicar a investigação ou o processo, isto não é mais um direito, porque tumultua o andamento e dificulta a aplicação da justiça, base de toda a sociedade organizada.

Assim que, há de ter-se cuidado no momento de conceder ao imputado a garantia de não se incriminar, subentendida no direito ao silêncio, porque isto não representará um direito de mentir indiscriminadamente. Logo, o que existe é um direito de proteção, de não dizer nada que possa colocar em risco o sujeito, mas não existe um direito de ataque a outro sujeito, sem que seja sancionado pela lei. A isto se referia Carnelutti, quando nos disse que “o processo é uma luta, e de luta, até certos limites”. Assim que, a conduta mendaz das partes pode ser objeto de sanção (que é o limite), porque até mesmo nas lutas existem regras que devem ser respeitadas.

Nesse contexto, concluímos que, ainda que o increpado não preste compromisso ou juramento de dizer a verdade, pois não está obrigado a dizê-la mesmo, não enxergamos no ambiente forense qualquer autorização para mentir e tumultuar o processo. Aliás, a legislação prescreve (artigo 186, parágrafo único, do Código de Processo Penal) ser impossível extrair conclusões desfavoráveis do *silêncio* do interrogado, e não de suas mentiras e fraudes. Eis um silêncio eloquente do legislador que refletiu acuradamente os limites da garantia constitucional ao silêncio.

Estabeleça-se claramente que a negação do direito de mentir não implica a defesa do dever de dizer a verdade ou cooperar com as investigações e autoincriminação, mas apenas quer traduzir que o cidadão possuidor da presunção de inocência, da garantia de manter-se em silêncio e do direito subjetivo de não se auto-incriminar não faz jus à mentira.

3. O PRINCÍPIO DA NÃO OBRIGATORIEDADE DE PRODUZIR PROVA CONTRA SI MESMO NÃO AUTORIZA A MENTIRA

Todo aquele acusado da prática de um ilícito penal tem o direito de não produzir provas em seu desfavor. Não há quem duvide da estatura constitucional e da pétrea blindagem do princípio implícito “*nemo tenetur se detegere*”, que literalmente quer dizer *ninguém é obrigado a se descobrir*. Fulcrado nessa liberdade,

autoriza-se o calar no interrogatório, a vedação de compelir o suspeito a participar de acareações, de reconhecimentos, de reconstituições, de recusar-se ao exame do bafômetro, de fornecer material para exames periciais e, de acordo com alguns, a mentir. Não compactuamos desta última extensão, ilegítima.

Temos que é falsa a assertiva: 'se o acusado tem o direito de não produzir provas contra si mesmo, segue-se que ele pode mentir para desvencilhar-se da responsabilidade criminal que lhe foi imputada'. Em outras palavras, não há lógica nenhuma em afirmar que, do direito de não produzir provas contra si mesmo, decorre a autorização para mentir. A mentira é um falso direito.

Como discorrido no tópico anterior, houve um tempo em que o indiciado era tido como reles objeto do processo e, como meio de prova que era, era obrigado a cooperar com a investigação e sua própria condenação, se o caso. É por isso que, em nome da verdade, admitia-se, por exemplo, a tortura visando obter a confissão, suposta rainha das provas. Os ideais iluministas revolucionaram esta percepção, alterando a concepção do acusado de meio de prova para sujeito de direitos. Passou-se a vedar a tortura como mecanismo de obtenção de prova porque transforma o homem em coisa, reduzindo o acusado à condição de escravo despido de qualquer dignidade.

Com efeito, todo direito fundamental tem por razão histórica de ser a proteção do indivíduo contra abusos do Estado, cuja concepção não é mais totalitária, mas deve o próprio Estado sujeitar-se a regras que garantam a dignidade de seus cidadãos (não mais classificados como meros súditos e subjugados como meio de prova) e o pleno desenvolvimento da personalidade humana, que apenas pode florescer em ambiente que privilegie a convivência digna, livre, solidária.

No mesmo sentido, Queijo (*apud* Santos, 2013):

O princípio *nemo tenetur se detegere* tem sido considerado direito fundamental do cidadão e, mais especificamente, do acusado. Nesse sentido, Vassali, Grevi e Zuccala já se manifestaram. Cuida-se do direito à não auto-incriminação, que assegura esfera de liberdade ao indivíduo, oponível ao Estado, que não se resume ao direito ao silêncio.

Parece acertado referido entendimento, de acordo com as notas características dos direitos fundamentais. Nelas se dá ênfase à proteção do indivíduo contra excessos e abusos por parte do Estado. Em suma: é resguardada, nos direitos fundamentais, a dignidade humana, sendo que ganha relevo a esfera atinente às ingerências do Estado. Nessa ótica, o princípio *nemo tenetur se detegere*, como direito fundamental, objetiva proteger o indivíduo contra excessos cometidos pelo Estado, na persecução penal, incluindo-se nele o resguardo contra violências físicas e morais, empregadas para compelir o indivíduo a cooperar na investigação e apuração de delitos, bem como contra métodos proibidos no interrogatório, sugestões e dissimulações. Como direito fundamental, o *nemo tenetur se detegere* insere-se entre os direitos de primeira geração, ou seja, entre os direitos da liberdade. O titular de tais direitos é o indivíduo diante do Estado.

A mentira, por sua vez, em nada se encaixa nas razões históricas de ser dos Direitos Fundamentais; ao contrário, tanto quanto os abusos licenciados no processo inquisitório, constitui outro abuso, agora por parte do acusado, cuja mendacidade tacanhamente pretende subverter os fins do Estado de Direito. Como já discorrido, a mentira só atrapalha a consecução dos objetivos fundamentais da República, sendo absolutamente vazia da capacidade de gerar o ambiente propício para o cultivo da dignidade humana e da justiça social.

Cumpra ressaltar que alguns dos que advogam a tese da existência do direito de mentir, assim o fazem porque invocam a inexistência de crime autônomo para o réu que mente em sua defesa. Seguindo esta linha de raciocínio, a mentira seria um direito do réu desde que sua prática não resultasse em crimes, como, por exemplo, a calúnia, a autoacusação falsa e a denúncia caluniosa. Continuamos acreditando que, nesse sentido, não se trata de verdadeiro direito de mentir, mas simplesmente da não punição da mentira como crime autônomo.

Somos do partido que pecha a mentira como uma maximização indevida do direito fundamental de defesa. Com isso, não queremos ressuscitar o dever de falar a verdade, mas simplesmente recuperar os limites lógicos e justos do direito de não produzir provas contra si mesmo. O princípio "*nemo tenetur se detegere*" volta-se contra os históricos abusos estatais e não justifica outro abuso por parte do acusado, sendo certo que, com a mesma avidez com que afasta o dever de verdade, rechaça o direito de mentir. Nas palavras de Antonio Pedro Barbas Homem, parafraseado por Santos (2013):

A "verdade brilha e guia a nossa liberdade e a nossa vontade", ao passo que a mentira, ao contrário, "conduz-nos à escuridão e ao vazio". De acordo com esse autor, "o problema da verdade antecede o da justiça", daí concluir-se que "uma decisão não pode ser justa se não for verdadeira". Por estas razões, esse jurista chegou à conclusão de que, diferentemente do silêncio e de ficar calada, uma pessoa acusada de praticar um crime, não pode, diante de um juiz, mentir, "pois tal significava aceitarmos a mentira como critério de organização da sociedade.

Em suma, o direito de mentir, hoje, é tão defensável quanto o direito de torturar era séculos atrás. Ambos possuem a mesma minoridade ética e displicência para com a dignidade humana.

4. O SISTEMA TRIFÁSICO DA FIXAÇÃO DA PENA E O PARÂMETRO DA PERSONALIDADE DO RÉU

A pena é uma justa resposta para o crime. Todavia, para ser justa de fato deve ser ponderada de acordo com os critérios da necessidade, razoabilidade e proporcionalidade. Este exercício de adequação da pena à gravidade do fato delitivo praticado guarda reverência ao princípio da individualização da pena.

A individualização da pena foi exaltada constitucionalmente a Direito Fundamental de todo brasileiro e estrangeiro residente no país, sendo albergada mediante cláusula pétreia conforme segue:

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:

- a) privação ou restrição da liberdade;
- b) perda de bens;
- c) multa;
- d) prestação social alternativa;
- e) suspensão ou interdição de direitos.

Sobre o tema, comenta o eminente constitucionalista Moraes (2011, p. 246):

O princípio da individualização da pena exige estreita correspondência entre a responsabilização da conduta do agente e a sanção a ser aplicada, de maneira que a pena atinja suas finalidades de prevenção e repressão. Assim, a imposição da pena depende do juízo individualizado da culpabilidade do agente (censurabilidade de sua conduta).

Masson (2012, p. 36-37) frisa que o princípio da individualização da pena irradia efeitos para os três planos: legislativo, judicial e administrativo:

No prisma **legislativo**, é respeitado quando o legislador descreve o tipo penal e estabelece as sanções adequadas, indicando precisamente seus limites, mínimo e máximo, e também as circunstâncias aptas a aumentar ou diminuir as reprimendas cabíveis.

A individualização **judicial** complementa a legislativa, pois aquela não pode ser extremamente detalhista, nem é capaz de prever todas as situações da vida concreta que possam aumentar ou diminuir a sanção penal. É efetivada pelo juiz, quando aplica a pena utilizando-se de todos os instrumentais fornecidos pelos autos da ação penal, em obediência ao sistema trifásico delineado pelo art.68 do Código Penal (pena privativa de liberdade), ou ainda ao sistema bifásico inerente à sanção pecuniária (CP, art.49).

Finalmente, a individualização **administrativa** é efetuada durante a execução da pena, quando o Estado deve zelar por cada condenado de forma singular, mediante tratamento penitenciário ou sistema alternativo no qual se afigure possível a integral realização das finalidades da pena: retribuição, prevenção (geral e especial) e ressocialização. (grifos do autor)

Bettiol (2000, p. 336) recorda que o fundamento deste princípio assenta-se na moderna concepção do Direito Penal, que deve tratar o agente a partir de suas características pessoais:

todo direito penal moderno é orientado no sentido da individualização das medidas penais, porquanto se pretende que o tratamento penal seja totalmente voltado para características pessoais do agente a fim de que possa corresponder aos fins que se pretende alcançar com a pena ou com as medidas de segurança.

No debate das ideias de Roberto Lyra e Nelson Hungria, venceu a tese do último, tendo o atual artigo 68 do Código Penal pátrio adotado três fases para a fixação da pena, de sorte que, na primeira delas, são levadas em consideração as circunstâncias judiciais preconizadas no artigo 59 do mesmo Diploma Legal; na segunda, as circunstâncias atenuantes e agravantes; na terceira, as causas de diminuição e aumento. “*In verbis*”:

Art. 68. A pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento.

Assim é que, logo na primeira fase de fixação da reprimenda, o magistrado deverá aquilatar as seguintes circunstâncias judiciais:

Art. 59. O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à **personalidade do agente**, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime:

I - as penas aplicáveis dentre as cominadas;

II - **a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos;**

III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade;

IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível. (grifo nosso).

Prado (1999, p.130) explica sucintamente o conteúdo de cada circunstância judicial aqui ventilada:

A culpabilidade corresponde à censurabilidade pessoal da conduta típica e ilícita, funcionando aqui como limite máximo da pena; os antecedentes são os fatos anteriores da vida do agente, positivos ou negativos; a conduta social compreende o comportamento do réu em seu meio familiar e laboral; a personalidade é a índole, o caráter do indivíduo; os motivos são “toda a soma dos fatores que integram a personalidade humana e são suscitados por uma representação cuja ideomotricidade tem o poder de fazer convergir para uma só direção dinâmica todas as nossas forças psíquicas”; as circunstâncias do crime são fatores de tempo, lugar, modo de execução, excluindo-se aqueles previstos como circunstâncias legais: as

consequências do crime são os desdobramentos advindos da conduta do agente; por fim, é imperiosa a análise do comportamento da vítima, que poderá aumentar ou diminuir a reprovabilidade pessoal da conduta típica e ilícita.

O artigo 59 do Código Penal funciona, por conseguinte, como um primeiro norte ao julgador, cujo exame propiciará o estabelecimento da pena-base ou pena provisória do sentenciado.

Na jurisprudência, cito por todas:

O art. 59 do CP fornece ao juiz parâmetros para dimensionar a pena no exercício do seu poder discricionário, mas sempre atento a critérios objetivos e subjetivos; critérios que se referem ao fato criminoso, sua natureza, gravidade, os meios e modos de execução, tempo e lugar da ação criminosa, à personalidade, antecedentes, os motivos do crime (TACRIM-SP - Rev. 135.540-5 - Rel. Brenno Marcondes).

Como visto, paira um comando normativo para que, dentre outras circunstâncias, a personalidade do agente seja considerada para fins de individualização da pena a ser – justamente – imposta ao autor do fato.

Personalidade diz respeito às características que identificam e individualizam uma pessoa. De acordo com o Dicionário Aurélio, personalidade recende ao caráter, a qualidade daquilo que é pessoal, é o elemento estável da conduta de uma pessoa, em outras palavras, sua maneira habitual de ser. É a personalidade a expressão do indivíduo como uma realidade única, irrepetível, que lhe concebe a condição de microcosmo ou de um universo à parte.

Sobre a ideia de personalidade, leciona Trindade (2011, p.66):

Num sentido amplo, a personalidade refere-se às características que marcam a forma de ser de uma pessoa, individualizando-as das demais. Na dimensão estritamente jurídica indica, em oposição ao escravo, a aptidão para ser sujeitos de direitos.

Sob o ponto de vista psicológico, a personalidade é um conjunto biopsicossocial dinâmico que possibilita a adaptação do homem consigo mesmo e com o meio, numa equação de fatores hereditários e vivenciais. Como se pode notar, a personalidade está fundada numa construção, e não num grupo de características estanques e adquiridas pelo nascimento.

Tratando-se de uma parcela do complexo aparelho psíquico humano, há quem defenda ser impraticável ao magistrado a aferição da personalidade do autor de delito no momento de individualizar a pena justa, uma vez que a personalidade deve ser avaliada por circunstâncias sociais, familiares, relações de trabalho, igreja, etc., isto é, por critérios exógenos e estritamente avaliados por técnicos da psicologia e psiquiatria. Os paladinos desta tese ressaltam que a personalidade constitui circunstância afeta muito mais aos ramos da psicologia, da psiquiatria, da biologia, do que à ciência do direito, uma vez que o juiz deve mergulhar no interior do agente e buscar avaliar sua maneira de ser, de agir, de viver, de se apresentar no mundo exterior.

Filiamo-nos, por outro lado, a corrente já adotada pelo C. Superior Tribunal de Justiça, que sugere deva ser respeitado o intuito legislativo valorativo que imputou ao julgador o dever de analisar a personalidade do agente, nos limites de seus conhecimentos técnicos. Assim, fará o juiz o sopesamento sob o prisma dos efeitos maléficos que a exteriorização da personalidade do agente se apresenta em prejuízo à sociedade.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO. DOSIMETRIA. PENA-BASE. MAUS ANTECEDENTES. CONFIGURAÇÃO. CONDENAÇÕES TRANSITADAS EM JULGADO POR FATOS ANTERIORES. PERSONALIDADE VOLTADA PARA A PRÁTICA DE DELITOS. NEGATIVIDADE JUSTIFICADA. EXISTÊNCIA DE DIVERSAS CONDENAÇÕES DEFINITIVAS. BIS IN IDEM. NÃO OCORRÊNCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO.

2. Não há como afastar a conclusão acerca da personalidade voltada para a prática de ilícitos, quando verificada a existência de diversas condenações definitivas anteriores em desfavor do paciente, indicativas de que seu envolvimento com o ilícito não é esporádico, a justificar a exasperação da pena-base.

3. Ostentando o acusado mais de uma condenação anterior definitiva, é possível a utilização de parte delas, na primeira etapa da dosimetria, para caracterizar os maus antecedentes e de outra para valorar negativamente a personalidade, sem que isso implique a ocorrência de *bis in idem*.

4. Ordem denegada.

(STJ. REsp nº 205.388-MS, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, 6ª T., v.u., j. 04/09/2012, DJe 17/09/2012).

No bojo deste acórdão, os preclaros ministros salientaram os fundamentos e o alcance da análise válida da personalidade do imputado para fins da dosagem da pena:

É desfavorável a personalidade do agente que vez ou outra se vê envolvido em delitos, o que não acontece com o reconhecido 'cidadão de bem'. Ou seja, o envolvimento da pessoa com infrações penais, não se apresenta como algo accidental, eventual, mas rotineiro, dando sinais de desrespeito ao semelhante e perturbação da paz social. A tais efeitos da personalidade do agente, o direito não pode ficar alheio, pelo contrário, a valoração negativa da personalidade, objetiva fazer com que o agente volte-se ao seu interior e busque mudar a forma como exterioriza seu modo de ser e agir.

Com efeito, já decidiu o C. Superior Tribunal de Justiça acerca do conteúdo a ser valorado da personalidade do agente:

Quanto a esse aspecto, devem ser lembradas as qualidades morais do criminoso, a sua boa ou má índole, seu sentido moral, bem como sua agressividade e o antagonismo em relação à ordem social e seu temperamento. Também não devem ser desprezadas as oportunidades que o réu teve ao longo de sua vida e consideradas em seu favor uma vida miserável, reduzida instrução e deficiências pessoais que tenham impedido o desenvolvimento harmonioso da sua personalidade.

(STJ. HC nº 94.051 - DF, Min. Rel. Jane Silva (Des. convocada do TJ/MG), 6ª t., v.u., j. 15/05/2008, publicado no DJe de 22/09/2008).

Sedimentada a personalidade do agente como um dos parâmetros para da fixação da pena justa, passaremos a tratar da mentira como uma possível circunstância reveladora da índole do autor do delito.

5. A MENTIRA COMO FACE DA PERSONALIDADE DO RÉU EM UMA POSSÍVEL LEITURA DA JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES

Além de constar do rol de circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal, a personalidade do imputado volta a ser dado importante para se chegar a pena justa no confronto entre circunstâncias agravantes e atenuantes.

Dispõe o artigo 67 do Código Penal:

Art. 67. No concurso de agravantes e atenuantes, a pena deve aproximar-se do limite indicado pelas circunstâncias preponderantes, entendendo-se como tais as que resultam dos motivos determinantes do crime, da **personalidade do agente** e da reincidência. (grifo nosso)

Em uma interessante análise a respeito desse dispositivo legal, exarada no voto condutor proferido nos autos do HC nº 101.909/MG, o ilustre Ministro AYRES BRITTO concluiu que a confissão espontânea do agente, por estar intimamente ligada a um positivo aspecto de sua personalidade, deve prevalecer sobre a reincidência. Segue a ementa do julgado:

EMENTA: HABEAS CORPUS. DOSIMETRIA DA PENA. CONCURSOS DE CIRCUNSTÂNCIAS ATENUANTES E AGRAVANTES. PREPONDERÂNCIA. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. COMPENSAÇÃO COM A AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. ORDEM CONCEDIDA.

1. A Constituição Federal assegura aos presos o direito ao silêncio (inciso LXIII do art. 5º). Nessa mesma linha de orientação, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (Pacto de São José da Costa Rica) institucionaliza o princípio da “não autoincriminação” (nemo tenetur se detegere). Esse direito subjetivo de não se auto-incriminar constitui uma das mais eminentes formas de densificação da garantia do devido processo penal e do direito à presunção de não culpabilidade (inciso LVII do art. 5º da Constituição Federal). A revelar, primeiro, que o processo penal é o espaço de atuação apropriada para o órgão de acusação demonstrar por modo robusto a autoria e a materialidade do delito. Órgão que não pode se esquivar da incumbência de fazer da instrução criminal a sua estratégia oportuna de produzir material probatório substancialmente sólido em termos de comprovação da existência de fato típico e ilícito, além da culpabilidade do acusado.

2. A presunção de não culpabilidade trata, mais do que de uma garantia, de um direito substantivo. Direito material que tem por conteúdo a presunção de não culpabilidade. Esse o bem jurídico substantivamente tutelado pela Constituição; ou seja, a presunção de não culpabilidade como o próprio conteúdo de um direito substantivo de matriz constitucional. Logo, o direito à presunção de não culpabilidade é situação jurídica ativa ainda mais densa ou de mais forte carga protetiva do que a simples presunção de inocência.

3. O Supremo Tribunal Federal tem entendido que não se pode relacionar a personalidade do agente (ou toda uma crônica de vida) com a descrição, por esse mesmo agente, dos fatos delitivos que lhe são debitados (HC 102.486, da relatoria da ministra Cármen Lúcia; HC 99.446, da relatoria da ministra Ellen Gracie). Por outra volta, não se pode perder de vista o caráter individual dos direitos subjetivo-constitucionais em matéria penal. E como o indivíduo é sempre uma realidade única ou insimilar, irrepetível mesmo na sua condição de microcosmo ou de um universo à parte, todo instituto de direito penal que se lhe aplique – pena, prisão, progressão de regime penitenciário, liberdade provisória, conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos – há de exibir o timbre da personalização. Quero dizer: tudo tem que ser personalizado na concreta aplicação do direito constitucional-penal, porque a própria Constituição é que se deseja assim orteguianamente aplicada (na linha do “Eu sou eu e minhas circunstâncias”, como sentenciou Ortega Y Gasset). E como estamos a cuidar de dosimetria da pena, mais fortemente se deve falar em personalização.

4. Nessa ampla moldura, a assunção da responsabilidade pelo fato-crime, por aquele que tem a seu favor o direito a não se autoincriminar, revela a consciência do descumprimento de uma norma social (e de suas consequências), não podendo, portanto, ser dissociada da noção de personalidade.

5. No caso concreto, a leitura da sentença penal condenatória revela que a confissão do paciente, em conjunto com as provas apuradas sob o contraditório, embasou o juízo condenatório. Mais do que isso: as palavras dos acusados (entre eles o ora paciente) foram usadas pelo magistrado sentenciante para rechaçar a tese defensiva de delito meramente tentado. É dizer: a confissão do paciente contribuiu efetivamente para sua condenação e afastou as chances de reconhecimento da tese alinhavada pela própria defesa técnica (tese de não consumação do crime). O que reforça a necessidade de desembaraçar o usufruto máximo à sanção premial da atenuante. Assumindo para com ele, paciente, uma postura de lealdade (esse vívido conteúdo do princípio que, na cabeça do art. 37 da Constituição, toma o explícito nome de moralidade).

6. Ordem concedida para reconhecer o caráter preponderante da confissão espontânea e determinar ao Juízo Processante que redimensione a pena imposta ao paciente.

(STF. HC nº 101.909/MG, Rel. Min. Ayres Britto, 2ª T., julgado em 28/02/2012, publicado no DJe de 19/06/2012).

Em seu voto, acatando tese sustentada pela Defensoria Pública da União, o preeminente Ministro Ayres Britto sublinhou que a confissão espontânea seria indicativa de traço louvável da personalidade do agente e, por isso, fazia-se mister repu-

tá-la circunstância preponderante sobre a reincidência, com fulcro no artigo 67 do Código Penal. Isso porque, consoante a teia de argumentação lavrada no julgado, o chamado réu confesso assumiria uma postura sobremodo incomum, afastando-se do próprio instinto do autoacobertamento individual para colaborar com a elucidação dos fatos. Com efeito, a confissão espontânea indicaria lado admirável da personalidade do agente, sendo, portanto, englobada pela letra do artigo 67 do Código Penal.

Prosseguiu o notável Ministro citando Basileu Garcia (Instituições de Direito Penal, vol. I, tomo II, p. 487):

O agente que confessa, espontaneamente, perante a autoridade, a autoria do crime que praticou [...] denota, em regra, possuir sentimentos morais que o distinguem da massa comum dos criminosos. Ou quer evitar que um inocente seja imerecidamente castigado, ou se arrependeu sinceramente, ou, mesmo não arrependido, reconhece a soberania da ação da justiça – à qual se sujeita, colaborando com ela.

Antecipando-se ao E. Supremo Tribunal Federal, o C. Superior Tribunal de Justiça já havia decretado similar veredicto compensando a reincidência com a confissão, por relacionar a última à personalidade do acusado. Segue a ementa do “*leading case*”, relatado pela desembargadora JANE SILVA, convocada do TJ/MG, cujo caso fora citado no voto do Ministro Ayres Britto suprarreferido:

PENAL – *HABEAS CORPUS* – ROUBO MAJORADO – PENA-BASE FIXADA ACIMA DO PATAMAR MÍNIMO – EXAME DESFAVORÁVEL DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS REFERENTES AO AGENTE – REINCIDÊNCIA – CONFISSÃO ESPONTÂNEA – COMPENSAÇÃO – POSSIBILIDADE – CIRCUNSTÂNCIAS LEGAIS IGUALMENTE PREPONDERANTES – TENTATIVA – REDUÇÃO MÍNIMA – EXECUÇÃO DO DELITO QUE SE APROXIMOU DA CONSUMAÇÃO – ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA PARA COMPENSAR A AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA COM A ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA, EXCLUINDO O AUMENTO PELA PRIMEIRA, DETERMINANDO A REESTRUTURAÇÃO DA PENA IMPOSTA.

I. A análise em boa parte desfavorável das circunstâncias judiciais referentes ao acusado permite a fixação de sua pena-base acima do patamar mínimo.

II. A atenuante genérica da confissão espontânea e a agravante genérica da reincidência são igualmente preponderantes, nos termos do artigo 67, do Código Penal, porquanto a primeira diz respeito à personalidade (capacidade do agente assumir seus erros e suas consequências) e a segunda é assim prevista expressamente.

III. Evidenciando-se que a execução do crime se aproximou bastante de sua consumação, a redução da reprimenda pela tentativa deve ser feita no mínimo legal.

IV. Ordem parcialmente concedida para compensar a agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea, excluindo o aumento feito pela primeira, determinando a reestruturação da pena imposta.

(STJ. HC nº 94.051 - DF, Min. Rel. Jane Silva (Des. convocada do TJ/MG), 6ª t., v.u., j. 15/05/2008, publicado no DJe de 22/09/2008) (grifo original).

Em retificação de seu voto, a Ministra Relatora Jane Silva assim fundamentou sua opinião de que a confissão espontânea merece compensação com a reincidência⁶:

Retificação de voto.

Havia, anteriormente, quando da primeira sessão em que a matéria sobre a confissão espontânea foi discutida, neste *writ*, apresentado a esta 6ª Turma o meu entendimento de que ela é preponderante, assim como a reincidência o é, nos termos do disposto no artigo 67, do Código Penal, pois já vinha ressaltando a minha posição sobre essa matéria neste sentido, entretanto, resolvi acompanhar os precedentes, com já vinha fazendo, vez que outro era o posicionamento aqui esposado.

Ante tal ressalva, a Ministra Maria Thereza pediu vista dos autos e deu adesão ao meu entendimento, acompanhando-a o Ministro Nilson Naves e os demais componentes desta Turma, daí, impõe-se retificar o meu voto anterior, vez que este posicionamento agora se tornou também o desta Turma, em sua totalidade.

Faço essa retificação bastante gratificada, porquanto sempre entendi que a confissão espontânea não só facilita a apuração do fato criminoso, possibilitando a aplicação da justiça, com mais tranquilidade para os julgadores e para a sociedade, como demonstra que aquele que a fez possui uma personalidade tendente a ressocialização, pois demonstra que é capaz de assumir a prática de seus atos, ainda que tal confissão, às vezes, resulte em seu prejuízo, bem como se mostra capaz de assumir as consequências que o ato criminoso gerou, facilitando a execução da pena que lhe é imposta.

6 Registre-se que tal inteligência do artigo 67 do Código Penal não é uníssona nos Tribunais Superiores, havendo ainda certa resistência quanto à preponderância da confissão espontânea sobre a agravante da reincidência. Basicamente, os argumentos contrários insistem que (i) a letra da lei é clara ao determinar a supremacia da reincidência em face das atenuantes, com exceção daquelas que resultam dos motivos determinantes do crime ou da personalidade do agente, o que não é o caso da confissão espontânea. Para conferir, entre tantos outros: STF, RHC nº 115.994-MS, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, 2ª T., v.u., j.02/04/2013; STF, RHC nº 111.454, Rel. Min. LUIZ FUX, DJe 23.4.2012; STJ, HC nº 152.079 – DF, Rel. Min. Felix Fischer, 5ª T., julgado em 12.08.10, DJ: 20/09/2010; STJ, HC nº 81.954/PR – Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, 6ª T., DJ de 17.12.2007, p. 349; STJ, REsp nº 702.401/RS, Rel. Min. PAULO MEDINA, 6ª T., DJ de 06.02.2006, p.390; STJ, HC nº 24.447/SP – Rel. Min. PAULO GALLOTTI, 6ª T., DJ de 28.11.2005, p. 337. De igual teor, a abalizada doutrina de Grecco (2003, p.642): “Motivos determinantes são aqueles que impulsionam o agente ao cometimento do delito, tais como o motivo fútil, torpe, de relevante valor social ou moral. Personalidade do agente são dados pessoais, inseparáveis da sua pessoa, como é o caso da idade (menor de 21 na data dos fatos e maior de 70 na data da sentença)”. (ii) a confissão espontânea é ato posterior ao cometimento do crime e não tem nenhuma relação com ele, mas, tão somente, com o interesse pessoal e a conveniência do réu durante o desenvolvimento do processo penal, motivo pelo qual não se inclui no caráter subjetivo dos motivos determinantes do crime ou na personalidade do agente. Nesse sentido: STF, HC nº 102.486, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, 1ª T.; STF, HC nº 99.446, Rel. Min. ELLEN GRACIE; STF, HC nº 71.094/SP, Rel. Min. FRANCISCO REZEK, 2ª T., v.u., DJ 04/08/1995. Em verdade, parece em curso uma evolução na trajetória jurisprudencial das Cortes Superiores no sentido de validar a tese da supremacia da confissão espontânea sobre a reincidência, por relacioná-la à louvável personalidade do agente.

Tal capacidade constitui, sem dúvida alguma, uma elogiável característica do agente e, como tal, a circunstância atenuante que a privilegia diz respeito à sua personalidade, que demonstra um atributo incomum na maioria das pessoas que delinquem, logo, equivale à reincidência e àquelas que dizem respeito à motivação determinante do crime.

Posto isto, retifico meu voto para conceder parcialmente a ordem e considerar que a atenuante da confissão espontânea diz respeito à personalidade do agente e, como tal, compensá-la com a da reincidência, visto que ambas são preponderantes, excluindo, em consequência, o aumento feito por aquela agravante.

Em virtude disso, deverá proceder-se à reestruturação da pena do paciente, mantendo os mesmos percentuais de diminuição e aumento feitos, retirando tão só o aumento pela reincidência. (grifos originais)

A partir destas premissas, queremos frisar que os Tribunais Superiores vêm reconhecendo a confissão espontânea do agente como indicativo de uma face elogiável de sua personalidade, revelando a consciência do descumprimento de uma norma social, e de suas consequências, demonstrando certo apreço com a verdade e a aplicação da justiça. E mais, que esta postura de lealdade do acusado deverá ser usufruída extraindo-se a máxima eficácia no sentido de diminuir sua reprimenda, seja mediante a aplicação da atenuante genérica da confissão, seja mediante a supremacia da confissão espontânea em face de eventual reincidência, haja vista sua relação umbilical com a personalidade.

Sustentamos 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 pena⁷.

O indivíduo que mente à autoridade só pretende beneficiar-se com a própria torpeza, conduz ao indesejável erro judiciário, prejudica o direito das vítimas e mina a justiça. Este cenário ratifica a deformação dos valores carregados pelo acusado pinoquista, repercutindo em necessidade ainda maior de reconstituição da tábua de valores socialmente almejada em relação ao acusado enganador.

Ora, se é justo que a postura de lealdade do imputado deve surtir efeito no sentido de diminuir sua reprimenda, porque atrelada a condições favoráveis de sua personalidade, segue-se clarividente que há mesma justiça em extrair efeito no senti-

7 Roxin, citado por Dias Neto (1997, p. 187), expressa que a mentira como face da personalidade do acusado, elemento relevante para a fixação da pena individualizada, também é realidade na jurisprudência alemã: “A mentira é um direito do acusado (*Rechtauf auf Lüge*) desde que a sua prática não resulte em crimes. Roxin, em sintonia com a posição majoritária da doutrina, entende que a mentira não pode ser avaliada indício de autoria e culpa, tampouco como critério para aumento de pena. Num mesmo sentido, considera inadmissível a advertência judicial à verdade, enquanto que o incentivo à mentira pelo advogado deve ser permitido. A jurisprudência tem, entretanto, assumido posição diversa, no que se refere à pena, ao interpretar a mentira como indícios da personalidade do acusado”.

do de agravar a reprimenda do réu que ostenta péssima personalidade caracterizada pela insolência de mentir perante as autoridades que colheram sua versão dos fatos, especialmente quando a este acusado lhe foi garantido o direito ao silêncio. Aliás, onde o silêncio for útil, não se justifica a mentira.

O mesmo Estado que garante ao processado o direito ao silêncio, a possibilidade de não se autoincriminar, que pode criar recompensas para este falar, como é o caso da atenuante da confissão e do acordo da delação premiada, também deve poder intensificar a reprimenda daquele que ousa falar com o exclusivo propósito de enganar e promover injustiça. O embuste, tanto quanto a lealdade, é vetor a moldar a pena justa, pois ambos dizem respeito à personalidade refletida do agente.

Além dos tribunais superiores, colhemos julgado expressando perfeitamente as mesmas conclusões deste trabalho, da pena do meritíssimo juiz Bittencourt Cano, que verteu preciosa sentença que condenou Mizaél Bispo de Souza no ru-moroso caso do homicídio de Mércia Nakashima, lavrada nos autos do Processo nº 224.01.2010.035865, Rec. Ap. nº 3023333-83.2013.8.26.0224, TJSP, Comarca de Guarulhos:

Com relação à personalidade “devem ser lembradas as qualidades morais do apenado, a sua boa ou má índole, o sentido moral do criminoso, bem como sua agressividade e o antagonismo em relação à ordem social e seu temperamento” (HC 91.176/SP – Relator: Ministro Eros Grau, j. 16/10/2007)...

Infelizmente, não existe o crime de perjúrio no ordenamento jurídico pátrio. Por outro lado, não há dúvida sobre o direito ao silêncio, podendo o réu durante o seu interrogatório nada responder sobre uma ou todas as questões que lhe forem dirigidas, sem que isso possa lhe acarretar qualquer prejuízo. Todavia, uma coisa é permanecer em silêncio, ato nitidamente omissivo, outra bem diferente é mentir, conduta altamente ativa, antiética e contrária aos valores mais comecinhos da sociedade, não nos parecendo, assim, que exista uma garantia ao suposto direito invocado. Na verdade, não estamos diante de um direito de mentir, mas simplesmente da não punição criminal da mentira, salvo se a sua postura redundar na inculpação de terceiros, no desvio da investigação para a busca de fatos inexistentes, ou mesmo se consubstanciar na assunção de ilícitos executados por outras pessoas (com o objetivo de inocentar o real criminoso, dando-lhe proteção em troca de uma promessa de recompensa ou qualquer outra espécie de benefício escuso). Com o devido respeito, não se pode tolerar o perjúrio como se fosse uma garantia constitucional, até pelo fato de o réu não precisar mentir para exercer o seu direito ao silêncio. A verdade é sempre um valor a ser defendido pelo Estado, o qual jamais poderá permitir e estimular a mendacidade.

Eclarecendo, caso silencie, nada lhe acarretará; logo, não precisa mentir. Ao mentir, o acusado o faz de modo intencional, notadamente para enganar o julgador, na espécie, os jurados, e beneficiar-se da própria torpeza, perfídia ou malícia, em detrimento de bens jurídicos relevantes para a Magna Carta e o processo penal. Se o réu não está obrigado a falar, está cristalino que não precisa mentir.

Como ensina Andrey Borges de Mendonça (Prisão e outras Medidas Cautelares Pessoais, 2011, Método, p. 194): “Parece-nos, assim, que se o juiz constatar que o réu mentiu, poderá considerar tal circunstância no momento da pena. Não é que se esteja estimulando a confessar – até porque para isto já há uma circunstância atenuante genérica –, mas apenas negando que ao juiz e ao Poder Judiciário possa se admitir que o réu venha em juízo e, perante um agente do Estado, possa mentir livremente, como se isto fosse algo normal e aceitável, como se entende atualmente”. Ora, como a mentira tem por escopo iludir os jurados, ludibriar o “*ex adverso*”, enganar a coletividade e provocar um erro judiciário, tal circunstância negativa sobre a personalidade do acusado será sopesada pelo juiz-presidente na fixação da pena, nos termos do art. 59 do CP. A mentira jamais poderá ser interpretada como direito ínsito, mas como subterfúgio repudiável ao exercício da atividade investigativa e judicante. Parafraseando Pedro Reis (Dever de verdade – Direito de mentir. História do pensamento jurídico. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Lisboa. Coimbra Editora. p. 457 e 462, respectivamente), “é de ter-se sempre em conta que onde o silêncio for útil, não se justifica a mentira”, pelo que “do direito de calar não decorre um direito de falsear uma declaração”. Para Antônio Pedro Barbas Homem (O que é direito?, Lisboa. Principia Editora, Reimpressão, 2007, p. 66), a “verdade brilha e guia a nossa liberdade e a nossa vontade”, ao passo que a mentira, ao contrário, “conduz à escuridão e ao vazio”. Não se exige o heroísmo do acusado de dizer a verdade autoincriminadora, ou seja, o comportamento de dizer a verdade não é imposto, mas isso não quer dizer que exista o direito de mentir. De acordo com Theodomiro Dias Neto (O direito ao silêncio: tratamento nos direitos alemão e norte-americano. Revista Brasileira de Ciências Criminais, nº 19, São Paulo: RT, 1997, p. 187” (“Apud” Thiago Bottino. O direito ao silêncio na jurisprudência do STF. São Paulo: Campus Jurídico, 2008, p. 73), a jurisprudência alemã tem, contra-riamente da doutrina, “assumido posição diversa, no que se refere à pena, ao interpretar a mentira como indício da personalidade do acusado”. Diga-se, por fim, que ao lado dos direitos fundamentais existe uma segunda dimensão, representada pelos deveres fundamentais, isto é, o dever do homem de respeitar determinados valores relevantes para a vida em comunidade, de tal modo que os direitos devem ser os canais institucionais que permitam a realização dos deveres (+ 2 anos).

CONCLUSÃO

A mentira não serve como critério de organização de qualquer sociedade; ao contrário, a verdade é a única capaz de fomentar o ambiente propício para a consagração da dignidade da pessoa humana e dos princípios fundamentais da República brasileira.

A carência de freios à mentira acaba por estimulá-la, pois é praticamente instintivo do acusado subverter a verdade a fim de afastar ou pelo menos minimizar sua responsabilidade criminal.

O ordenamento jurídico nacional está prenhe de mecanismos que se propõem a expurgar o falso, o engodo, a má-fé, a mentira.

Não é pelo simples fato do Direito Penal nacional não tipificar o perjúrio que o nosso ordenamento abona a perfídia.

É falsa a alegação que a mendacidade integra o direito ao silêncio e o princípio da não autoincriminação.

Há uma construção centenária da ciência processual que sempre visou a coibição dos abusos, a repulsa da fraude, a mitigação do erro judiciário, demonstrando claramente que o veredicto legitima-se na verdade, verdade esta filtrada no devido processo legal, não havendo o mínimo espaço para o reconhecimento do direito de mentir no *fair trial*.

Deduzir o direito de mentir da garantia do silêncio não se coaduna com os princípios basilares da hermenêutica, não havendo que se falar em interpretação extensiva, mas sim de interpretação escorchante de uma garantia histórica e fundamental que nunca pretendeu resguardar nada parecido com o engodo.

O artigo 186, parágrafo único, do Código de Processo Penal, prescreve ser impossível extrair conclusões desfavoráveis do silêncio do interrogado, e não de suas mentiras e fraudes. Eis um silêncio eloquente do legislador que refletiu acuradamente os limites da garantia constitucional ao silêncio.

O cidadão que possui presunção de inocência, a garantia de manter-se em silêncio e o direito subjetivo de não se autoincriminar não tem razão para fazer jus à mentira.

Pena justa deve necessariamente passar pelo crivo do princípio da individualização.

Pode existir um escalonamento da gravidade da mentira em função do grau de intenção e intensidade do prejuízo.

A personalidade do agente é, sim, parâmetro para a escoreita fixação da pena-base.

Se assumimos, como os tribunais superiores o fizeram, que a confissão dos fatos denota aspecto louvável da personalidade do agente, pois atua com boa-fé e consciência social, também o inverso deve ser admitido: a mentira do agente sinaliza aspecto censurável de sua personalidade, pois atua com má-fé e franca ausência de consciência social.

Assim como o processo penal inquisitorial via com certo desprezo e hilariade os ordálios dos antigos, e os processualistas contemporâneos sentem asco da tortura natural ao sistema inquisitorial, chegará o tempo em que o processo penal verá com espanto o pretenso direito de mentir do réu.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, E. I. D. *O Direito Constitucional ao silêncio e o "Direito" a mentir em âmbito processual*. Porto Alegre: Escola Superior da Magistratura Federal do Rio Grande

do Sul – ESMAFE, 2007, 60 f. Especialização em Direito Público. Disponível em <http://www.esmafe.org.br/web/trabalhos/erica_isabel_dellatorre_andrade.pdf>. Acesso em 09/10/2013.

BETTIOL, G. *Direito Penal*. Campinas: Red Livros, 2000.

CHAMPLIN, R. N. *Enciclopédia de Bíblia, Teologia e Filosofia*. São Paulo: Hagnos, 2011, vol.4.

CHAUÍ, M. *Convite à Filosofia*. 13. ed. São Paulo: Editora Afiliada, 2008.

DIAS NETO, T. *O direito ao silêncio: tratamento nos direitos alemão e norte-americano*. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo, v.5, n.19, p.179-204, jul/set 1997.

FRANCO, A. S. (Org.). *Código penal e sua interpretação: doutrina e jurisprudência*. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

GRECO, R. *Curso de direito penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2003.

MARQUES, J. F. *Elementos de direito processual penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1965, vol.1.

MASSON, C. *Direito Penal. Parte Geral*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2012, vol.1.

MOSSIN, H. A. *Curso de Processo Penal*. São Paulo: Atlas, 1996, vol.1.

MORAES, A. *Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

PRADO, L. R. *O injusto penal e a culpabilidade como magnitudes graduáveis*. Revista Brasileira de Ciências Criminais. nº 27. São Paulo, 1999, p.130.

REALE, G.; DARIO, A. *História da Filosofia: Antiguidade e Idade Média*. Vol. 01, São Paulo: Paulus, 1990.

SANTOS, M. R. P. M. C. *Princípio nemo tenetur se detegere e os limites a um suposto direito de mentir*. Disponível em <<http://www.mpce.mp.br/esmp/publicacoes/ed12010/artigos/3Prncipiopiopionemotenetur.pdf>>. Acesso em 09/10/2013.

TRINDADE, J. *Manual de Psicologia Jurídica para operadores do Direito*. 5 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

Recebimento em 27/11/2013

Aprovação em 16/06/2014