

# O GARANTISMO PENAL À LUZ DO PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO DEFICIENTE: ASPECTOS SOBRE A AUSÊNCIA DE COMPROMISSO COM A VERDADE NO SISTEMA PENAL BRASILEIRO

THE CRIMINAL LAW GUARANTEE OF RIGHT TO TRIAL IN ACCORDANCE WITH THE PRINCIPLE OF DEFICIENT PROTECTION: ASPECTS OF THE LACK OF COMMITMENT WITH THE TRUTH IN THE BRAZILIAN CRIMINAL SYSTEM

**Caroline Regina Maresch**

*Especialista em Direito Constitucional, em Gestão e Direito Público, em Investigação, Constituição e Direito de Defesa Promotora de Justiça do Ministério Público de Santa Catarina*

**RESUMO:** Existe atualmente no sistema jurídico brasileiro um descompasso entre o direito de defesa e a ausência de compromisso com a verdade. A não existência do crime de perjúrio tem sido identificada como uma tolerância à mentira no processo penal. Tal abordagem não se coaduna com o que se espera de uma ordem social baseada em valores éticos e morais. Ainda que seja identificada esta lacuna normativa no ordenamento pátrio é possível aplicar o princípio da proteção deficiente ao caso de modo a alcançar o escopo de defesa da coletividade como um todo, ou seja, o exercício da defesa do acusado não pode levar a uma proteção deficiente da sociedade. Deste modo, quando verificado o abuso do direito de defesa, por meio do falso testemunho, é dever do estado atuar positivamente adotando as medidas necessárias para o caso concreto, em todas as esferas de poder, seja fortalecendo os meios de investigação, inovando a legislação ou por meio da interpretação das provas produzidas no processo penal.

**Palavras-chave:** Garantismo. Proporcionalidade. Proteção. Verdade. Perjúrio.

**ABSTRACT:** Nowadays, there is in the Brazilian legal system a mismatch between the defense rights and the lack of commitment with the truth. The nonexistence of the perjury offense has been identified as a kind of tolerance for lies in the criminal proceedings. Such approach does not reconcile with what is expected in a legal order based on ethical and moral values. Even though this normative gap has been identified in the national legal system, it is possible to apply the principle of deficient protection to the case, in order to achieve the scope of defense of community as a whole, that is, the exercise of defense for the defendant can not lead to deficient protection of society. Therefore, when an abuse of the rights of defense is identified, by means of perjury, it is the duty of the state to act positively in order to adopt the necessary measures in the specific case, in all instances of power, by strengthening the investigation methods, or innovating the legislation, as well as by interpreting the evidence produced in the criminal proceedings.

**Keywords:** Guaranteeism. Proportionality. Protection. Truth. Perjury.

## 1 INTRODUÇÃO

Um dos pilares fundamentais da democracia constitucional moderna é o respeito aos direitos fundamentais da pessoa humana, possuindo como referência a teoria garantista, encartada pelo doutrinador Luigi Ferrajoli, a partir da garantia de princípios que buscam frear o arbítrio e o erro estatais.

Contudo, se, por um lado, cabe ao Estado efetivar e defender os direitos individuais da pessoa humana, por outro também é sua responsabilidade identificar o abuso e a má-fé no exercício das garantias previstas constitucionalmente, sob pena de se criar uma proteção insuficiente da ordem social.

Neste contexto, figura em nosso sistema penal o direito ao silêncio, por influência do direito anglo-saxônico, mas não foi definido o crime de perjúrio para o acusado que falte com a verdade, seguindo a tradição inquisitorial ibérica. Tal configuração possibilita ao réu ficar calado, ou, caso queira, mentir. Tal situação tem dificultado o trabalho da acusação, especialmente, considerando a não rara falta de aparelhamento da polícia e dos órgãos encarregados da investigação.

Ao percorrer a doutrina brasileira, perceberemos que é ponto debatido a ausência de compromisso com a verdade frente ao direito à ampla defesa e que, se por um lado, não há tipificação para o crime da mentira, é necessário um esforço conjunto no sentido de buscar um entendimento maior de como proceder e conformar maior segurança jurídica ao sistema criminal brasileiro. Neste aspecto, o princípio da proteção deficiente emerge como uma forma de compatibilizar os direitos e garantias fundamentais, tanto para o acusado quanto para a sociedade em geral. Fundamenta-se na aplicação do princípio da proporcionalidade na efetivação dos direitos fundamentais. Afinal, é proporcional tolerar a mentira como defesa do acusado? O que se pretende, enfim, é demonstrar que os direitos do acusado não podem levar a uma proteção deficiente da sociedade. Se a mentira é tolerada, existe uma desproporção de tratamento, pois a ordem social está comprometida.

## 2 ACERCA DO DIREITO À AMPLA DEFESA

Dentro da normativa constitucional atual, marcada pelos inúmeros direitos colidentes entre si, mas com a mesma proteção jurídica, ganharam força aqueles que consagram a liberdade individual frente ao Estado. Tal prerrogativa,

que se estabeleceu a partir da Revolução Francesa e a Declaração dos Direitos do Homem, tem por princípio estipular garantias e prerrogativas de modo a proteger o indivíduo das arbitrariedades das ações estatais. Neste aspecto, os sistemas jurídicos se desenvolveram de modo a estabelecer limites ao Estado e procurar, via de regra, coibir práticas que não condizem com o estado democrático de direito, como a tortura. Tais limites estruturam-se no que é definido como o direito a defesa consagrado em nossa Constituição Federal de 1988 em seu art. 5, inciso LV nos seguintes termos: "*aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes*".

A ampla defesa é, portanto, o direito que assegura ao réu as condições para trazer ao processo os elementos, a fim de esclarecer a verdade, podendo omitir-se, calar-se ou fazer uso do contraditório. O processo é assim conduzido de maneira dialética por meio da apresentação das diversas versões de um mesmo fato pelas partes litigantes.

Nesse contexto, Ramos (2009, p. 19) defende que os direitos de defesa, tal como o direito ao silêncio, podem eventualmente colidir com valores de interesse social e público, como, por exemplo, o da verdade real, "todavia sempre coincidirá com o caráter ético-político do processo, que visa o correto exercício da função jurisdicional, de modo a pacificar com justiça", deles não se podendo extrair nenhuma consequência negativa.

Vale dizer: quer-se estabelecer uma *imunidade* (e não a garantia da impunidade) dos cidadãos contra a arbitrariedade das proibições e das punições, a defesa dos fracos mediante regras do jogo iguais para todos, a dignidade da pessoa do imputado, e, conseqüentemente, a garantia da sua liberdade, inclusive por meio do respeito à verdade. (FISCHER, 2009, p. 51)

Discorrendo sobre o direito de defesa como garantia constitucional, Grinover *et al* (2009, p. 69) afirmam que a Constituição abarca face e verso da mesma moeda ao estabelecer o princípio da proteção judiciária, que dispõe que a "lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito", pois equaliza os direitos de ação e de defesa.

E mais: dá conteúdo a esses direitos, pois não se limita a permitir o acesso aos tribunais, mas assegura também, ao longo de todo o iter procedimental, aquele conjunto de garantias constitucionais que, de

um lado, tutelam as partes quanto ao exercício de suas faculdades e poderes processuais e, de outro, são indispensáveis ao correto exercício da jurisdição: trata-se das garantias do “devido processo legal” (art. 5º, LIV, da CF) (GRINOVER *et al*, 2009, p. 69).

Seguindo a análise das garantias constitucionais, Grinover *et al* (2009, p. 69) citam que a Constituição assegura aos litigantes e aos acusados em geral o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (art. 5º, LV, da CF), concluindo que existe uma íntima relação e interação da defesa e do contraditório: “[...] porquanto é do contraditório (visto em seu primeiro momento, da informação) que brota o exercício da defesa; mas é essa – como poder correlato ao de ação – que garante o contraditório”.

Ainda, os autores citam as garantias estabelecidas na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, cujo texto foi aprovado em São José da Costa Rica, em 22/11/1969, e que foi ratificado e incorporado no ordenamento nacional pelo Decreto n. 678, de 06/11/1992, que determinou seu integral cumprimento.

[...] reza o art. 8º: “Art. 8º Das garantias judiciais. 1. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza. 2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente a sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: a) direito do acusado de ser assistido gratuitamente por tradutor ou intérprete, se não compreender ou não falar o idioma do juízo ou tribunal; b) comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada; [...] c) concessão ao acusado do tempo e dos meios adequados para preparação de sua defesa; d) direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor; e) direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a lei interna, se o acusado não defender ele próprio nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei; f) direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos; g) direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada; e h) direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior.” (GRINOVER *et al*, 2009, p. 70-71).

Os direitos dos acusados em geral são ainda mais flexíveis, pois “[...] todas as garantias processuais penais da Convenção Americana integram, hoje, o

sistema constitucional brasileiro, tendo o mesmo nível hierárquico das normas inscritas na Lei Maior”, bem como porque “na hipótese de uma ser mais ampla que outra, prevalecerá a que melhor assegure os direitos fundamentais” (GRINOVER *et al*, 2009, p. 71).

## 2.1 DO EXERCÍCIO DO DIREITO DE DEFESA À MENTIRA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

No processo penal, a defesa conforma-se em dois aspectos a serem observados, quais sejam, a defesa técnica e a autodefesa. Sem entrar no mérito da defesa técnica, realizada por meio de profissional habilitado, a autodefesa, segundo Grinover *et al* (2009, p. 73), é assegurada por meio do direito de audiência, ou seja, da possibilidade de o acusado influir sobre a formação do convencimento do juiz mediante o interrogatório, assim como pelo direito de presença, que se manifesta pela oportunidade de tomar o acusado posição, a todo momento, perante as alegações e as provas produzidas, pela imediação com o juiz, as razões e as provas.

Os autores lembram, inclusive, que a lei processual penal confere ao próprio réu, de forma concorrente com a atuação do advogado, a faculdade de postular diretamente ao juiz, como na interposição de recursos e o pedido de revisão criminal.

Pacelli e Fischer (2013, p. 383) corroboram lecionando que o interrogatório, por garantir a possibilidade de o acusado ser ouvido diretamente pelo responsável pela sua sorte, no processo, humaniza o ambiente processual, “apresentando ao réu a oportunidade de influenciar pessoalmente a decisão final”.

Especificamente com relação ao direito de audiência, discorrem os professores (GRINOVER *et al*, 2009, p. 75) que o interrogatório transforma-se de meio de prova para meio de defesa, na medida em que se traduz no instrumento de o acusado expor a sua própria versão das condutas que lhe são imputadas. “Pode constituir *fonte de prova*, mas não *meio de prova*: não está ordenado *ad veritatem quaerendam*”.

E mais: diante da garantia maior do *nemo tenetur se ipsum accusare*, o acusado, sujeito da defesa, não tem obrigação nem dever de fornecer elemento de prova. Por isso, não é razoável exigir-se a cooperação do acusado para a obtenção de quaisquer provas incriminadoras. No Brasil, o STF tem proclamado a inadmissibilidade

de compeli-lo a fornecer material gráfico (HC 77.135-8, rel. Ilmar Galvão, RT 760/542), participar de reprodução simulada dos fatos (HC 69.026-DF, rel. Celso de Mello, DJU 04.09.1992, RTJ 142/855) e também a fornecer os padrões vocais necessários a subsidiar prova pericial de confronto de voz em gravação de escuta telefônica (HC 83.096-RJ, rel. Ellen Gracie, Informativo 330, do STF). (GRINOVER *et al*, 2009, p. 75).

No mesmo sentido é a lição de Tourinho Filho (2008, p. 536), o qual relaciona que é indubitoso que o interrogatório, melhor entendido como uma declaração, é meio de defesa, já que a República Federativa do Brasil tem como fundamento a dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III) e como direitos individuais o de que ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei (CF, art. 5º, II), o de que ninguém será privado da sua liberdade sem o devido processo legal (CF, art. 5º, LIV), ao silêncio (CF, art. 5º, LXIII), além de que não há lei que obrigue o réu a falar a verdade.

Seguindo todo o fundamento constitucional acerca das garantias do acusado, os autores (GRINOVER *et al*, 2009, p. 75) chegam na premissa de que em relação ao interrogatório: “A autoridade estatal não pode dispor dele, mas deve respeitar sua liberdade no sentido de defender-se como melhor entender, falando ou calando-se”, selando a liberdade de consciência do acusado, que também encontra respaldo no art. 5º, inciso LXIII, da Carta Maior de 1988, que estabelece o direito de ser informado de seus direitos, dentre os quais o de permanecer calado.

Com a exigência de informação sobre a faculdade de silenciar, a Constituição confere a esta a roupagem de verdadeiro direito, que há de ser livre e conscientemente exercido. O STF também já considerou inadmissível como prova incriminadora gravação de conversa informal do indiciado com policiais, sublinhando que a falta de advertência sobre o direito ao silêncio faz ilícita a prova que, contra si mesmo, forneça o indiciado ou acusado (STF, HC 80.949-RJ, rel. Sepúlveda Pertence, RTJ 180/1.001). Assim também decidiu o STJ: “caracteriza prova ilícita o depoimento prestado por Delegado de Polícia, relativamente a conversa informal que manteve com o indiciado, na fase inquisitorial” (HC 32.056, rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. 13.04.2004). (GRINOVER *et al*, 2009, p. 76).

Neste contexto, Pacelli e Fischer (2013, p. 383) concluem que “A auto-defesa é exatamente isso: a faculdade ou garantia de participação pessoal do acusado na definição da questão penal, o que, por si só, não pode ser subestimado”. Para os autores, a regra é clara no sentido de que o interrogatório só é

feito diante do juiz do processo, direta e pessoalmente, enquanto que eventuais exceções devem ser suficientemente justificadas. Ainda discorrendo sobre a autodefesa, os autores contextualizam o direito ao silêncio e o *nemo tenetur se detegere*, que encontram respaldo legal no art. 186 do Código de Processo Penal.

O que se tem aqui são duas questões diferentes: deduz-se dali, com efeito, um princípio e um de suas concretizações. *Nemo tenetur se detegere*, que pode ser traduzido como “ninguém é obrigado a se descobrir”, é um aforismo renascido (data do século XVII, no direito inglês) no pós-iluminismo, emblemático de uma era de transformação na teoria do processo e, sobretudo, no âmbito do processo judicial criminal, já no século XIX. O réu, anteriormente tratado como objeto do processo, conquista a posição de parte, sujeito, então, de direitos subjetivos, a partir da compreensão do processo como *relação jurídica*, com atribuição de ânus, faculdades, direitos e deveres aos litigantes. (PACELLI e FISCHER, 2013, p. 389).

Asseveram Pacelli e Fischer (2013, p. 389) que o princípio do *nemo tenetur se detegere* cumpriu relevante missão de proteção à pessoa do acusado, “afirmando a necessidade de respeito aos atributos inerentes à dignidade humana (integridade física, psíquica, inviolabilidades – intimidade, privacidade etc)”. Mas não é só isso. “[...] prestou-se a consolidar os direitos subjetivos dele ao exercício de todas as faculdades processuais permitidas ao órgão acusador”.

Lecionam os autores (2013, p. 390) que o direito ao silêncio, no ordenamento jurídico nacional, tutela a consciência moral daquele que, “pelo fato de correr o risco de uma condenação, se vê compelido a *mentir* em seu favor”. Ou seja, na prática, o acusado que moralmente não consegue mentir a seu favor, possui a garantia constitucional de permanecer em silêncio. Ocorre que os autores fazem uma comparação com o direito norte-americano, no qual se baseou o constituinte de 1988, aduzindo que “uma inquirição bem-feita pelo acusador poderá apresentar aos jurados, não uma versão sobre os  *fatos* em julgamento, mas sobre a  *pessoa* do julgado”.

Adentrando na análise comparativa, Pacelli e Fischer (2013, p. 389) concluem que a Quinta Emenda da constituição americana é uma garantia do acusado ao direito de não depor, “não só de guardar silêncio, mas de não se sentar no banco dos réus, o que poderia ser interpretado como uma  *recusa imotivada* à prestação de esclarecimentos sobre a acusação”. Mas isso é porque no direito anglo americano, “se o réu se dispuser a depor, por vontade própria, será ouvi-

do como *testemunha*, sob o compromisso de dizer a verdade, podendo até vir a responder pelo crime de falso testemunho” (2013, p. 394).

No Direito norte-americano, o acusado tem o direito de permanecer calado, em face do *privilege against self-incrimination*. Mas, se quiser abrir mão desse privilégio, poderá, após o juramento de dizer a verdade e somente a verdade, ser inquirido por seu Defensor (*direct examination*) e, a seguir, pela parte contrária (*cross examination*), como se fosse uma verdadeira testemunha, respondendo por eventual perjúrio (Antônio Magalhães Gomes Filho, *Direito à prova no processo penal*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1997, p. 149) (TOURINHO FILHO, 2008, p. 544).

O que se observa, na prática, é que no Brasil tem sido frequente a intimação de pessoas, sejam elas investigadas ou não, para participarem de investigações, sem que a elas se atribua qualquer condição prévia e específica, tal como ocorre nas Comissões Parlamentares de Inquérito e também em inquéritos policiais, de acordo com os estudos realizados por Pacelli e Fisher (2013, p. 394). Assim, os autores esclarecem que o dever de depoimento e, por consequência, de verdade, “somente abrange as pessoas cujo conhecimento acerca dos fatos seja exterior à responsabilidade penal deles decorrentes”.

Ramos (2009, p. 15) aborda o reiterado entendimento do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que “toda pessoa pode invocar o direito de não produzir prova contra si, mesmo sem acusação formal ou no momento de depoimento na condição de testemunha”, já que para a Corte o privilégio contra a auto-incriminação traduz direito público subjetivo.

Abordando a abrangência do princípio do *nemo tenetur se detegere*, Pacelli e Fischer (2013, p. 401) questionam a existência de um chamado direito à mentira, sobretudo em relação aos fatos e, ainda, porque “pode-se mesmo que o réu elabore qualquer versão em seu favor”, pois “o limite seria o tangenciamento voluntário a direitos alheios, quando ciente da inocência alheia”.

A polêmica sobre a existência de um direito de mentir, como subproduto do direito a não produzir prova contra si mesmo, é discorrida por Ramos (2009, p. 20) que entende como fulcral saber se o acusado, após ter decidido prestar declarações, tem o dever de dizer a verdade, ou pode mentir. “Nesse ponto, é inquestionável a diferença de natureza entre calar a verdade (silêncio) e mentir, não podendo uma ser extraída da outra. Destarte, não há quanto ao direito à mentira a uniformidade que existe referente ao direito ao silêncio”.

Uma coisa é admitir-se a situação de premência pessoal daquele ameaçado pela privação de liberdade; pode-se aceitar o seu comportamento de fuga – sem danos a terceiros – como ato inerente à humanidade intrínseca. Do ponto de vista do Direito, porém, não se cuidará de *direito subjetivo*, mas de ato eventualmente *justificado* pelas circunstâncias (e não pelo Direito). [...] Não se encontra o aludido direito à não auto incriminação em nenhum Tratado Internacional. O que neles se contém é o direito de permanecer em silêncio e a não sofrer ingerências abusivas e ilegais. [...] Esperamos que, no futuro, não se vá reconhecer eventual *direito subjetivo* ao homicídio para fins de evitação da prisão pela prática de outro crime qualquer (PACELLI e FISCHER, 2013, p. 402).

Ferreira (2010, p. 144) relata que a ausência de tipificação para o acusado que falta com a verdade, no sistema jurídico brasileiro, está relacionada à tradição jurídica inquisitorial e à garantia da presunção da inocência, por influência do direito anglo-saxônico. Entretanto, conforme esclarece o autor, “o direito de permanecer calado perde por completo sua função e se torna uma figura anômala, no sistema brasileiro, uma vez que não subsiste o crime de perjúrio ao acusado que faltar com a verdade no processo.”.

Com efeito, não havendo tipificação para a conduta, com respaldo do princípio da reserva legal de status constitucional (art. 5º, XXXIX, e Código Penal, art. 1º), os quais determinam “*nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*”, a mentira do acusado, por não ser proibida, tem-se como permitida. Desta forma, de acordo com o sistema brasileiro, há a possibilidade de o acusado permanecer em silêncio ou, caso queira falar, faltar com a verdade. (FERREIRA, 2010, p. 144).

O Supremo Tribunal Federal, em decisão proferida no julgamento do HC 68929/SP, de relatoria do Ministro Celso de Mello (Brasil, 1991), já analisou que o direito de permanecer em silêncio insere-se no alcance concreto da cláusula constitucional do devido processo legal e que “nesse direito ao silêncio inclui-se até mesmo por implicitude, a prerrogativa de o acusado negar, ainda que falsamente, perante a autoridade policial ou judiciária, a prática da infração penal”. O entendimento já manifestado no Superior Tribunal de Justiça, nos autos do Habeas Corpus 98013/MS, foi ainda mais além, ao assentar que:

HABEAS CORPUS. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. FUNDAMENTAÇÃO. ART. 59 DO CP. INOCORRÊNCIA EM APENAS UMA DAS CIRCUNSTÂNCIAS. ILEGALIDADE.1. É cediço que a pena-base deve ser fixada concreta e fundamentadamente (art.

93, IX, CF), de acordo com as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do delito. **2. O fato do agente mentir acerca da ocorrência delituosa, não assumindo, desta maneira, a prática do crime, está intimamente ligado ao desejo de se defender e, por isso mesmo, não pode representar circunstância a ser valorada negativamente em sua personalidade, porquanto a comprovação de tais fatos cabe a acusação, desobrigando, por conseguinte, que essa mesma comprovação seja corroborada pela defesa.** 4. Ordem parcialmente concedida para reduzir a pena de 15 (quinze) anos de reclusão para 13 (treze) anos e 4 (quatro) meses, a ser cumprida inicialmente em regime fechado. (HC 98.013/MS, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 20/09/2012, DJe 01/10/2012).

O que se observa, portanto, é que o réu possui garantia constitucional de liberdade de manifestação. “Quando do seu interrogatório, se a tanto assentir, o réu poderá dizer o que quiser e o que bem entender, dando aos fatos a versão que lhe parecer melhor, sem que possa cometer o crime de falso testemunho [...] Ele pode até faltar à verdade” (TOURINHO FILHO, 2008, p. 543).

## 2.2 DA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO DEFICIENTE

No Processo Penal, conforme os ensinamentos de Tourinho Filho (2008, p. 17), o juiz não dispõe de meios de se assegurar o império da verdade, limitando-se à obtenção de uma verdade meramente formal, exercendo poderes para coletar dados que lhe possibilitem, na medida do possível, restaurar o acontecimento pretérito que é o crime investigado.

É certo, ademais, que, mesmo na justiça penal, a procura e o encontro da verdade real se fazem com as naturais reservas oriundas da limitação e falibilidade humanas, e, por isso, melhor seria falar de “verdade processual”, ou “verdade forense”, até porque por mais que o Juiz procure fazer a reconstrução histórica do fato objeto do processo, muitas e muitas vezes o material de que ele se vale (ah! as testemunhas...) poderá conduzi-lo a uma “falsa verdade real” (TOURINHO FILHO, 2008, p. 17).

Analisando o distanciamento da produção da verdade no ordenamento jurídico, Ferreira (2010, p. 148) relata que alguns autores, a exemplo, ligados ao movimento garantista no Brasil, utilizam de um discurso no qual não se percebe a prevalência do interesse público sobre o privado.

A prova penal é uma reconstrução histórica; é irrelevante que os fatos sejam incontroversos, e apesar da convergência das partes o

juiz deve sempre pesquisar, com a finalidade de colher a prova que possa fazer-lhe conhecer os fatos reais e verdadeiros. Por isso se diz que no processo penal está em causa não a verdade formal e sim a verdade material. Mas em todos os setores do conhecimento a noção de verdade está constantemente condicionada àquela série de valores que se traduzem pelo método através do qual se desenvolve sua busca. A dicotomia verdade material/verdade formal, que poderia resultar simplesmente imprecisa, mas não provocadora de sérias consequências negativas, transformou-se em algo mais grave, acabando por prejudicar a teoria e prática penais. (GRINOVER *et al*, 2009, p. 123).

Grinover *et al* (2009, p. 123) discorrem que “a descoberta da verdade, obtida de qualquer forma, é a premissa indispensável para alcançar o escopo ‘defesa social’. E é assim que a busca da verdade se transmudou num valor mais precioso do que a proteção da liberdade individual”. Os autores defendem que o termo “verdade material”, para ter validade, deve ser entendido pelo seu sentido correto, sem a influência das partes por seu comportamento processual, sobre o que elas querem que seja entendido como verdade, mas que também não seja obtida a qualquer custo, respeitando-se o devido processo legal.

E esta ausência de compromisso com a verdade, no sistema como um todo, apenas tem dificultado a defesa social, já que “A presunção de inocência exige a absolvição do réu (*in dubio pro reo*) caso a acusação não demonstre cabalmente o alegado” (RAMOS, 2009, p. 13).

Em plena época de expansão do direito penal, há forte reação da doutrina garantista, que quer impor limites às técnicas de investigação do Estado. Um dos limites constitucionais seria a ampliação do conteúdo do direito de não ser obrigado a se autoincriminar. Inicialmente, tal direito confunde-se com o direito ao silêncio. Após, foi estendido, em alguns países, para albergar também falsidades e outras condutas mentirosas dos acusados, que, sob o signo desse direito fundamental, não poderiam ser processados por falso testemunho ou similar. Também foi invocado o privilégio da não autoincriminação para abarcar “o direito a não produzir prova contra si mesmo”, o que permite ao acusado não fornecer dados de identificação *verídicos*, não ser forçado a entregar documentos incriminatórios, não ser forçado a fornecer autógrafos para perícia de grafia ou a participar do reconhecimento de pessoas, entre outros. Além disso, discute-se também hoje a exigência, por algumas legislações, de obrigatoriedade da entrega de amostra de sangue, urina e outros, para fins probatórios (RAMOS, 2009, p. 18).

Para Ramos (2009, p. 22) e à luz dos direitos fundamentais, sob à ótica do princípio da proporcionalidade, cabe ao Estado investir e aparelhar seu corpo

policial e pericial, não podendo suprir suas carências administrativas por meio da imposição de provas auto-incriminadoras, ou seja, obrigar o suposto autor do delito a fornecer prova capaz de levar à caracterização de sua culpa. Por outro lado, “por harmonia no sistema penal, devem as legislações distinguir, quanto aos efeitos processuais, o direito ao silêncio do direito a dar falsas declarações” (RAMOS, 2009, p. 23).

Se determinados benefícios aos réus que contribuem com a verdade são compatíveis com o direito de não se autoincriminar (uma vez que ninguém é coagido pelos benefícios e, sim, estimulados) deve a postura maliciosa e semeadora de falsidades do investigado ou acusado (incluindo falsas imputações a terceiros) ao menos ser levada em consideração na individualização e dosimetria da pena. Entretanto, no caso brasileiro já há precedentes do STF que impõem a desconsideração das declarações falsas para a avaliação da dosimetria da pena, por estarem inseridas no regular exercício de defesa. (RAMOS, 2009, p. 23).

Mas se deve existir uma proporcionalidade, a proteção dos direitos fundamentais dos acusados em geral não pode levar à falsa premissa de que esses direitos se sobrepõem à defesa social. Como exemplo, Ramos (2009, p. 20) cita que “mesmo em sistemas em que o acusado não presta juramento, há doutrinadores que defendem a existência de um *dever de colaboração com a Justiça*”.

Neste aspecto, configura-se o princípio da proteção deficiente, que nada mais é do que a aplicação da proporcionalidade na efetivação do direito à ampla defesa, evitando-se, assim, o que poderia se denominar um “garantismo à brasileira”, em que seria tolerada a mentira. Se, por um lado, não existe a necessidade de compromisso com a verdade subsiste um dever ético de não mentir. E, no caso da ação estatal, se o Estado deve eximir-se de excessos na aplicação da Lei, também deve eximir-se de omitir-se, devendo empregar medidas suficientes de modo a proteger a coletividade como um todo.

Dentro dos estudos de Fischer (2009, p. 47), é estranho ao direito a alternativa verdadeiro/falso, uma vez que, em síntese, não existem verdades apodíticas, mas escolhas mais razoáveis, devendo-se perseguir a resposta que se apresenta como mais razoável. Dentro de sua compreensão integral dos postulados garantistas, “o Estado também deve levar em conta que, na aplicação dos direitos fundamentais (individuais e sociais), há a necessidade de se garantir também ao cidadão a eficiência e a segurança, evitando-se a impunidade” (FISCHER, 2009, p. 54).

Na mesma linha, em percuciente análise do tema ora invocado, Gilmar Mendes já se manifestou de forma abstrata acerca dos direitos fundamentais e dos deveres de proteção, assentando que “os direitos fundamentais não contêm apenas uma proibição de intervenção (...), expressando também um postulado de proteção (...). Haveria, assim, para utilizar uma expressão de Canaris, não apenas uma proibição do excesso (*übermassverbot*), mas também uma proibição de omissão (*untermassverbot*). (FISCHER, 2009, p. 54).

Fischer (2009, p. 61) compreende que não se pode admitir que sejam invocados indevidamente os escólios garantias para a pretensão, ainda que inconsciente, da impunidade, sob pena de se haver uma distorção da realidade, conferindo ao criminoso mais armas para atuar no processo penal. O autor adere à ideia de que o ideal pretendido é o de uma paridade de armas, ou seja, a proporcionalidade entre os direitos colidentes, para que um não fique mais protegido do que o outro.

Se, por um lado, opera para limitar o direito de punir, opera também para legitimar e mesmo impor a proteção de bens jurídicos com nota de sua magnitude. O legislador proíbe a penalização em certas hipóteses, mas também a impõe ou mesmo estabelece limites materiais à despenalização. Vale dizer: o Estado é instado a, sem abandonar as exigências da legalidade formal, promover o bem-estar social de forma harmônica e equilibrada, valendo-se do direito penal, se for o caso. Aí sim, deve-se qualificar o Estado como de Direito, que se legitima a partir do momento em que se move para a solução dos conflitos, proporcionando a todos condições necessárias para o bom convívio, mediante consciência efetiva de direitos, mas também de obrigações (DE SANCTIS, 2009, p. 89).

Para além disso, dentro desta ponderação entre os direitos fundamentais e a concretização do bem-estar social, De Sanctis (2009, p. 91) afirma que a lei é a expressão de um povo e que a atividade de atuação do direito penal deseja a detecção da verdade, já que “a verdade, uma vez detectada permite conhecer e aperfeiçoar a sociedade em que vivemos”.

A proporcionalidade pode ser definida, nas palavras de De Plácido e Silva como “à adequação que deve existir entre a ação e resultado ou entre os valores protegidos pelas normas jurídicas” (SILVA, 2005, p. 1.114).

É critério de interpretação axiológica, quando se põem em confronto valores diversos, devendo o intérprete optar pelo valor de maior densidade ou importância. Denomina-se princípio da proporcionalidade a decorrência do princípio da supremacia da Constituição que tem por objeto a aferição da relação entre o fim e o meio, com

sentido teleológico ou finalístico, reputando arbitrário o ato que não observar que os meios destinados a realizar um fim não são por si mesmos apropriados ou quando a desproporção entre o fim e o fundamento é particularmente manifesta (SILVA, 2005, p. 1.114)

Continua o autor esclarecendo que a proporcionalidade está relacionada com a demonstração de que o exercício de qualquer direito não é absoluto, haja vista que “o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão os que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos” (SILVA, 2005, p. 1.115).

O que deve existir, então, é uma proporcionalidade na proteção dos direitos fundamentais, para que não haja a sobreposição do individual sobre a ordem social. Feldens (2009, p. 234) defende que o dever de proteção se projeta em face do Estado, sob a perspectiva do destinatário, em todas as suas fisionomias de poder.

Com relação ao Poder Legislativo, o dever de proteção compreende uma obrigação de dupla face: “de editar, se ainda não existentes, as disposições penais tendentes a garantir a proteção jurídico-penal constitucionalmente requerida [...] ou de mantê-las, se já existentes, dentro de um limiar mínimo de tutela exigido para a proteção eficiente (FELDENS, 2009, p. 234).

[...] do Poder Executivo se requer uma intervenção em defesa do direito fundamental diante das ameaças fáticas ao seu exercício. Aqui já se poderia falar, inclusive, em direito fundamental dos indivíduos à ação policial para a defesa de seus direitos e liberdades, atividade para a qual a polícia não goza de discricionariedade para agir, um direito que decorrente do próprio direito fundamental em risco, agora associado ao dever expresso de segurança imposto ao Estado para preservação da incolumidade da pessoa (art. 144 da CF). Na hipótese em que verificado o atentado delituoso ao direito fundamental, do Poder Executivo também se exige que imprima a necessária investigação tendente a elucidá-lo; tal dever implica colocar em marcha o aparato estatal de modo a que, dentro de um prazo razoável, sejam oportunizadas as condições para a apreciação da causa pelo Ministério Público e pelo Poder Judiciário (FELDENS, 2009, p. 234).

Já em relação ao Poder Judiciário, cita o autor (2009, p. 234) que o que se requer é “a prestação de uma tutela jurídica efetiva, consistente na apreciação da causa penal em tempo hábil e razoável”, de modo que, em sendo o caso, haja a punição de uma ofensa a um direito fundamental submetida à sua avaliação, pois “o juiz há de ter presente que estão em pauta as dimensões material e pro-

cessual do dever de proteção, como reiteradamente têm assentado os Tribunais Internacionais de Direitos Humanos”.

Enfim, “esse dever estatal de proteção dissipa-se na obrigação do Estado de implementar [...] uma investigação séria e exaustiva, reputando-se ilícita sua omissão no setor” (Feldens, 2009, p. 241), inclusive quanto verificado o abuso do direito, pois é garantia da ordem social que se busque sempre evitar uma resposta insuficiente.

### 3 CONCLUSÃO

Sabendo-se que não existe previsão legal para o crime de perjúrio para o réu, a ausência do compromisso com a verdade no sistema penal brasileiro é frequentemente uma via de entrada para o falso testemunho em juízo, prejudicando a busca da verdade dos acontecimentos.

O que se percebe é que perdura um descompasso entre o sistema criminal brasileiro e a Carta Constitucional, cujos textos são frutos de momentos históricos e paradigmas distintos. O resultado são situações normativas anômalas como esta em que se procura combinar velhos preceitos sob novas roupas: ao abarcar o direito ao silêncio sem tipificar o crime de perjúrio, observa-se antes uma lacuna que uma autorização para mentir.

Nenhum direito ou garantia é absoluto em nosso sistema jurídico, devendo-se buscar uma leitura abrangente antes que uma redução do texto à norma estrita, nisso se baseia a aplicação do princípio da proteção deficiente. Enfim, não é possível que um Estado se construa sobre bases outras que não valores éticos e morais. Cabe ao Estado a adoção de medidas positivas para proteção da sociedade como um todo e se, por um lado, a legislação não previu que seja punido o réu por mentir em juízo, é necessário que se compreenda que não é possível tolerar uma “defesa criminosa”, que junta aos autos documentos falsos, coage testemunhas e cria versões mentirosas para os fatos. É necessário que o estado pratique ações positivas para coibir esses excessos sempre que seja verificada, por meio de provas, a existência de abusos no direito de defesa.

### REFERÊNCIAS

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma) **Habeas Corpus n. 98.013/MS** – Mato Grosso do Sul. Relator: Min. Og Fernandes, 20.9.2012. Disponí-

vel em: < [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=200703107514&dt\\_publicacao=01/10/2012](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200703107514&dt_publicacao=01/10/2012)>. Acesso em: 9 set. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). **Habeas Corpus n. 68929/SP** – São Paulo. Relator: Min. Celso de Mello, 22.10.1991. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28NEGAR+FAL-SAMENTE%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/yxdcw4d7>>. Acesso em: 9 set. 2019.

DE SANCTIS, Fausto Martin. Constituição e regime de liberdades. In: CUNHA, Roberto Sanches. TAQUES, Pedro. GOMES, Luiz Flávio. **Limites Constitucionais da Investigação**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 88-97.

FELDENS, Luciano. O dever estatal de investigar: imposição decorrente dos direitos humanos e fundamentais como imperativos de tutela. In: CUNHA, Roberto Sanches. TAQUES, Pedro. GOMES, Luiz Flávio. **Limites Constitucionais da Investigação**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 222-243.

FERREIRA, Marcos Aurélio Gonçalves Ferreira. A ausência do crime de perjúrio no sistema jurídico brasileiro. **Revista da SJRJ**, Rio de Janeiro, v. 17, n. 29, p. 143-150, dez. 2010.

FISCHER, Douglas. Investigação Criminal pelo Ministério Público: sua determinação pela Constituição brasileira como garantia do investigado e da sociedade. In: CUNHA, Roberto Sanches. TAQUES, Pedro. GOMES, Luiz Flávio. **Limites Constitucionais da Investigação**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 46-71.

GRINOVER, Ada Pellegrini. GOMES FILHO, Antonio Magalhães. FERNANDES, Antonio Scarance. **As nulidades no processo penal**. 11ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

PACELLI, Eugênio. FISCHER, Douglas. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência**. 5ª edição. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2013.

RAMOS, André de Carvalho. Limites ao poder de investigar e o privilégio contra a auto-incriminação à luz do Direito Constitucional e do Direito Internacional

dos Direitos Humanos. In: CUNHA, Roberto Sanches. TAQUES, Pedro. GOMES, Luiz Flávio. **Limites Constitucionais da Investigação**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 9-28.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico** / atualizadores: Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.