

DEVER DA VERDADE VERSUS O DIREITO DE MENTIR.

Moisés Gonçalves de Oliveira¹

Sandresson de Menezes Lopes²

RESUMO

O presente trabalho científico trata acerca do direito ao silêncio, a garantia da não auto-incriminação, Modalidade Probatória e a dosimetria da pena, dentre das garantias constitucionais no direito brasileiro, observada nos códigos. Têm como intuito geral um estudo acerca do conflito em relação ao falso testemunho, e sua relação com os doutrinadores e as jurisprudências. Para tanto, num primeiro momento busca-se trazer algumas noções preliminares sobre o assunto, tais como, conceitos e o que vem a serem Manifestações do direito de permanecer calado e a Proibição da auto-incriminação. Após, objetiva-se fazer uma breve análise acerca dos dispositivos relacionados às normas, dando-se especial enfoque a dosimetria da pena, o que evidencia a existência de uma verdadeira crise.

Palavras-chave: Princípio do Direito ao Silêncio; Interpretação; modalidade probatória.

ABSTRACT

This scientific work is about the right to silence, the ensure no self incrimination, evidential modality and punishment dosimetry. For both, at first seeks to bring some preliminary notions about this theme such as concepts and what comes to be manifestations of right to silence and the ensure no self incrimination. Later, the objective is to make a simple study about devices related to standards, focusing the principle of presumption of innocence. It will also be a jurisprudential study to show how the Judiciary has positions it self related to processes, which shows a real crisis.

Keywords: principle of right to silence; interpretation; evidential modality.

¹Discente do curso de Direito do Centro Universitário do RN – UNI-RN
E-mail: moises_g_o@hotmail.com

²Docente do curso de Direito do Centro Universitário do RN – UNI-RN
E-mail: sandresson1@hotmail.com

1 INTRODUÇÃO

O Direito penal, assim como os demais ramos do Direito, é formado por relações complexas e estruturais. Os vários campos de estudo permitem uma vasta construção de conhecimento e uma grande possibilidade de situações práticas

A conexão desta seara jurídica com a população é inseparável, pois dela depende e com a mesma caminha. Sendo assim, alguns assuntos merecem uma atenção diferenciada dentro dos estudos criminais, seja por impactar fortemente a vida prática da coletividade, seja por proporcionar um crescimento de interpretações. Um exemplo disto é o direito ao silêncio e a auto-incriminação que possui uma aplicabilidade jurisprudencial.

Tais decisões e doutrinas são direcionadas ao preenchimento das lacunas sociais, efetivando as posições e preceitos constitucionalmente defendidos. Tais decisões são realizadas pelas interpretações e uso de diversas partes que omite e reluta contra a verdade, não objetivando, de modo algum colaborar para um direito limpo e justo.

Neste raciocínio há de se convir que três pontos principais devam ser trabalhados para garantir a devida análise do que acima foi descrito: o direito do silêncio, a auto-incriminação, a dosimetria da pena e os supostos entendimentos do direito de mentir.

Sendo desta forma, o tema mostra-se de total relevância para a sociedade, devendo ser discutida de maneira mais ampla e adequada a fim de se contribuir significativamente, equilibrando o entendimento claro a justiça e não o uso ostensivo a pratica de má fé.

Diante do exposto, apresenta-se esta produção. A credibilidade de que a elaboração de uma produção científica deve incidir e contribuir sob diversos ângulos, projetando consequências de ordem acadêmica, práticas e teóricas.

2. DO DIREITO AO SILÊNCIO

Discorrer a respeito do direito do silêncio no ordenamento jurídicos é tarefa árdua e que implica análise e disponibilidade para ampla compreensão. Entretanto, o que faz disto uma necessidade é o fato da comparação com outros direitos internacional, como sempre foi, a mola para certas decisões comparando com as mais variadas dinâmicas sociais

E ainda o disposto no artigo 186 do Código de Processo Penal – CPP:

O "Art. 186. Em seu Parágrafo único. "O silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa. (Incluído pela Lei n. 10.792/03)" é notório que o silêncio não subentende com confissão; o acusado devidamente qualificado e cientificado do inteiro teor da acusação, antes de iniciar o interrogatório, ele será informado pelo juiz do seu direito de permanecer calado e de não responder perguntas que lhe forem formuladas. (Redação dada pela Lei n. 10.792/03).

Parágrafo único. O silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa.

O Juiz deve produzir tantas provas quantas forem necessárias no intuito de esclarecer a "verdade" dos fatos. não devendo se contentar com as provas eventualmente colacionadas pelas partes.

Com isso não defende a produção de provas irrestrita pelas partes ou pelo julgador. Há, por óbvio, consoante afirmam, limites à atividade probatória, como, por exemplo, a vedação às provas ilícitas e a necessidade de respeito à coisa julgada. Do que se conclui que, mesmo para os que advogam em prol da "verdade real", esta não seria um princípio absoluto do processo penal.

Em contra partida do direito civil, a "verdade real" como sendo afinalidade última do processo penal. Para essa doutrina o alcance da verdade dos fatos seria, pois, o escopo principal do processo penal.

O direito ao silêncio amparado em nossa Constituição da Republica Federativa do Brasil CR/88 em seu artigo 5º, inciso LXIII, onde se lê:

o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado.

O princípio da presunção de inocência através da garantia de silenciar-se, não produzindo provas contra si, objetivando a busca da justiça. Tal garantia não permite que provas sejam produzidas de modo ilícito como referido no artigo 5º, inciso LVI da Constituição da Republica

– CR/88. Assim sendo todos tem o direito ao contraditório e à ampla defesa a começar pelo direito de permanecer em silêncio sem que isso lhe impute prejuízos no devido processo legal³.

2.1 Pacto de São José da Costa Rica

Também pode ser observado na Convenção Americana de Direitos Humanos, mais conhecido como *Pacto de São José da Costa Rica*, dispõe em seu artigo 8º, numero 2, letra G que:

2. Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:

g) direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada;

Diante do caso do bicheiro, conhecido por cachoeira, pode se perceber o quanto é divergente os entendimentos a respeito do direito ao silêncio⁴:

Durante da tentativa de depoimento do bicheiro Carlinhos Cachoeira na CPMI que leva seu nome, algumas questões constitucionais interessantes foram suscitadas. O primeiro ponto foi o bicheiro invocar o direito constitucional de não falar, de não responder a perguntas dos parlamentares. Isso causou indignação de deputados e senadores. Com muitíssima razão, chamaram Cachoeira de chefe de quadrilha, sínico, múmia, criminoso etc.

Existe o direito fundamental ao silêncio? Isso é expresso na Constituição? A norma constitucional da qual se extrai esse direito está prevista no art. 5º, LXIII, CF: **o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado.**

³http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=10591

⁴<http://professorfabricioandrade.net/cade-o-direito-fundamental/>

A interpretação dada é bem ampla, porque a norma fala em **o preso**. A rigor, esse direito fundamental seria aplicado apenas no processo penal. A doutrina, a jurisprudência são tranquilas no sentido de alargar a proteção a todos os acusados. A partir desse direito fundamental, cunhou-se a expressão de que **ninguém é obrigado a produzir prova contra si mesmo**. Falam em **princípio da vedação da autoincriminação**. Vê-se, portanto, que essas expressões não constam da Constituição, mas indubitavelmente o direito fundamental ao silêncio ganhou esse contorno. Nesse sentido, segue orientação do STF:

“O privilégio contra a autoincriminação – que é plenamente invocável perante as CPIs – traduz direito público subjetivo assegurado a qualquer pessoa, que, na condição de testemunha, de indiciado ou de réu, deva prestar depoimento perante órgãos do Poder Legislativo, do Poder Executivo ou do Poder Judiciário. O exercício do direito de permanecer em silêncio não autoriza os órgãos estatais a dispensarem qualquer tratamento que implique restrição à esfera jurídica daquele que regularmente invocou essa prerrogativa fundamental. Precedentes. O direito ao silêncio – enquanto poder jurídico reconhecido a qualquer pessoa relativamente a perguntas cujas respostas possam incriminá-la (nemoteneatur se detegere) – impede, quando concretamente exercido, que aquele que o invocou venha, por tal específica razão, a ser preso, ou ameaçado de prisão, pelos agentes ou pelas autoridades do Estado.” (HC 79.812, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 8-11-2000, Plenário, DJ de 16-2-2001.) No mesmo sentido: HC 80.584, Rel. Min. Néri da Silveira, julgamento em 8-3-2001, Plenário, DJ de 6-4-2001.

Quem não se lembra do Marcos Valério, que, ao ser convocado a falar como testemunha na CPI dos Correios, impetrou HC Preventivo no STF, com salvo-conduto deferido, para garantir o seu direito ao silêncio, porque certamente seriam feitas perguntas a ele, não como testemunha, mas como acusado.

Muita gente pode não entender, criticar essa proteção. Mas como já ouvi algumas vezes do ministro Marco Aurélio, do STF, ‘quem vive num estado democrático de direito tem que se sujeitar às normas constitucionais. Quem não gostar disso, que vá viver numa ditadura’. Além disso, deve-se destacar o Pacto de São José da Costa Rica (Convenção Americana sobre Direitos Humanos), tido agora pelo STF como norma supralegal, que traz mais expressamente a norma da proibição da autoincriminação.

3.0 DA GARANTIA DA NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO

À garantia da não autoincriminação, por diversas vezes tem garantido a impunidade de infratores, tal proteção jurídica tendo em vista que, muitas vezes, o acusado tem sido absolvido por falta de provas⁵.

Tal garantia do nemotetur se detegere da proteção ao indivíduo contra diversos abusos cometidos pelo poder estatal durante a fase investigativa e instrutória do processo penal, e intimidando, por isso, contra a esfera privada do acusado, a violências físicas e morais.

Portando, exceções ao nemotetur se detegere são admitidas, já prevista no ordenamento jurídico pátrio a possibilidade do acusado ser adstrito a colaborar na produção de provas invasivas. Tais exceções previstas em nosso ordenamento jurídico fortalecem o entendimento de que nenhum direito fundamental é absoluto, a garantia da não autoincriminação, assim como qualquer outro direito ou valor tutelado pela nossa Constituição, também está sujeita a sofrer restrições que tenham como escopo alcançar a verdade material dos fatos.

Desta feita, constata - se que se o investigado pode ter o seu sigilo bancário e fiscal quebrado, presenciar sua residência sendo invadida por agentes policiais, ter suas conversas telefônicas monitoradas, sofrer revista pessoal e, por que não poderia ver ser retirada de si uma quantia mínima de material genético para fins de investigação? Tendo a clara que o argumento

⁵http://www.esmafe.org.br/web/trabalhos/erica_isabel_dellatorre_andrade.pdf

fortalecido na proteção à garantia da não autoincriminação não cresceu contra a legitimidade das provas de interceptação telefônica e de busca e apreensão, no entanto não há razão para que deste argumento venha a obter êxito neste, na medida de uma simples coleta amostra de material genético não parece demonstrar maiores danos à esfera privada do indivíduo do que aqueles causados quando da produção das provas invasivas já previstas.

3.1A Origem histórica ao direito de não auto-incriminação

o direito de não auto-incriminação tem sua origem muito antiga, no instinto natural de preservação (ou autoconservação). De maneira bastante clara pode-se afirmar que ele nasceu (na era moderna) como refutação (civilizadora) dos horrores gerados pela inquisição (Idade Média), conduzida pelo absolutismo monárquico e pela Igreja, que tinha a rainha das provas, na confissão a prova mais suprema, podendo-se alcançá-la inclusive por meio da tortura. A cultura civilizatória foi se posicionando gradativamente contra as atrocidades do sistema inquisitivo (procedimento secreto, desrespeito ao sistema acusatório, ausência de advogado, obrigatoriedade da confissão etc.),

Objeto de prova o investigado passou a ser sujeito de direitos, presumindo-se em seu benefício a inocência (art. 9º da Declaração dos Direitos do Homem, de 1789). Antes de Beccaria, claros existiram vários antecedentes importantes, merecendo destaque o do juiz inglês Dyer (citado por Jauchen), que concedeu um habeas corpus a um cidadão que havia sido forçado a prestar juramento, que o compelia a se incriminar. No período a inquisição era permitida a tortura e ainda se exigia do suspeito o juramento de que falaria a verdade (conspurcatório), obra do papa Inocêncio III. Na época da República romana o réu não tinha a obrigação de confessar ou de declarar. A mudança começou com o Direito Canônico, que via na confissão arrependimento e expiação (submetimento a uma pena e suplício). Esse cenário sombrio para os direitos fundamentais do acusado (que monopolizou toda a Idade Média) sofreu profundas modificações (ulteriormente) durante os séculos XVII e XVIII. O art. 8º da Declaração dos Direitos de Virgínia (1774), exemplificando, já proclamava que "em todos os processos criminais o acusado não pode ser obrigado a produzir provas contra si mesmo.

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos, aprovada em 22.11.1969, em São José da Costa Rica, no artigo 8º, §2º, g, verbis o mesmo já mencionado, diante do exposto, o princípio que veda a auto-incriminação modernamente encontra-se consagrado nos ordenamentos jurídicos nacionais e internacionais, afastando “as presunções e indícios desfavoráveis à defesa e acrescentou ao interrogatório maiores características defensivas, porque não há mais o ônus, nem o dever de o preso ou o acusado fornecerem elementos de prova

Tais antecedentes legislativos no decorrer da história foi a fonte da V Emenda à Constituição dos Estados Unidos, que consagra o mesmo direito ("ninguém é obrigado no processo criminal a ser testemunha contra si mesmo). A Corte Suprema norte-americana ratificou o direito de não auto-incriminação em 1965 (Caso Griffin vs. California), observando que o acusador não pode se valer do direito ao silêncio para prejudicar o réu.

4 DO PROCEDIMENTO PROBATÓRIO

“Prova” palavra originada do latim proba, de probare que entende-se por demonstrar, reconhecer, formar juízo. Podemos verificar que "prova", é o conjunto de atos praticados pelas partes, por terceiros e até pelo juiz para averiguar a verdade e formar a convicção do magistrado.

Para se provar o fato alegado em processo judicial o direito processual brasileiro existem vários tipos de meios probatórios especificados em seu ordenamento jurídico,.

De maneira indubitável, a instrução probatória é o momento mais importante do processo, com a finalidade, de convencer o juiz da veracidade dos fatos, demonstrando a procedência da acusação ou da defesa, de modo que, para dar cumprimento aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, torna-se imprescindível às partes o direito de produzir provas.

O estado se utiliza do seu ius puniendi, através das práticas de crimes e contravenções penais, com a pretensão punitiva, o Estado só será deduzida em juízo quando se propuser uma Ação Penal que determinará a sanção aplicada em cada caso específico.

Entretanto para que o estado exerça o dever de punir, é essencial que colha o mínimo de elementos probatórios que apontem o acontecimento do fato e de sua autoria. O Inquérito

Policial é o meio mais comum, não sendo exclusivo, conforme se extrai do parágrafo único, do art. 4º, do Código de Processo Penal, uma vez que as autoridades administrativas também poderão, nos casos especificados em lei, exercer a mesma missão da autoridade policial.

No processo penal o direito a prova e o princípio da verdade real tornam a atividade probatória, a qual é mais livre e menos sujeita a limitações do que no processo civil, o princípio da verdade real no processo penal, impõe sempre que se procure conhecer de maneira fiel, possíveis fatos que motivaram a acusação, de forma que a atividade probatória não encontra limites, não sendo aceitável a verdade formal comum ao processo civil. Alguns tipos de provas especificadas, essas são entre outras, confissão, perícias em geral, exame de corpo de delito, acareação, indícios, documentos, reconhecimento de pessoas e coisas e busca, interrogatório do acusado, perguntas ao ofendido, testemunha, e apreensão.

4.1 Notícia Histórica

Os povos primitivos não tinham critérios racionais para a demonstração dos fatos, era as impressões pessoais os meios utilizados. Como também as influências da Religião passaram adotar métodos de apuração da verdade, ainda rudimentares, sempre sob a alegação da proteção divina: o juramento, o duelo e as ordálias. A ultima era conhecida também como julgamento ou juízo de Deus, objetivando a descoberta da verdade, utilizando da imposição aos acusados de meios penosos, até mesmo mortais, a "prova pelo fogo", a "prova das bebidas amargas" etc. já o juramento constitui um meio de prova ainda adotado em vários países. o qual era outra modalidade de prova divina, fundada na crença de que Deus não permitiria que o vencedor litigante que manifestasse um pedido injusto.

Desligando no decorrer do tempo da Religião, a Justiça passou a ser administrada por agentes públicos. Surgiu, o sistema legal, em que as provas tinham seu valor prefixado por lei. A confissão passa a ser a "rainha das provas", permitindo-se a sua obtenção até mesmo com a prática de torturas.

5 DOSIMETRIA DA PENA

Contudo, com base no artigo 59 do Código Penal, nosso objetivo é a análise da dosimetria da pena, realizada pelo Magistrado, particularmente a majoração da pena-base, mediante o panorama da circunstância judicial da personalidade do réu, por ter supostamente mentido em juízo.

O caso de Mizael Bispo de Souza, teve uma grande repercussão, principalmente na decisão do magistrado em relação à dosimetria que aplicou na pena, segundo verificamos na sentença:

A dissimulação reconhecida pelos jurados será analisada na próxima etapa da dosimetria da pena, notadamente como circunstância agravante, à luz do disposto no art. 61, II, “c”, do Código Penal. A propósito: “HC 173608 / RJ – HABEAS CORPUS 2010/0092970-7 – Relator: Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR (1148) - Órgão Julgador: T6 - SEXTA TURMA - Data do Julgamento: 4/9/2012 - Data da Publicação/Fonte: DJ e 17/9/2012 – Ementa: HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO TRIPLAMENTE QUALIFICADO. DOSIMETRIA. PLURALIDADE DE QUALIFICADORAS. UTILIZAÇÃO DE UMA PARA QUALIFICAR O CRIME E DAS OUTRAS PARA EXASPERAR A REPRIMENDA BASE. POSSIBILIDADE. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA (PERSONALIDADE, MOTIVOS, CIRCUNSTÂNCIAS E CONSEQUÊNCIAS DO CRIME). EXISTÊNCIA. QUANTUM DE AUMENTO. DISCRICIONARIEDADE REGRADA DO JULGADOR. PRESERVAÇÃO. NECESSIDADE. MAJORAÇÃO QUE NÃO SE MOSTROU DESPROPORCIONAL OU DESARRAZOADA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL A SER SANADO NA VIA ESTREITA DO WRIT. AUSÊNCIA. 1. Esta Corte Superior de Justiça tem reiteradamente decidido no sentido de ser possível, existindo pluralidade de qualificadoras, a consideração de uma para justificar o tipo penal qualificado e das demais como circunstâncias judiciais ou agravantes da segunda fase da dosimetria da pena. 2. Inexiste constrangimento ilegal na fixação da pena-base quando são levados em consideração elementos concretos dos autos, aptos a justificar a exasperação da reprimenda-base a título de personalidade, motivos, circunstâncias e consequências do crime. 3. É inviável mensurar matematicamente o aumento da pena-base, de forma a se atribuir igual acréscimo de pena para cada circunstância judicial considerada negativa. A lei confere ao julgador certo grau de discricionariedade na análise das circunstâncias judiciais,

devendo ser avaliado se a fundamentação exposta é proporcional e autoriza a fixação da pena-base no patamar escolhido. 4. Ordem denegada”. Ainda: “HC 186733 / MS - HABEAS CORPUS 2010/0181816-6 – Relator: Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR - Órgão Julgador: T6 - SEXTA TURMA - Data do Julgamento: 25/6/2012 - Data da Publicação/Fonte: DJe 6/8/2012 – Ementa: HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO TRIPLAMENTE QUALIFICADO. DOSIMETRIA. PENA-BASE. CULPABILIDADE. ACENTUADA

REPROVABILIDADE DA CONDUTA DELITUOSA PRATICADA. MAUS ANTECEDENTES. CONDENAÇÕES ANTERIORES. DOCUMENTAÇÃO INSUFICIENTE PARA AFASTAR A CONCLUSÃO DAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. MOTIVOS DO CRIME. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. QUALIFICADORA. UTILIZAÇÃO PARA AGRAVAR A PENA-BASE. POSSIBILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. 1. Não há constrangimento ilegal no ponto em que foi realizado o aumento da pena-base em razão da culpabilidade, haja vista a acentuada reprovabilidade da conduta delituosa praticada pelo paciente, bem evidenciada pelo modus operandi empregado no cometimento do delito - tendo em vista o número de tiros desferidos por terceira pessoa, o que representou a vontade de assassiná-la, acertando alguns disparos nas costas. 2. Mostra-se inviável afastar a conclusão acerca de maus antecedentes quando não é trazida à colação cópia da folha de antecedentes penais do paciente, pois fica inviável aferir se, quando do cometimento do delito objeto do presente writ, o acusado não ostentava, de fato, condenação anterior transitada em julgado, geradora de maus antecedentes. 3. Apontados elementos concretos que evidenciam uma maior reprovabilidade nas razões que impulsionaram o paciente a cometer o delito, não há constrangimento ilegal no ponto em que houve a valoração negativa dos motivos do crime. 4. Reconhecida mais de uma qualificadora, uma implica o tipo qualificado, enquanto as demais ou ensejam a exasperação da pena-base, ou são utilizadas para agravar a pena na segunda etapa da dosimetria, quando previstas no art. 61 do Código Penal. 5. Ordem denegada.

6

A decisão utiliza a dosimetria na pena, pelo fato do réu ter mentido em juízo, tal medida esta na interpretação do magistrado, onde o mesmo leva a sua visão no direito EUA e outros países do tronco anglo-saxão, o qual traz a vedação à mentira, o acusado, tem o direito de manter em silêncio, porem mesmo em sua defesa não pode faltar com a verdade.

A dosimetria da pena tem parâmetro para ser obedecido, as orientações estão fixadas no art. 68 do Código Penal, sendo estabelecido o sistema trifásico para o seu cálculo.

O sistema trifásico é subdividido, em 3 fases, a primeira sendo aplicada a pena base, de acordo os critérios definidos no art. 59 do CP, sendo analisado as circunstâncias judiciais nele previstas, podendo ser favorável ou desfavorável ao réu. Já na segunda aplicação da pena

⁶ <http://www.hgcoutoconsultoria.com.br/direito-em-foco/confira-a-%C3%ADntegra-da-senten%C3%A7a-da-condena%C3%A7%C3%A3o-mizael-bispo>

provisória, a examinando-se a incidência, segundo a previsão legal consta dos arts. 61 a 67 do CP. E na última a aplicação da pena definitiva, podendo ser com base no aumento ou de diminuição da pena,

ENTENDIMENTO DOUTRINÁRIO

SANTOS, em artigo publicado na Revista Jurídica, Porto Alegre: Editora Síntese, vol. 288 (out./2001), p. 75-84, conclama que “nenhum artigo de lei diz que as atenuantes não podem reduzir à pena abaixo do mínimo abstrato do tipo incriminador”. No entender do jurista se os diversos dispositivos legais que interferem na dosagem da pena, sejam eles da parte geral ou da parte especial, interferem para alterar os limites máximo e mínimo da pena, porque as atenuantes genéricas, que também são cânones legais interferentes na dosagem da pena, não produziram esse mesmo efeito. Para Santos deve ser aplicado o princípio da tradição multimilenar, que preconiza o entendimento de que onde há a mesma razão de Direito deve vigorar a mesma solução jurídica.

No entender do doutrinador “não há, nenhuma *norma* ou razão juridicamente sustentável que justifique distinguir as atenuantes das causas de diminuição da pena, quanto ao efeito de reduzir o limite mínimo das penas”.

Já para o mestre DAMÁSIO, “Quando fixada no grau mais baixo na primeira fase, as circunstâncias atenuantes não podem trazer a pena aquém do mínimo abstrato”.

Para o eminente jurista ao permitir que as atenuantes reduzam a pena a limites inferiores ao mínimo legal, também há de se admitir, por coerência, que as agravantes a elevem acima do limite máximo abstrato, o que consistiria “golpe mortal” ao princípio da legalidade das penas, no entender de ALBERTO SILVA FRANCO, citado pelo mestre.

No entender de DAMÁSIO, se o Juiz, diante de atenuantes, não for cingido pelos limites legais, o mesmo sucederia em face de circunstâncias agravantes. Suponha-se um crime de homicídio culposo, em que a pena varia de 01 (um) a 03 (três) anos de detenção (CP, art. 121, § 3º), com inúmeras circunstâncias agravantes genéricas. Imagine que o autor comete o crime por inobservância de regra técnica, incidindo uma causa de aumento de um terço da pena (CP, art. 121, § 4º). Ao aceitar a tese em questão, quanto à causa de aumento da pena o Juiz estaria adstrito a um terço, entretanto no tocante às agravantes, não teria limite. Poderia impor qualquer pena acima do máximo abstrato, superior à resultante do aumento de um terço, o que seria um absurdo.

Para o jurista o argumento também se aplica às causas de diminuição, e o julgador poderia aproximar-se da pena zero, já que para a tese contestada não há limites legais. Para PAULO JOSÉ DA COSTA JÚNIOR, também citado por DAMÁSIO, a adoção desse posicionamento "equivaleria a trocar a certeza do direito pelo arbítrio judicial".

Ressalta-se que o entendimento de SANTOS, também é capitaneado pelos juristas: MIGUEL LOEBMANN, AGAPITO MACHADO, LUIZ VICENTE CERNICCHIARO, WEBER MARTINS BATISTA e CARMEN SILVA DE MORAES.

Por outro lado filia-se ao entendimento de DAMÁSIO, os juristas: HELENO CLÁUDIO FRAGOSO, ALBERTO SILVA FRANCO, PAULO JOSÉ DA COSTA JÚNIOR, CELSO DELMANTO, WEBER MARTINS BATISTA, LUIZ RÉGIS PRADO e CÉSAR ROBERTO BITENCOURT.

⁷ http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=5806

5.1 Da aplicação e Fixação da pena

Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

I - as penas aplicáveis dentre as cominadas; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Debate se na academia penal a culpabilidade de fato e a culpabilidade do autor. Pela primeira, segundo a maioria dos doutrinadores, coloca-se a tônica da censurabilidade no fato do agente. E no segundo, a censurabilidade funda-se principalmente na pessoa do agente.

Dando sequencia a concepção de culpabilidade pela conduta de vida: a reprovação da conduta de vida é a reprovação de condutas anteriores atípicas, que o Magistrado considera contrárias à ética (de forma contrária, em outra visão pode ser vista apenas a seus próprios valores subjetivos). Porém a culpabilidade pela conduta de vida é o mais lógico expediente para burlar a vigência absoluta do princípio da reserva, como também entender, segundo Mirabette a culpabilidade em função de uma actio in moral in causa, mediante reprovar os atos mais íntimos do indivíduo.

O individualismo do ser humano integraliza com caráter absolvido mediante a vivência ou condutas anteriores, e pelos elementos herdados, que são a reprovação de algo que é absolutamente esquisito a toda e qualquer conduta de uma pessoa. “O individualismo do

condenado, a reprovação não deve levar em conta fatos atípicos anteriores, e também como critério do artigo 59 do Código Penal, devendo ser considerada à época dos fatos, quando da conduta delituosa, uma mentira posterior ao fato, perpetrada em juízo, em virtude do direito a autodefesa, decorrência do princípio constitucional da plenitude de defesa (vide artigo 5.º XXXVIII alínea “a” da CF), não pode servir de base ao juiz para exacerbar a pena ou, com suporte na personalidade do condenado, fixar a pena-base de modo mais acentuado”.

Constituição Federal de 1988

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.

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

XXXVIII - é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados:

- a)** a plenitude de defesa;
- b)** o sigilo das votações;
- c)** a soberania dos veredictos;

ARTIGO 342 CP: "Fazer afirmação falsa, ou negar ou calar a verdade como testemunha, perito, tradutor, contador ou intérprete em processo judicial, ou administrativo, inquérito policial ou em juízo arbitral:" Pena - Reclusão, de 2 a 4 anos, e multa (Pena com a redação dada pela Lei nº 12.850/13).¹

§ 1º - As penas aumentam-se de um sexto a um terço, se o crime é praticado mediante suborno ou se cometido com o fim de obter prova destinada a produzir efeito em processo penal, ou em processo civil em que for parte entidade da administração pública direta ou indireta.

§ 2º - O fato deixa de ser punível se, antes da sentença no processo em que ocorreu o ilícito, o agente se retrata ou declara a verdade

Mediante aos artigos citados podemos perceber que a “mentira” não pode gerar nenhum efeito gravoso para o réu, no entanto que seja realizada sob o manto da ampla defesa e do direito à não autoincriminação.

Podemos ver em outros países o mesmo direito trazendo em anexo a vedação à mentira, em exemplo temos os EUA e outros países do tronco anglo-saxão, com efeito, nesse sistema jurídico, o acusado, tem o direito de manter em silêncio, no entanto, o querer de manifestação, mesmo que em sua própria defesa, não pode faltar com a verdade.

O direito de não produzir provas contra si mesmo e de não se autoincriminar, não está expressamente previsto na Constituição Federal, entretanto, decorre da interpretação dos seguintes princípios: Presunção de inocência (artigo 5.º LVII);

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

LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

A ampla defesa, que no caso do júri, trata-se de Plenitude de defesa (artigo 5.º XXXVIII alínea “a” e LV); e Direito ao silêncio (artigo 5.º LXIII), todos da CF.

XXXVIII - é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados:

a) a plenitude de defesa;

LV - 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;

LXIII - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado;

6 CONCLUSÃO

Após a elaboração do presente trabalho científico o que se pode depreender são alguns pontos fundamentais: a necessidade de existir, essencialmente, a punição em forma de lei, majorando a pena base a quem mente em juízo, como forma de facilitar aos magistrados a verdade dos fatos, bem como, o incentivo à parte ré, de não ter a sua pena elevada, por mais um comportamento não plausível de sua parte; o visível conflito entre o Direito ao silêncio e seus entendimentos, mais especificamente a falta de punição para quem menti e de certa forma usa de má fé.

A respeito do direito penal como outros ramos do direito Brasileiro, precisa ser mais objetivo, nas redações de suas normas, deixando menos caminhos para o mundo de interpretações ou defesas de má fé.

Quanto ao ponto que se refere ao entrelace entre o Direito ao silêncio e a não autoincriminação, com a mentira, em alguns pontos desse trabalho, ficou claro que, o direito ao silêncio deve ser visto literalmente por sua escrita, sem nenhum tipo de voz para não desfazer a mesma e em relação a não autoincriminação, mediante as veracidades nos fatos, o silêncio é a melhor maneira para quem não tem nada a dizer, em face de sua defesa.

Já fazendo uma relação com o entendimento exposto acima e adentrando no terceiro ponto inicialmente mencionado, o que se pode perceber de forma geral com a elaboração deste trabalho foi que as margens para os entendimentos aplicáveis a pessoa do acusado, vai muito além de uma simples disposição constitucional, e sim, com forma normativo-coercitiva.

Isto, porque tal instituto na circunstância referida possui uma importância social e, não ao acaso, está inserido em texto constitucional por implicar justamente tal importância, já que a

atual Carta Magna demonstra teor extremamente principio lógico e voltado para a promoção de garantias e direitos fundamentais.

Sendo assim, afirma-se que a correlação entre a sociedade e o Direito Penal é indissociável e que apesar dos termos e situações técnicas envolvidos, estes refletem intensamente na sociedade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. Código penal comentado. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BONFIM, Edilson Mougenot. Curso de Processo Penal. 7.ed. – São Paulo: Saraiva, 2012.

DELMANTO, Celso. Código Penal comentado. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

FERRAJOLI, Luigi. Derecho y Razón. Teoria delgarantismo penal. 2.ed. Madri: Trotta, 1997, p. 608. Apud. LOPES, Aury. Direito Processual Penal.9.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LOPES, Aury. Direito Processual Penal. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

NUCCI, Guilherme de Souza. Tribunal do Júri. 3.ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito penal**, volume 1: parte geral. 28ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 580 e 581.

RAIZMAN, Daniel Andrés, Direito Penal 1. 3ª ed. Parte geral. São Paulo: Saraiva, 2010

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, Manual de direito penal brasileiro. São Paulo: Editora RT, 2001.

Disponível em:

http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=3776

Acesso em: 22 mar 2014

Disponível em:

http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=10591

Acesso em: 23 mar 2014

Disponível em:

<http://blogdovladimir.wordpress.com/2012/06/01/o-silencio-a-delacao-e-a-mentira-no-processo-penal/>

Acesso em: 27 mar 2014

Disponível em:

http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8996

Acesso em: 27 mar 2014

Disponível em:

http://www.esmafe.org.br/web/trabalhos/erica_isabel_dellatorre_andrade.pdf

Acesso em: 29 mar 2014

BRASIL, 2014. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm

Acesso em: 29 mar 2014

BRASIL, 2014. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm

Acesso em: 30 mar 2014

http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=5806

Acesso em: 30 mar 2014

<http://www.hgcoutoconsultoria.com.br/direito-em-foco/confira-a-%C3%ADntegra-da-senten%C3%A7a-da-condena%C3%A7%C3%A3o-mizael-bispo>

Acesso em: 29 mar 2014

BRASIL, 2014. Disponível em: