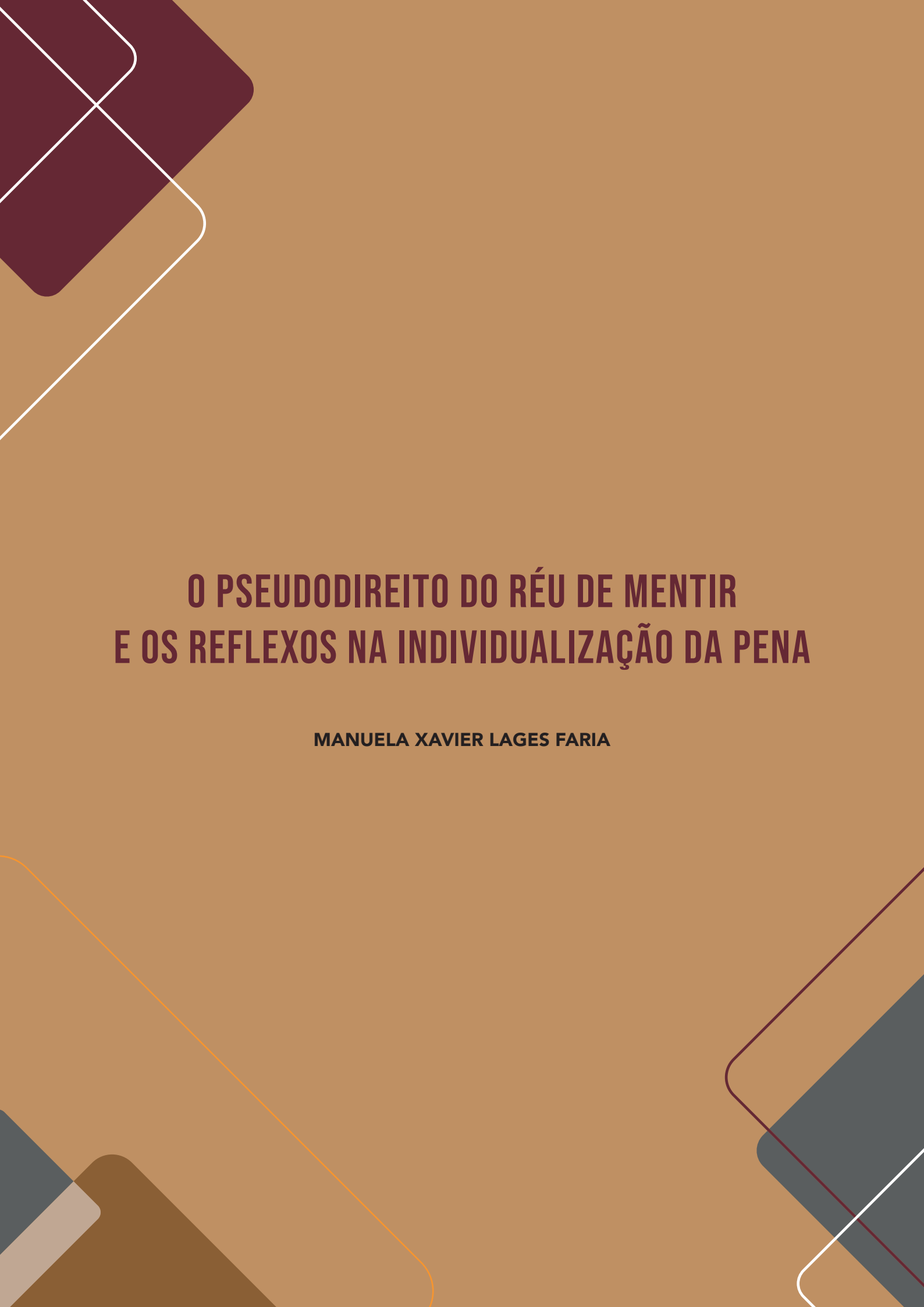




O PSEUDODIREITO DO RÉU DE MENTIR E OS REFLEXOS NA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA

MANUELA XAVIER LAGES FARIA

O PSEUDODIREITO DO RÉU DE MENTIR E OS REFLEXOS NA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA

MANUELA XAVIER LAGES FARIA

RESUMO: O presente estudo se propõe a compreender se há amparo jurídico para a mentira do acusado no processo penal brasileiro, bem como analisar os possíveis reflexos de tais declarações na individualização da pena. Para tanto, serão estudadas inicialmente as concepções jurídicas da verdade e as referências legais ao termo no âmbito processual penal. Em seguida, buscar-se-á a compreensão da verdade dentro do prisma do garantismo integral, enquanto instrumento de proteção ao acusado, vítima e sociedade. No curso do trabalho, serão analisados referenciais da literatura jurídica para demonstrar a falta de amparo legal para o chamado “direito de mentir”, demonstrando-se que a afirmação de tal pseudodireito decorre da equivocada concepção da garantia constitucional da não autoincriminação. Por fim, o estudo se debruçará sob os reflexos da mentira na dosimetria da pena, no âmbito da circunstância judicial da personalidade, revisitando decisões judiciais sobre o tema.

Palavras-chave: Processo penal; Mentira; Autodefesa; Dosimetria; Personalidade.

ABSTRACT: The present study aims to comprehend whether there is legal support for the defendant’s lie in the Brazilian criminal process, as well as to analyze the possible ramifications of such statements on the individualization of punishment. To this end, the legal conceptions of truth and the legal references to the term within the scope of criminal procedural law will be initially examined. Subsequently, an understanding of truth within the prism of comprehensive legal protection, as an instrument for safeguarding the defendant, victim, and society, will be sought. Throughout the course of the work, references from legal literature will be analyzed to demonstrate the lack of legal support for the so-called “right to lie,” showing that the assertion of such pseudo- right stems from a mistaken conception of the constitutional guarantee against self- incrimination. Finally, the study will delve into the repercussions of lying on the sentencing, in the context of the judicial circumstance of personality, revisiting judicial decisions on the subject.

Keywords: Criminal Procedure; Falsehood; Self-defense; penalty dosimetry; personality.

SUMÁRIO

1 - INTRODUÇÃO	266
2 - RELEVÂNCIA DA DICOTOMIA VERDADE E MENTIRA NO PROCESSO PENAL	266
3 - A VERDADE ENQUANTO INSTRUMENTO DE ROTEÇÃO	268
AO ACUSADO, VÍTIMA E SOCIEDADE	
4 - O PSEUDODIREITO DE MENTIR DO ACUSADO COMO DECORRÊNCIA.....	269
DA GARANTIA DA NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO	
5 - A MENTIRA E A CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DA PERSONALIDADE	271
6 - ANÁLISE JURISPRUDENCIAL	275
7 - CONCLUSÃO	276
REFERÊNCIAS	277

1 - INTRODUÇÃO

Os aplicadores do direito se depararam, correntemente, com narrativas mentirosas, e muitas vezes teratológicas, utilizadas pelos réus enquanto instrumento de autodefesa no interrogatório judicial.

Não obstante tal postura afrontar a lealdade e ética processuais, a mentira raramente se traduz em consequências jurídicas, sendo majoritário o entendimento na literatura jurídica de que é assegurado ao réu o direito de mentir.

Tal entendimento é assentado na amplitude de defesa, sustentando-se que o direito à mentira, apesar de não expressamente previsto em lei, seria um desdobramento da garantia da não autoincriminação e do direito ao silêncio.

O presente estudo busca desconstruir esta conclusão e demonstrar que o direito ao silêncio não autoriza a mentira. O acusado tem o direito de silenciar-se em seu interrogatório e daí não advirá consequência alguma. Por outro lado, se mostra indevido o alargamento de tal garantia para autORIZAR o réu a falsear a verdade ou mutilá-la.

A leniência com a deslealdade processual acaba por incentivar comportamentos que prejudicam a verdade e a própria legitimidade do Judiciário. Afinal, se a mentira não acarreta qualquer prejuízo, podendo, inclusive, livrar o réu de uma condenação justa, por que confessar um crime ou mesmo ficar em silêncio?

A toda evidência, a carência de freios à mentira estimula a nefasta prática, incentivando o acusado a subverter a verdade a fim de afastar ou pelo menos minimizar sua responsabilidade criminal.

Assim, o presente estudo se mostra importante para analisar e compreender os limites à garantia da não autoincriminação, bem como as consequências jurídicas de eventual subversão da verdade.

2 - RELEVÂNCIA DA DICOTOMIA VERDADE E MENTIRA NO PROCESSO PENAL

A dualidade entre verdade e mentira é tema que desafia diversas áreas do pensamento.

A toda evidência, a prospecção da verdade é objeto de enfrentamento por diversas áreas do conhecimento, recebendo enfoque filosófico, teológico, ético e moral.

O principal foco da reflexão filosófica sobre a mentira é que ela é sempre condenável do ponto de vista ético. A propósito, Santo Agostinho e Kant comungam do pensamento de que a mentira, independente de qual seja, é inadmissível porque torna o homem indigno (MOBBS, s.d.).

O processo penal também enfrenta a problemática da verdade, ao passo que se trata de instrumento através do qual se busca a reconstrução de um fato pretérito. Ao se propor a reconstruir um fato típico ocorrido no passado, busca-se, através das provas produzidas no processo, um conhecimento seguro sobre tal evento pretérito.

Os processualistas penais tradicionalmente dividem-se quanto às concepções de verdade, havendo, de um lado, aqueles que afirmam a existência de uma verdade formal e, de outro, aqueles que defendem a existência de uma verdade real.

A verdade real, também denominada material, reivindica a correspondência com o mundo dos fatos. É a verdade substantiva, a reconstrução dos fatos exatamente como se deram.

Fernando Capez (2012, p. 400) ensina que o princípio da verdade real é um dos princípios informadores do processo penal, tendo o juiz o dever de investigar os fatos buscando reconstruir a dinâmica pretérita tal como ocorreu.

Por outro lado, uma segunda corrente relativiza essa busca, partindo-se do pressuposto de que a verdade não pode ser integralmente atingida pelo magistrado.

Expoente desse pensamento, Aury Lopes Junior (2020, p. 389) defende que tal verdade material seria um mito. Isso porque, o processo esbarra na falibilidade do conhecimento humano na reconstituição dos fatos, que inviabilizaria o alcance da verdade real. Segundo o autor, o juiz formará seu convencimento construindo a “sua” história do delito com base nos significados da norma e elegendo as versões entre os elementos fáticos demonstrados. Dessa forma, a reconstrução dos fatos pelo processo pode ou não coincidir com a verdade, que é contingencial, e não estruturante.

O citado autor traz críticas ao chamado mito da verdade real e às consequências da busca por este ideal, que legitimariam um processo inquisitivo:

O mito da verdade real está intimamente relacionado com a estrutura do sistema inquisitório; com o “interesse público” (cláusula geral que serviu de argumento para as maiores atrocidades); com sistemas políticos autoritários; com a busca de uma “verdade” a qualquer custo (chegando a legitimar a tortura em determinados momentos históricos); e com a figura do juiz-ator (inquisidor). O maior inconveniente da verdade real foi ter criado uma “cultura inquisitiva” que acabou se disseminando por todos os órgãos estatais responsáveis pela persecução penal. A partir dela, as práticas probatórias mais diversas estão autorizadas pela nobreza de seus propósitos: a verdade. Noutra dimensão, devemos sublinhar – na esteira de FERRAJOLI 362 – que a verdade substancial, ao ser perseguida fora das regras e controles e, sobretudo, de uma exata predeterminação empírica das hipóteses de indagação, degenera o juízo de valor, amplamente arbitrário de fato, assim como o cognoscitivismo ético sobre o qual se embasa o substancialismo penal, e resulta inevitavelmente solidário com uma concepção autoritária e irracionalista do processo penal. Dessarte, há que se “des-cobrir” a origem e a finalidade do mito da verdade real: nasce na inquisição e, a partir daí, é usada para justificar os atos abusivos do Estado, na mesma lógica de que “os fins justificam os meios”. Assim, no processo penal, só se legitimaria a verdade formal ou processual. Trata-se de uma verdade perseguida pelo modelo formalista como fundamento de uma condenação e que só pode ser alcançada mediante o respeito das regras precisas e relativas aos fatos e circunstâncias considerados como penalmente relevantes. Como explica FERRAJOLI 363, a verdade processual não pretende ser a verdade. Não é obtida mediante indagações inquisitivas alheias ao objeto processual, mas sim condicionada em si mesma pelo respeito aos procedimentos e garantias da defesa. A verdade formal é mais controlada quanto ao método de aquisição e mais reduzida quanto ao conteúdo informativo que qualquer hipotética verdade substancial. (LOPES JR., 2020, p. 389).

No mesmo sentido, Tourinho Filho (2005, p. 226) assevera que atualmente é preferível o termo “verdade processual” em substituição a “verdade real”, sendo relevante afirmar que sua busca não é um valor absoluto, pois ela está limitada por valores éticos e jurídicos do Estado de Direito, que formam uma espécie de barreira intransponível que prejudica a fiel e integral reconstrução dos fatos.

Desta forma, a verdade formal surge em contraposição à verdade material, como aquela que emerge dos autos, consoante as provas e argumentos trazidos pelas partes, e encontra a sua melhor expressão no brocado latino “*quod non est in actis non est in mundo*” (“o que não está nos autos não está no mundo”).

Qualquer que seja a corrente de pensamento, é certo que a busca pela verdade é a tônica do processo penal, havendo uma relação indissociável entre a verdade e o ideal de justiça.

Para além de paradigma norteador da consecução de justiça, a ideia da verdade é expressamente prevista em diversos dispositivos legais pátrios.

Com efeito, a primeira pergunta do interrogatório é, justamente, se a acusação é *verdadeira* (CPP, art. 187, § 2º, inc. I).

O art. 77 do CPC, aplicável ao processo penal nos termos do art. 3º do CPP, aduz que são deveres das partes “expor os fatos em juízo conforme a *verdade*”. Também há referência à verdade no art. 184 do CPP, que prevê a possibilidade de negar perícia requerida pelas partes, “quando não for necessária ao esclarecimento da *verdade*”. O art. 203 do CPP, por sua vez, prevê o compromisso assumido pela testemunha de *dizer a verdade*. O art. 217 do CPP também contempla o tema, havendo previsão de que “se o juiz verificar que a presença do réu poderá causar humilhação, temor, ou sério constrangimento à testemunha ou ao ofendido, de modo que prejudique a *verdade do depoimento*, fará a inquirição por videoconferência e, somente na impossibilidade dessa forma, determinará a retirada do réu, prosseguindo na inquirição, com a presença do seu defensor.” No mesmo sentido, cabe ao Juiz Presidente do Tribunal do Juri, nos termos do art. 497, XI do CPP, “determinar, de ofício ou a requerimento das partes ou de qualquer jurado, as diligências destinadas a sanar nulidade ou a suprir falta que prejudique o esclarecimento da verdade”.

Outra expressão da relevância jurídica da verdade no direito penal está no reconhecimento da minoração da pena pela confissão, atribuindo-se relevância jurídica à expressão da verdade na dosimetria da pena, conforme previsto no art. 65, II, d, do Código Penal.

Há diversos outros dispositivos legais que atribuem efeito normativo à verdade, dentre os quais cita-se, a título ilustrativo, o art. 8º, parágrafo úni-

co, da Lei 8.072/1990 e 41 da Lei n. 11.343/2006, que preveem a delação e a colaboração premiada, instrumentos de política criminal que incentivam a verdade premiando o colaborador/delator com a redução da pena.

Não há dúvidas, assim, de que a verdade é objeto de tutela pelo ordenamento jurídico, sendo tanto um valor indissociável à busca pela justiça, como referencial expressamente contemplado em diversos dispositivos processuais penais da legislação brasileira.

3 - A VERDADE ENQUANTO INSTRUMENTO DE PROTEÇÃO AO ACUSADO, VÍTIMA E SOCIEDADE

Tradicionalmente, os estudiosos que se debruçam na análise do tema verdade e mentira no processo penal, o fazem sob a perspectiva do acusado. Há o enfoque, em regra, sob as garantias individuais de não autoincriminação e sob os limites do Estado na produção probatória nesta busca pela verdade.

Não obstante, o interesse na perquirição da verdade não se presta apenas à proteção do réu, mas também à tutela de toda a sociedade e em especial das vítimas diretas do crime, que têm direito a uma tutela judicial justa.

O processo penal é essencialmente dual e tanto os réus como as vítimas são sujeitos de direitos. A toda evidência, a mendacidade do réu ofende direitos de terceiros e prejudica a administração da justiça. Assim, se mostra importante a compreensão do tema também sob o prisma da vítima e da coletividade.

Com efeito, sendo a verdade indissociável do conceito de justiça, o conhecimento da verdade pela vítima permite o resgate do *status quo* violado e se mostra essencial à reparação do crime.

De igual sorte, através da mentira, o acusado prejudica a administração da justiça e a busca pela verdade processual, abalando a credibilidade do Poder Judiciário, razão pela qual não se pode olvidar de considerar os impactos de tal postura sob o prisma da coletividade.

Oportuno, neste ponto, transcrever os ensinamentos de Vladimir Aras:

Saber a verdade pode ser um bálsamo para as vítimas de crimes em geral, especialmente daqueles praticados mediante violência. A verdade é sempre um lenitivo, e sua tutela pelo Estado, em prol da sociedade e dos cidadãos atingidos pelo delito, nada tem de totalitária. (...) A administração da justiça não pode ficar à mercê dos jogos verbais e da inventividade do acusado, sob pena de ver-se desmoralizada, desprestigiada e ridicularizada. Mais grave do que a exposição do Judiciário ao ridículo pela aceitação de uma versão fantasiosa são as consequências de uma decisão fundada em mentiras, engodos e falsidades. Perde a sociedade a confiança no sistema judicial e perdem as vítimas o direito à reparação pelo crime, o direito à verdade, o direito à justiça. (2015, p. 249)

Inegável, assim, que a busca da verdade não interessa só ao acusado, mas também à vítima e à toda a sociedade.

O entendimento ora defendido encontra amparo no âmbito da chamada teoria do garantismo penal integral, que tem como expoente Douglas Fisher e que critica o desvirtuamento na aplicação da teoria garantista penal, desenvolvida por Ferrajoli na obra *Diritto i Ragione*. A propósito:

Precisamos ser sinceros e incisivos (sem qualquer demérito a quem pensa em contrário): têm-se encontrado muitas e reiteradas manifestações doutrinárias e jurisprudenciais com simples referência aos ditames do “garantismo penal”, sem que se compreenda, na essência, qual a extensão e os critérios de sua aplicação. Em muitas situações, ainda, há distorção dos reais pilares fundantes da doutrina de Luigi Ferrajoli (quicá pela compreensão não integral dos seus postulados). Daí que falamos que se tem difundido um garantismo penal unicamente monocular e hiperbólico, evidenciando-se de forma isolada a necessidade de proteção apenas dos direitos dos cidadãos que se vêem processados ou condenados. Relembremos: da leitura que fizemos, a grande razão histórica para o surgimento do pensamento garantista (que aplaudimos e concordamos, insista-se) decorreu de se estar diante de um Estado em que os direitos fundamentais não eram minimamente respeitados, especialmente diante do fato do sistema totalitário vigente na época. (FISCHER, 2009).

Nesse viés, conclui o autor que o processo penal não se esgota numa visão de coibir excessos estatais e, além de tutelar direitos individuais dos acusados, deve também proteger todos os valores que a Constituição elege.

Com efeito, a defesa aos direitos fundamentais não contempla apenas uma proibição de excesso, mas também uma vedação a uma proteção insuficiente pelo Poder Público.

Mostra-se necessário assegurar a correta aplicação da proteção de todos os bens jurídicos, garantindo, por um lado, os direitos individuais do acusado, não se permitindo violações arbitrárias ou desproporcionais e, por outro, a tutela de outros bens jurídicos importantes para a sociedade, na qual se inserem as vítimas diretas e indiretas do crime.

Busca-se reanimar o papel da vítima no processo penal, conferindo-lhe a possibilidade de ocupar verdadeiramente um papel de sujeito de direitos no processo penal, já que na aplicação e interpretação dos direitos fundamentais não se pode esquecer da garantia de eficiência e segurança do cidadão.

O resgate da vítima no processo deve partir necessariamente do princípio da dignidade da pessoa humana que, inicialmente invocado em favor do acusado, também precisa servir de vetor para o aperfeiçoamento de uma maior proteção da vítima, visando a uma maior humanização do processo penal.

Assim, se por um lado a mentira para condenar é abjeta, igualmente reprovável é o emprego do artifício da mentira visando a absolvição, por contrariar a consecução da Justiça, os interesses da vítima e o direito difuso da sociedade a uma prestação jurisdicional justa.

Dessa forma, ao debruçarmos o tema, é importante não se esquecer dos seus impactos sob a vítima e a sociedade, já que, conforme demonstrado, a busca da verdade não interessa só ao acusado.

4 - O PSEUDODIREITO DE MENTIR DO ACUSADO COMO DECORRÊNCIA DA GARANTIA DA NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO

São vários os estudiosos que afirmam, categoricamente, que o réu tem direito de mentir em seu interrogatório judicial.

A literatura jurídica tradicionalmente sustentou haver amparo legal para a mentira do réu, enquanto desdobramento da garantia da não autoincriminação e do direito ao silêncio, previstos no art. 5º, LXII da CF e art. 198 do CPP. A propósito, é o que leciona Nucci (2014, p. 450):

Sustentamos ter o réu o direito de mentir em seu interrogatório de mérito. Em primeiro lugar, porque ninguém é obrigado a se autoacusar. Se assim é, para evitar a admissão de culpa, há de afirmar o réu algo que saber ser contrário à verdade. Em segundo lugar, o direito constitucional à ampla defesa não poderia excluir a possibilidade de narrar inverdades, no intuito cristalino de fugir à incriminação. Aliás, o que não é vedado pelo ordenamento jurídico é permitido. E se é permitido, torna-se direito [...]. No campo processual penal, quando o réu, para se defender, narra mentiras ao magistrado, sem incriminar ninguém, constitui seu direito de refutar a imputação. O contrário da mentira é a verdade. Por óbvio, o acusado está protegido pelo princípio de que não é obrigado a se autoincriminar, razão pela qual pode declarar o que bem entender ao juiz. É, pois, um direito.

Esse mesmo entendimento é perfilhado por Magalhães Noronha (1995, p. 108):

“o acusado pode mentir e negar a verdade, pois não é obrigado a depor contra si. Mesmo mentindo, o juiz criminal, conhecedor do processo e com a experiência que tem, poderá encontrar em suas negativas e atitudes, elementos de convicção. Aliás, negando a imputação, será ele convidado a indicar as provas da verdade de suas declarações”.

Assim, essa corrente doutrinária sustenta que apesar de inexistir previsão legal expressa autorizando o réu a mentir, haveria amparo para tanto, ainda que implicitamente, já que o acusado não é obrigado a autoincriminar-se.

Nesta esteira, há diversos julgados dos tribunais superiores pátrios sustentando a existência do direito de mentir pelo acusado, o qual estaria albergado pela garantia da não autoincriminação e pelo direito ao silêncio.

A propósito, o ministro Ilmar Galvão, no julgamento do HC 68.742/DF, afirma que o Direito autoriza ao acusado negar, ainda que falsamente, a prática da infração penal:

o privilégio contra a autoincriminação traduz direito público subjetivo, de estatura constitucional, deferido e expressamente assegurado, em favor de qualquer indiciado ou imputado, pelo art. 5º, inciso LXIII, da nossa Carta Política.

Com o seu expreso reconhecimento, constitucionalizou-se uma das mais expressivas consequências derivadas da cláusula do ‘due process of law’. Qualquer indivíduo que figure como objeto de procedimentos investigatórios policiais ou que ostente, em juízo penal, a condição jurídica de imputado, tem, dentre as

várias prerrogativas que lhe são constitucionalmente asseguradas, o direito de 'permanecer calado'.

Esse direito – que se reveste de valor absoluto – é plenamente oponível ao Estado e aos seus agentes. Atua como poderoso fator de limitação das próprias atividades penais-persecutórias desenvolvidas pelo Poder Público (Polícia Judiciária, Ministério Público, Juízes e Tribunais).

A cláusula constitucional referida consagrou, nesse contexto, o velho postulado – já colhido pela Quinta Emenda do Bill Of Rights norte-americano (1791) – segundo o qual 'Nemo tenetur se detegere'.

Ninguém pode ser constrangido a confessar a prática de um ilícito penal. 'The right to remain silent' – consoante proclamou a Suprema Corte dos Estados Unidos da América em MIRANDA V. ARIZONA (384 U. S. 436) – insere-se no alcance concreto da cláusula constitucional do devido processo legal. E nesse direito ao silêncio inclui-se, até mesmo por implicitude, a prerrogativa processual de negar, ainda que falsamente, perante a autoridade policial ou judiciária, a prática do ilícito penal. Sendo assim, tal circunstância não pode ser considerada por qualquer Juízo ou Tribunal até mesmo por esta Suprema Corte – no processo de fixação de pena. (BRASIL, 1993).

Entendemos haver um equívoco no posicionamento em questão, confundindo-se o direito de não dizer a verdade, que equivale ao silêncio, com o direito de mentir. Ademais, trata-se de raciocínio simplista, que retira qualquer limite à autodefesa, entendida como sendo irrestrita e absoluta.

Para compreender as inconsistências de tal corrente de pensamento, é importante nos debruçarmos sobre o estudo do instituto da garantia da não autoincriminação, *nemo tenetur se detegere*, para compreender o paradigma de sua concepção.

O *nemo tenetur se detegere*, que pode ser traduzido como "ninguém é obrigado a se descobrir", é um aforismo nascido no pós-iluminismo, emblemático de uma era de transformação na teoria do processo, já no século XIX. O réu, anteriormente tratado como objeto do processo, conquista a posição de parte, sujeito, então, de direitos subjetivos.

Tido anteriormente como meio de prova, o réu se via obrigado a cooperar com a investigação e sua própria condenação, autorizando-se até mesmo a tortura como meio de se obter a confissão.

Dentro desse contexto de necessidade de proteção do indivíduo contra os excessos e abu-

sos do Estado, o princípio da não autoincriminação foi inserido como direito fundamental com escopo de obstar a prática de violências físicas e morais empregadas para compelir o indivíduo a cooperar com a investigação e com o processo.

Assim, a garantia do *nemo tenetur se detegere*, teleologicamente, objetiva proteger o acusado contra eventuais excessos cometidos pelo Estado na persecução penal, garantindo ao réu abster-se de produzir prova contra si mesmo, notadamente através do silêncio.

O direito ao silêncio, portanto, é uma das manifestações mais importantes do aludido princípio do *nemo tenetur se detegere*, na medida em que representa um limite ao órgão julgador. Veda-se que o Estado se valha do silêncio ou da negativa de respostas como critério de convencimento e, por outro lado, garante ao réu a possibilidade de adoção de uma postura negativa, de se abster da produção de prova contra a si mesmo.

Trata-se, a toda evidência, sob a perspectiva do acusado, de uma garantia de natureza passiva, de abstenção, de caráter essencialmente negativo, no sentido de não participar da produção de prova que possa incriminá-lo.

Entendido o paradigma da criação da garantia constitucional em questão, é possível compreender que o direito ao silêncio não abarca o direito à mentira. A toda evidência, a mentira se traduz em postura ativa e em nada se encaixa nas razões históricas de ser do direito fundamental da não autoincriminação.

É preciso distinguir o direito de não dizer a verdade, que equivale ao silêncio e tem natureza passiva, do direito de mentir, que representa conduta ativa.

Existe o direito constitucional de silenciar-se, de não colaborar com a justiça, de caráter essencialmente negativo, conforme demonstrado, que se coaduna com a teleologia da garantia constitucional em análise. Mas daí não se extrai o direito de mentir, que se trata uma ação e que, antagonicamente ao silêncio, pressupõe caráter ativo.

O réu pode simplesmente silenciar-se, exercendo o seu direito constitucional de nada aduzir sobre o mérito da pretensão acusatória. Se, entretanto, por outro lado, decide abdicar de tal proteção constitucional e adota postura ativa, optando

a dar a sua versão dos fatos, não há como buscar apoio na garantia da não autoincriminação.

Se é verdade que o silêncio não pode ser considerado, pois dele nada se pode extrair – por determinação constitucional, inclusive – a eloquência e o deliberado desvirtuamento dos fatos, quando ardilosamente utilizados, não só podem como devem ser considerados.

A toda evidência, os pensadores que afirmam que o direito de mentir decorre do direito ao silêncio, desvirtuam a garantia à não autoincriminação, essencialmente de índole passiva, elastecendo o seu conceito para a ela atribuir caráter ativo e autorizar, para além do silêncio, que o acusado falseie a verdade.

O ordenamento jurídico não obriga o réu a dizer a verdade, garantindo-lhe para isso, o silêncio. Não, há, por outro lado, autorização para que minta. Neste aspecto, elucidador é o ensinamento de Valdimir Aras sobre o tema (2015, p. 264). Ao debruçar-se sobre o julgamento do REsp 54.781 pelo STJ, o jurista demonstra o equívoco decorrente da falsa premissa de que a mentira decorre da garantia de não autoincriminação:

O STJ foi mais além e expressou o direito à mentira: "Cumpra evitar a surpresa. O réu poderá, sem qualquer censura, dar a versão que lhe pareça melhor, bem tem direito à mentira porque não é obrigado a auto acusar-se (...)" Esta decisão baseia-se numa falsa premissa, a de que a mentira faz parte da garantia contra a autoincriminação. Funda-se também numa falácia lógica, a de que, por não ser obrigado a autoacusar-se, o réu pode mentir. Disso não se trata. O acusado tem sempre a opção constitucionalmente assegurada e moralmente legítima de silenciar. A mentira em juízo é uma conduta nem necessária e nem aceitável, pois, como visto linhas acima, a mentira sempre causa lesão a terceiros. (ARAS, 2015, p. 264).

A toda evidência, a mentira jamais poderá ser entendida como direito ínsito, devendo ser interpretada como subterfúgio repudiável ao exercício da atividade investigativa e judicante.

A garantia da não autoincriminação, enquanto exercício de autodefesa, não é absoluta e não autoriza ao réu atrapalhar a produção de prova, falseá-la ou de desviar os esforços do Estado na persecução da justiça. Neste sentido, são as considerações de Marcus Renan Palácio de Moraes Claro dos Santos:

[...] A ampla defesa não vai ao ponto de permitir ao réu que minta. Nenhuma interpretação que se dê a

esse princípio pode conferir ao réu o direito de enganar, ludibriar, falsear a verdade, com apoio muitas vezes em ideias mirabolantes ou em situações impossíveis, justamente porque a verdade é um bem juridicamente relevante e porque a mentira pode prejudicar terceiros. Contudo, parece-me haver uma sutil, mas importante, diferença entre o direito de não dizer a verdade, que equivale ao direito de silenciar, e o direito de mentir, que corresponderia a uma faculdade de enganar. Trata-se da constatação de que do silêncio, que é um direito do réu, jamais resultará dano a outrem, enquanto a mentira pode ser um crime, pode ser elemento normativo de crime ou, ainda, um ilícito civil [...] (SANTOS, 2021, p. 123-141).

No dilema entre mentir ou confessar, ao réu criminal basta exercer o direito ao silêncio. Nenhum prejuízo advirá se o acusado simplesmente calar-se. É a lei. Por outro lado, se optar por mentir, para deliberadamente ludibriar o julgador, impõe-se a repreensão, não podendo a justiça ser conivente com tal postura perniciosa, porquanto dela advém consequências nefastas para terceiros e para a sociedade.

A tolerância do Poder Judiciário, nestes casos, abala a credibilidade do sistema judicial e fere o direito das vítimas a um julgamento justo.

5 - A MENTIRA E A CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DA PERSONALIDADE

A teor do disposto no 59 do CPP, o Juiz, ao aplicar a pena ao réu, deve se ater, na primeira fase de fixação da reprimenda, às circunstâncias judiciais previstas em lei:

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. (BRASIL, 1941).

Trata-se de parâmetros normativos que orientam o magistrado no dimensionamento da pena-base, atendendo ao princípio constitucional de individualização da pena, previsto no art. 5º, XLIV da CF.

Dentre as oito circunstâncias judiciais previstas em lei, merece análise no presente trabalho a circunstância da personalidade.

De acordo com o Dicionário Aurélio, o conceito de personalidade remonta ao caráter, à qualidade daquilo que é pessoal. É o elemento estável da conduta de uma pessoa, sua maneira habitual de ser. Trata-se de circunstância vinculada às qualidades morais, ao caráter, à índole do sujeito, extraída de sua forma habitual de ser, agir e reagir.

Sobre o conceito jurídico da circunstância judicial da personalidade, leciona Cesar Roberto Bitencourt:

Deve ser entendida como síntese das qualidades morais e sociais do indivíduo. Na análise da personalidade deve-se verificar a sua boa ou má índole, sua maior ou menor sensibilidade ético-social, a presença ou não de eventuais desvios de caráter de forma a identificar se o crime constitui um episódio acidental na vida do réu. (2015, p. 299).

Tratando-se de tema afeto à ceara biopsicossocial, há estudiosos que defendem ser indevido ao magistrado a aferição da personalidade do réu no momento de individualização da pena, uma vez que a análise demandaria conhecimento técnico restrito a profissionais da psicologia e psiquiatria.

Sucintamente, Juliana de Andrade Colle enumera quatro motivos para o afastamento da análise da personalidade pelo Judiciário:

Primeiro, porque ele não tem um preparo técnico em caráter institucional. As noções sobre psicologia e psiquiatria adquire como autodidata. Segundo, porque não dispõe de tempo para se dedicar a tão profundo estudo...Terceiro, porque não vige no processo penal a identidade física, muitas vezes a sentença é dada sem ter o juiz qualquer contato com o réu. Quarto, porque em razão das deficiências materiais do Poder Judiciário e da polícia, o processo nunca vem suficientemente instruído de modo a permitir uma rigorosa análise da personalidade. (COLLE, 2005, s. p.).

Prevalece, entretanto, a corrente doutrinária que sustenta o entendimento de que a análise da personalidade prescinde de laudo técnico de profissional da área de saúde mental. A este respeito, Guilherme de Souza Nucci assim se posiciona:

O juiz não precisa ser um técnico para avaliar a personalidade, bastando o seu natural bom senso, utilizado, inclusive e sempre, para descobrir a própria culpa do réu. Inexiste julgamento perfeito, infalível, pois sempre se trata de simples justiça dos seres humanos, de modo que o critério para analisar o modo de ser e agir de alguém constitui parte das provas indispensáveis que o magistrado deve recolher. (NUCCI, 2005, p. 207).

Com efeito, o próprio nome atribuído ao instituto -circunstância judicial-, evidencia que o destinatário da norma contida no art. 59 do CPP é o Juiz e não profissional da área da saúde, cabendo ao magistrado, por conseguinte, a análise do perfil do acusado com fulcro nos elementos probatórios concretos dos autos, aptos a impactar na personalidade, tida na acepção leiga do termo.

A personalidade do agente é, sim, parâmetro para a esmerada fixação da pena-base, devendo ser analisada pelo juízo a partir de elementos de prova constantes nos autos, dentro do livre convencimento motivado.

Assim, na análise da circunstância judicial da personalidade, cabe ao juiz analisar os traços do agente que revelem possível desvio ou retidão de caráter, sua sensibilidade ético-social, a sua visão do evento criminoso, os seus limites éticos, sua empatia em relação à vítima, dentre outras manifestações da sua psique.

A personalidade é comumente entendida como indicativa do caráter, valores morais externalizados pelo indivíduo na sua atuação social e principalmente durante a prática criminosa. Nesse sentido, Nucci (2007, p. 187-188) exemplifica os aspectos positivos e negativos aptos a refletir na personalidade do réu:

a) aspectos positivos: bondade, alegria, persistência, responsabilidade nos afazeres, franqueza honestidade, coragem, calma, paciência, amabilidade, maturidade, sensibilidade, bom-humor, compreensão, simpatia; tolerância, especialmente à liberdade de ação, expressão e opinião alheias; b) aspectos negativos: agressividade, preguiça, frieza emocional, insensibilidade acentuada, emotividade desequilibrada, passionalidade exacerbada, maldade, irresponsabilidade no cumprimento das obrigações, ambição desenfreada, insinceridade, desonestidade, covardia, hostilidade no trato, individualismo exagerado, intolerância, xenofobia, racismo, homofobia, perversidade, que se revelam na prática delitiva.

É importante salientar que além de constar no rol de circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, a personalidade do réu também é valorada na segunda fase da dosimetria da pena, enquanto agravante e atenuante prevista expressamente no art. 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)

Tecidas estas considerações introdutórias acerca da personalidade enquanto parâmetro para a dosimetria da pena, impõe-se a análise da sua conexão com o tema proposto.

Segundo entendimento consagrado pelos tribunais pátrios, a confissão do acusado demonstra responsabilidade, boa-fé, exteriorizando aspecto positivo da personalidade do réu.

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 valorada como circunstância judicial favorável.

A propósito, o ilustre Ministro AYRES BRITTO, na ocasião do voto condutor proferido nos autos do HC nº 101.909/MG (BRASIL, 2012), conclui que a confissão espontânea do agente, por estar intimamente ligada a um aspecto positivo de sua personalidade, se mostra de tamanha forma relevante, que deveria prevalecer até mesmo sobre a reincidência.

No referido voto, o Ministro destaca que a confissão espontânea seria indicativa de traço louvável da personalidade do agente e, por isso, faz-se mister reputá-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 réu confesso assumiria uma postura sobremodo incommum, afastando-se do próprio instinto do auto-acobertamento individual para colaborar com a elucidação dos fatos. Assim, a confissão espontânea indicaria lado admirável da personalidade do agente, sendo, portanto, englobada pela letra do artigo 67 do Código Penal. A propósito, oportuno transcrever excerto do referido julgado:

(...) 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. (BRASIL, 2012).

A partir desta premissa, os Tribunais Superiores vêm reconhecendo a confissão espontânea do agente como indicativo elogiável de sua personalidade, com reflexos positivos na individualização da pena.

Ora, se por um lado a confissão denota aspecto positivo da personalidade do agente, o inverso também tem que ser observado.

Sendo a confissão entendida como postura de lealdade do réu, apta a diminuir sua reprimenda, porquanto atrelada a condições favoráveis de sua personalidade, evidente que a conduta diametralmente oposta, a mentira, deve ser tida como atributo negativo da personalidade, devendo provocar o efeito inverso, ou seja, o agravamento da pena provisória.

Nesta mesma exegese, ao mentir seu interrogatório, o acusado demonstra má-fé, objetivo de enganar o juízo e induzi-lo a erro, pelo que se concluir haver amparo para reconhecimento de tal postura como aspecto negativo da personalidade, a ser reconhecida negativamente na primeira fase de dosimetria da pena.

Tanto a deslealdade, traduzida na mentira, quanto a lealdade, traduzida pela confissão, são vetores a moldar a pena justa, pois ambos dizem respeito à personalidade refletida do agente.

Com efeito, a conduta do réu repleta de falsidade e embuste deixa escancarada sua personalidade desvirtuada, de caráter corrompido, particularidades que, em homenagem ao princípio da individualização da pena (CF, artigo 5º, XLVI), deverão ser sopesadas na dosimetria.

Na mesma esteira das conclusões aqui defendidas, Andrey Borges de Mendonça sustenta que a mentira deve ser considerada negativamente na primeira fase da dosimetria da pena, não sendo aceitável ao Estado a leniência com tal postura reprovável, atentatória à boa-fé processual. A propósito:

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, contrariamente 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. (MENDONÇA, 2011, p. 194).

Conclui-se, assim, que o réu tem três caminhos a trilhar no exercício da autodefesa. Pode ele silenciar-se e daí não se extrai qualquer prejuízo. Pode também confessar o crime contribuindo para a busca da verdade e persecução da justiça, fato que acarretará uma redução da pena, por força da aplicação da atenuante prevista no art. 65, III, do CP. Se o acusado, entretanto, optar por trilhar o terceiro caminho para dar a sua versão dos fatos, deverá orientar-se pela lealdade processual, se abstendo de práticas condenáveis de desvirtuamento da verdade. Do contrário, caso opte pela mentira, deve sua pena base ser majorada, com fundamento em sua personalidade negativa. Oportuno neste ponto, transcrever a lição de Vladimir Aras:

A ampla defesa compreende as possibilidades de falar toda a verdade, contar parte dela ou calar, mas jamais a intenção de enganar ou lesar a outrem. O processo penal deve ser democrático (princípio da ampla defesa, do devido processo legal, da presença de inocência, etc), mas também ético (princípio da lealdade, da probidade processual e da responsabilidade subjetiva).

Nesse quadro integralmente garantista, a equação mais equânime é a seguinte: com o silêncio, nenhuma consequência adversa pode advir para o réu; com a verdade, o agente condenado pode ter sua pena atenuada ou reduzida ou aferir outros benefícios previstos em lei. No entanto, como, com a mentira judicial, o agente prejudica a administração da justiça e a busca pela verdade processual e ofende direitos de terceiros (vítimas), a revelação dessa personalidade antiética ou de sua conduta social inadequada em Juízo pode levar à fixação de sua pena em patamar acima do mínimo legal, com base nas circunstâncias judiciais do art. 59 do CP.

Enfim, no processo, a mentira juridicamente relevante é intolerável. Como cantou Nelson Rosa, “mentira não é crime”, mas não se pode dar razão ao infame Propagandachef Goebbels: “Uma mentira muitas vezes repetida torna-se verdade”. Essa ingloria e triste máxima não deve ter lugar no processo penal e seguramente não é nesse tipo de valor que se sustenta um Estado Democrático de Direito.

(...)

Se o réu não está obrigado a falar, está claro que não necessita mentir. A mentira será, portanto, um elemento indicativo de sua personalidade, que poderá ser negativamente avaliada pelo julgador, na medida em que a mentira tem por objetivo provocar um erro judiciário, iludir o juiz, ludibriar a parte adversa, enganar a coletividade, atrapalhar a justa prestação jurisdicional, prejudicar as vítimas ou

terceiros. Sendo assim, é inevitável concluir que a mentira, quando juridicamente relevante, pode ser levada em conta pelo juiz, com base no princípio da livre convicção como indício negativa da personalidade do réu ou de sua conduta social, para os fins do art. 59 do Código Penal, na fixação da pena-base do culpado. Nessa linha, Theodomiro Dias Neto informa que os tribunais alemães têm a compreensão de que a mentira pode ser considerada para avaliar a personalidade do acusado, servindo de suporte para o aumento de pena: Roxin, em sintonia com a posição majoritária da doutrina, entende que a mentira não pode ser avaliada como indício de autoria e culpa e tampouco como critério para aumento de pena [...] A jurisprudência tem, entretanto, assumido posição diversa, no que se refere à pena, ao interpretar a mentira como indício da personalidade do acusado. (ARAS, 2015, p.268).

A mendacidade atenta contra a boa-fé processual e traz descrédito à Justiça. Como se não bastasse, a ausência de punição ao acusado mentiroso viola o princípio da individualização da pena, pois equipara equivocadamente a situação do réu que fica em silêncio em seu interrogatório, com a do que mente descaradamente, com o único propósito de induzir o juiz a erro, minando, assim, a credibilidade do Judiciário perante a sociedade.

6 - ANÁLISE JURISPRUDENCIAL

Ainda são tímidas as decisões judiciais que atribuem efeitos jurídicos à mendacidade do acusado, impondo reflexos na pena-base.

Merece destaque a sentença de lavra do meritíssimo juiz Bittencourt Cano, que expressando perfeitamente as mesmas conclusões deste trabalho, condenou Mizael Bispo de Souza pelo homicídio de Mércia Nakashima nos autos de n. 302333- 83.2013.8.26.0224:

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, condu-

ta altamente ativa, antiética e contrária aos valores mais comezinhos 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. Esclarecendo, 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. (SÃO PAULO, 2017).

O precedente citado inspirou outras decisões judiciais, passando o entendimento em questão a ser reconhecido, ainda que minoritariamente, por alguns tribunais estaduais, a exemplo do Tribunal de Justiça de São Paulo.

Nesse passo, cabe transcrever decisão proferida pelo Tribunal em questão, através do voto do Desembargador Tetsuzo Namba:

(...) demais disso, se eles tinham a opção de confessar ou ficar em silêncio, no momento que se pronunciavam, suas palavras devem ser ponderadas, se mentem, como no caso dos autos, isso não pode ficar sem avaliação valorativa negativa, sob pena de deixar de lado quem, muitas vezes, colabora com a Justiça e diz a verdade, seria o patrocínio indevido da “não verdade”, isso mostra o caráter de alguém, flagrado no cometimento de infração penal, não se arrepende, ao contrário, faz de tudo para se livrar das imputações. (SÃO PAULO, 2017).

Idêntico é o raciocínio exteriorizado pelo desembargador Zorzi Rocha, que com enfoque na personalidade desviada do réu, reconheceu como negativa a circunstância judicial em questão no julgamento da Apelação n. 0001317-32.2017.8.26.0618. A propósito:

na-base em 1/6 (um sexto) acima do mínimo legal, pois corretamente alicerçada na personalidade negativa do Réu a qual está vinculada às qualidades

morais, às distorções de caráter, à índole do sujeito (que são extraídos de sua forma habitual de ser, agir e reagir), como, por exemplo, agressividade, preguiça, frieza emocional, insensibilidade acentuada, emotividade desequilibrada, passionalidade exacerbada, maldade, irresponsabilidade no cumprimento das obrigações, ambição desenfreada, insinceridade, desonestidade, covardia, hostilidade no trato, individualismo exagerado, intolerância, xenofobia, racismo, homofobia, perversidade. Dessa forma, se o réu mentirem seu interrogatório, negando a prática do crime por ele cometido, ou explicando o crime ao apresentar uma versão fantasiosa do fato, tudo a fim de obter uma injusta absolvição, justificado está o aumento de sua pena-base com fundamento na personalidade negativa. Afinal, a insinceridade e a desonestidade demonstradas perante o Juiz como explanado no item 2 suso exposto – revela uma distorção de caráter e a ausência de senso moral por parte do Réu, que se utilizou da mentira - subterfúgio repugnado pela ética e pelo dever de lealdade - com o nítido propósito de tumultuar a instrução processual e induzirem erro o julgador, afrontando, assim, a dignidade da Justiça. (SÃO PAULO, 2019).

Trata-se de julgados inovadores, que desafiam a cultura jurídica de aplicação da pena mínima que norteia os operadores do direito no Brasil.

A prática jurídica criou uma espécie de “direito subjetivo à pena mínima”, sendo raríssimos os casos em que a reprimenda se distancia significativamente do patamar mínimo previsto em lei. De fato, verifica-se um comportamento generalizado do Poder Judiciário de eleger a pena mínima como base, abdicando-se de exercitar a prerrogativa de dosar a reprimenda em patamares mais elevados, mesmo quando justificado diante do caso concreto.

Na prática, tal postura gera impunidade e situações juridicamente constrangedoras, ofendendo o princípio constitucional da individualização da pena previsto no art. 5º, XLVI, CF/88.

O reconhecimento da mentira enquanto aspecto negativo da personalidade, representa, assim, um instrumento de resgate à escorregia aplicação da pena, prestigiando-se a consecução da justiça e atendendo ao comando constitucional de individualização da reprimenda.

7 - CONCLUSÃO

O presente estudo demonstra que a verdade é tutelada pelo ordenamento jurídico, sendo tanto um ideal a ser perquirido na consecução da

justiça, como objeto expressamente contemplado em diversos dispositivos processuais penais da legislação brasileira.

Tradicionalmente, os estudiosos que se debruçam sob a análise do tema verdade e mentira no processo penal o fazem sob a perspectiva do acusado, com enfoque sob as garantias individuais de não autoincriminação.

Não obstante, o interesse na busca da verdade não se presta apenas à proteção do réu, mas também à tutela de toda a sociedade e em especial das vítimas diretas do crime. A mentira obstaculizaria a consecução da Justiça, prejudica os interesses da vítima e o direito difuso da sociedade a uma prestação jurisdicional justa.

A defesa do “direito de mentir” decorre de um raciocínio simplista, que retira qualquer limite da autodefesa, entendida como sendo ir-restrita e absoluta.

É preciso distinguir o direito de não dizer a verdade, que equivale ao silêncio e tem natureza passiva, do direito de mentir, que representa conduta ativa. O ordenamento jurídico não obriga o réu a dizer a verdade, garantindo-lhe para isso, o silêncio. Não, há, por outro lado, autorização para que minta.

A mendacidade jamais poderá ser interpretada como direito ínsito, mas como subterfúgio repudiável ao exercício da atividade investigativa e judicante.

Objetivando a mentira iludir o julgador, enganar a coletividade e provocar um erro judiciário, deverá ser ela valorada enquanto circunstância negativa sobre a personalidade do acusado na fixação da pena base.

O poeta Mário Quintana romantiza os frutos da mentira, afirmando: *“Do bem e do mal / Todos têm seu encanto: os santos e os corruptos. / Não há coisa na vida inteiramente má. / Tu dizes que a verdade produz frutos... / Já viste as flores que a mentira dá?”* (QUINTANA, s.d).

Ao judiciário, entretanto, não cabe a romantização e leniência com a mendacidade e deslealdade processual. A Justiça não pode ser conivente com tal postura perniciosa, porquanto dela advém consequências nefastas para terceiros e para a sociedade. A tolerância do Poder Judiciário, nestes

casos, abala a credibilidade do sistema judicial e fere o direito das vítimas a um julgamento justo.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Erica Isabel Dellatorre. **O direito constitucional ao silêncio e o "direito" a mentir em âmbito processual**. 2007. Dissertação (Especialização em Direito Público) – Escola Superior da Magistratura Federal do Rio Grande do SUL– ESMAFE. Porto Alegre, 2007. Disponível em: <<https://docplayer.com.br/110619-O-direito-constitucional-ao-silencio-e-o.html>>. Acesso em: 5 jul. 2023.

ARAS, Vladimir. A mentira do réu e o artigo 59 do CP. In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo (Org.). **Garantismo penal integral**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

BITENCOURT, Cesar Roberto. **Código Penal comentado**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 22 jul. 2023.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Rio de Janeiro, 3 de outubro de 1941. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 20 abr. 2024.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, 16 de março de 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 20 abr. 2024.

BRASIL. **Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990**. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. Brasília, 25 de julho de 1990. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8072.htm. Acesso em: 20 abr. 2024.

BRASIL. **Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006**. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Brasília, 24 de agosto de 2006. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm#. Acesso em: 20 abr. 2006.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC nº 101.909/MG. Relator Ministro Ayres Britto. **Diário do Judiciário eletrônico**, 19 jun. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 68.742-DF. Relator para o acórdão Ministro Ilmar Galvão. **Diário do Judiciário**, 2 abr. 1993.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 19. ed. Saraiva: São Paulo, 2012.

COLLE, Juliana Andrade. Critérios para a valoração das circunstâncias judiciais (art. 59, do CP) na dosimetria da pena. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 10, n. 572, 30 jan. 2005. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/6232>. Acesso em: 2 maio 2024.

FISCHER, Douglas. Garantismo penal integral (e não o garantismo hiperbólico monocular) e o princípio da proporcionalidade: breves anotações de compreensão e aproximação dos seus ideais. **Revista de Doutrina da 4ª Região – TRF 4**. Porto Alegre, n. 28, março de 2009.

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

MAGALHÃES NORONHA, E. **Curso de Direito Processual Penal**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 108.

MENDONÇA, Andrey Borges de. **Prisão e outras medidas cautelares pessoais**. São Paulo: Método, 2011, p. 194.

MOBBS, Adriane da Silva Machado. **Mal moral: aspectos de aproximação entre Agostinho e Kant**. [s.d.]. Disponível em: <https://ler.letras.up.pt/uploads/ficheiros/12060.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2024.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da pena**. São Paulo: RT, 2007. p. 207.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal comentado**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

QUINTANA, Mario. **Do bem e do mal todos tem seu encanto**. Disponível em: <https://www.pensador.com/frase/MTYyNTM/>. Acesso em: 21 abr. 2024.

SANTOS, Marcus Renan Palácio de Moraes Claro dos. **O direito ao silêncio no Processo Penal**. 3. ed. São Paulo: Fórum, 2021. p. 123-141.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação nº 224.01.2010.035865, Rec. Ap. nº 3023333-83.2013.8.26.0224. **Diário do Judiciário eletrônico**, 28 jun. 2017.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação nº 0001317- 32.2017.8.26.0618. Relator: Zorzi Rocha. 6ª Câmara de Direito Criminal. **Diário do Judiciário eletrônico**, 4 out. 2019.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação nº 0001611- 29.2018.8.26.0625. Relator: Tetsuzo Namba. 8ª Câmara de Direito Criminal. **Diário do Judiciário eletrônico**, 30 nov. 2019.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. v. 3. 27. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005.