

3

DIREITO AO SILÊNCIO, AMPLA DEFESA, MENTIRA DO RÉU E ÉTICA PROCESSUAL PENAL

Augusto Vinícius Fonseca e Silva

“Mentimos, isto é, criamos espaço para uma realidade diferente.”
(Carlos Drummond de Andrade. O Averso das Coisas [aforismos]
5. ed. São Paulo: Record, 2007, p. 142).

“A vida é curta, mas a verdade tem vida longa. Vamos falar a verdade.”
(Schopenhauer).

1. À GUISA DE INTRODUÇÃO

Realmente verdadeira a citação sobre a mentira do grande Drummond acima citada.

Mentimos, às vezes, para nos defendermos e, às vezes, mentimos para nós mesmos, esquecendo-nos, porém, do que já dissera o saudoso Renato Russo, isto é, de que mentir para si mesmo é sempre a pior mentira. E, mais, às vezes, mentimos tanto, que isso ganha foros de verdade (!?). Sim, é verdade. Uma mentira bem contada ou, repetidamente contada, pode convencer como verdade, transformando-se num *factoide*.¹

Mas, no processo penal, qual a verdadeira dimensão da *mentira* ou, mais precisamente, da *mentira do réu*? Sob o manto do direito ao silêncio, garantido a ele constitucionalmente (CF, 5º, LXIII), pode ir

¹ Palavra que me tem chamado a atenção é esta: *factoide*. Sua sonoridade é notável. No léxico, quer dizer: “qualquer afirmação que, de tanto ser repetida, acaba sendo vista como verdade incontestável”. (SACCONI, Luiz Antonio. *Pequeno Dicionário Sacconi da Língua Portuguesa*. São Paulo: Nova Geração, 2009, p. 307).

ao ponto de mentir? E mais, sob a alegação de ampla defesa, também direito fundamental de 1ª geração (CF, 5º, LV), pode distorcer a verdade como bem entender, ainda que para isso tenha que relegar ao limbo a ética processual?

É sobre isso que tenho me debruçado em estudar ultimamente, sobretudo após haver titularizado uma Vara Criminal do interior de Minas Gerais e quando da preparação das aulas para meus alunos de pós-graduação. E é sobre isso que trata o presente artigo.

2. O DIREITO AO SILÊNCIO – ORIGEM, SIGNIFICADO E EXTENSÃO

Ao contrário do que se possa imaginar, não foi na *Magna Carta* inglesa de 1215 que se previu, pela primeira vez, o direito ao silêncio.

Sua previsão primeva remonta ao *Talmud*, isto é, ao compêndio que englobava os vetustos ensinamentos orais baseados no Pentateuco de Moisés, cujo início data de antes da Era Cristã e cujo fim remonta ao século V d.C. A respeito, valem as lições de Diana Helena de Cássia Guedes Mármora Zainaghi:

Na textura desse procedimento criminal das antigas Cortes rabínicas, estava declarada a máxima *ein Adam se ipsum tenetur*. Numa tradução literal, significa que o homem não poderia apresentar-se como culpado ou como transgressor. Regra considerada absoluta, sem qualquer possibilidade de renúncia, a tradução inglesa é dada como *no one can incriminate himself*. Estava proibida a admissão em depoimento de qualquer testemunho auto-incriminatório, mesmo dado voluntariamente. A regra era de que a ninguém seria permitido confessar ou ser testemunha contra si mesmo.²

Na Inglaterra, noticia a citada autora, o princípio do *nemo tenetur se accusatore* nasceu sob a fórmula do *privilege against self-incrimination* e “foi solenemente afirmado no Estatuto de Carlos I, em 1641, embora já invocado no século XI em oposição ao instituto do juramento”.³

² O Direito ao Silêncio: evolução histórica. Do Talmud aos Pactos e Declarações Internacionais. In *Revista de Direito Constitucional e Internacional – Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*. Ano 12 – Jul/Set de 2004, V. 48, p. 134.

³ *Idem*, p. 138.

Nos Estados Unidos da América, sua consagração plena adveio com a famosa V Emenda à sua Constituição e ganhou posição de destaque no caso *Miranda vs. Arizona* (384 US 436, 1966), que, segundo a doutrina constitucional moderna, serviu de “transparente fonte histórica de sua consagração na Constituição brasileira, porque instrumento insubstituível da eficácia real da vetusta garantia contra a auto-incriminação”.⁴

No Brasil, sua previsão originária consta do antigo Código Processual do Distrito Federal, em seu art. 81.⁵ Antes da atual Constituição, “o tema era tratado entre nós no âmbito do devido processo legal, do princípio da não-culpabilidade e do processo acusatório”.⁶ atualmente, está positivado no art. 5º, LXIII, da CF/1988, cabendo ao Juiz, aliás, informar ao réu, antes de iniciar seu interrogatório, que tem ele resguardado esse direito (CPP, art. 186, *caput*).⁷

Em comentários ao indigitado art. 5º, LXIII, da CF, disserta argumentamente José Afonso da Silva:

Ninguém pode ser obrigado a dar qualquer possibilidade de lhe arrancar, pela habilidade técnica, palavras que possam ser utilizadas contra sua defesa e, pois, em favor de sua condenação; e, por outra, ninguém pode ser obrigado a exprimir-se, a falar, quando não quer ou não lhe convenha. E seu silêncio não pode ser tido como consentimento. Aliás, em matéria jurídica, em hipótese alguma vale a parêmia ‘quem cala, consente’. Uma interpretação desse jaez, agora, está constitucionalmente afastada. A norma é de permanência, o que dá o direito ao preso de ficar sempre calado, inclusive diante do juiz.⁸

⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 635.

⁵ ZAINAGHI, Diana Helena de Cássia Guedes Mármora. Obra citada, p. 149.

⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires. Ob. cit., p. 636.

⁷ Anota Ada Pellegrini Grinover que “a ausência de informação implica nulidade do interrogatório, a qual, por sua vez, pode assumir duas dimensões: a mais grave, consubstanciada na nulidade de todo o processo, a partir do interrogatório, se, no caso, o ato viciado redundou o sacrifício da autodefesa e, consequentemente, da defesa como um todo. Ou, na dimensão mais moderada, pela invalidade do interrogatório, com sua necessária repetição, mas sem que os atos sucessivos fiquem contaminados, se se verificar que o conteúdo das declarações não prejudicou a defesa como um todo e os atos sucessivos”. (*Et alli. As Nulidades no Processo Penal*. 6. ed. São Paulo: RT, 1999, p. 81).

⁸ *Comentário Contextual à Constituição*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 159.

Para Ada Pellegrini Grinover, “o silêncio do acusado, na ótica da Constituição, assume dimensão de verdadeiro direito, cujo exercício há de ser assegurado de maneira plena, sem pode vir acompanhado de pressões, diretas ou indiretas, destinadas a induzir o acusado a prestar depoimento”.⁹

Redunda disso, pois, como adverte George Santos Maia, “não se poder concluir desfavoravelmente ao interrogado, pelo simples fato de ter-se calado, isto é, de abster-se de prestar declarações, em especial das que possam incriminá-lo”.¹⁰ Ou, noutra palavras, “só o silêncio do réu não pode nunca gerar condenação penal. Se a confissão do réu precisa ser confirmada por outras provas (art. 197 do Código), o mesmo deve ocorrer com o silêncio”.¹¹

Como expressão de autodefesa, o silêncio vai até mesmo no direito de o réu não comparecer à audiência para ser interrogado (desde que intimado, obviamente, para tanto), porque que, se se ausenta, não fala. Isso, também, leva a que não pode “o acusado ser obrigado a comparecer para o interrogatório ou para a realização de atos processuais”.¹² Enfim, uma vez intimado, o réu pode preferir silenciar-se pela boca ou pela ausência.

Mas, e se comparecer, quiser ser interrogado e não quiser silenciar-se, optando por *mentir*? Pode fazer isso, ainda que sob a capa da defesa ampla? Ou, de outro modo, porque ampla a defesa, admite ela a mentira? Passemos ao tópico seguinte.

3. SILÊNCIO E MENTIRA DO RÉU NO INTERROGATÓRIO

Pelo que se expôs até agora, indaga-se: pode o réu mentir sob o argumento de estar agasalhado pelo direito ao silêncio e à ampla defesa?

⁹ Obra citada, p. 80.

¹⁰ *Silêncio e Mentira do Réu no Interrogatório*. Disponível em www.viajuridica.com.br. Acesso em 20.4.2010.

¹¹ CARVALHO, L.G. Grandinetti Castanho de. *Processo Penal e Constituição – Princípios Constitucionais do Processo Penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 178.

¹² FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 5. ed. São Paulo: RT, 2007, p. 304.

A jurisprudência do STF e do STJ é unânime pela possibilidade.
Cite-se:

‘Habeas corpus’. Falsidade ideológica. – No caso, a hipótese não diz respeito, propriamente, à falsidade quanto à identidade do réu, mas, sim, ao fato de o então indiciado ter faltado com a verdade quando negou, em inquérito policial em que figurava como indiciado, que tivesse assinado termo de declarações anteriores que, assim, não seriam suas. Ora, tendo o indiciado o direito de permanecer calado e até mesmo o de mentir para não auto-incriminar-se com as declarações prestadas, não tinha ele o dever de dizer a verdade, não se enquadrando, pois, sua conduta no tipo previsto no artigo 299 do Código Penal. ‘Habeas corpus’ deferido, para anular a ação penal por falta de justa causa.¹³

RESP – PROCESSUAL PENAL – CITAÇÃO – INTERROGATÓRIO.

(...) O réu tem direito a aconselhar-se com terceiro, inclusive advogado, para orientá-lo para a explicação verbal. Cumpre evitar a surpresa. O réu poderá, sem qualquer censura, dar a versão que lhe pareça melhor, tem direito a mentira, porque não é obrigado a auto-acusar-se. Urge, entretanto, atender a finalidade do instituto: impedir prejuízo para o acusado. Se o interrogatório não prejudicou o réu, não faz sentido declarar a nulidade.¹⁴

O eg. TJMG segue o mesmo compasso:

APELAÇÃO – NULIDADE DO PROCESSO – DEFICIÊNCIA DE DEFESA – AUSÊNCIA DE APRESENTAÇÃO DE DEFESA PRÉVIA – INÉRCIA DO DEFENSOR INDICADO DURANTE INTERROGATÓRIO – AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO DO RÉU PARA CONSTITUIR NOVO PATRONO – ILEGALIDADE – DIREITO A NÃO AUTO-INCRIMINAÇÃO – PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL – MAGISTRADA QUE PRESSIONA O RÉU A FALAR A VERDADE – IMPOSSIBILIDADE – PRECEDENTES DO STF.

I – É responsabilidade do magistrado monocrático zelar pelo regular andamento do feito e tutela efetiva das garantias

¹³ STF – 1ª T. – HC 75257/RJ – Relator Min. Moreira Alves – Julgamento: 17/06/1997 – Publicação: DJ 29/08/1997, pp. 40219 – www.stf.jus.br. Igualmente: HC 68929 – Rel. Min. Celso de Mello – J. 22/10/91 – RTJ 141, n. 2, p. 512.

¹⁴ STJ – 6ª T. – REsp 54781/SP – Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro – Data do Julgamento: 09/10/1995 – Data da Publicação/Fonte: DJ 26/02/1996, p. 4093.

constitucionais. Assim, deve cientificar ao acusado a inércia do advogado que, indicado no interrogatório, não apresenta defesa prévia e nem se manifesta nos autos, deixando a deriva o réu que, ao final, é condenado sem defesa técnica substancial. II – É permeado de ilegalidade o ato de magistrada monocrática de pressionar o réu a declarar a verdade, ameaçando-o de que a sua situação vai piorar caso minta, pois o acusado, além do constitucional direito ao silêncio, tem também direito a não auto-incriminação, não possuindo, no exercício da autodefesa, nenhum compromisso com a veracidade fática, tarefa que incumbe ao órgão acusador. III – Precedentes do STF. IV – Processo anulado desde o interrogatório, inclusive.¹⁵

Na doutrina, assevera Guilherme Nucci, peremptoriamente:

Sustentamos ter o réu o *direito* de mentir em seu interrogatório de mérito. Em primeiro lugar, porque ninguém é obrigado a auto-acusar-se. Se assim é, para evitar a admissão de culpa, há de afirmar o réu algo que sabe 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.¹⁶

Da mesma forma, Fernando da Costa Tourinho Filho:

Quando do seu interrogatório, se ele a tanto assentir, o réu poderá dizer o que quiser e bem entender, dando aos fatos a versão que lhe parecer melhor, sem que possa cometer o crime de falso testemunho, mesmo porque sujeito ativo dessa infração é a testemunha. Ele pode até faltar à verdade. E, como observa Jorge de Figueiredo Dias, ‘não se trata de um direito de mentir, mas, simplesmente, da não punição da mentira’.¹⁷

Fernando Capez também é taxativo em afirmar que “a lei processual estabelece ao acusado a possibilidade de confessar, negar, silenciar ou mentir. O réu pode calar-se, sem que isso importe confissão tácita (CPP,

¹⁵ TJMG – Número do processo: 2.0000.00.353715-9/000 – Numeração Única: 3537159-32.2000.8.13.0000 – Relator Des. Alexandre Victor de Carvalho – Data do Julgamento: 09/04/2002 – Data da Publicação: 20/04/2002.

¹⁶ *Código de Processo Penal Comentado*. 2. ed. São Paulo: RT, 2003, p. 345.

¹⁷ *Código de Processo Penal Comentado (arts. 1º a 393)*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, V. 1, p. 601.

art. 198), e pode mentir, uma vez que não presta compromisso, logo, não há sanção prevista para as mentira”,¹⁸ mesmo porque, complementa Alexandre de Moraes, que segue a mesma linha, “não se conhece no nosso ordenamento jurídico o crime de perjúrio”.¹⁹

Luiz Flávio Gomes e Valério de Oliveira Mazuolli, analisando o art. 8º, § 2, g, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), defendem o direito de mentir, mas o excepcionam quanto ao crédito das palavras do réu que mente:

O direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem confessar-se culpada, faz parte do princípio da não autor-incriminação, que envolve (...) o direito de mentir (não existe o crime de perjúrio no direito brasileiro). (...) É certo que a mentira do réu pode lhe trazer sérios prejuízos, porque ele perde a credibilidade.²⁰

Também de uma maneira mais ponderada sobre o tema, preleciona Denílson Feitoza:

Todavia, não nos parece que o direito ‘ao silêncio’, a um não fazer, permita o direito a um fazer, ou seja, o direito de o indiciado ou réu falar o que quer que sejam ainda que para tanto praticasse, por exemplo, uma denúncia caluniosa. Entendemos que, em hipóteses como esta, o indiciado ou réu deva ser penalmente responsabilizado. Contudo, pode o indiciado ou réu mentir, por exemplo, alegando que se encontrava em lugar diverso do local do crime ou que, simplesmente, não praticou o crime.²¹

George Maia Santos, em texto acima citado, aduz, inclusive, haver aproximação entre mentira e silêncio, com o que, *data venia*, não concordamos. A despeito disso, faz interessante ponderação sobre a extensão do “direito” de mentir do acusado. Disserta:

É importante que se entenda que o direito de mentir do acusado está muito próximo da omissão, posto que não possui ele o direito de criar

¹⁸ *Curso de Processo Penal*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 284.

¹⁹ *Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional*. SP: Atlas, 2002, p. 399.

²⁰ *Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica*. Coleção Ciências Criminais. Luiz Flávio Gomes e Rogério C. Sanches (Coord.). 2. ed. São Paulo: RT, 2009, V. 4, p. 112 e 113.

²¹ *Direito Processual Penal – Teoria, Crítica e Práxis*. 6. ed. Niterói: Impetus, 2009, p. 750.

situações fantasiosas com o exclusivo intuito de dificultar as investigações. A garantia concedida ao acusado de não dizer a verdade, corolário do direito de calar-se, não representa um salvo conduto para que possa mentir indiscriminadamente. Não se admite ao acusado criar situações que comprometam terceiros, tampouco que estabeleçam entraves completamente falsos e impeditores do processo de apuração dos fatos ou do normal desenrolar da instrução criminal, impedindo que a justiça chegue à verdade. A proteção legal vincula-se a sua própria defesa e aos fatos e atos com ela relacionados.

Certos precedentes jurisprudenciais já demonstraram limites quanto à mentira do réu. Registre-se:

Configura o delito de falsa identidade a conduta do agente que, ao ser preso, fornece nome falso à Polícia para esconder seus antecedentes, uma vez que age com o propósito de obter proveito próprio, consistente na preservação de sua liberdade, não se podendo falar em autodefesa, na qual a mentira é admitida apenas para contestar fatos trazidos pela acusação, pois o exercício da ampla defesa não acoberta, nem justifica, a prática de crimes.²²

Incorre na modalidade típica descrita no art. 307 do Código Penal o agente que, preso em flagrante, atribui-se falsa identidade, declinando incorretamente sua qualificação. Afinal, a mentira impunível, aceita processualmente, é aquela que tão-só visa a combater a acusação articulada pelo Ministério Público, e não se furta a ela, assumindo-se identidade suposta ou de terceiro.²³

Posicionando-se contrariamente à mentira do réu, Julio Fabbrini Mirabete:

O direito de ficar calado no interrogatório, não compreende o de mentir sobre a própria identidade ou se auto-acusar falsamente, sob pena de responder, respectivamente, pelos crimes de falsa identidade (art. 307 do CP) e de auto-acusação falsa (art. 341 do CP).²⁴

Igualmente, Eugenio Pacelli de Oliveira, para quem “o direito ao silêncio tem em mira não um suposto direito à mentira, como ainda se vê em algumas doutrinas, mas a proteção contra as hostilidades e intimidações historicamente desfechadas contra os réus pelo Estado”.²⁵

²² RJTACRIM 37/177.

²³ TJMG – Número do processo: 1.0024.00.068199-9/001 – Rel. Des. Eduardo Brum – Data do Julgamento: 28/11/2006 – Data da Publicação: 23/03/2007.

²⁴ *Código de Processo Penal Interpretado*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 516.

²⁵ *Curso de Processo Penal*. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 325.

A despeito da dicotomia, tenho que a questão há, ainda, de ser filtrada por um tema que, infelizmente, tem se revelado esquecido ultimamente: a *ética*. É do que trataremos adiante.

4. ÉTICA: BREVES APONTAMENTOS. ÉTICA PROCESSUAL PENAL?

Sem a pretensão de esgotar o assunto, até mesmo por nos faltar conhecimento suficiente a tanto, vale citar, para fins de contextualização, o que vem a ser *ética*. Tratados já foram escritos a respeito, de sorte que tomamos a liberdade de adotar um conceito que nos parece didático e suficiente ao desiderato do presente trabalho.

A *ética* aproxima-se muito da *moral*, mas com ela não se confunde. Vejamos:

O termo *ética* provém do lexema grego *éthos*. Quando escrito com ‘e’ breve, significa ‘hábito’, enquanto que com ‘e’ longo significa ‘propriedade de caráter’. Nas suas investigações sobre as questões do bem e do mal, da virtude e do vício, Aristóteles empregou *éthiké* com sentido de reflexão sobre as ‘propriedades de caráter’.

Por *moral*, entende-se a reunião de costumes ou hábitos de um indivíduo ou de um povo, orientada por um princípio muito genérico de ‘bem’ ou de ‘correto’, enquanto, por *ética*, entende-se, também, o conjunto de princípios ou regras avaliados com rigor e consciência crítica. Isto significa que a *ética* procura desenvolver uma rigorosa avaliação sobre o que é o bem e o que é o mal, preocupando-se em indicar quais os caminhos realizam o homem enquanto agente de bem. Assim, se a *moral* indica os costumes de um determinado grupo – fundamentando, inclusive, o seu direito – a *ética* também questiona e teoriza sobre o que é justo, sobre o agir adequado a uma determinada situação, na qual se realize o bem e se evite o mal.

Enquanto um conjunto de normas, a *ética* indica ou sugere o modo adequado de comportamento em vista da realização do bem e da felicidade humana. Tem por objeto a elaboração de uma teoria crítica sobre a conduta humana a partir de uma determinada idéia de bem. Por outro lado, além disso, cabe à *ética* a análise do conjunto das condições necessárias para que a experiência da eticidade possa, em absoluto, ocorrer.

Assim, enquanto a *moral* está associada ao agir concreto, a *ética* vincula-se também à teorização sobre os valores e a vida morais,

discutindo basicamente a questão do bem e do mal. Em outras palavras: enquanto a moral envolve a prática, a ética pode referir tanto à prática, quanto à teoria sobre a mesma.²⁶

Gabriel Chalita, escrevendo sobre os *dez mandamentos da ética*, a respeito de um deles – *praticar as virtudes* –, fala, com propriedade, sobre a *verdade*:

Verdadeiro e falso são atributos que dizem respeito a quase todo tipo de afirmação que pode ser feita a respeito da realidade em que vivemos e das coisas que pensamos.

(...)

Obviamente, é difícil determinar em que situação uma mentira pode ser ética, mas pode acontecer.

(...)

Se alguém dá abrigo a um injustiçado perseguido político, pode ser lícito ocultar o paradeiro dessa pessoa se a polícia o buscar, pois essa atitude poderá ser a diferença entre viver ou morrer, para o indivíduo. No entanto, é bastante claro que a ética exige de todos um amor incondicional à verdade.

No entanto, quando se trata de falar sobre a conduta individual no que diz respeito àquilo que cada pessoa é capaz de fazer e, em suma, àquilo que cada pessoa é, dizer a verdade pode ser um ato realizado de modos extremos, ou com deficiência moral, ou com sinceridade, que é uma forma de excelência moral.²⁷

E, no campo dessas virtudes traçadas por Chalita é que se aproximam *verdade* e *boa-fé*, ambas refutando a mentira. Neste particular, ir-repreensíveis as colocações do André Comte-Sponville, ilustre professor-doutor de filosofia na Universidade de Paris I (Panthéon-Sobonne):

O que é a boa-fé? É um fato, que é psicológico, e uma virtude, que é moral. Como fato, é a conformidade dos atos e das palavras com a vida interior, ou desta consigo mesma. Como virtude, é o amor ou o respeito à verdade, e a única fé que vale. Virtude *ale-theiogal*, porque tem a própria verdade como objeto.

Não, claro, que a boa-fé valha como certeza, nem mesmo como verdade (ela exclui a mentira, não o erro), mas eu o homem de

²⁶ HRYNIEWICZ, Severo. *Para Filosofar Hoje*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 123 e 124.

²⁷ *Os Dez Mandamentos da Ética*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2003, p. 99, 100 e 101.

boa-fé tanto diz o que acredita, mesmo que esteja enganado, como acredita no que diz. É por isso que a boa-fé é uma fé, no duplo sentido do termo, isto é, uma crença ao mesmo tempo que uma fidelidade. É crença fiel, e fidelidade no que se crê. Pelo menos enquanto se crê que seja verdade.

(...)

A boa-fé é essa virtude que faz da verdade um valor (isto é, já que não há valor em si, um objeto de amor, de respeito, de vontade...) e a ela se submete.

(...)

O que é um homem verídico? É aquele, explicava Aristóteles, que ‘ama a verdade’ e que por isso recusa a mentira, tanto por excesso como por falta, tanto por fabulação como por omissão (...). Uma virtude? Claro: ‘em si mesma, a falsidade é coisa baixa e repreensível, e a sinceridade coisa nobre e digna de elogio’.

(...)

A boa-fé exclui então toda mentira? Parece que sim, e quase por definição: como se mentiria de boa-fé? Mentir supõe que se conheça a verdade, ou que se creia conhecê-la, e que se diga deliberadamente outra coisa que não o que se sabe ou o que se crê. É isso que a boa-fé proíbe ou recusa. Ser de boa-fé é dizer o que se pensa ser verdadeiro: é ser fiel (em palavras ou atos) à sua crença, é submeter-se à verdade do que se é ou se pensa. Toda mentira seria, pois, de má-fé, e por isso condenável.²⁸

O que dizer, então, da ética no Direito? Responde-nos Nilson Reis, eminente Desembargador do eg. TJMG, em profícuas lições de magistrado experiente:

A deontologia forense é a teoria dos deveres, razão por que contém normas éticas que devem ser inflexivelmente respeitadas pelo profissional no exercício da nobre profissão, que leva o direito da parte, como semente, para buscar a prestação jurisdicional, com o desate do processo, proporcionando a solução do conflito e, conseqüentemente, a proclamação do direito emergente do que está discutido, em contraditório e ampla defesa, nos autos processuais.²⁹

²⁸ *Pequeno Tratado das Grandes Virtudes*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 213, 217, 218 e 219. Vale registrar que este magnífico livro me veio às mãos como presente do insigne Magistrado do TJMG, Des. Geraldo Augusto, amigo, exemplo de julgador e homem realmente ético.

²⁹ Ética e Moral. In *Amagis Juridica*. Belo Horizonte: Del Rey, Ano I, Número 2 – Jul. a Dez. de 2009, p. 186.

Dessarte, como não poderia deixar de ser, também o processo está amalgamado à ética, inclusive o processo penal, porque não? Descabido dizer que a falta de norma positivada no CPP inviabilizaria tal raciocínio, porquanto dito Diploma

admite interpretação extensiva e aplicação analógica para a lei processual penal, assim como complemento dos princípios gerais de direito. Assim, toda a normatividade processual civil também serve como suprimento ao processo criminal. Existe, hoje, uma verdadeira teoria geral do processo, abrangente de todas as modalidades desse instrumento.³⁰

Daí podermos nos valer da lição do eminente Desembargador paulista José Renato Nallini, para quem

existe um princípio de probidade no processo, encarado como estrutura cooperatória, em que de todos se reclama atuação de boa-fé.

(...)

O processo é uma luta civilizada. Ela deve ser um correto instrumento na realização da justiça. Para isso, os Códigos já contêm capítulo próprio de deveres das partes e de seus procuradores. São, antes, deveres éticos, depois convertidos em norma jurídica. Dentre eles, o dever da verdade, o dever da lealdade e boa-fé, o dever de fundamentação das pretensões, o dever de produzir provas úteis, o dever de comparecer a juízo, o dever de comportar-se convenientemente, o dever de não atentar contra a dignidade da justiça, o dever de urbanidade e muitos outros.

A postura ética é pressuposta a todos os protagonistas da cena judiciária: partes, operadores jurídicos e representante do Estado-Juiz. Na verdade, é difícil reclamar-se comportamento tal a alguém chamado a juízo, exatamente por haver falhado no cumprimento de seus deveres. Mas, no momento em que a controvérsia é entregue à apreciação do Estado, conduzir-se eticamente é norma cogente, que pode acarretar sanções de várias ordens ao seu infrator.

Os deveres éticos no processo abrangem tanto o processo civil como o processo penal e até o administrativo.³¹

Em estribilho, as lições do grande professor José Carlos Barbosa Moreira:

³⁰ NALLINI, José Renato. *Ética Geral e Profissional*. 4. ed. São Paulo: RT, 2004, p. 95 e 96, nota de rodapé n. 67.

³¹ Idem, p. 95.

A parte, desculpem a redundância, é necessariamente parcial, por isso ela é parte, mas nem por isso fica autorizada a proceder como melhor lhe pareça em quaisquer circunstâncias, sem observar limite algum. A parte tem, segundo a lei processual, o dever de veracidade. Isto está escrito expressamente no art. 14 do nosso CPC. São deveres das partes e de todos aqueles que, de alguma forma, participam do processo.³²

Redunda disso, consoante palavras de Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, que

o comportamento ético dos personagens do processo coloca-se em posição de destaque. Isso por uma razão muito simples: se o processo é composto de pessoas, não só aquelas que formam a relação jurídica processual, mas, também, de tantas outras que contribuem para o seu desenvolvimento, é evidente que o comportamento, o modo como elas atuam, será absolutamente fundamental. Enfim, de nada terá valido o processo, como instrumento de trabalho estatal para realização da justiça, se os personagens do processo não direcionarem as suas atividades para os fins almejados, pois, como afirmava Platão, 'não pode haver justiça sem homens justos'. Daí a importância do aprofundamento do estudo da ética.³³

Nessa vereda, o novo Desembargador carioca Paulo Rangel chega a afirmar, com razão, que

a verdade processual deve ser vista sob um enfoque da ética e não do consenso, pois não pode haver consenso quando há vida e liberdade em jogo, pelo menos enquanto estiver comprometido com o outro como ser igual a nós, por sua diferença. A verdade obtida consensualmente somente terá validade se o for através da ética da alteridade (do latim *alter* 'outro') + -(i)dade: qualidade do que é do outro).³⁴

Certo. Mas, e se a despeito de tudo o que foi exposto, revelar-se do contexto probatório que o réu mente? Que consequências adviriam disso? Nenhuma?

³² Ética e Justiça. Artigo publicado na *Revista da EMERJ* (Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro), v. 8, n. 29, p. 23.

³³ A ética e os personagens do processo. In *Processo Civil – Novas Tendências – Homenagem o Professor Humberto Theodoro Jr.* – Fernando Gonzaga Jayme *et alli* (Coord.). Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 559.

³⁴ *Direito Processual Penal*. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 7.

Poder-se-ia defender a aplicação do art. 14, I, do Código de Processo Civil, inclusive com a aplicação de multa por litigância de má-fé (arts. 17, I; 18 e 35, CPC) em colmatação de hiato do Diploma Processual Penal, tudo com arrimo no art. 3º deste *Codex*. Todavia, alguém poderia questionar, com aparente razão, que a imposição de multa no processo penal dependeria de norma expressa no CPP, tal qual existe nas hipóteses dos arts. 265 e 219 deste Estatuto.

Assim, a razão parece estar com Vladimir Aras, segundo quem as consequências incidirão quando da aplicação da pena, no exame das circunstâncias judiciais do art. 59 do CP pelo Juiz. Confira-se:

Ao proferir a sentença condenatória, o juiz deve averiguar as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal e ali terá ensejo para repreender com mais rigor o réu mendaz, o mentiroso contumaz, o enganador. Esse deve merecer pena-base superior à daquele réu que silencia ou à daquele que sustenta sua versão fática sem recorrer a mentiras escandalosas ou a outras fabulações dolosas. Entre as circunstâncias do art. 59 do CP estão a personalidade do agente e sua conduta social. A mentira pode ser um dado revelador da personalidade distorcida do acusado ou pode ser fator identificador de uma conduta *antissocial*, de modo que, nesses casos, o juiz estará autorizado a fixar a pena-base acima do mínimo legal (CP, art. 59, II).

(...)

Não há defesa realmente ampla sem a possibilidade de o réu silenciar ou de o acusado opor-se à colaboração com a persecução criminal. Todavia, o *privilege against self-incrimination* não faculta ao acusado a mentira, não lhe permite menoscar da seriedade de um julgamento criminal de um julgamento no qual, em regra, estão em jogo direito de terceiros, o direito da vítima à indenização pelo ato ilícito, o direito da família da vítima a uma resposta penal, o direito da sociedade a um julgamento justo e equilibrado e o direito à verdade reparadora dos dramas do crime.

(...) 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 mentira atrapalha ou impede a descoberta da verdade, ao passo que o direito ao silêncio, sempre intangível, é indiferente, porque não causa dano a terceiros, nem prejudica a tarefa probatória do Estado, uma vez que, na ação penal pública, o ônus é sempre do Ministério Público.

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 conseqüências 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 e o direito à justiça.

Nenhuma lei ou princípio constitucional assegura ao acusado o direito de mentir. O Direito caminha de mãos dadas com a Moral. Toda mentira é um desvio ético, mais ou menos reprovável. Moralmente, a mentira tem por fim enganar. Juridicamente, a mentira é reprovável, porque sempre pode prejudicar outrem. Embora tratada como um evento de menor importância por grande parte da doutrina, a mentira processual do acusado não é um indiferente jurídico. Poderá ser um ilícito civil na forma do art. 187 do Código Civil. Poderá também ser um crime.

(...)

De mais a mais, da leitura do art. 5º da Constituição brasileira, não se extrai o direito de mentir. Por igual, entre as garantias judiciais do art. 8º do Pacto de São José da Costa Rica não está essa faculdade de agir qual Pinocchio diante de um juiz simplório. Na Convenção Americana de Direitos Humanos lê-se o direito de silenciar, de não colaborar com a justiça, mas não o de atrapalhar a produção da prova, falseá-la, desviar os esforços do Estado (em prol da vítima e da sociedade) para apuração de ‘estórias’ e contos da carochinha.

Assim, no seu interrogatório, o acusado poderá sempre silenciar, mas não poderá mentir. A mentira não é cabível no interrogatório de mérito, nem no interrogatório de qualificação.³⁵

Tem plena razão o autor. Das garantias constitucionais de ampla defesa e de não produzir prova contra si próprio não resulta a garantia do direito de mentir no decorrer do processo, mesmo porque também é princípio de estatura constitucional o *devido processo legal* que, se conspurcado pela mentira do réu, deixa de ser devido, posto que pode restar comprometida a efetiva tutela jurisdicional. É inadmissível que um mitômano comprometa todo um trabalho desenvolvido pelo Estado, com seus policiais em diligência, pelo Ministério Público com a denún-

³⁵ A mentira do réu e o art. 59 do CP. In *Garantismo Penal Integral – Questões Penais e Processuais, criminalidade moderna e a aplicação do modelo garantista no Brasil*. Bruno Calabrich, Douglas Fischer e Eduardo Pelella (Coord.). Salvador: Jus Podivm, 2010, p. 252 a 255.

cia e pelo Judiciário com o processo – o que custa muito caro –, sob a máscara da ampla defesa. Sim, isto é um *direito* do acusado, mas que não pode ser exercido abusivamente, mesmo porque o *abuso de direito*, na ordem jurídica brasileira, tem natureza de *ato ilícito* (CC, art. 187).

Nesta primeira fase de aplicação da pena, então, pode o Juiz sopear negativamente a circunstância judicial da *personalidade*.

Conquanto se tenha entendido que tal circunstância toca muito mais “aos ramos da psicologia, da psiquiatria, da biologia, do que a ciência do direito, uma vez que se deve mergulhar no interior do agente e buscar se avaliar sua maneira de ser, de agir, de viver, de se apresentar ao mundo exterior”³⁶, não se pode deixar de notar ser possível aferir dos dizeres do réu alguns “elementos da personalidade”, sejam eles “positivos”, como a “franqueza” e a “honestidade”, ou “negativos”, como a “insinceridade” e a “desonestidade”.³⁷

Dessa forma, não se estará infligindo ao réu uma multa pela sua inverdade, à míngua de previsão legal expressa (o que é um raciocínio razoável, mas questionável, face ao precitado art. 3º, do CPP), mas, por outro lado, não se estará fazendo ouvidos moucos à mentira, deixando-a inconsequente. Este parece ser o caminho correto.

5. CONCLUSÃO

O que redundo do exposto é que defesa é uma coisa, silenciar é outra. A defesa engloba o direito ao silêncio, que é uma abstenção, um *não dizer*. Indagado, pode o réu ficar quieto, defendendo-se, sem que isso possa gerar-lhe qualquer presunção de culpabilidade. Porém, mentir, distorcer a verdade, dizer a não verdade, sob o pretexto de se defender, sob o manto do direito de silêncio e de ampla defesa, em prejuízo de todo um trabalho pela procura da verdade, em desprezo pela dor das vítimas (sim, pois o crime faz vítima toda a sociedade) e em total inobservância dos mínimos contornos éticos de que deve cercar-se o processo, é manobra que não pode ser aceita, sob pena de

³⁶ SCHMITT, Ricardo Augusto. *Sentença Penal Condenatória – Aspectos práticos e teóricos à elaboração*. Salvador: Jus Podivm, 2006, p. 40.

³⁷ É o que se lê em NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da Pena*. 3. ed. São Paulo: RT, 2009, p. 187.

se relegar ao limbo todo o manancial deontológico de que deve estar lastreado o processo. Se silêncio e ampla defesa são princípios de envergadura constitucional, também o é o devido processo legal. E não cabe falar devido processo legal, se o mesmo foi cercado de mentira. Aliás, com a mentira, o processo legal deixa de ser devido.

O processo penal, pelo fato de lidar com a liberdade das pessoas, não vai ao ponto de admitir a defesa a qualquer custo. Se a lei resguarda o silêncio, que seja resguardado sepulcralmente *o silêncio!* Contudo, a mentira não pode ser tolerada. Quer o réu se defender sem confessar, que fique silente. Isso não vai e não pode torná-lo culpado. Agora, mentir é que não pode. Melhor dizendo: pode, mas devem incidir severas consequências processuais penais, sob pena de se cancelar fazer do processo um campo sem regras, o que não tem cabimento.

Se o Poder Judiciário ainda é tido como uma reserva moral do Estado, cabe a nós, Juízes de Direito, manter essa bandeira hasteada, inclusive fazendo que, no processo, sejam respeitados padrões éticos mínimos, como a verdade. Advogados e Defensores escrupulosos também devem contribuir para isso, não sendo éticos aqueles que orientam seu cliente mentir.

Enfim, se o processo pudesse ser visto como um jogo, que o fosse como o xadrez, em que se usa a estratégia, mas não como o pôquer, em que o blefe é admitido. A mentira não é estratégia, é blefe, é engodo, é inverdade, é má-fé, antiética, enfim, é inadmissível. E cabe ao Juiz coibi-la com rigor.