

A AUSÊNCIA DO CRIME DE PERJÚRIO NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO¹

Marco Aurélio Gonçalves Ferreira²

Doutor em Direito - Universidade Gama Filho - RJ

RESUMO: Este artigo tem o objetivo de investigar as razões pelas quais no sistema jurídico brasileiro não se aplica o crime de falso testemunho ao acusado que falta com a verdade no processo. O processo penal brasileiro sofre uma importante influência do sistema inquisitorial. Por esta razão, não há o crime de perjúrio no Brasil. O sistema inquisitorial parte do pressuposto de que o acusado sempre mente, a verdade pertence somente ao juiz e tudo que as partes trazem para o processo é questionável pelo juiz. Nesse sistema, o juiz busca a verdade real tendo poderes de investigação. A confissão é um ponto relevante para o processo inquisitório religioso, mas na religião da pessoa que confessa é alguém que se arrepende por seu comportamento. Assim, se uma pessoa não dizer a verdade já construída pelo juiz no processo penal, pode significar que não se sente arrependido - por conseguinte, está mentindo.

PALAVRAS-CHAVE: Processo. Perjúrio. Verdade. Sistema inquisitório.

1 Introdução

Inicialmente, cabe informar ao leitor que o presente texto tem como premissa metodológica tomar o Direito como um objeto de estudo. Assim, procura, a partir da posição de pesquisador, um distanciamento do seu objeto, no caso, o próprio Direito. Sem se firmar no discurso dogmático que recorrentemente busca formar discípulos de opiniões de determinada autoridade do Direito, ou ainda se tomar adepto desta ou daquela *corrente doutrinária*, conforme o jargão jurídico, o intuito aqui é alcançar uma análise da doutrina de forma que se aproxime mais de uma perspectiva científica, lidando assim com as representações do campo jurídico sobre o tema ora proposto a partir de seus porta-vozes.

A análise do processo penal brasileiro, pelos juristas nacionais de maior consenso - a exemplo, Ada Pellegrini Grinover (2003, p. 45) - como um sistema exclusivamente acusatorial, em oposição ao sistema inquisitorial, sempre se justificou basicamente na ideia da separação das funções de acusar e julgar. No entanto, o estudo do sistema inquisitorial merece maior atenção dos publicistas do Direito brasileiro, pois este é rico em características que não se resumem somente na análise das junções das atividades do órgão acusador com o órgão decisório judicial, como os juristas citados preconizam.

A tradição jurídica brasileira foi construída a partir da forte influência resultante da sua colonização ibérica: na história dos nossos conquistadores, o sistema inquisitorial deixou uma presença significativa.

Ao percorrermos alguns dos pontos determinantes que, segundo João Mendes de Almeida Jr. (1959, p. 228), caracterizam o processo inquisitorial, percebemos as profundas

¹ Enviado em 18/8, aprovado em 27/9, aceito em 25/10/2010.

² E-mail: goncalvesferreira@yahoo.com.br.

marcas que este deixou em nosso processo penal, como uma *inquisitio* antes da *acusatio*; o princípio da busca da verdade real; o livre convencimento do juiz e a livre apreciação das provas; os atos instrutórios do magistrado; a defesa do interesse público em sobreposição ao interesse individual; a confissão como atenuante; o segredo,³ entre outros pontos não menos importantes, mas que não nos cabe nesse pequeno ensaio exauri-los.

Na contramão das características acima, está o *adversarial system* de matriz anglo-saxônica que se caracteriza pela *acusatio* antes da produção de provas, pela preponderância do interesse individual, pela produção da verdade consensual pelas partes e pelo fato de o magistrado agir principalmente como um árbitro entre os litigantes na produção da verdade (NEUBAUER, 1988, p 115).

2 A construção da mentira e sua não tipificação

Traçados esse marcos iniciais, insurge, nesse debate, que a ausência de tipificação para o acusado que falta com a verdade, nos sistema jurídico brasileiro, não se deve a uma simples questão de opinião ou ainda uma escolha pessoal, mas sim a fidelidade que este modelo ainda mantém com a tradição jurídica inquisitorial.

A construção da mentira do acusado no processo, como um injusto penal no sistema anglo-saxão, é reflexo decorrente da garantia conferida ao acusado de permanecer em silêncio, “the right to stay mute” (KANT DE LIMA, 1993, p. 60-73).⁴ Esse direito está diretamente associado à garantia da presunção de inocência. Pelo contrário, caso o acusado resolva falar, poderá sofrer, além da acusação que lhe está sendo imputada, a incriminação da prática do crime de perjúrio.

No sistema jurídico brasileiro, a garantia de permanecer em silêncio, por influência do direito do anglo-saxônico, figura em nossa constituição, onde determina o artigo 5º, 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” (grifo nosso). Contudo, o direito de permanecer calado perde por completo sua função e se torna uma figura anômala, no sistema brasileiro, vez que não subsiste o crime de perjúrio ao acusado que falta com a verdade no processo. Com efeito, não havendo tipificação para a conduta, com respaldo do princípio da reserva legal de *status* constitucional (artigo 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. Dessa forma, de acordo com o sistema brasileiro, há a possibilidade de o acusado permanecer em silêncio ou, caso queria falar, faltar com a verdade.

³ Segredo e sigilo são institutos que não se confundem. O segredo, próprio do sistema inquisitorial, ainda permeia todo o nosso inquérito policial, visto que os atos e diligências que resultam em indícios são produzidos e materializados sem o acompanhamento das partes envolvidas. O sigilo é entendido como a restrição do acesso aos autos do inquérito. Recentemente, o STF editou a Súmula nº 14, na qual determina o acesso do advogado as provas documentadas no inquérito policial. Assim, dispõe: “É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa”. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/PSV_1.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2009. Ressalta-se que tal fato não significa que o inquérito deixou de ser secreto.

⁴ A questão do silêncio é tratada de modo antagônico pelas tradições jurídicas em debate. Assim, na tradição jurídica inquisitorial, semelhante à brasileira, o silêncio do acusado denotava uma presunção de culpa, uma vez que o acusado se recusava a confessar a prática de um crime que o juiz, através de prévia investigação, já conhecia, significava que não estava arrependido de cometer aquele “pecado”, e, assim, era submetido a todo tipo de tortura para que confessasse e, dessa forma, se redimisse perante a Igreja e a comunidade cristã. Ao contrário, na tradição anglo-americana, o silêncio, como já dito, passou a significar uma declaração de não culpabilidade.

Há de se acentuar que, pelo simples fato, de a mentira do acusado não ser proibida no sistema pátrio, não significa que, em sentido técnico, isso seja revertido em um direito do acusado de faltar com a verdade no processo, pois, apesar de não haver tipicidade para esta conduta do acusado, não está o comportamento ausente de antijuridicidade em face do ordenamento jurídico brasileiro, visto que o Código Penal tipifica a conduta da testemunha que falta com a verdade, bem como a falsa perícia (artigo 342). Além do mais, a regra geral do ordenamento jurídico determina que a todo direito objetivo haja um direito subjetivo que assegure seu exercício.⁵ Portanto, se fosse um direito, deveria o sistema jurídico disponibilizar instrumentos legais para assegurar o exercício do direito do acusado de faltar com a verdade, o que, por ser ilícito, torna-se irrealizável.

Questiona-se, então, quais as razões para um ordenamento jurídico comportar a ilicitude da conduta do acusado que falta com a verdade sem, no entanto, considerá-la suscetível de sanção penal retirando desta conduta a tipicidade, elemento essencial do crime? Tal resposta somente pode ser encontrada nas raízes do processo penal brasileiro e sua referência inquisitorial.

O processo da inquisição se divide em partes. Há uma fase extrajudicial “en que se averigua y decide unicamente sobre si hay indicios sólidos y suficientes para invocar a inquisición especial”. Logo em seguida, está a segunda fase, em que na instrução há “alegación de hechos probatórios de delito”. A terceira fase é o fim da inquisição, com a “presentación de todas las actuaciones al Ordinário, acopañadas del voto del inquisidor”. No processo inquisitorial, para a testemunha era exigido o juramento de dizer a verdade; no entanto, a mentira do acusado não era percebida como um delito. Assim determina do direito inquisitorial: “Al imputado em el sumario, lo mismo que al reo em el proceso judicial, no pude el juez imponerle el juramento de decir la verdad (Can. 1744)” (GARCIA BARBERENA; ALONSO MORAN, 1964, p. 676; 680).

A tradição jurídica inquisitorial buscava a todo tempo extrair a confissão do acusado como reconhecimento de uma verdade já previamente construída pelo magistrado. Entretanto, essa confissão não visava a livrar o acusado da sanção, mas sim, que este se arrependesse dos seus pecados para então se redimir perante a igreja e a sua comunidade, (LIMA, 1990, p. 127-128). O procedimento inquisitorial concebia ainda, que, sendo a acusação proveniente de mau querenças ou desafetos ao acusado, cabia, entre os escassos recursos de defesa, invocar as relações pessoais para contraditar o acusador e suas testemunhas.⁶

A não culpabilização do acusado tem seu fundamento no antigo processo inquisitorial, no qual o depoimento voluntário e espontâneo do réu era sempre envolto em desconfiança. Essa desconfiança decorre do fato de que o magistrado, no sistema inquisitorial, ser o único que pode determinar o que será considerado verdade no processo - ou seja, a escolha do que será considerado prova. Essa desconfiança é encontrada no

⁵ Essa premissa esteve presente no Código Civil de 1916, que vigorou até recentemente: “Art. 75. A todo direito corresponde uma ação que o assegura”.

⁶ O tribunal inquisitorial questionava o acusado das razões para apresentar testemunhas para sua contradita. A contradita era um procedimento pelo qual o acusado, sem conhecer o conteúdo das acusações e a identidade dos denunciadores e suas testemunhas, através de adivinhação tentava impugnar seus depoimentos afirmando ser alvo de “malquerenças” e “inimizades”. Assim, para justificar as desavenças, apresentava as suas testemunhas (LIMA, 1990, p. 129-132).

Manual dos Inquisidores, no Capítulo 23 - “Os dez truques do inquisidor para neutralizar os truques dos hereges”:

Quando o inquisidor enfrentar um herege esperto, audacioso, malicioso, que se esquivava das perguntas e desconversa, deve agir da mesma maneira e usar de malícia, a fim de forçar o herege a revelar os erros, convertendo-os em verdade, para que o inquisidor possa dizer como o Apóstolo: “Homem astuto que sou, conquistei-vos pela fraude” (2 Cor 12,16). (DOMINICANO, 1993, p. 123)

A verdade era previamente construída pelo magistrado de forma secreta, sem garantias de defesa ao acusado, e a confissão somente era aceita se coincidissem com a versão contida na mente do juiz. Caso contrário, o acusado estava mentindo e, por conseguinte, não estava arrependido dos seus crimes. A representação da mentira para esse procedimento não significava uma falta, ou um crime contra a administração da justiça, mas a ausência de arrependimento, fator necessário na religião para o perdão dos pecados.

Segundo Harold Berman (1996, p. 184), o foro inquisitorial por vezes não distinguia as concepções de crime e de violação ao preceito religioso. Assim, o processo criminal foi durante longo tempo considerado forma de identificar e punir o pecado. É nesse contexto que a mentira possui a representação associada ao preceito religioso do não arrependimento.

Para o procedimento inquisitorial, a verdade não se encontra nas mãos das partes, ou seja, não é construída a partir dos envolvidos. O sistema inquisitorial funda-se na crença de que somente existe uma verdade pronta e acabada, e para alcançá-la confere-se inclusive poderes instrutores ao juiz, devendo essa verdade ser desvendada por ele, por isso não pode o magistrado se contentar com as provas trazidas pelas partes. No processo inquisitorial, o juiz é o único detentor da interpretação autorizada dos fatos; e a decisão judicial é resultante do seu livre convencimento na apreciação das provas. É por ser o único prolator da verdade que qualquer verdade apresentada é considerada, pelo magistrado, como suspeita, visto que o acusado pode não estar arrependido. Essa visão de constante desconfiança das partes litigantes no processo ainda é presente em nossa dogmática jurídica, conforme se verifica no discurso do autor Fernando da Costa Tourinho Filho quando se refere ao valor probatório das partes:

Acusado e ofendido são sujeitos da relação jurídico-material. Situam-se em polos diferentes. Um pratica a ação delituosa; outro sofre essa mesma ação. *Suas palavras, por conseguinte, por si só, não merecem crédito, dados os interesses em jogo. Grosso modo ambos procuram narrar os fatos a sua maneira, e, assim, suas declarações devem ser aceitas com reservas.* (TOURINHO FILHO, 2005, p. 541, grifo nosso)

Continua o autor, em outra obra de significativa referência para o campo do Direito, na qual discorre sobre a atitude do juiz no processo penal quanto à verdade real, afirmando:

No juízo criminal é diferente. *Não se achando em presença de verdades feitas, de um acontecimento que lhe apresenta reconstruído pelas partes*, está obrigado a procurar por si mesmo essas verdades. (TOURINHO FILHO, 2009, p. 219, grifo nosso).

No mesmo sentido em que expressa a suspeita magistrado em relação às partes, figura o argumento da autora Ada Pelegrini Grinover (1999, p. 71-79), quando justifica os atos instrutórios do magistrado. Afirma para tanto, que não pode o juiz ser “refém das partes”.

O princípio da *verdade consensual*, que se opõe ao da *verdade real*, de matriz oriunda do direito germânico (FOUCAULT, 1999, p. 59-60) atribui às partes a produção de provas, de forma que atendam a regras claras (*exclusionary rules*); e a verdade processual é construída a partir do consenso das partes sobre os fatos. Isso é coerente no Direito anglo-saxão, pois, uma vez que são as partes que constroem a verdade e aceitam as regras de exclusão, é inadmissível que alguém falte com a verdade no processo. Por essa razão, a mentira do acusado é concebida como um delito.

Já o princípio da *verdade real* retira das partes a exclusividade da produção da verdade processual, por ser originário do processo inquisitorial, centraliza no inquérito e no processo judicial uma forma de saber-poder (ibid., 78), conferindo ao juiz o poder decisório sobre as partes e de escolha do que será considerado verdade, dentro dos vários elementos contidos no processo. Esses elementos probatórios apresentam uma ampla variação, pois no sistema inquisitorial, eram orientados pelo princípio de uma verdade absoluta a ser descoberta. Essa quantidade de elementos probatórios inseridos no processo, sem a limitação de regras de admissibilidade, surge num período histórico quando não havia uma ideia de compartimentalização das atividades do homem nas suas distintas normas, sejam religiosas, morais, políticas e econômicas e seus devidos âmbitos de competência (ULLMAN, 1997, p. 18).

A possibilidade de o acusado faltar com a verdade no processo é justificada no Direito brasileiro pela garantia de vedação à autoincriminação, que adentra no ordenamento jurídico nacional a partir do Pacto de São José de Costa Rica. Tal pacto foi concretizado no Decreto nº 678/1992, no qual determina no art. 8º, nº 2, alínea “g”, que “toda pessoa tem o direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada”.

3 A mentira e a vedação à autoincriminação

Alguns juristas da atualidade, como Luiz Flávio Gomes (2010), bem como os precedentes do STF,⁷ associam a mentira do acusado a vedação a autoincriminação. Todavia, não se apresenta razoável a tentativa de buscar uma adaptação à permissão da mentira do acusado, de origem inquisitorial, com a atualidade das normas inspiradas pelos ideais democráticos, como a garantia que veda a autoincriminação do acusado, por dois motivos elementares. Primeiro, porque a garantia da não autoincriminação (*self incrimination*) é derivada do sistema adversário anglo-saxônico.

⁷ Diferentemente do Direito angloamericano, o STF, no HC nº 71.261-4/RJ determinou, no voto do ministro Celso de Mello, que a testemunha pode faltar com a verdade para não se autoincriminar.

Essa garantia é resultante do direito de permanecer calado seguindo a lógica que se coaduna com o delito de perjúrio, inexistente no direito brasileiro. Em segundo lugar, não se apresenta coerente relacionar da mentira do acusado com a vedação à autoincriminação, tendo em vista que tal garantia somente adentra no ordenamento jurídico nacional a partir do Decreto nº 678/1992. No entanto, jamais houve, no sistema jurídico brasileiro, a tipificação para o acusado que falta com a verdade. Por tais motivos, não se apresenta coerente a explicação que fundamenta ausência de tipificação surgir somente séculos depois de sua concretização.

A Constituição brasileira foi inspirada nos ideários construídos a partir do século XVIII que ainda permeiam todas as constituições democráticas atuais, as quais serviram de paradigma para a elaboração da Carta de 1988. O Código de Processo Penal e o Código Penal foram elaborados na década de 1940. Apesar de serem construídos nesta época, o que pode trazer uma ideia de atualidade com os valores revolucionários, o sistema criminal manteve os mesmos princípios e lógicas existentes na Idade Média: um traço marcante é o fato de, apesar da Proclamação da República, em 1889, e a primeira Constituição Federal, de 1891, o sistema penal manteve a mesma estrutura judicial e policial nos padrões do Código Criminal de 1831 (ALMEIDA JR., 1959, p. 220).

O atual Código de Processo Penal carrega fortemente a estrutura de pensamento inquisitorial na formação e concentração do poder, marcado na indisponibilidade das partes sobre o processo, os atos instrutórios do magistrado, a busca de da verdade real, o livre convencimento do juiz e a prevalência do interesse público sobre o individual.

4 Conclusão

Aos poucos, o Direito foi se distanciando da produção da verdade pautada em concepções de cunho religioso, passando a adotar critérios fundados em uma outra racionalidade. O descompasso entre o sistema criminal brasileiro de 1940 e a Carta Constitucional de 1988 dá-se, mormente, pelo fato de que tais sistemas foram construídos em momentos históricos distintos, que comportaram rompimentos de paradigmas, o que incompatibiliza a sua coexistência. Isso é claramente percebido pela ausência de simetria entre o texto constitucional e o texto da codificação criminal brasileira. A não tipificação da mentira do acusado relaciona-se diretamente com as marcas inquisitoriais ainda presentes em nosso sistema jurídico penal e sua fórmula de produção da verdade judicial.

Quando alguns autores, a exemplo, ligados ao movimento garantista no Brasil⁸ buscam a conformidade do atual texto do Código de Processo Penal com a nova Constituição, não se percebe nesses discursos o abandono à estrutura de saber e poder que orienta toda a composição do nosso atual sistema processual, bem como a prevalência do interesse público sobre o individual. Entre outras coisas, isto significa sacrificar o conteúdo literário do código, destituindo o interprete da possibilidade de uma interpretação literal do texto. Como consequência, tal fato produz uma insegurança maior quanto ao conteúdo simbólico e representativo das normas contidas.

⁸V. Aury Lopes Jr. (2009).

Repensar o sistema criminal brasileiro e suas estruturas de pensamento, em uma dimensão crítica, sem o temor e a reverência aos textos e seus autores, é uma opção científica para analisar as categorias jurídicas e seus aspectos assimétricos aos ideários do Estado democrático de direito. o simples esforço de adaptar velhos preceitos a concepções contemporâneas, desconsidera por completo o lastro axiomático dos institutos modernos, violando, assim, as representações e os valores históricos dos antigos institutos e produzindo, na atualidade, uma antinomia que compromete a eficácia, a validade e a legitimidade do Direito.

THE ABSENCE OF THE CRIME OF PERJURY IN BRAZILIAN LEGAL SYSTEM

ABSTRACT: This article has the purpose to investigate the reasons why the Brazilian legal system does not apply the crime of perjury to an accused. The Brazilian criminal process has an important influence from the inquisitorial system, therefore there's no perjury in Brazil. The inquisitorial system presumes that the accused always lies; the truth belongs to the judge and only the judge has the last word and everything that the litigation brings to the process is questionable by the judge. In this system, the judge seeks the real truth and he has investigatory powers. The confession is a relevant point for the inquisitorial process, but in religion the person who confesses is a person who feels sorry about his behavior. Thus if a person doesn't tell *the truth* in the criminal process, it is safe to say that he does not feel sorry, so he lies.

KEYWORDS: Process. Perjury. Truth. Inquisitorial system.

Referências

- ALMEIDA JUNIOR, João Mendes de. *Processo criminal brasileiro*. V. I. São Paulo: Freitas Bastos, 1959.
- ARAÚJO CINTRA, Antônio Carlos de; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2008
- BERMAN, Harold. *A Formación de la tradición jurídica de Occidente*. México: Fondo de Cultura Económica, 1996.
- DOMINICANO, Frei Nicolau Eymerich. *Manual dos Inquisidores*. Brasília: UnB, 1993.
- FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Rio de Janeiro: Nau, 1999.
- GARCIA BARBERENA, Tomas; ALONSO MORAN, Sabino. *Comentarios al Código de Derecho Canónico: Cánones 1.999-2.114*. Madrid: BAC, 1964.
- GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da não autoincriminação: significado, conteúdo, base jurídica e âmbito de incidência*. Disponível em <<http://www.lfg.com.br>>. Acesso em: 26 jan. 2010.
- GONÇALVES FERREIRA, Marco Aurélio. *O Devido Processo Legal: um estudo comparado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

GRINOVER, A. P. A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 27, p. 71-79, 1999.

JARDIM, Afrânio Silva. *Direito Processual Penal: estudos e pareceres*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

KANT DE LIMA, Roberto. *Verdade ou mentira? Uma perspectiva comparada do processo (Brasil/EUA)*. Revista de Direito Alternativo, n. 2. São Paulo, Acadêmica, 1993.

LIMA, Lana Lage da Gama de. *A Confissão pelo avesso: o crime de solicitação no Brasil Colonial*. Tese de Doutorado apresentada ao Departamento de História da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo. 1990.

NEUBAUER, David W. *America's Courts & Criminal Justice System*. Pacific Grove: Brooks; Cole, 1988.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de Processo Penal*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. *Processo Penal*. 3 vol. 31. ed. São Paulo: Saraiva 2009.

ULLMAN, Walter. *Historia del pensamiento político en la Edad Media*. Barcelona: Ariel, 1997.