



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

O PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA NO PROCESSO PENAL: A PERSPECTIVA
ÉTICA DO PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA

Thiago Prates Vieira

Rio de Janeiro
2018

THIAGO PRATES VIEIRA

O PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA NO PROCESSO PENAL: A PERSPECTIVA
ÉTICA DO PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA

Monografia apresentada como exigência para
conclusão do Curso de Pós-Graduação *Lato*
Sensu da Escola da Magistratura do Estado do
Rio de Janeiro.

Orientador:

Prof. Des. Eduardo Mayr

Coorientadora:

Prof^a Néli L.C. Fetzner

Rio de Janeiro
2018

THIAGO PRATES VIEIRA

O PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA NO PROCESSO PENAL: A PERSPECTIVA
ÉTICA DO PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA

Monografia apresentada como exigência para conclusão do
Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola da Magistratura
do Estado do Rio de Janeiro.

Aprovada em ____ de _____ de 2018. Grau atribuído: _____

BANCA EXAMINADORA:

Presidente: Desembargador Cláudio Brandão de Oliveira – Escola da Magistratura do Estado
do Rio de Janeiro-EMERJ.

Convidado: Procurador da República José Maria de Castro Panoeiro – Escola da Magistratura
do Estado do Rio de Janeiro-EMERJ.

Orientador: Desembargador Eduardo Mayr – Escola da Magistratura do Estado do Rio de
Janeiro-EMERJ.

A ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO – EMERJ – NÃO APROVA NEM REPROVA AS OPINIÕES EMITIDAS NESTE TRABALHO, QUE SÃO DE RESPONSABILIDADE EXCLUSIVA DO AUTOR.

Ao meu filho, Álvaro, por não permitir que eu desista.

AGRADECIMENTOS

Ao professor e orientador Eduardo Mayr, pela atenção dispensada em todas as etapas da elaboração do trabalho, pelos debates enriquecedores e pelas lições primorosas.

À professora e coorientadora Néli Fetzner, pela cordialidade que lhe é peculiar, pelo espírito maternal com o qual acolhe os orientandos e pela atenção e carinho com os quais examinou pormenorizadamente cada página do trabalho.

À professora e coorientadora Mônica Areal, pela cortesia, paciência, perfeccionismo e, principalmente, pelos constantes incentivos.

À Escola da Magistratura do Estado de Rio de Janeiro, pela excelência nos âmbitos acadêmico e organizacional.

À minha noiva, Paula, ao meu filho, Álvaro, e aos meus familiares e amigos, por me proporcionarem alegrias que serviram de oxigênio e tornaram mais leve essa jornada.

Aos comandantes, instrutores, pares e subordinados que, ao longo de mais de uma década de carreira militar, mostraram-me que é possível extrair forças de fontes inimagináveis para o cumprimento da missão, por mais difícil que ela seja.

Às milhas navegadas, aos mares revoltos e às situações de crise e perigo, que me revelaram uma coragem que não imaginei que tinha.

A todos que, com os mais singelos gestos e as mais sucintas palavras, me impulsionaram até aqui.

“As armas ensaia,
Penetra na vida:
Pesada ou querida,
Viver é lutar.
Se o duro combate
Os fracos abate,
Aos fortes, aos bravos,
Só pode exaltar.”

Gonçalves Dias

SÍNTESE

Em adesão ao modelo penal garantista, o processo penal brasileiro consagra o princípio da ampla defesa como um instrumento destinado a assegurar que a persecução penal seja desenvolvida com observância à dignidade da pessoa humana, proporcionando ao acusado um conjunto de meios e recursos aptos a desonerar o indivíduo de imputação de fatos tidos como delituosos. Contudo, a dimensão do direito de defesa do réu tem sido interpretado de forma hiperbólica, comprometendo a eficácia da persecução penal e ignorando o dever de boa-fé que é inerente à situação jurídica de parte do processo. O presente trabalho aponta que os direitos decorrentes da ampla defesa não afastam o dever de boa-fé dos integrantes do pólo passivo do processo penal. Analisar-se-á a dimensão da ampla defesa e sua concepção atual no ordenamento jurídico brasileiro, a função do princípio da boa-fé como limitador do abuso do direito de defesa e a repercussão do princípio da boa-fé na atuação do defensor e do acusado ao longo da marcha processual.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
1. O PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA: DIMENSÃO DOS DIREITOS E INFLUÊNCIA NOS DEVERES PROCESSUAIS.....	12
1.1. Da autotutela ao processo judicial: o princípio da necessidade do processo em relação à pena.....	13
1.2. O modelo penal garantista: axiomas processuais e sistema acusatório.....	15
1.3. Breve análise da estrutura principiológica adotada pelo processo penal brasileiro.....	19
1.4. O princípio da ampla defesa e seu alcance.....	27
1.5. O conteúdo do princípio da ampla defesa: a defesa técnica.....	30
1.6. A efetividade da defesa como um dever do defensor.....	33
1.7. A autodefesa.....	36
1.8. A autodefesa negativa e seus reflexos nos deveres do acusado.....	37
2. O PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA E SUA APLICABILIDADE AO PROCESSO PENAL.....	40
2.1. Breves considerações históricas, conceituais e filosóficas da boa-fé.....	40
2.2. Tipologia e instrumentalização da boa-fé.....	45
2.3. Natureza jurídica da boa-fé no direito privado.....	48
2.4. O princípio da boa-fé objetiva como norma fundamental do processo civil	51
2.5. A proteção da boa-fé no processo penal: deveres do órgão de acusação e do juiz ...	56
2.6. Fundamento constitucional do princípio da boa-fé objetiva.....	64
2.7. Unidade, coerência e completude do ordenamento jurídico: a inserção da boa-fé objetiva no processo penal por meio dos mecanismos de integração.....	71
2.8. O necessário juízo de conformação dos efeitos do princípio da boa-fé objetiva com o modelo penal garantista.....	79
2.9. O dever de cooperação ativa na instrução processual e sua incompatibilidade com o <i>nemo tenetur se detegere</i>	81
2.10. As limitações ao exercício abusivo do direito de defesa: institutos decorrentes da boa-fé objetiva compatíveis com o processo penal.....	84
3. AS NULIDADES PROCESSUAIS E O DEVER DE BOA-FÉ DO DEFENSOR.....	91
3.1. A forma como garantia: o princípio da tipicidade dos atos processuais e o sistema de nulidades adotado pelo processo penal brasileiro.....	91
3.2. Tipologia dos vícios e espécies de nulidades no processo penal.....	95
3.3. Momento de arguição das nulidades.....	101
3.4. Vícios processuais e boa-fé objetiva: as nulidades de algibeira no processo civil....	103
3.5. As nulidades de algibeira no processo penal: estratégia processual e violação da boa-fé objetiva.....	106
3.6. O dever de boa-fé do defensor e as consequências jurídicas da arguição tardia de nulidades: responsabilidade administrativa e civil por abuso do direito processual.....	111
4. O FALSEAMENTO DA VERDADE E O DEVER DE BOA-FÉ DO ACUSADO.....	118
4.1. Breve histórico do <i>nemo tenetur se detegere</i>	118
4.2. Conteúdo do <i>nemo tenetur se detegere</i> : direito ao silêncio e inexigibilidade de cooperação ativa nos atos instrutórios.....	121

4.3. (In)exigibilidade de dizer a verdade: o <i>nemo tenetur se detegere</i> abrange o direito de mentir?	125
4.4. Mais que um dever moral: a relevância e a tutela jurídica da verdade	128
4.5. A incompatibilidade do direito de mentir com a boa-fé objetiva: o falseamento da verdade como abuso do direito ao silêncio e à não autoincriminação	136
4.6. Consequências jurídicas da mentira: a criminalização do perjúrio e a consideração do ato abusivo como circunstância judicial desfavorável	143
CONCLUSÃO	152
REFERÊNCIAS	154

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica se propõe a discutir uma perspectiva ética do princípio da ampla defesa no processo penal, a fim de adequá-lo ao princípio da boa-fé objetiva e coibir práticas que constituam abuso do direito de defesa por parte do polo passivo da relação processual.

Para tanto, abordam-se entendimentos doutrinários e jurisprudenciais acerca do tema, com o propósito de traçar um panorama da dimensão dos direitos e deveres do sujeito passivo do processo penal à luz do princípio da ampla defesa, e buscar a adequação desses direitos e deveres com o princípio da boa-fé processual.

O processo penal brasileiro, em decorrência do Estado Democrático de Direito, adotou o modelo penal garantista e, por conseguinte, o sistema processual acusatório, que outorga ao réu diversos instrumentos de efetivação da dignidade da pessoa humana, a fim de conferir-lhe proteção contra atos arbitrários do poder punitivo estatal. Entre essas garantias está a ampla defesa, se revela como o dever do Estado de viabilizar ao acusado mecanismos aptos a se escudar da imputação que lhe foi feita.

Ocorre que, no processo penal, os direitos decorrentes da ampla defesa têm sido interpretados de forma desmedida, sem considerar o dever de boa-fé do pólo passivo da relação processual. A possibilidade de aplicação da boa-fé no processo penal é tema pouco explorado em âmbito doutrinário e jurisprudencial.

Para melhor compreensão do tema, no primeiro capítulo é realizada uma análise panorâmica da principiologia adotada pelo ordenamento processual penal brasileiro e, especificamente no tocante ao princípio da ampla, investiga-se seu alcance, conteúdo e influência nos deveres processuais dos integrantes do pólo passivo da persecução penal.

Segue-se com a análise, no segundo capítulo, do princípio da boa-fé objetiva, notadamente no que concerne a sua origem, seus fundamentos, seus institutos complementares e sua aptidão para produzir deveres para as partes nas diversas searas processuais, em especial para o réu e o defensor no processo penal.

Adotando como premissa o dever de boa-fé do defensor, o terceiro capítulo leva a efeito um exame do sistema de nulidades, com a ponderação entre os interesses da defesa e a efetividade da persecução penal, analisando se o princípio da boa-fé processual tem a capacidade de gerar um sistema de preclusões para a arguição de algumas nulidades.

O quarto capítulo explora os limites da autodefesa, em consonância com o dever de boa-fé do réu, especialmente no que concerne o direito ao silêncio e à não autoincriminação, e verifica a compatibilidade da cláusula geral da boa-fé objetiva com o suposto direito que o réu tem de mentir em interrogatório.

A pesquisa desenvolve-se pelo método dedutivo, uma vez que o pesquisador elege uma regra geral, a qual acredita ser de aplicação viável e adequada nas hipóteses específicas.

Dessa forma, a exploração do objeto da pesquisa jurídica se realiza qualitativamente, na medida em que o pesquisador se vale da bibliografia atinente à temática em foco – legislação, doutrina e jurisprudência – para sustentar a sua tese.

1. O PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA: DIMENSÃO DOS DIREITOS E INFLUÊNCIA NOS DEVERES PROCESSUAIS

Entre os diversos mecanismos de controle social, o Direito Penal se revela como o último recurso a ser empreendido, porquanto se destina a intervir nos conflitos sociais revestidos de especial gravidade. Com efeito, o Direito Penal tem como finalidade a proteção de bens jurídicos politicamente selecionados como essenciais ao convívio em sociedade. Assevera Assis Toledo¹ que “bem jurídico é aquele que esteja a exigir uma proteção especial, no âmbito das normas de direito penal, por se revelarem insuficientes, em relação a ele, as garantias oferecidas pelo ordenamento jurídico, em outras áreas extrapenais”. Em outras palavras, o Direito Penal só é levado a efeito quando se mostram ineficazes outros meios formais de pacificação social, como, v.g., a tutela reparatória do Direito Civil ou o poder de polícia no âmbito administrativo.

Como tal mecanismo de controle é consubstanciado em um conjunto de medidas estatais que implicam consequências na liberdade individual, sobretudo no tocante às penas corporais, a efetivação de tal meio se dá por meio do processo judicial, que se destina a solucionar o caso penal com amplitude investigativa do aspecto fático, limitação às arbitrariedades do poder punitivo do Estado e observância à dignidade do sujeito submetido ao processo.

De outro lado, ao contrário do que ocorre no processo civil, tais mecanismos têm em mira a desigualdade dos sujeitos processuais, procurando dotar o polo passivo da relação processual penal de meios destinados a proporcionar uma paridade substancial entre a acusação e a defesa, de modo a atenuar os efeitos da disparidade entre o Estado acusador e o réu, que é o lado vulnerável da disputa. Diante desse quadro, o processo penal brasileiro é munido de um conjunto de garantias que se prestam a esse propósito, e entre elas está a ampla defesa, que se revela como um complexo de mecanismos colocados à disposição do acusado para que possa se escudar da atividade persecutória do Estado.

Neste capítulo, proceder-se-á à análise da sistemática processual adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro e, no tocante à ampla defesa, averiguar-se-á seu alcance e seus eventuais limites, a fim de investigar quais são os instrumentos colocados à disposição do réu e em que medida esse princípio influencia em seus deveres processuais.

¹ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva: 1994, p. 17.

1.1. Da autotutela ao processo judicial: o princípio da necessidade do processo em relação à pena

A imprescindibilidade do processo para a aplicação da pena traduz a evolução das formas de autotutela adotadas pelas civilizações primitivas – caracterizadas pela ausência de um terceiro imparcial e distinto das partes em conflito e pela precariedade e aleatoriedade decorrentes da imposição da vontade de uma das partes à outra – para a titularidade estatal da resolução de casos penais. Conforme observa Nereu José Giacomolli²:

O processo surgiu como um mecanismo para evitar a vingança feita pelas próprias mãos, para eliminar a autotutela, para impedir a dominação do mais forte, resguardando o sujeito frente ao outro, o grupo social frente a outro grupo social, como veículo para aplicar, de forma racionalizada e alheia aos interesses dos envolvidos, a sanção criminal. Trata-se de uma criação artificial e abstrata, inserida na estruturação política e organizacional do Estado. Insere-se o processo no âmbito da evolução do próprio Estado de Direito, como uma das conquistas da civilização, criado por lei. A força bruta foi substituída pela força polida, a vingança privada foi substituída pela vingança pública, a violência pelas próprias mãos foi canalizada à instituição.

É cediço que são excepcionalmente admissíveis em outros ramos do Direito a autotutela³ e a autocomposição. Contudo, na esfera penal não se admite a vingança privada, na medida em que a pretensão punitiva se refere a interesses dotados de acentuada indisponibilidade, o que torna necessária a sujeição de tais interesses ao crivo judicial. Em que pese a legítima defesa aparentemente apresentar contornos de autotutela, como tal não pode ser enquadrada, pois, como assevera Vicente Greco Filho⁴, “quem detém o poder punitivo penal é sempre o Estado, daí não ser possível conceber, em hipótese alguma, que o indivíduo, ao repelir a agressão injusta, esteja exercendo esse poder punitivo”.

Não se olvida que, no âmbito penal, alguns institutos foram criados com o propósito de tutelar os interesses do sujeito passivo da infração. Merece destaque a representação, que subordina a efetivação da tutela jurídica penal à manifestação de vontade do ofendido, bem como as infrações penais que se procedem mediante queixa, nas quais o *jus puniendi* é exercido por meio da ação penal de iniciativa privada, promovida pelo sujeito passivo da infração. Outrossim, a persecução penal dos crimes de menor potencial ofensivo conceituados pela Lei nº 9.099/95 – Lei dos Juizados Especiais, que é orientada pelos princípios da criticérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade – tem

² GIACOMOLLI, Nereu José. *O Devido Processo Penal*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 351.

³ A título de exemplo, o direito de retenção (arts. 578, 644, 1.219, 1.433, II e 1.434 do Código Civil), o desforço imediato (art. 1.210 do Código Civil) e o penhor legal (art. 1.469 do Código Civil).

⁴ GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 68.

como objetivos, sempre que possível, a reparação dos danos sofridos pelo sujeito passivo da infração e a aplicação de pena não privativa de liberdade, de acordo com o disposto no art. 62. Dando concretude a tais imperativos, a Lei nº 9.099/95 prevê alguns institutos despenalizadores em que o consenso entre as partes pode evitar a instauração do processo ou, pelo menos, impedir seu prosseguimento: a composição dos danos civis culmina na renúncia ao direito de queixa ou de representação, acarretando a extinção da punibilidade (art. 74, parágrafo único); a transação penal viabiliza o imediato cumprimento de pena não privativa de liberdade, evitando-se a instauração do processo (art. 76); e, recebida a denúncia, pode o juiz determinar a suspensão do processo, submetendo o acusado a um período de prova, sob a obrigação de cumprir certas condições e, findo esse período de prova sem revogação, o juiz declarará extinta a punibilidade (art. 89)⁵.

Tais institutos compõem o que parte da doutrina denomina como o fenômeno da privatização do Direito Penal, que visa a priorizar os interesses do sujeito passivo da infração. Esclarece Ulfrid Neumann⁶ que, “recentemente, a introdução da relação autor-vítima-reparação no sistema de sanções penais nos conduz a um modelo de 'três vias', onde a reparação surge como uma terceira função da pena conjuntamente com a retribuição e a prevenção”.

Observa-se, todavia, que nenhum dos institutos mencionados retira o caráter jurisdicional da persecução penal. O direito de representação tem como fundamento a preservação de direitos da personalidade do ofendido, conferindo a ele o juízo de conveniência e oportunidade para a deflagração da persecução penal, na medida em que pode ser preferível ao sujeito passivo da infração suportar a lesão sofrida a ter o episódio exposto por meio do processo judicial público. Na ação privada, por seu turno, conforme destaca Cezar Roberto Bitencourt⁷, “o que se permite ao particular é tão somente a iniciativa da ação, a legitimidade para movimentar a máquina judiciária, e nos estreitos limites do devido processo legal, que é de natureza pública”. Ademais, no tocante aos institutos previstos na Lei dos Juizados Especiais, há de se observar que as medidas de despenalização e autocomposição são submetidas ao crivo judicial, não podendo ser efetivadas fora do processo.

⁵ BRASIL. *Lei nº 9.099, 26 de setembro de 1995*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm>. Acesso em: 16 set. 2017

⁶ NEUMANN apud GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte geral*. 18. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2016, p. 12.

⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. 13. ed. V. 1. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 713.

A preocupação em repelir a autotutela levou o legislador a definir como crime a atuação pessoal, ainda que o indivíduo tenha razão. O art. 345 do Código Penal, que tipifica o crime de exercício arbitrário das próprias razões, comina uma pena de quinze dias a um mês de detenção a quem fizer justiça pelas próprias mãos para satisfazer pretensão legítima, salvo permissivo legal⁸.

Diante do exposto, o processo revela-se como meio indispensável para a imposição da pena ao indivíduo. O Estado, por meio de seu órgão de acusação, necessita do processo para prestar a tutela jurisdicional criminal efetiva. Não é dado ao sujeito passivo de um crime o direito de aplicar e executar uma pena, como ocorre no penhor legal, em que o hospedeiro pode reter as bagagens dos fregueses em razão do inadimplemento da contraprestação pelos serviços de hospedaria. Cuida-se do princípio da necessidade do processo em relação à pena que, no entendimento de Aury Lopes Jr.⁹:

[...] a exclusividade dos tribunais em matéria penal deve ser analisada em conjunto com a exclusividade processual, pois, o mesmo tempo que o Estado prevê que só os tribunais podem declarar o delito e impor a pena, também prevê a imprescindibilidade de que essa pena venha por meio do devido processo penal. Ou seja, cumpre aos juízes e tribunais declararem o delito e determinar a pena proporcional aplicável, e essa operação deve necessariamente percorrer o leito do processo penal válido com todas as garantias constitucionalmente estabelecidas para o acusado.

O processo penal, além de legitimar a aplicação da pena em função do monopólio estatal da jurisdição, constitui instrumento de efetivação das garantias constitucionais, uma vez que assegura ao acusado os mecanismos de proteção contra atos arbitrários decorrentes do poder punitivo do Estado. Nesse contexto, com inspiração no modelo penal garantista e no sistema processual penal acusatório, a Constituição de 1988 previu um conjunto de garantias para o processo penal, e entre elas está a ampla defesa, sobre a qual será realizada a análise de seus alcance e a delimitação de seu conteúdo.

1.2. O modelo penal garantista: axiomas processuais e sistema acusatório

Cunhado em moldes iluministas e liberais, o modelo garantista – cujo marco teórico é a obra *Direito e Razão*, de Luigi Ferrajoli – constitui um sistema amplo de tutela dos direitos fundamentais em contraposição a modelos autoritários, materializados pelo monopólio estatal da aplicação da pena, pela imprescindibilidade de prévio processo judicial

⁸ BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 10 set. 2017.

⁹ LOPES JR., Aury. *Introdução crítica ao processo penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2006, p. 5.

para sua aplicação e pela existência de uma série de mecanismos e limites aptos a coibir os abusos eventualmente praticados por parte do Estado por ocasião da persecução penal. Mais que um conjunto de garantias, trata-se de um verdadeiro postulado hermenêutico, composto por uma ampla fundamentação jusfilosófica sobre as funções e limites do Direito Penal e do Direito Processual Penal.

Com o propósito de delinear uma teoria geral do garantismo, Ferrajoli oferece três acepções para o sistema. A primeira designa um modelo normativo de direito caracterizado pela estrita legalidade, que se traduz epistemologicamente em um sistema cognitivo, ou de poder mínimo, em contraposição a decisionismos característicos de sistemas autoritários. Politicamente, configura-se esse modelo normativo como uma técnica de tutela idônea a minimizar a violência e a máxima liberdade e, juridicamente, como um sistema de vínculos impostos à função punitiva do Estado com observância dos direitos individuais¹⁰.

A segunda acepção ressalta a distinção entre validade e vigência da norma jurídica, buscando-se os fundamentos do modelo penal garantista no sistema de hierarquia normativa próprio do Estado Constitucional de Direito. Para além do formalismo puro, as normas jurídicas, além de vigentes, devem ser materialmente válidas, e o critério de aferição da validade é a conformação com as normas constitucionais, o que o autor chama de legalidade estrita. Para Ferrajoli¹¹, “a legalidade estrita ou taxatividade dos conteúdos, tal como resulta de sua conformidade para as demais garantias, por hipótese de hierarquia constitucional, é, ao revés, uma condição de validade ou de legitimidade das leis vigentes”. Dessa forma, considerando que a Constituição garante um conjunto de direitos fundamentais, estes não poderão ser afetados por normas hierarquicamente inferiores, o que impede o legislador infraconstitucional de criminalizar condutas não proibidas ou fomentadas pela Constituição, que é o fundamento de validade de todo o ordenamento jurídico.

A terceira acepção do garantismo traduz uma filosofia política que impõe ao Direito e ao Estado o encargo da justificação externa, em consonância com os interesses e bens jurídicos cuja tutela compõe a finalidade de ambos – Direito e Estado. Trata-se da distinção entre ponto de vista externo – ético-político – e o ponto de vista interno – jurídico – ou, nas palavras de Ferrajoli¹², “pressupõe a doutrina laica da separação entre direito e moral, entre validade e justiça, entre ponto de vista interno e ponto de vista externo na valoração do ordenamento, ou mesmo entre o ‘ser’ e o ‘dever ser’ do direito”.

¹⁰ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Tradução Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 684.

¹¹ *Ibid.*, p. 76.

¹² *Ibid.*, p. 685.

Ferrajoli destaca o papel da magistratura como crucial para a realização do modelo garantista, ao propor a superação da concepção tradicional do juiz *bouche de la loi*¹³ e a caracterização do magistrado como um guardião dos direitos fundamentais, apto a afastar a aplicação de uma norma infraconstitucional que não encontrar compatibilidade material com a Lei Maior. Esclarece o autor¹⁴ que, em superação ao velho paradigma positivista, no modelo constitucional garantista “a validade já não é um dogma associado à mera existência formal da lei, senão uma qualidade contingente da mesma ligada à coerência de seus significados com a Constituição, coerência mais ou menos opinável e sempre remetida à valoração do juiz”.

Outra vertente da concretude é dotar o juiz de garantias e independência suficientes para decidir em conformidade com o resultado da investigação fático-probatória produzida no processo e com observância as garantias do acusado, mesmo correndo o risco do desagrado à opinião pública. Nesse sentido, adverte Ferrajoli¹⁵ que:

não se pode punir um cidadão só porque isso satisfaz a vontade ou o interesse da maioria. Nenhuma maioria, ainda que esmagadora, pode tornar legítima a condenação de um inocente ou sanar um erro cometido em prejuízo de um cidadão, único que seja. E nenhum consenso político - do parlamento, da imprensa, dos partidos ou da opinião pública - pode suprir a prova ausente em uma hipótese acusatória. Em um sistema penal garantista o consenso majoritário ou a investidura representativa do juiz não acrescenta nada à legitimidade da jurisdição, uma vez que nem a vontade ou o interesse geral e tampouco nenhum outro princípio de autoridade podem tornar verdadeiro aquilo que é falso ou vice-versa.

Para Ferrajoli, o sistema ideal do modelo garantista tem sua base estrutural composta por onze princípios que formam o plexo do sistema de legitimidade da sanção penal: pena, delito, lei, necessidade, ofensa, ação, culpabilidade, jurisdição, acusação, prova e defesa. A observância de cada um deles em um encadeamento sucessivo é imperiosa, haja vista que a falta de qualquer deles implica na ausência de justificação para a imposição da punição estatal.

Excluindo a pena do rol de garantias, pois se trata tão somente de uma possibilidade ao fim do processo, os princípios, quando abordados sob a ótica da relação de cada um deles como o posterior, formam o que Ferrajoli chama de axiomas garantistas, que, para o autor, constituem proposições prescritivas do que deve ocorrer, enunciando as condições que um sistema penal deva satisfazer em adesão aos seus princípios normativos internos e/ou a

¹³ A expressão *bouche de la loi* – boca da lei – foi muito utilizada na França após a Revolução Francesa (1789), em virtude de atitudes questionadoras e extrapolação de competências adotadas por magistrados franceses em face do rei Luís XVI. Trata-se de um imperativo funcional que limita o uso das técnicas hermenêuticas, no sentido de que deveriam apenas aplicar, da forma mais mecânica possível, as leis editadas pelo Legislativo.

¹⁴ FERRAJOLI apud GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*: parte geral. 18. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2016, p. 9.

¹⁵ FERRAJOLI, op. cit., p. 437.

parâmetros de justificação externa¹⁶. Trata-se de preceitos deontológicos que compõem o modelo penal garantista ideal.

Os axiomas aplicáveis ao Direito Penal são: *nulla poena sine crimine*, que corresponde ao princípio da retributividade ou da consequencialidade da pena em relação ao delito, por meio do qual somente será possível a imposição de pena quando houver a prática de uma infração penal; *nullum crimen sine lege*, que se traduz no princípio da legalidade, do qual decorre a necessidade de prévia criminalização legislativa da conduta; *nulla lex poenalis sine necessitate*, correspondente ao princípio da necessidade ou da economia do Direito Penal, ligado ao Direito Penal mínimo, que estatui que a lei penal só poderá proibir ou impor comportamentos se houver necessidade de proteger determinados bens, considerados fundamentais ao convívio em sociedade; *nulla necessitas sine injuria*, consubstanciado no princípio da lesividade ou da ofensividade, que exorta que condutas tipificadas pela lei penal devem ultrapassar a pessoa do agente; *nulla injuria sine actione*, conhecido como o princípio da materialidade ou da exterioridade da ação, que enuncia que os comportamentos proibidos devem ser exteriorizados mediante uma ação; e *nulla actio sine culpa*, que é o princípio da culpabilidade ou da responsabilidade pessoal, entendido como a decisão prévia e consciente da vontade de agir, de compreender o caráter ilícito do que se está a cogitar e de proceder, consoante essa compreensão, em face de uma norma penal incriminadora.

Noutro giro, os axiomas que repercutem na esfera processual penal são: *nulla culpa sine iudicio*, traduzido no princípio da jurisdicionalidade, que determina a presença de um juiz imparcial e competente para o julgamento da causa; *nullum iudicium sine accusatione*, que é o princípio acusatório, consubstanciado na necessidade de um órgão de acusação que não se confunda com o órgão jurisdicional; *nulla accusatio sine probatione*, correspondente ao princípio do ônus da prova ou da verificação, que coloca a cargo do órgão de acusação o ônus probatório; e *nulla probatio sine defensione*, que corresponde ao princípio do contraditório, que confere ao acusado os direitos de informação e reação, devendo ser-lhe assegurada a ampla defesa, com todos os meios e recursos a ela inerentes.

Os axiomas processuais do garantismo penal sinalizam a necessidade da adoção pelo ordenamento jurídico de um sistema processual acusatório, uma vez que o sistema inquisitorial se revela incompatível com conjunto principiológico adotado pelo modelo garantista.

¹⁶ Ibid., p. 74.

O sistema inquisitorial tem sua gênese nos regimes monárquicos europeus do século XII, em substituição gradativa ao acusatório privado predominante no Império Romano, cuja transformação ocorreu paulatinamente até o Século XIV¹⁷. O sistema é caracterizado pela concentração das funções de acusar, defender e julgar e um único órgão – o juiz inquisidor –, pela inexistência de contraditório – a concentração de funções em uma mesma pessoa inviabiliza a contraposição entre a acusação e a defesa – pela titularidade do juiz na gestão e na iniciativa probatória – o que revela a parcialidade do julgador –, pelo sigilo dos atos processuais e pelo regime da prova tarifada, que eleva a confissão à qualidade de rainha das provas.

O sistema acusatório, por sua vez, encontra similitude com os ditames do modelo garantista, porquanto tem como característica principal a presença de partes distintas, contrapondo-se acusação e defesa em igualdade de condições, e distinguindo-se as atividades de acusar e julgar, em consagração ao *nulla culpa sine iudicio* e ao *nulla probatio sine defensione*. Outrossim, o sistema acusatório é marcado pela titularidade da iniciativa probatória nas mãos das partes – que guarda compatibilidade com o *nulla accusatio sine probatione* –, tendo em vista que afasta o juiz da gestão probatória e, por conseguinte, reforça a estrutura dialética do processo e a imparcialidade do julgador. Não obstante, o processo acusatório prima pela observância ao contraditório e pela possibilidade de resistência – *nulla probatio sine defensione*. Destarte, as demais características inerentes ao sistema acusatório, como a oralidade, a publicidade e o livre convencimento motivado reforçam a necessidade de adoção do processo acusatório para que sejam consagrados os valores do modelo penal garantista.

1.3. Breve análise da estrutura principiológica adotada pelo processo penal brasileiro

Em clara adesão ao modelo penal garantista e, por conseguinte, ao sistema processual acusatório, a configuração normativa traçada pela Constituição de 1988 elencou um amplo catálogo de direitos e garantias processuais, como o propósito de compatibilizar a pretensão punitiva do Estado com os direitos individuais dos acusados.

¹⁷ Relata Aury Lopes Jr. que, “no transcurso do século XIII foi instituído o Tribunal da Inquisição ou Santo Ofício, para reprimir a heresia e tudo que fosse contrário ou que pudesse criar dúvidas acerca dos Mandamentos da Igreja Católica. Inicialmente, eram recrutados os fiéis mais íntegros para que, sob juramento, se comprometessem a comunicar as desordens e manifestações contrárias aos ditames eclesiásticos que tivessem conhecimento. Posteriormente, foram estabelecidas as comissões mistas, encarregadas de investigar e seguir o procedimento” (LOPES JR., op. cit., p. 168).

É corriqueira no âmbito doutrinário a afirmação de que a CRFB/88 se perfilhou a um sistema processual misto, ou seja, dotado de características acusatórias e inquisitoriais. Um dos argumentos é a existência do inquérito policial em uma fase prévia ao processo judicial, que possui atributos destoantes do modelo acusatório, como sigilo, ausência de contraditório e de ampla defesa, procedimento eminentemente escrito, entre outros. Assevera Nucci¹⁸ que, se fosse “verdadeiro e genuinamente acusatório o nosso sistema, não se poderia levar em conta, para qualquer efeito, as provas colhidas na fase inquisitiva, o que não ocorre em nosso processo na esfera criminal”.

Contudo, o fato de a persecução penal contar com uma fase prévia desprovida de algumas garantias constitucionais não é suficiente para desqualificar o processo penal pátrio como acusatório, haja vista que tal procedimento preliminar não afasta o respeito ao investigado e a seus direitos fundamentais, o qual sempre poderá valer-se da proteção judicial em caso de lesão ou ameaça a direito, em consonância com o art. 5º, inciso XXXV da Constituição¹⁹.

A par disso, o destinatário do inquérito policial é o titular da ação penal, e seu objetivo é a reunião de subsídios para a formação da *opinio delicti*, não podendo o juiz proferir sentença condenatória com base exclusivamente nos elementos de informação colhidos na investigação, nos termos do art. 155, caput do Código de Processo Penal (CPP)²⁰.

Ademais, não se pode perder de vista que o inquérito policial é um procedimento administrativo, e nele ainda não há o exercício efetivo de pretensão acusatória. Adverte Pacelli²¹ que “a definição de um sistema processual há de limitar-se ao exame do processo, isto é, da atuação do juiz no curso do processo. E porque, decididamente, inquérito policial não é processo, misto não será o sistema processual, ao menos sob tal fundamentação”.

Outro argumento utilizado pela corrente doutrinária que defende que o Brasil adotou o sistema misto é a possibilidade que juiz tem de determinar a produção de provas de ofício, conforme se extrai da redação do art. 156 do CPP²² e de seus incisos, com a redação dada pela Lei nº 11.960/2008. Para essa linha de entendimento, tal possibilidade se coadunaria com uma

¹⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 114.

¹⁹ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 16 set. 2017.

²⁰ Id. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 20 set. 2017.

²¹ PACELLI, Eugênio. *Curso de processo penal*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 14.

²² BRASIL, op. cit., nota 20.

das características do sistema inquisitivo, que é a gestão probatória nas mãos do julgador. Nesse sentido sustenta Geraldo Prado²³ que:

o juiz é o destinatário da prova e, sem dúvida alguma, sujeito do conhecimento. Quando, porém, se dedica a produzir provas de ofício se coloca como ativo sujeito do conhecimento a empreender tarefa que não é neutra, pois sempre deduzirá a hipótese que pela prova pretenderá ver confirmada. Como as hipóteses do processo penal são duas: há crime e o réu é responsável ou isso não é verdade, a prova produzida de ofício visará confirmar uma das duas hipóteses e colocará o juiz, antecipadamente, ligado à hipótese que pretende comprovar.

Um ponto relevante a ser considerado é que o CPP foi edificado em estruturas antidemocráticas, influenciado pelo modelo fascista que vigia na Itália à época de sua elaboração, tendo entrado em vigor em época obscura para as liberdades públicas no país – 1º de janeiro de 1942 –, em pleno Estado Novo. Malgrado o art. 156 do CPP²⁴ ter sido alterado por uma lei relativamente recente, editada na vigência da Constituição de 1988 – Lei nº 11.960/2008²⁵ –, a possibilidade de o juiz determinar a produção de provas sem provocação do órgão acusador deve ser lida em observância à separação de funções, premissa fundamental do sistema acusatório.

Com efeito, não se pode admitir que o juiz determine a produção de provas *ex officio* na fase investigatória, uma vez que as atribuições destinadas à colheita de elementos de informações são conferidas pela Carta da República²⁶ ao Ministério Público e às Polícias Federal e Civil, conforme se depreende dos artigos 129, I e VIII e § 2º e 144, § 1º, I e IV, e § 4º. O Supremo Tribunal Federal já teve a oportunidade de declarar a inconstitucionalidade do art. 3º da revogada Lei nº 9.034/95, que outorgava poderes ao juiz poderes para determinar pessoalmente a realização de diligências destinadas à obtenção de elementos informativos relativos a organizações criminosas, sem auxílio da Polícia Judiciária e do Ministério Público²⁷.

Todavia, na fase judicial, admite-se a iniciativa probatória do magistrado de forma subsidiária, porquanto a eliminação de uma dúvida sobre um ponto relevante encontra compatibilidade com o sistema acusatório. Quando o juiz atua de forma supletiva, não se substituindo às partes, mas com o único propósito de esclarecer um aspecto fático cuja incerteza impossibilitaria a prolação de uma decisão justa, não há falar em parcialidade, e sim

²³ PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório e conformidade constitucional das leis processuais penais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 141.

²⁴ BRASIL, op. cit., nota 20.

²⁵ Id. *Lei nº 11.960, de 9 de junho de 2008*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/111690.htm>. Acesso em: 20 set. 2017.

²⁶ Id., op. cit., nota 19.

²⁷ Id. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 1.570*. Relator: Ministro Maurício Corrêa. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=385546>>. Acesso em: 16 set. 2017.

em proporcionar ao jurisdicionado a prolação de uma decisão que mais se aproxime dos fins sociais do processo. Com efeito, como assevera Badaró²⁸, se sobre o julgador repousa alguma “dúvida sobre um fato e sabe que a realização de uma prova poderia eliminar sua incerteza e não determina sua produção, aí sim estará sendo parcial, porque sabe que, ao final, sua abstenção irá beneficiar a parte contrária àquela a quem incumbirá o ônus daquela prova”.

Compartilha de entendimento semelhante Eugenio Pacelli²⁹, segundo o qual:

[...] não será o fato de se atribuir uma reduzida margem de iniciativa probatória ao juiz na fase processual, isto é, no curso da ação, que apontará o modelo processual penal adotado. O juiz inerte, como é a regra no denominado sistema de partes do direito norte-americano, normalmente classificado pela doutrina como modelo acusatório puro, encontra fundamentação em premissas e postulados valorativos absolutamente incompatíveis, não só com nossa realidade atual, mas com a essência do processo penal. Em sistemas como este, do juiz inerte, há que se conviver, em maior ou menor grau, com a possibilidade de condenação de alguém pela insuficiência defensiva, reputada, a priori, igual à atividade acusatória.

Ademais, há de se observar que o dito sistema misto não apresenta uma identidade própria, o que impossibilita a realização de um recorte epistemológico apto a delimitar suas características, na medida em que se funda em pontos de confusão entre os dois sistemas cientificamente consagrados. Nesse ponto anota Jacinto Nelson de Miranda Coutinho³⁰ que:

[...] não é preciso grande esforço para entender que não há — e nem pode haver — um princípio misto, o que, por evidente, desconfigura o dito sistema. Assim, para entendê-lo, faz-se mister observar o fato de que, ser misto significa ser, na essência, inquisitório ou acusatório, recebendo referida adjetivação por conta dos elementos (todos secundários), que de um sistema são emprestados ao outro. É o caso, por exemplo, do processo comportar a existência de parte, o que, para muitos, entre nós, faz o sistema tornar-se acusatório.

Em suma, a despeito da permanência de resquícios de modelos inquisitoriais, é imperioso constatar que o Brasil adotou o sistema processual penal acusatório, conforme se extrai do arcabouço principiológico constante da Carta de 1988. Daí a importância da tarefa do intérprete adequar tais vestígios inquisitivos às garantias constitucionalmente consagradas. Ademais, não custa lembrar que não há no mundo um ordenamento jurídico que o tenha adotado o sistema acusatório na integralidade, sendo certo que se visualiza em todos os sistemas de direito comparado peculiaridades que impedem que se proceda ao encaixe perfeito no aludido sistema processual penal.

²⁸ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 83.

²⁹ PACELLI, op. cit., p. 13.

³⁰ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Introdução aos princípios gerais do Processo Penal brasileiro*. Disponível em: <<http://revistas.ufpr.br/direito/article/view/1892/1587>>. Acesso em: 16 set. 2017.

Prosseguindo com a análise do sistema principiológico adotado pelo processo penal brasileiro, a necessidade do processo está consagrada como princípio fundamental insculpido do art. 5º, LIV da Constituição de 1988³¹, que preconiza que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. De origem anglo-saxã e inspiração norte-americana³², o princípio do devido processo legal encontra ressonância em diversas constituições do mundo ocidental e em normas de Direito Internacional, entre elas a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948³³, a Convenção Europeia dos Direitos do Homem de 1950³⁴ e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969³⁵.

Orientador de todo o direito processual, em todas as suas esferas (penal, civil, administrativa, trabalhista etc.), trata-se de uma proteção contra desígnios arbitrários do Estado-juiz, que estabelece limites e requisitos para a atuação jurisdicional nos processos submetidos à sua apreciação. Conforme anota Rangel³⁶, “o devido processo legal é o princípio reitor de todo o arcabouço jurídico processual. Todos os outros derivam dele”.

³¹BRASIL, op. cit., nota 19.

³² De acordo com a V Emenda à Constituição dos Estados Unidos da América, “*No person shall be (...) compelled in any criminal case to be a witness against himself, nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law*”. No mesmo sentido, estatui a XIV Emenda à Constituição estadunidense que “*nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law*” (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Constitution of the United States*. Disponível em: <https://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm>. Acesso em: 20 set. 2017). Nenhuma pessoa será (...) obrigada em qualquer caso criminal a ser uma testemunha contra si mesmo, nem será privada de vida, liberdade ou propriedade, sem o devido processo legal. Nem qualquer estado deve privar qualquer pessoa da vida, liberdade ou propriedade, sem o devido processo legal. (tradução livre).

³³ Preconiza o art.8º que “*Toute personne a droit à un recours effectif devant les juridictions nationales compétentes contre les actes violant les droits fondamentaux qui lui sont reconnus par la constitution ou par la loi*”, e o art. 10º que “*Toute personne a droit, en plein eégalité, à ce que sa cause soit entendue équitablement et publiquement par un tribunal indépendant et impartial, qui décidera, soit de ses droits et obligations, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle.*” (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *La Déclaration universelle des droits de l'homme*. Disponível em: <www.un.org/fr/universal-declaration-human-rights/>. Acesso em: 20 set. 2017). Toda pessoa tem direito a um recurso efetivo perante as jurisdições nacionais competentes contra atos que violem os direitos fundamentais que lhe são reconhecidos pela Constituição ou pela lei. Todos têm o direito, em plena igualdade, a uma audiência justa e pública de seu caso por um tribunal independente e imparcial, que decidirá sobre seus direitos e obrigações ou sobre a procedência de qualquer acusação criminal contra ele (tradução livre).

³⁴Preceitua o art. 6º, 1 da Convenção que “*In the determination of his civil rights and obligations or of any criminal charge against him, everyone is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time by an independent and impartial tribunal established by law*” (CONSELHO DA EUROPA. *European Convention on Human Rights*. Disponível em: <http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_ENG.pdf>. Acesso em: 20 set. 2017). Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela (tradução livre).

³⁵ Estabelece o art. 8º, 1 da Convenção que “*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*” (COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 20 set. 2017).

³⁶ RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 18 ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 5.

Especificamente para o processo penal, cuida-se da conformação constitucional do axioma garantista *nulla culpa sine iudicio*. No magistério de Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco e Antônio Carlos de Araújo Cintra³⁷:

Entende-se, com essa fórmula, o conjunto de garantias constitucionais que, de um lado, asseguram às partes o exercício de suas faculdades e poderes processuais e, do outro, são indispensáveis ao correto exercício da jurisdição. Garantias que não servem apenas aos interesses das partes, como direitos públicos subjetivos (ou poderes e faculdades processuais) destas, mas que configuram, antes de mais nada, a salvaguarda do próprio processo, objetivamente considerado, como fator legitimante do exercício da jurisdição.

Modernamente, a doutrina tem concebido o *due process of law* em uma dimensão substancial, de inspiração estadunidense, segundo a qual a vontade concretizada pela decisão jurisdicional terá de fazer prevalecer, sempre, a supremacia das normas, dos princípios e dos valores constitucionais, ou seja, processo justo é o que gera decisões jurídicas substancialmente devidas. Fredie Didier Jr.³⁸ ressalta que a jurisprudência pátria adotou o *substantive due process of law* de maneira peculiar, empregando como fundamento os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Todavia, Marinoni, Arenhart e Mitidiero³⁹ alertam para a desnecessidade da adoção da dimensão substancial do devido processo legal no ordenamento jurídico brasileiro, porquanto os postulados da razoabilidade e da proporcionalidade não decorrem de tal dimensão substantiva, mas dos princípios da igualdade e da liberdade, pois, para os processualistas, “as posições jurídicas têm de ser exercidas de forma proporcional e razoável dentro do Estado Constitucional” e, por oportuno, a Carta da República⁴⁰ consagra textualmente uma cláusula aberta de direitos fundamentais (art. 5º, § 2º) o que “permite a consecução desse mesmo fim: reconhecimento e proteção de direitos fundamentais implicitamente previstos e mesmo não previstos na Constituição (conceito material de direitos fundamentais)”.

Outra garantia consagrada na Carta Magna é a da presunção da inocência ou, como preferem alguns, o da não culpabilidade, prevista no inciso LVII do art. 5º: “Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”⁴¹. O Marquês de Beccaria⁴² já afirmava na segunda metade do sec. XVIII que “um homem não pode ser chamado culpado antes da sentença do juiz, e a sociedade só lhe pode retirar a proteção

³⁷ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 26 ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 88.

³⁸ DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. 17. ed. v. 1. Salvador: Jus Podivm, 2016, p. 69-70.

³⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil*. V. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 490.

⁴⁰ BRASIL, op. cit., nota 19.

⁴¹ Ibid.

⁴² BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 50.

pública após ter decidido que ele violou os pactos por meio dos quais ela lhe foi outorgada”. Insta ressaltar que o constituinte de 1988 concebeu o aludido princípio de forma mais ampla do que fora preconizado do Pacto de San José da Costa Rica, uma vez que estende referida presunção até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, ao passo que a Convenção Americana sobre Direitos Humanos⁴³ (art. 8º, nº 2) o faz tão somente até a comprovação legal da culpa.

Desse princípio decorrem duas regras básicas: uma probatória, que se reflete no sistema de distribuição do ônus da prova no processo penal, segundo a qual o polo ativo da relação processual tem o encargo de demonstrar a culpabilidade do acusado, tornando-a estreme de qualquer dúvida, não cabendo o réu provar sua inocência – *in dubio pro reo* –, de modo a recair sobre a acusação o ônus de demonstrar que o sujeito passivo da relação processual praticou o fato delituoso que lhe foi imputado na exordial; e uma regra de tratamento, que limita a atuação do Estado acusador em relação ao réu, impedindo a utilização de medidas cautelares como mecanismos de antecipação da execução da sanção penal.

Situado topograficamente nas disposições constitucionais relativas ao Poder Judiciário, o princípio da publicidade assegura a transparência da jurisdição, viabilizando a fiscalização dos provimentos judiciais pelas partes e por toda a comunidade. De acordo com o art. 93, inciso IX, da Constituição da República⁴⁴, todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e todas as decisões serão fundamentadas, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar conferir sigilo somente quando imprescindível à preservação da intimidade dos interessados e quando não for prejudicial ao interesse público à informação. A Convenção Americana sobre Direitos Humanos⁴⁵ também prevê, em seu art. 8º, 5, que “o processo penal deve ser público, salvo no que for necessário para preservar os interesses da justiça”, e o CPP, mesmo antes da vigência da Constituição Cidadã já consagrava a publicidade⁴⁶.

O princípio da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos está previsto no art. 5º, LVI da Carta da República⁴⁷, segundo o qual “são inadmissíveis, no processo, as

⁴³ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, op. cit., nota 35.

⁴⁴ BRASIL, op. cit., nota 19.

⁴⁵ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, op. cit., nota 35.

⁴⁶ De acordo com o art. 792, caput, do CPP, “as audiências, sessões e os atos processuais serão, em regra, públicos e se realizarão nas sedes dos juízos e tribunais, com assistência dos escrivães, do secretário, do oficial de justiça que servir de porteiro, em dia e hora certos, ou previamente designados”. Lado outro, de acordo com o art. 792, § 1º, do CPP, “se da publicidade da audiência, da sessão ou do ato processual, puder resultar escândalo, inconveniente grave ou perigo de perturbação da ordem, o juiz, ou o tribunal, câmara, ou turma, poderá, de ofício ou a requerimento da parte ou do Ministério Público determinar que o ato seja realizado a portas fechadas, limitando o número de pessoas que possam estar presentes” (BRASIL, op. cit., nota 20).

⁴⁷ BRASIL, op. cit., nota 19.

provas obtidas por meios ilícitos”. Tal princípio impede que o julgador se valha de elementos probatórios obtidos por meios que acarretaram transgressões ao ordenamento jurídico para a formação de sua convicção. Funciona tal regra como um fator proteção aos direitos e garantias fundamentais, e também como forma de controle da regularidade da persecução penal, atuando como instrumento de inibição e dissuasão à adoção de práticas probatórias ilegais. É o que ressalta Tourinho Filho⁴⁸, segundo o qual “entre o interesse estatal quanto à repressão e o respeito à dignidade humana e aquela série mínima de liberdades e garantias espalhadas no nosso ordenamento jurídico, o legislador constituinte brasileiro optou pela última solução”.

Mais um princípio integrante do bloco de garantias processuais penais é o juiz natural, cuja adesão pela CRFB/88⁴⁹ se deu em duas dimensões: a primeira é a vedação aos juízos ou tribunais de exceção, prevista no art. 5º, XXXVII, que proíbe a criação de juízo instituído após a prática do delito com o objetivo específico de julgá-lo; a segunda, expressa no inciso LIII do mesmo artigo, se destina a impedir a subtração da causa ao tribunal competente ou, como observa Antônio Scarance Fernandes⁵⁰, “entre os juízes pré-constituídos vigora uma ordem taxativa de competências que exclui qualquer alternativa deferida à discricionariedade de quem quer que seja”.

Em nítida alusão ao axioma *nulla probatio sine defensione*, o art. 5º, inciso LV da Constituição⁵¹ confere aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes. Em decorrência da estrutura dialética do processo judicial, sempre se entendeu o contraditório como uma garantia dúplice: o direito à informação, que se manifesta na exigência de que a sujeito processual seja cientificado da existência da demanda ou dos atos praticados pela parte contrária⁵²; e o direito à reação, por meio do qual o *ex adverso* dispõe da possibilidade de oferecer argumentos em oposição ao ato praticado. Assim, o princípio do contraditório, irradiante em ambos os polos da relação processual, era visto como o direito assegurado às partes de serem cientificadas de todos os atos e fatos havidos no curso do processo judicial, podendo manifestar-se sobre tais eventos e produzir as provas que lhe aprouverem de modo a influenciar a decisão jurisdicional. É como conceituava Joaquim Canuto Mendes de

⁴⁸ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 34. ed. V. 1. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 86.

⁴⁹ BRASIL, op. cit., nota 19.

⁵⁰ FERNANDES, Antônio Scarance. *Processo penal constitucional*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 127.

⁵¹ BRASIL, op. cit., nota 19.

⁵² Nesse sentido dispõe o enunciado nº 707 da Súmula do Supremo Tribunal Federal: “constitui nulidade a falta de intimação do denunciado para oferecer contrarrazões ao recurso interposto da rejeição da denúncia, não a suprindo a nomeação de defensor dativo”.

Almeida⁵³, segundo o qual o contraditório é “a ciência bilateral dos atos e termos processuais e a possibilidade de contrariá-los”.

Com a evolução da concepção do princípio da isonomia, em especial quanto à superação do cartesianismo da igualdade formal e em busca de uma igualdade substancial, verificou-se a necessidade de uma releitura do princípio do contraditório, deixando de ser visto como uma mera possibilidade de participação de desiguais para se transmutar em uma efetiva participação dos sujeitos processuais, proporcionando às partes a paridade de armas. É o que sublinha Badaró⁵⁴, que entende que:

a releitura das regras processuais que concretizam o princípio do contraditório exige uma interpretação que assegure ao máximo a efetividade e a plenitude do contraditório, com ampla e igualitária atuação das partes e do próprio juiz. Esse contraditório pleno e efetivo traz como consequência a necessidade de reação que deve ser estimulada, não mais se satisfazendo com a mera possibilidade.

A ampla defesa, que será analisada a seguir, também constitui um desdobramento do *nulla probatio sine defensione*, ao impor ao Estado o dever de viabilizar ao acusado mecanismos hábeis a se escudar da imputação que lhe foi feita.

1.4. O princípio da ampla defesa e seu alcance

Como visto, o processo penal é o único instrumento de que dispõe o Estado para a aplicação da pena, e o desenvolvimento do processo não pode ignorar as garantias fundamentais do indivíduo para a imposição de uma reprimenda. Entre todos direitos processuais, pode-se afirmar que a ampla defesa se destaca como a expressão institucionalizada da máxima garantia de que gozam os sujeitos submetidos à persecução penal, uma vez que se presta a tutelar os demais direitos, mormente a dignidade e a liberdade. Sustentam Catena e Domínguez⁵⁵ que a ampla defesa funciona como um fator de legitimidade da acusação e da pena, porquanto, com tal perspectiva:

se pueden ordenar determinadas garantías para la tramitación del proceso (como la asistencia de abogado), que se convierten también en garantías de una recta Administración de Justicia para el investigado y luego encausado, y también para el ofendido; porque, trascendiendo de la simple esfera individual, atañe al interés general que el proceso sea decidido rectamente.

⁵³ ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. *A contrariedade na instrução criminal*. São Paulo: Saraiva, 1937, p. 110.

⁵⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 51.

⁵⁵ CATENA, Victor Moreno; DOMÍNGUEZ, Valentín Cortés. *Derecho procesal penal*. Valência: Tirant lo Blanch, 2015, p. 123.

Os antecedentes históricos do constitucionalismo pátrio demonstram a tradição da circunscrição ao âmbito penal do direito à ampla defesa. A garantia foi preconizada no art. 72, § 16 da Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil 1891⁵⁶, que estatuiu que “aos acusados se assegurara na lei a mais plena defesa, com todos os recursos e meios essenciaes a ella, desde a nota de culpa, entregue em 24 horas ao preso e assignada pela autoridade competente, com os nomes do accusador e das testemunhas”. A garantia veio reproduzida no art. 113, inciso 24, da Constituição de 1934⁵⁷, no art. 122, XI, segunda parte, da Constituição de 1937⁵⁸, no art. 141, § 25, da Constituição de 1946⁵⁹, no art. 150, §15 da Constituição de 1967⁶⁰, no art. 153, § 15 da Emenda de 1969⁶¹.

A Carta Política de 1988, por seu turno, ampliou o alcance do direito de defesa, estendendo a garantia aos litigantes dos demais ramos do processo judicial e ao âmbito administrativo, conforme se extrai da redação do art. 5º, LV⁶². O contraditório e a ampla defesa apresentam estreita ligação, notadamente por estarem previstos no mesmo dispositivo constitucional. Não se olvida que ambos têm em mira viabilizar que partes influam eficazmente na formação das decisões que irão atingir os interesses em jogo. Conforme observado alhures, o contraditório consagra a paridade de armas no processo penal, ao conferir aos litigantes, em plena igualdade – formal e substancial –, a ciência dos atos praticados pela parte contrária e possibilidade de rechaçá-los.

O autor, ao exercer o direito de ação e proceder à citação do réu para integrar a relação processual, inaugura o contraditório, o que demonstra que o direito de defesa está umbilicalmente conectado ao direito de ação. Para Heitor Sica⁶³, a ampla defesa alcança ambos os polos da relação processual, porquanto o exercício da defesa seria nada mais do que o exercício do direito de ação pelo réu e, por conseguinte, “autor e réu exercem tanto o direito

⁵⁶ BRASIL. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 1891*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm>. Acesso em: 20 set. 2017.

⁵⁷ Id. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 1934*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em: 20 set. 2017.

⁵⁸ Id. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 1937*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm>. Acesso em: 20 set. 2017.

⁵⁹ Id. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 1946*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>. Acesso em: 20 set. 2017.

⁶⁰ Id. *Constituição da República Federativa do Brasil, de 1967*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm>. Acesso em: 20 set. 2017.

⁶¹ Id. *Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm>. Acesso em: 20 set. 2017.

⁶² Id. op. cit., nota 19.

⁶³ SICA, Heitor Vitor Mendonça Fralino. *Direito de defesa e tutela jurisdicional: estudo sobre a posição do réu no processo civil brasileiro*. 2009. 356 p. Tese (Doutorado em Direito Processual) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009, p. 53.

de defesa, não havendo, hoje, razão para que essas garantias constitucionais continuem a ser tratadas como fenômenos diferentes”.

Todavia, especialmente no que concerne ao processo penal, o direito de defesa diz respeito ao demandado, e vai além da possibilidade de reação à demanda contra ele proposta, na medida em que confere ao polo passivo da relação processual instrumentos que o sujeito ativo não dispõe. Orienta Pacelli⁶⁴ que o contraditório tutela o direito à participação de forma efetiva e equilibrada com a parte contrária, ou seja, “a garantia de a parte poder impugnar – no processo penal, sobretudo a defesa – toda e qualquer alegação contrária a seu interesse, sem, todavia, maiores indagações acerca da concreta efetividade com que se exerce aludida impugnação”. Arremata Badaró⁶⁵ aduzindo que “o contraditório manifesta-se em relação a ambas as partes, já a defesa diz respeito apenas ao réu”.

No âmbito processual civil, o direito de defesa possui contornos alinhados a uma pressuposição de igualdade dos polos da relação processual, o que a situa no âmbito da facultatividade. Pode-se afirmar que não existe direito de ação sem contraditório, podendo existir, todavia, exercício de ação sem defesa, uma vez que se trata de uma faculdade do réu no âmbito do processo civil. Corroborando com essa afirmação a possibilidade de a marcha processual civil prosseguir à revelia do réu, caso este não ofereça sua defesa no prazo legal. Nessa linha, em sede administrativa, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula Vinculante nº 5, que enuncia que “a falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição”⁶⁶.

No processo penal, por seu turno, a ampla defesa é ontologicamente concebida tomando como premissa a posição diferenciada do polo passivo, porquanto adota como propósito conferir ao acusado um conjunto de instrumentos aptos a compensar sua posição de desvantagem. A gravidade da sanção que se busca impor, bem como a repercussão social associada ao fato de alguém encontrar-se sob persecução criminal, denotam a imprescindibilidade e, por conseguinte, a indisponibilidade da defesa no processo penal – *nulla probatio sine defensione*.

O princípio da ampla defesa comporta uma multiplicidade de derivações e corolários que asseguram ao acusado uma diversidade de expedientes aptos a favorecer a oposição à pretensão punitiva estatal. Procede-se à exploração da estrutura substancial desse princípio

⁶⁴ PACELLI, op. cit., p. 44.

⁶⁵ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Correlação entre acusação e sentença*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 37.

⁶⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula vinculante nº 5*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1199>>. Acesso em: 10 out. 2017.

que, sem embargos às diversas classificações doutrinárias de seus desdobramentos, para os fins deste trabalho, adota-se a premissa de que a ampla defesa divide-se em defesa técnica e autodefesa.

1.5. O conteúdo do princípio da ampla defesa: a defesa técnica

Como observado alhures, o sistema processual acusatório estabelece para a persecução criminal uma divisão de funções. A tarefa de proceder à acusação formal cabe ao Ministério Público, nos crimes de ação penal de iniciativa pública, ou pelo ofendido, nos crimes de ação penal privada. Nessa última, a lei não confere ao sujeito passivo da infração capacidade postulatória autônoma, devendo constituir advogado para o oferecimento da queixa-crime. Assim, observa-se que o polo ativo da relação processual penal – integrado pelo membro do Ministério Público ou pelo ofendido e seu defensor, constituído ou nomeado – sempre será formado por pessoas dotadas de conhecimentos específicos, que têm por profissão o exercício de funções técnico-jurídicas.

Diante disso, partindo de uma presunção de hipossuficiência do sujeito passivo, e com o propósito de dar tratamento isonômico às partes processuais, é que, em consonância com o art. 5º, inciso LV, da CRFB/88⁶⁷, o inciso LXXIV do mesmo artigo assegura ao acusado pobre o direito à assistência judiciária gratuita. Em reforço, preconiza o art. 263 do CPP⁶⁸ que “se o acusado não o tiver, ser-lhe-á nomeado defensor pelo juiz, ressalvado o seu direito de, a todo tempo, nomear outro de sua confiança, ou a si mesmo defender-se, caso tenha habilitação”. Nessa linha obtempera Aury Lopes Jr⁶⁹ que:

o Estado deve organizar-se de modo a instituir um sistema de “Serviço Público de Defesa”, tão bem estruturado como o Ministério Público, com a função de promover a defesa de pessoas pobres e sem condições de constituir um defensor. Assim como o Estado organiza um serviço de acusação, tem esse dever de criar um serviço público de defesa, porque a tutela da inocência do imputado não é só um interesse individual, mas social.

No plano internacional, a defesa técnica é consagrada pela Convenção Europeia de Direitos Humanos de 1950⁷⁰, que preconiza em seu art. 6º – que consagra o *right of a fair trial* –, especificamente na alínea “c” do parágrafo 1, como garantia mínima a qualquer pessoa submetida a um processo criminal, “*to defend himself in person or through legal assistance of*

⁶⁷ Id., op. cit., nota 19.

⁶⁸ Id., op. cit., nota 20.

⁶⁹ LOPES JR, op. cit., p. 235.

⁷⁰ CONSELHO DA EUROPA, op. cit., nota 34.

his own choosing or, if he has not sufficient means to pay for legal assistance, to be given it free when the interests of justice so require". O Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de 1966, internalizado por meio do Decreto Presidencial nº 592/92⁷¹, estatui no seu art. 14, 3, "d" que toda pessoa acusada de um delito terá o direito "de estar presente no julgamento e de defender-se pessoalmente ou por intermédio de defensor de sua escolha" e, caso não disponha de recursos para contratar um defensor de sua escolha, de ser informado "do direito que lhe assiste de tê-lo e, sempre que o interesse da justiça assim exija, de ter um defensor designado ex-offício gratuitamente". Destarte, a Convenção Americana de Direitos Humanos⁷², em seu art. 8º, prevê para toda pessoa o direito a um defensor de sua escolha ou disponibilizado pelo Estado, caso não possa arcar com os custos da defesa.

Caso o acusado seja advogado, poderá atuar em causa própria, não havendo necessidade de nomeação de defensor. Isso, todavia, não retira o caráter de indisponibilidade da defesa técnica, uma vez que preceitua o art. 261, caput, do CPP, que "nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor"⁷³. Ademais, a ausência de defensor nos autos é enumerada no art. 564, III, "c", do CPP, como causa de nulidade processual⁷⁴. Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal editou o enunciado nº 708 de sua Súmula, segundo o qual "é nulo o julgamento da apelação se, após a manifestação nos autos da renúncia do único defensor, o réu não foi previamente intimado para constituir outro"⁷⁵. Dessa forma, a defesa técnica é irrenunciável pelo réu, ou seja, não se outorga ao acusado o juízo de conveniência e oportunidade para a nomeação do defensor, como outrora fora admitido nos EUA⁷⁶.

A defesa técnica encontra sua justificativa na exigência de um equilíbrio funcional entre as partes do processo. Com efeito, face ao poder simbólico exercido pelas autoridades integrantes do polo ativo, revela-se indispensável que o acusado seja assistido por um

⁷¹ BRASIL. Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 10 out. 2017.

⁷² COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, op. cit. nota 35.

⁷³ BRASIL, op. cit., nota 20.

⁷⁴ Ibid.

⁷⁵ Id. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 708. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2639>>. Acesso em: 10 out. 2017.

⁷⁶ O *Judiciary Act* de 1789, promulgado na primeira sessão do Congresso norte-americano, garantia às partes a faculdade de propor as próprias demandas e de defender-se das propostas contra si em qualquer corte do país. Contudo, a Suprema Corte americana, tendo em vista a hipossuficiência do acusado frente ao Estado, foi modificando seu entendimento acerca da necessidade de um defensor para os casos penais. Em 1963, no caso *Gideon vs Wainwright*, a Suprema Corte dos EUA consolidou o entendimento no sentido da indispensabilidade do advogado em todos os julgamentos criminais.

profissional em igualdade de condições técnicas com o acusador. Observa Jürgen Bauman⁷⁷ que a necessidade de um defensor se justifica:

precisamente porque el imputado se halla bajo la dura presion del cargo que pesa sobre el, sufre un detrimento psiquico que no le permite aprovechar totalmente su position juridica. El defensor no se halla bajo esta presion. Por la inculpacion que pesa sobre el imputado y la sospecha que existe en contra de el, las declaraciones del defensor tienen, en general, una importancia mucho mayor que las de aquel ("que quiere salir del apuro con mentiras").

O Supremo Tribunal Federal possui dois enunciados em sua Súmula de jurisprudência que demonstram a preocupação da corte em privilegiar o conhecimento técnico do defensor. O enunciado nº 705 resolve uma eventual discordância entre o réu e o defensor quanto à interposição do recurso, ao dispor que "a renúncia do réu ao direito de apelação, manifestada sem a assistência do defensor, não impede o conhecimento da apelação por este interposta"⁷⁸. Outro enunciado nessa esteira é o de nº 707, que levando em conta os princípios constitucionais do processo penal, garante que o denunciado, por meio da capacidade técnica do defensor, tenha a possibilidade de impedir o início de um processo destituído de seus pressupostos, ao estatuir que "constitui nulidade a falta de intimação do denunciado para oferecer contrarrazões ao recurso interposto da rejeição da denúncia, não a suprimindo a nomeação de defensor dativo"⁷⁹.

Destarte, cumpre destacar que a atuação do defensor também pode se dar na fase investigatória. Embora não haja nessa fase uma amplitude de instrumentos e meios de efetivação da defesa como ocorre no procedimento em contraditório, poderá o defensor, malgrado omissão legislativa, apresentar meios probatórios à autoridade que conduz a investigação, fiscalizar a regularidade do procedimento investigatório – não obstante a lei adjetiva penal não prever um procedimento pormenorizado –, entre outras medidas aptas a atender aos interesses do investigado. Nesse sentido assevera Carrara⁸⁰ que:

desde o primeiro momento em que a Justiça teve sob suas mãos um cidadão, pretendendo que êle seja culpado de um delito, e entende de fazer cair sobre êle a pena, tem êle o direito de que se lhe abram os caminhos úteis à defesa, porque também os atos preliminares são ofensivos ao seu direito individual, que êle tem motivo para defender, e que lhe acarretam grandes incômodos e, muito frequentemente, irreparáveis danos.

⁷⁷ BAUMAN, Jürgen. *Derecho procesal penal*. 3. ed. Buenos Aires: Depalma, 1986, p. 200-201.

⁷⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula nº 705*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2643>>. Acesso em: 10 out. 2017.

⁷⁹ Id. Supremo Tribunal Federal. *Súmula nº 707*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2641>>. Acesso em: 10 out. 2017.

⁸⁰ CARRARA, Francesco. *Programa do curso de direito criminal*. V. 2. São Paulo: Saraiva, 1957, p. 485-486.

Para tanto, o art. 5º, LXIII, da CRFB/88, assegura ao preso em flagrante a assistência de advogado⁸¹. O Supremo Tribunal Federal editou a Súmula Vinculante nº 11, que enuncia que “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”⁸².

1.6. A efetividade da defesa como um dever do defensor

Com o objetivo de equilibrar a balança do processo penal, tendo em vista que o Estado-acusação e o julgador podem vir a intensificar o peso punitivo ao arrepio das formas procedimentais, bem como em virtude de uma apreciação equivocada dos fatos, é dever do defensor ao elaborar a defesa, buscando melhorar a condição do réu, tanto no aspecto processual quanto no campo fático-probatório. Desse modo, para que seja concretizada a ampla defesa prevista na Constituição Federal, a defesa técnica, além de indispensável e irrenunciável, deve ser realizada com plenitude e efetividade.

Não basta que se assegure a presença física do defensor, e que este exerça mera figuração no processo, não arrolando testemunhas, não interpondo recursos, não realizando a análise pormenorizada da prova dos autos com vistas a buscar a melhor estratégia de defesa para o réu por ocasião das alegações finais etc. Com tal preocupação, o Pretório Excelso editou o enunciado nº 523 de sua Súmula, que preconiza que “no processo penal, a falta de defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prejuízo para o réu”⁸³.

É de se constatar que a ampla defesa vai além da garantia de participação do defensor, porquanto impõe que efetivamente se leve a efeito tal participação, sob pena de anulação do processo quando houver prejuízo ao acusado. A Corte Suprema já teve a oportunidade de declarar a nulidade do processo em virtude da manifestação da defesa limitada ao pedido de condenação no mínimo legal⁸⁴.

Entre os fundamentos do dever do defensor de prestar a defesa efetiva, além do direito irrenunciável ao defensor no processo penal, está sua indispensabilidade para a

⁸¹ Id, op. cit., nota 19.

⁸² Id. Supremo Tribunal Federal. *Súmula Vinculante nº 11*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1220>>. Acesso em: 10 out. 2017.

⁸³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula nº 523*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2729>>. Acesso em: 10 out. 2017.

⁸⁴ Id. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 82.672*. Relator para o acórdão: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=393050>>. Acesso em: 16 set. 2017.

administração da justiça, em consonância com o art. 133 da CRFB/88⁸⁵ e com o art. 1º do Estatuto da Advocacia⁸⁶. O mencionado Estatuto como infração disciplinar “prejudicar, por culpa grave, interesse confiado ao seu patrocínio” (art. 34, IX).

Além disso, o advogado que exerce o ofício como profissional liberal está sujeito às regras do mandato, o que o obriga a empregar toda a sua diligência habitual no exercício da função que lhe foi outorgada (art. 675 do Código Civil)⁸⁷. Nesse ponto, sustenta Caio Mário⁸⁸ que o dever de diligência do contrato de mandato “mais severamente aplica-se ao mandatário judicial, em cujo zelo e dedicação o cliente confia seus direitos e interesses, e até a sua liberdade pessoal”.

Não obstante, ao regulamentar o art. 134 da Carta Magna⁸⁹ – que preconiza que a Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV, da CRFB/88 –, a Lei Complementar 80/94⁹⁰ elenca, entre os objetivos da Defensoria Pública, “a garantia dos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório” (art. 3º, IV). A referida lei enumera, ainda, em seu art. 4º, diversas funções institucionais da Defensoria Pública em rol exemplificativo, que compõem um conjunto de atribuições destinadas à materialização da defesa efetiva.

Pode-se dividir a efetividade da defesa em dois campos de atuação do defensor. No direito material, as habilidades técnicas do patrono se destinam ao emprego do conjunto fático-probatório em favor do acusado, com o fito de afastar sucessivamente a materialidade, a autoria e a configuração criminosa do suposto fato praticado pelo assistido. Para tanto, o ordenamento jurídico coloca à disposição do defensor um amplo acervo de meios de obtenção de provas para formar a convicção do julgador. Além disso, a lei adjetiva confere ao defensor a possibilidade de levar a reapreciação da matéria às instâncias superiores, a fim de que o caso seja reexaminado por um colegiado de magistrados mais experientes.

Há quem defenda, inclusive, que o acusado pode se valer de qualquer meio de obtenção de prova para provar sua inocência, estabelecendo-se uma ponderação entre a

⁸⁵ Id., op. cit., nota 19.

⁸⁶ Id. *Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8906.htm>. Acesso em: 11 out. 2017.

⁸⁷ Id. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 11 out. 2017.

⁸⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. 9. ed. São Paulo: Forense, 2000, p. 161-162.

⁸⁹ BRASIL, op. cit., nota 19.

⁹⁰ Id. *Lei complementar nº 80, de 12 de janeiro de 1994*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp80.htm>. Acesso em: 11 out. 2017.

inadmissibilidade das provas ilícitas e o *status libertatis* e concluindo-se pela preponderância da presunção da inocência. Nessa linha sustenta Pacelli⁹¹ que:

[...] além da exigência da defesa efetiva, o princípio desdobra-se, dada a sua amplitude, para abarcar todas e quaisquer modalidades de prova situadas no ordenamento jurídico, até mesmo aquelas vedadas à acusação, pois não se pode perder de vista que a ampla defesa é cláusula de garantia individual instituída precisamente no interesse do acusado (art. 5º, CF). De mais a mais, tratando-se de prova destinada à demonstração da inocência, poder-se-á alegar até mesmo a exclusão de sua ilicitude, impondo-se uma leitura mais ampla do estado de necessidade, para o fim de não se exigir a ciência do agente acerca da necessidade do comportamento e/ou de sua eminência.

Noutra banda, ainda no campo do direito material, é cediço que algumas condutas que tomam proporções midiáticas causam acentuada repugnância à opinião pública, levando a sociedade a subsumi-las equivocadamente a tipos penais. Nesse contexto, cumpre ao defensor levar a cabo sua maestria para desconfigurar o equívoco, impedindo que o clamor popular sirva de suporte para acusações infundadas.

O outro campo de atuação do defensor é o processual, no qual seu conhecimento sobre a técnica procedimental é utilizado para que a garantia do processo justo se desenvolva sem máculas. Com efeito, no processo penal, o *due process of law* adquire contornos mais rígidos, na medida em que a regularidade formal do procedimento persecutório constitui não só um instrumento de legitimação para a aplicação da pena, mas também uma garantia para o acusado.

Conforme destacado supra, o processo é o meio indispensável para a imposição de uma reprimenda a uma pessoa – princípio da necessidade do processo em relação à pena –, uma vez que o ordenamento jurídico brasileiro não admite a autotutela no âmbito criminal, tampouco coloca à disposição do Estado qualquer meio extrajurisdicional para a aplicação de sanções penais. É nesse contexto que o defensor conjuga seu papel de assistência do mandante com o exercício uma função essencial à justiça, ao realizar a fiscalização da regularidade formal da marcha processual, a fim de que sejam preservadas as garantias individuais do acusado e de que a jurisdição se realize com observância às normas procedimentais, podendo para tanto, se valer do mecanismo de arguição de nulidades previsto no Código de Processo Penal, que será explorado no terceiro capítulo.

⁹¹ PACELLI, op. cit., p. 46-47.

1.7. A autodefesa

Ao lado da defesa técnica, o ordenamento coloca à disposição do acusado o direito de resistir pessoalmente à pretensão acusatória do Estado e influenciar na decisão do julgador. Superada a concepção inquisitiva de que o réu compunha nada mais do que o objeto do processo, a autodefesa é reflexo da condição do acusado de sujeito processual e, de acordo com Catena e Domínguez⁹², a autodefesa consiste na intervenção direta e pessoal do acusado no processo, realizando atividades destinadas a preservar sua liberdade, que podem culminar em impedir a condenação ou obter a mínima pena possível.

Um ponto de distinção da defesa pessoal com a defesa técnica é que aquela é disponível, na medida em que se constituiria violação à dignidade da pessoa humana compelir o réu a exercer a defesa em interrogatório, bem como a praticar atos processuais aos quais o ordenamento lhe confere capacidade postulatória.

Em que pese a diversidade de critérios de subdivisão da autodefesa quanto ao seu conteúdo, adota-se a proposta de Badaró⁹³, segundo o qual esse corolário da ampla defesa se desdobra em três direitos: o direito de presença, o direito à audiência e o direito de postular pessoalmente.

O *right to be present* se manifesta na faculdade do acusado de acompanhar pessoalmente todos os atos de instrução processual, conferindo-lhe a oportunidade de influir na produção probatória, porquanto a dinâmica de determinados fatos e algumas incorreções só poderão ser esclarecidas com a manifestação do acusado. Nesse sentido é o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos⁹⁴, que contempla o direito de presença em seu art. 14.3, “d”, ao conferir o direito de toda pessoa acusada de estar presente no julgamento.

O direito de presença encontra limitação quando vai de encontro aos interesses das vítimas e das testemunhas, mormente quando a presença do acusado no ato possa prejudicar a fluidez do depoimento prestado por aquelas, em virtude da influência psicológica que a presença do acusado pode vir a exercer. Para tanto, o art. 217 do CPP⁹⁵ prevê que, se o juiz verificar que a presença do réu poderá causar humilhação, temor, ou sério constrangimento à testemunha ou ao ofendido, de modo que prejudique a verdade do depoimento, fará a inquirição por videoconferência e, somente na impossibilidade dessa forma, determinará a retirada do réu, prosseguindo na inquirição, com a presença do seu defensor. Contudo,

⁹² CATENA; DOMÍNGUEZ, op. cit., p. 125.

⁹³ BADARÓ, op. cit., 2015, p. 54.

⁹⁴ BRASIL, op. cit., nota 71.

⁹⁵ Id., op. cit., nota 20.

entende Renato Brasileiro que deve ser assegurada a presença do defensor na audiência, bem como um meio de comunicação livre e reservado com o réu, a fim de não causar um total cerceamento à ampla defesa⁹⁶.

O direito de audiência, por sua vez, constitui a faculdade do réu de ser ouvido pelo juiz da causa, a fim de que aquele possa expor a este a sua versão dos fatos em exame. O interrogatório é a oportunidade adequada para o exercício desse direito. A reforma operada pela Lei nº 11.689/08⁹⁷ e pela Lei nº 11.719/08⁹⁸ no Código de Processo Penal deslocou o interrogatório para o final da instrução, o que reforça sua natureza de meio de defesa.

O terceiro segmento da autodefesa é a capacidade postulatória autônoma, que compreende a possibilidade do acusado interpor recursos, impetrar *habeas corpus*, ajuizar revisão criminal e propor requerimentos no âmbito da execução penal. Essa faculdade conferida ao acusado não viola a regra da indispensabilidade de advogado para a prática de atos postulatorios em juízo, uma vez que, conforme aduz Badaró⁹⁹, “as manifestações defensivas formuladas diretamente pelo acusado não prejudicam a defesa, apenas criando uma possibilidade a mais de seu exercício. Que prejuízo haverá para a defesa, se o advogado não apelar, mas o acusado o fizer pessoalmente?”

1.8. A autodefesa negativa e seus reflexos nos deveres do acusado

Costuma-se apontar uma subdivisão para a defesa pessoal, levando em consideração sua forma de exercício, tomando como premissa a facultatividade do emprego da autodefesa. Nesses termos, divide-se a defesa pessoal positiva e negativa. A autodefesa positiva, como é intuitivo, sucede-se com atuação ativa do réu, por meio da efetiva participação nos atos instrutórios, com a prática de atos como a emissão de declarações em interrogatório, a submissão a intervenções corporais, a participação no reconhecimento de pessoas e nas acareações etc.

Por outro lado, a autodefesa negativa significa a possibilidade de o acusado não atuar, se omitir nos atos de instrução, sem que tal inatividade culmine em qualquer sanção ou prejuízo para a sua situação na persecução penal. Essa modalidade de defesa pessoal passiva

⁹⁶ BRASILEIRO, Renato. *Código de processo penal comentado*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 490.

⁹⁷ BRASIL. *Lei nº 11.689, de 9 de junho de 2008*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/111689.htm>. Acesso em: 10 out. 2017.

⁹⁸ Id. *Lei nº 11.719, de 20 de junho de 2008*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/Lei/L11719.htm>. Acesso em: 10 out. 2017.

⁹⁹ BADARÓ, op. cit., 2015, p. 55.

encontra seu fundamento no princípio da legalidade, estabelecido no art. 5º, II da CRFB/88¹⁰⁰, nos direitos à privacidade, à intimidade e à dignidade, previstos no art. 5º, XI da CRFB/88¹⁰¹ e no princípio da presunção da inocência, insculpido no art. 5º, LVII. Para Aury Lopes Jr.¹⁰², o *privilege against self incrimination* é a garantia segundo a qual “o sujeito passivo não pode sofrer nenhum prejuízo jurídico por omitir-se de colaborar em uma atividade probatória da acusação ou por exercer seu direito de silêncio quando do interrogatório”.

Assim, o cerne da defesa pessoal negativa é a não obrigatoriedade da participação do acusado em atos instrutórios que possam culminar na produção de provas contrárias a ele, ressalvadas as hipóteses previstas em leis e as que não trespassem a integridade física ou psíquica do réu.

Depreende-se do arcabouço de garantias do *nemo tenetur se detegere* o direito ao direito ao silêncio e à não autoincriminação, decorrente do art. 5º, LXIII da CRFB/88¹⁰³, do art. 14, § 3º do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos¹⁰⁴ e do art. 8.2, g, da Convenção Americana de Direitos Humanos¹⁰⁵. Segundo essa garantia, não se concebe que alguém possa ser constrangido a confessar a prática de um delito. Parte da doutrina vai além, ao defender que o direito à não autoincriminação comporta o direito de mentir em interrogatório, dada a inexistência do perjúrio no ordenamento jurídico brasileiro¹⁰⁶.

Dessa forma, reconhece-se que o direito à autodefesa negativa exonera o acusado de qualquer dever de cooperação com a persecução penal. Diferentemente do que ocorre no processo civil – em que as partes possuem direitos e deveres recíprocos –, no processo penal, por militar em favor do réu a presunção do estado de inocência, inexistente qualquer dever de atividade processual, afigurando-se anacrônica a lição de Frederico Marques¹⁰⁷, segundo o qual o acusado é “sujeito de direitos, ônus, deveres e obrigações dentro do procedimento destinado a apurar da procedência ou não da pretensão punitiva do Estado”.

Essa ausência de deveres do réu se reflete na não aplicação dos efeitos materiais da revelia – presunção de veracidade dos fatos alegados pela parte autora –, quando o réu citado não se apresente pessoalmente para a prática dos atos, podendo o processo seguir sem sua presença, sem que isso lhe acarrete nenhum prejuízo. O que ocorre, em verdade, é um risco

¹⁰⁰ BRASIL, op. cit., nota 19.

¹⁰¹ Ibid.

¹⁰² LOPES JR, op. cit., 242.

¹⁰³ BRASIL, op. cit., nota 19.

¹⁰⁴ Id., op. cit., nota 71.

¹⁰⁵ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, op. cit., nota 35.

¹⁰⁶ O *nemo tenetur se detegere* será analisados com maior profundidade no quarto capítulo.

¹⁰⁷ MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. Rio de Janeiro: V. 1. Forense, 1961, p. 77.

que o réu corre de perder a oportunidade de influenciar na decisão do magistrado, na medida em que a omissão do réu em cooperar com a instrução penal não comporta qualquer sanção, tampouco resulta em qualquer presunção.

2. O PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA E SUA APLICABILIDADE AO PROCESSO PENAL

Neste capítulo será feita a análise do conceito, acepções e classificação do princípio boa-fé objetiva, bem como sua eficácia nos diversos ramos do direito, especificamente ao direito processual. Por fim, investigar-se-á a aplicabilidade do princípio ao direito processual penal.

2.1. Breves considerações históricas, conceituais e filosóficas da boa-fé

No direito romano, princípios de origem ética, como *officium*, *pietas*, *humanitas*, *amicitia* e *fides* eram dotados de elevada carga valorativa no sistema jurídico, e exerciam influência significativa no seio da comunidade, ao impor regras mínimas de atuação nas relações jurídicas. Embora tais princípios não fossem frequentemente encontrados de maneira expressa nos textos romanos, não se olvidava que estavam inseridos no ordenamento jurídico da época, atuando de forma cogente na sociedade. A autonomia da Lei – que indubitavelmente constitui uma das primeiras contribuições da cultura jurídica romana à tradição legal ocidental – não se contradizia, de qualquer forma, com sua referência a um conjunto ético-social do qual o texto legal buscava seu verdadeiro significado, tanto em sua formulação técnica quanto em sua interpretação.

Em Roma, a expressão *fides* era polissêmica, podendo ser entendida como um conjunto de valores reitores da sociedade, como confiança, colaboração, apoio mútuo, amparo, proteção, lealdade, respeito à palavra dada. Como afirmava Cícero¹⁰⁸, “o alicerce da justiça é a boa-fé, ou seja, a sinceridade nas palavras e a lealdade nas convenções”.

A *fides*, nesse contexto, constituía uma perspectiva objetiva do comportamento humano, apta a viabilizar a previsibilidade das condutas nas relações jurídicas, de modo a adequar tais condutas ao *standart* comportamental esperado do homem médio comum, o *bonus paterfamiliae*. Tal objetivação regulava tanto as relações do homem com a divindade quanto as intersubjetivas que implicavam a assunção de obrigações, pressupondo o respeito à palavra dada. Atuava a *fides*, portanto, como uma expectativa de comportamento conforme a norma, fosse ela jurídica, moral ou ética.

Posteriormente, a *fides* evoluiu para a *bona fides*, que constituía o princípio da boa-fé objetiva no direito romano. Esse postulado exigia dos indivíduos uma atuação conforme os

¹⁰⁸ CÍCERO. *Dos deveres*. Tradução Alex Martins. São Paulo: Martin Claret, 2007, p. 40.

padrões éticos esperados e atuava como cânone interpretativo dos negócios jurídicos, ampliando o campo de materialização da *fides* nas relações da sociedade. Aponta Judith Martins-Costa que¹⁰⁹:

o trânsito da *fides* à *fides bona* operou a partir de um mesmo núcleo semântico substancial (qual seja, lealdade à palavra dada por parte de quem é titular da *fides*) cujo ponto de deslizamento reside, precisamente, nas relações creditícias, internacionais e internas, e na percepção de seus sentidos ativo e passivo. Nesse complexo e muito sutil trânsito semântico, a lealdade à palavra dada, condição predicada a um sujeito que o timbra como “pessoa de boa reputação” (por manter a palavra dada), começa a ser aproximado do conjunto dos recursos familiares de que dispõe um sujeito e, portanto, ao titular do “crédito” que o titular da *fides* pode oferecer aos demais nas relações do tráfico creditício. Paralelamente, deveres de honestidade e lealdade, nascidos da *fides*, serão estendidos para outras relações.

O primeiro diploma normativo a consagrar expressamente a boa-fé foi o Código Civil francês de 1804¹¹⁰ – Código Napoleão –, no mesmo dispositivo que exortou a força vinculativa dos contratos – *pacta sunt servanda*. Entretanto, as influências jusfilosóficas da Escola da Exegese¹¹¹ que vigiam no século XIX não conferiam à boa-fé o espaço de aplicabilidade que lhe é atribuída hodiernamente, notadamente em virtude da concepção soligística que era atribuída aos juízes para a concretização do direito. Conforme leciona Menezes Cordeiro¹¹²:

Conclua-se pelo fracasso da boa-fé no espaço juscultural francês. Prevista no Código Napoleão com a colocação jurracionalista que, na altura, se lhe impunha, ela foi incapaz de evoluir à medida que lhe quebraram as amarras de origem. Imagem do bloqueio geral derivado de uma codificação fascinante e produto das limitações advenientes de um positivismo ingênuo e exegetico, a boa-fé napoleônica veio a limitar-se à sua tímida aplicação possessória e, para mais, em termos de não levantar ondas dogmáticas.

¹⁰⁹ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 57-58.

¹¹⁰ Preconiza o art. 1.134 do Código Civil francês: “*Les conventions légalement formées tinnent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise. Elles doivent être exécutés de bonne foi.*” (FRANÇA. *Code civil des Français*. Disponível em: <<http://www.assemblee-nationale.fr/evenements/code-civil/cc1804-13t03.pdf>>. Acesso em: 19 jan. 2018). Os acordos legalmente formados são a lei daqueles que os fizeram. Eles podem ser revogados apenas por consentimento mútuo ou pelas razões que a lei autoriza. Eles devem ser executados de boa-fé (tradução livre).

¹¹¹ A Escola de Exegese, segundo Norberto Bobbio, traduzia-se numa concepção jusfilosófica da aplicação do direito adotada pelos comentadores do Código Civil francês, calcada em cinco características fundamentais: a inversão das relações tradicionais entre direito natural e direito positivo – sem embargos à importância do direito natural para a formulação dos valores da sociedade, ele seria irrelevante enquanto não fosse incorporado à lei –; a concepção rigidamente estatal do direito – princípio da onipotência do legislador, segundo o qual são jurídicas somente as normas editadas pelo Estado –; a interpretação das leis fundada na intenção do legislador, nos casos em que ela não deflui diretamente do texto normativo; o culto do texto da lei – subordinação rigorosa do intérprete ao texto da lei –; e o respeito pelo princípio de autoridade – atribuição ao legislador do papel de definir o que é justo ou injusto (BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 1995, p. 84-89).

¹¹² CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2001, p. 267.

A expansão da boa-fé para além das relações privadas foi impulsionada pelo tratamento dado ao instituto pela doutrina e pela jurisprudência alemãs, que entenderam que o § 242 do Código Civil alemão de 1900¹¹³ (*Bürgerliches Gesetzbuch* – BGB) era aplicável ao direito público, em especial ao processo civil. Relata Menezes Cordeiro¹¹⁴, ao citar um precedente jurisprudencial alemão, que “o primeiro sector atingido pela boa fé foi o do Processo civil. A sua natureza instrumental perante o Direito civil e uma certa tradição literária de escrita sobre a boa fé em Processo terão facilitado a transposição”. Afirma Teresa Negreiros¹¹⁵:

[...] os contornos atuais da boa-fé objetiva no pensamento jurídico ocidental são resultado direto da doutrina e, principalmente, da jurisprudência alemãs. É comumente reconhecido que o desenvolvimento da cláusula geral da boa-fé constante do BGB pelo Poder Judiciário daquele país foi o principal responsável pela difusão do princípio em outros sistemas de direito codificado.

Empiricamente, a boa-fé está situada na axiologia do atuar humano, porquanto ao se afirmar que alguém está de boa ou má-fé, procede-se a uma análise valorativa da conduta em sociedade. Tal análise é levada a efeito tendo como parâmetro um modelo de comportamento, cujo desvio resulta na má-fé. Nesse contexto, atua a boa-fé como o elemento essencial nas relações sociais pautadas na probidade, retidão e honestidade com seu semelhante.

Para Menezes Cordeiro¹¹⁶, “o comportamento das pessoas deve respeitar um conjunto de deveres reconduzidos, num prisma juspositivo e numa óptica histórico-cultural, a uma regra de actuação de boa fé”.

Ao tratar da boa-fé no âmbito do direito obrigacional, Washington de Barros Monteiro¹¹⁷ afirma que “a boa-fé, juntamente com a probidade oferece a segurança das relações jurídicas, ou seja, dependem da confiança e respeito mútuos, da lealdade e da equivalência das prestações e contraprestações”.

Eduardo Couture, fazendo um paralelo da boa-fé com a fé pública, assevera que a aquela traduz um estado psicológico coletivo, uma forma de saúde espiritual que gera a crença

¹¹³ Preconiza o § 242 do BGB: “*Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern*” (ALEMANHA. *Bürgerliches Gesetzbuch*. Disponível em: <<https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/index.html>>. Acesso em: 19 jan. 2018). O devedor é obrigado a prestar aquilo que ele deve em conformidade com a boa-fé, levando em conta os costumes do mercado (tradução livre).

¹¹⁴ CORDEIRO, op. cit., p. 366.

¹¹⁵ NEGREIROS, Teresa. *Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 48-49.

¹¹⁶ CORDEIRO, op. cit., p. 632.

¹¹⁷ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: direito das obrigações*. 40. ed. V. 5. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 26.

nas aparências. Para Couture, a boa-fé é o normal na vida psicológica, como a saúde é o normal na vida fisiológica¹¹⁸.

Díez-Picazo aponta as seguintes acepções para o instituto: a boa-fé considerada como a ignorância da lesão que causa dano ao interesse de outra pessoa, casos em que o comportamento da pessoa é ilegal, mas honesto e justo, considerando a situação subjetiva em que se encontra o agente, atuando a boa-fé como uma causa de exclusão ou atenuação de culpa em um ato formalmente ilícito; a boa fé concebida como fonte de criação de deveres de conduta exigidos em cada caso, de acordo com a natureza do relacionamento legal e a finalidade perseguida pelas partes, sendo a boa fé entendida como justiça e honestidade no negócio, gerando o dever de respeito no desenvolvimento das relações jurídicas e na celebração, interpretação e execução de negócios; a boa-fé como uma causa de limitação do exercício de um direito subjetivo, ocorrendo a má-fé quando um direito é exercido dando-lhe uma função econômica distinta daquela que lhe foi atribuída pelo direito; e, por fim, a boa-fé como a confiança na existência e no modo de ser de uma situação jurídica, o que permite que o adquirente acredite na legitimação de dispor do alienante¹¹⁹.

No campo filosófico, a boa-fé é concebida como uma virtude moral, intimamente ligada com a verdade. Cuida-se da conformidade dos atos e das palavras com a própria consciência, ou seja, uma sinceridade translativa, que regula as relações do indivíduo com outros e consigo mesmo. Na concepção de André Comte-Sponville¹²⁰:

A boa-fé é uma sinceridade ao mesmo tempo transitiva e reflexiva. Ela rege, ou deveria rege, nossas relações tanto com outrem como conosco mesmos. Ela quer, entre os homens como dentro de cada um deles, o máximo de verdade possível, de autenticidade possível, e o mínimo, em consequência, de artifícios ou dissimulações. Não há sinceridade absoluta, mas tampouco há amor ou justiça absolutos: isso não nos impede de tender a elas, de nos esforçar para alcançá-las, de às vezes nos aproximarmos delas um pouco... A boa-fé é esse esforço, e esse esforço já é uma virtude.

Na visão de Immanuel Kant, especificamente no que tange ao imperativo categórico, o homem é um fim em si mesmo, e não um instrumento para realização de interesses alheios. Adotando a máxima da existência deveres universais compartilhados por todas as pessoas, o imperativo categórico de Kant orienta que uma ação seja realizada pelo seu valor intrínseco, e não com o fito de uma obter uma vantagem ou evitar uma consequência negativa. Deve-se

¹¹⁸ COUTURE, Eduardo Juan. *Estudios de derecho procesal civil*. Buenos Aires: Ediar, 1948, p. 31.

¹¹⁹ Díez-PICAZO, Luis. *La doctrina de los propios actos*. Barcelona: Bosch, 1963, p. 134-136.

¹²⁰ COMTE-SPONVILLE, André. *Pequeno tratado das grandes virtudes*. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 153.

agir por dever, e não por querer algo em troca, respeitando o valor absoluto de cada ser racional e nunca o reduzindo a uma perspectiva utilitarista.

Diferentemente do imperativo hipotético, em que o cumprimento do dever é uma ordem condicionada pelo que de satisfatório ou proveitoso pode resultar do seu cumprimento, no imperativo categórico a vontade humana deve ser motivada exclusivamente pelo que é correto, justo, moral, de maneira imparcial e desinteressada, orientada segundo máximas que todos podem adotar. No imperativo hipotético, as ações que se baseiam em interesses que seguem máximas que não podem ser universalizadas, porquanto se referem a interesses individuais ou de determinados grupos, não tendo tais interesses aptidão para atingir de forma difusa a toda a sociedade. Para Kant¹²¹, por outro lado, “o imperativo categórico é portanto só um único, que é este: age apenas segundo uma máxima tal que possas ao mesmo tempo querer que ela se torne lei universal”.

Insta ressaltar que o pensamento kantiano serviu de molde para a formulação de princípios basilares do direito contemporâneo, como a dignidade da pessoa humana, notadamente após a Segunda Guerra Mundial, momento histórico em que se verificou, na prática, quais são as consequências da utilização do ser humano como meio de realização de interesses políticos ou econômicos. Luís Roberto Barroso¹²², ao delimitar o conteúdo mínimo do princípio da dignidade da pessoa humana, reconhecendo a forte influência do imperativo categórico de Kant na formulação das balizas do postulado, faz a seguinte observação sobre o valor intrínseco da pessoa humana:

No plano filosófico, trata-se do elemento ontológico da dignidade, ligado à natureza do ser, ao que é comum e inerente a todos os seres humanos. O valor intrínseco ou inerente da pessoa humana é reconhecido por múltiplos autores e em diferentes documentos internacionais. Trata-se da afirmação de sua posição especial no mundo, que a distingue dos outros seres vivos e das coisas. Um valor que não tem preço. A inteligência, a sensibilidade e a comunicação (pela palavra, pela arte) são atributos únicos que servem de justificação para esta condição singular. Trata-se de um valor objetivo, que independe das circunstâncias pessoais de cada um, embora se venha dando crescente importância ao sentimento de auto-valor e de auto-respeito que resulta do reconhecimento social. Do valor intrínseco da pessoa humana decorre um postulado anti-utilitarista e outro anti-autoritário. O primeiro se manifesta no imperativo categórico kantiano do homem como um fim em si mesmo, e não como um meio para a realização de metas coletivas ou de projetos sociais de outros; o segundo, na ideia de que é o Estado que existe para o indivíduo, e não o contrário. É por ter o valor intrínseco da pessoa humana como conteúdo essencial que a dignidade não depende de concessão, não pode ser retirada e não é perdida mesmo diante da conduta individual indigna do seu titular. Ela independe até mesmo da

¹²¹ KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Tradução Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2004, p. 59.

¹²² BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação*. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2010/12/Dignidade_texto-base_11dez2010.pdf>. Acesso em 05 jan. 2018.

própria razão, estando presente em bebês recém-nascidos e em pessoas senis ou com qualquer grau de incapacidade mental.

Retomando o raciocínio acerca do imperativo categórico e sua relação com a boa-fé, para Kant, quando se qualifica um ato como moral ou imoral deve-se visualizar os motivos que levaram a ação, e não suas consequências. Um exemplo utilizado por Kant¹²³ para ilustrar o que seria agir de acordo com o valor moral permite a constatação da inserção da boa-fé na formulação dos valores universais que devem compoem a atuação humana no imperativo categórico:

É na verdade conforme ao dever que o merceiro não suba os preços ao comprador inexperiente, e, quando o movimento do negócio é grande, o comerciante esperto também não faz semelhante coisa, mas mantém um preço fixo geral para toda a gente, de forma que uma criança pode comprar em sua casa tão bem como qualquer outra pessoa. É-se, pois, servido honradamente; mas isso ainda não é bastante para acreditar que o comerciante tenha assim procedido por dever e princípios de honradez; o seu interesse assim o exigia; mas não é de aceitar que ele além disso tenha tido uma inclinação imediata para os seus fregueses, de maneira a não fazer, por amor deles, preço mais vantajoso a um do que a outro. A acção não foi, portanto, praticada nem por dever nem por inclinação imediata, mas somente com intenção egoísta.

Constata-se que o que Kant considera como uma ação contrária ao dever pode ser observada sob a perspectiva de uma prática comercial abusiva, que viola o princípio da boa-fé objetiva nas relações de consumo. Nesse contexto, o atuar pautado pela moral é impulsionado pelos deveres decorrentes da boa-fé, o que evidencia sua íntima ligação com o imperativo categórico kantiano, na medida em que neste o fator propulsor da conduta humana é um dever universal exortado por valores como honradez, transparência, confiança, moralidade, entre outros ínsitos à boa-fé.

Inferese dessa abordagem inicial que se pode considerar genericamente a boa-fé como um cânone informador do comportamento humano, que regula as relações interpessoais impondo deveres recíprocos baseados em valores universais consagrados pela sociedade.

2.2. Tipologia e instrumentalização da boa-fé

Costuma-se bipartir a boa-fé em subjetiva, que seria a vertente psicológica da boa-fé, e objetiva, a concepção ética do instituto.

Do ponto de vista subjetivo, a boa-fé consiste na valoração da convicção psíquica do agente, protegendo aquele que tem a consciência de estar agindo conforme o direito, apesar de

¹²³ KANT, op. cit., p. 27.

ser outra a realidade. Obtempera Fernando Noronha¹²⁴ que “na situação de boa-fé subjetiva uma pessoa acredita ser titular de um direito, que só existe na aparência. É esta situação de aparência que, em determinadas circunstâncias, presentes certos requisitos, deve ser tutelada”.

Sob esse prisma, a boa-fé se contrapõe à má-fé, que é a intenção deliberada de lesar a outrem. Cuida-se, com efeito, de uma investigação dos elementos psicológicos do sujeito a fim de buscar sua intenção ou, conforme assevera Judith Martins-Costa¹²⁵:

a expressão boa-fé subjetiva denota o estado de consciência ou convencimento individual de obrar (a parte) em conformidade ao direito (sendo) aplicável, ao campo dos direitos reais, especialmente em matéria possessória. Diz-se ‘subjetiva’ justamente porque, para a sua aplicação, deve o intérprete considerar a intenção do sujeito na relação jurídica, o seu estado psicológico ou íntima convicção. Antitética à boa-fé subjetiva está a má-fé, também vista subjetivamente como a intenção de lesar a outrem.

Exemplificativamente, a boa-fé subjetiva é tratada pelo estatuto civilista no âmbito do direito das coisas, ao conceituar possuidor de boa-fé aquele que ignora o vício ou obstáculo que impede a aquisição da coisa (art. 1.201), conferindo a tal possuidor o direito de retenção por benfeitorias necessárias e úteis (art. 1.219), bem como à aquisição da propriedade por usucapião em menor prazo (art. 1.242). Encontra-se, ainda, no direito de família – o casamento nulo, se contraído de boa-fé, produz efeitos (art. 1.561) –, bem como em outros diversos dispositivos do Código Civil¹²⁶.

A boa-fé objetiva, por sua vez, traduz-se em um preceito deontológico das relações jurídicas. Constitui um dever de agir pautado pela honradez, cuja análise valorativa é parametrizada por elementos externos, normas de conduta, padrões de honestidade socialmente consagrados e reconhecidos. No magistério de Ruy Rosado de Aguiar Júnior¹²⁷:

A boa-fé objetiva estabelece um dever de agir de acordo com padrões socialmente recomendados. Trata-se de uma cláusula geral, expressão do princípio de lealdade, que o juiz utilizará para verificar, nas circunstâncias daquele caso, qual a conduta que satisfaria essa exigência de lealdade (quanto a cuidado, informação, proteção, cumprimento da prestação, etc.). Assim criada pelo juiz a regra de conduta, será feita a verificação entre a conduta devida, segundo a boa-fé, e a conduta efetiva, concluindo-se pela ilicitude da que dela destoa.

Enquanto a boa-fé subjetiva é um fato (intelectivo, ou volitivo, como querem alguns), a boa-fé objetiva é um critério de comportamento, é elemento normativo, instrumental. Pode ser dito: agir em boa-fé (boa-fé subjetiva) e agir segundo a boa-fé (boa-fé objetiva).

¹²⁴ NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual*. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 143.

¹²⁵ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 411.

¹²⁶ BRASIL, op. cit., nota 87.

¹²⁷ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. *Proteção da boa-fé subjetiva*. Revista da AJURIS, n. 126/2012, v. 39, p. 191.

Trata-se de um dever de guardar fidelidade e coerência com a palavra dada ou com o comportamento praticado, no sentido de não fraudar ou abusar da confiança alheia. A boa-fé objetiva não se opõe à má-fé, tampouco guarda qualquer relação com a ciência que o sujeito possui da realidade. Constitui, em verdade, uma técnica que permite adaptar uma regra de direito ao comportamento médio em uso em uma dada sociedade num determinado momento.

Podem ser destacadas três funções precípua da boa-fé objetiva. O Código Civil¹²⁸, na parte inaugural das disposições gerais sobre o direito contratual, preconiza em seu art. 422 que os “contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”. Trata-se de uma cláusula geral que reflete a exigência do ordenamento jurídico de que as partes se comportem de forma correta, transparente e proba durante todas as etapas da relação contratual, ou seja, não só durante as tratativas, como também durante a formação e o cumprimento do contrato. Cuida-se de norma legal aberta que, com base no princípio ético que ela acolhe – fundado na lealdade, confiança e probidade –, norteia a atuação do juiz, que estabelece qual conduta deveria ter sido adotada pela parte naquelas circunstâncias. Se do confronto do modelo criado pelo juiz com o comportamento efetivamente realizado houver contrariedade, a conduta é ilícita por violação da cláusula geral da boa-fé objetiva. Nesse dispositivo, portanto, a boa-fé cumpre a função de integração do contrato, pois supre lacunas em suas disposições e revela deveres implícitos às partes contratuais.

Em outro dispositivo da codificação privada a boa-fé objetiva desempenha seu papel de postulado hermenêutico, conforme consta do art. 113 do Código Civil¹²⁹, pelo qual os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar da sua celebração. Miguel Reale¹³⁰ elege tal dispositivo como um artigo-chave do Código Civil, ao afirmar que:

Desdobrando essa norma em seus elementos constitutivos, verifica-se que ela consagra a eleição específica dos negócios jurídicos como disciplina preferida para regulação genérica das relações sociais, sendo fixadas, desde logo, a eticidade de sua hermenêutica, em função da boa-fé, bem como a sua socialidade, ao se fazer alusão aos “usos do lugar de sua celebração.

Destarte, o art. 187 do Código Civil¹³¹, ao incorporar ao direito pátrio a doutrina do abuso do direito, realiza a função de controle da boa-fé objetiva, ao enunciar que “também

¹²⁸ BRASIL, op. cit., nota 87.

¹²⁹ Ibid.

¹³⁰ REALE, Miguel. *Um artigo-chave do Código Civil*. Disponível em: <<http://www.miguelreale.com.br/artigos/artchave.htm>>. Acesso em: 02 jan. 2018.

¹³¹ BRASIL, op. cit., nota 87.

comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”. A função limitadora de abusos será analisada adiante.

2.3. Natureza jurídica da boa-fé no direito privado

A boa-fé é um instituto com ampla positivação no direito privado, uma vez que constitui o núcleo de um dos baluartes do direito civil contemporâneo, a eticidade, que, ao lado da socialidade e da operabilidade, forma a tríade principiológica estruturante do direito material privado.

As diversas ocorrências da boa-fé no Código Civil de 2002 demonstram como o instituto é multifacetado, na medida em que, a depender do dispositivo, sua natureza jurídica varia.

Como observado alhures, não obstante a previsão no Código Civil¹³² como regra de interpretação dos negócios jurídicos (art. 113), a boa-fé vem positivada no estatuto civilista sob a forma de cláusula geral do direito contratual (art. 422), e efetiva um mister integrativo, destinado a suprir eventuais lacunas nas cláusulas do ajuste firmado entre as partes e fazer surgir deveres de retidão, probidade e transparência.

O Código Civil de 1916, fruto de uma visão eminentemente patrimonialista e patriarcal do direito, estava em descompasso com as transformações sociais ocorridas no século XX, destoando do contexto social em que surgiam fenômenos como aumento do fluxo da decodificação¹³³ e, por conseguinte, clamando por uma nova codificação que refletisse os anseios da sociedade, em consonância com uma visão estrutural do direito, atendendo às novas perspectivas econômicas, políticas, sociais, filosóficas e culturais.

Diante desse quadro, e com a ascensão do fenômeno da constitucionalização do direito privado¹³⁴, o Código Civil de 2002 apresentou uma significativa alteração na

¹³² BRASIL, op. cit., nota 87.

¹³³ Tendo em vista a insuficiência do Código Civil de 1916 em regular a complexidade das relações sociais surgidas e aprimoradas nas décadas subsequentes à sua vigência, surgiram diversos diplomas legais ocupando os espaços normativos deixados pela codificação privada, tais como as Leis do Inquilinato, Lei do Parcelamento do Solo Urbano, Lei do Divórcio, Lei da União Estável, Código de Defesa do Consumidor, Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei das Sociedades Anônimas, Lei de Falência e Recuperação Judicial, entre outras.

¹³⁴ Ao discorrer sobre a constitucionalização do direito privado, Luís Roberto Barroso assevera que “uma das grandes mudanças de paradigma ocorridas ao longo do século XX foi a atribuição à norma constitucional do status de norma jurídica. Superou-se, assim, o modelo que vigorou na Europa até meados do século passado, no qual a Constituição era vista como um documento essencialmente político, um convite à atuação dos Poderes Públicos”. (BARROSO, Luís Roberto. A constitucionalização do direito e o direito civil. In: TEPENDINO, Gustavo. *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da Legalidade Constitucional*. São Paulo: Atlas,

perspectiva das relações privadas, abandonando a essência patrimonialista anterior e privilegiando o enfoque na dignidade da pessoa humana, adotando como vetores filosóficos a lealdade, a boa-fé e a funcionalização dos institutos.

Nesse contexto, o Código de 2002, admitindo a impossibilidade do sistema até então vigente de prever todas as necessidades humanas, adotou o sistema de cláusulas gerais, modelo que rompe com o sistema que prevaleceu no código anterior em que a segurança jurídica se situava na positivação do direito por meio de normas escritas que se propunham, sem êxito, a tutelar todas as relações jurídicas existentes na sociedade.

As cláusulas gerais constituem uma técnica de redação legislativa que emprega expressões de sentido aberto, dotadas de plasticidade, que conferem um norte de significação a ser complementado pelo aplicador do direito, considerando as nuances do caso concreto e os contornos axiológicos delimitados pela unidade sistêmica do ordenamento jurídico. Trata-se de formulações genéricas e abertas da lei, normas orientadoras, diretrizes, dirigidas ao juiz, que, simultaneamente, vinculam-no e lhe conferem liberdade para decidir, aplicar o direito no caso concreto. Nas lições de Judith Martins-Costa¹³⁵:

as cláusulas gerais constituem o meio legislativamente hábil para permitir o ingresso, no ordenamento jurídico, de princípios valorativos, expressos ou ainda inexpressos legislativamente, de standards, máximas de conduta, arquétipos exemplares de comportamento, das normas constitucionais e de diretivas econômicas, sociais e políticas, viabilizando a sua sistematização no ordenamento positivo.

A boa-fé também é apresentada no Código Civil¹³⁶ como conceito jurídico indeterminado, como por exemplo, o art. 167, § 2º, que preconiza que “ressalvam-se os direitos terceiros de boa-fé em face dos contraentes do negócio jurídico simulado”.

O aspecto que diferencia as cláusulas gerais dos conceitos jurídicos indeterminados reside no fato de que nestes a solução já está preestabelecida pelo texto normativo, não exercendo o juiz nenhuma função criadora. Tal tipologia normativa consubstancia-se em conceitos vagos, imprecisos e genéricos integrantes do texto legal, referentes à realidade fática, cujo significado se extrai das regras de experiência. Porém, os enunciados normativos em que se encontram os conceitos jurídicos indeterminados não são dotados da elasticidade

2008, p.240-241). Para Paulo Lôbo, atualmente, “não se cuida de buscar a demarcação dos espaços distintos e até contrapostos. Antes havia uma disjunção: hoje, a unidade hermenêutica, tendo a Constituição como ápice conformador da elaboração e aplicação da legislação civil. A mudança de atitude é substancial: deve o jurista interpretar o Código Civil segundo a Constituição e não a Constituição segundo o Código, como ocorria com frequência (e ainda ocorre). A mudança de atitude também envolve certa dose de humildade epistemológica”. (LÔBO, Paulo. *Teoria geral das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 2).

¹³⁵ MARTINS-COSTA, op. cit., 2000, p. 274.

¹³⁶ BRASIL, op. cit., nota 87.

própria das cláusulas gerais, pois, como observado, a solução para o caso é prevista pelo legislador.

Além das previsões legislativas como cláusula geral e conceito jurídico indeterminado, a boa-fé também é positivada no ordenamento jurídico como princípio. Anteriormente ao Código Civil de 2002, a boa-fé já vinha expressa como um dos princípios fundamentais no Código de Defesa do Consumidor¹³⁷, em seu art. 4º, inciso III. Trata-se do primeiro diploma legislativo a consagrar a boa-fé objetiva no sistema de direito privado brasileiro, como um dos princípios fundamentais das relações de consumo.

Humberto Ávila¹³⁸ conceitua os princípios como:

[...] normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementariedade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção.

Ao distinguir princípios de regras, Canotilho¹³⁹ estabelece os seguintes critérios:

- a) O grau de abstracção: os princípios são normas com um grau de abstracção relativamente elevado; de modo diverso, as regras possuem uma abstracção relativamente reduzida.
- b) Grau de determinabilidade na aplicação do caso concreto: os princípios, por serem vagos e indeterminados, carecem de mediações concretizadoras (do legislador? do juiz?), enquanto as regras são susceptíveis de aplicação direta.
- c) Carácter de fundamentalidade no sistema de fontes de direito: os princípios são normas de natureza ou com um papel fundamental no ordenamento jurídico devido à sua posição hierárquica no sistema das fontes (ex: princípios constitucionais) ou à sua importância estruturante dentro do sistema jurídico (ex: princípio do Estado de Direito).
- d) “Proximidade da ideia de direito”: os princípios são “Standards” juridicamente vinculantes radicados nas exigências de ‘justiça’ (Dworkin) ou na “ideia de direito” (Larenz); as regras podem ser normas vinculantes com um conteúdo meramente formal.
- e) Natureza normogenética: os princípios são fundamento de regras, isto é, são normas que estão na base ou constituem a ratio de regras jurídicas, desempenhando, por isso, uma função normogenética fundamentante.

Como observado, uma das características mais marcantes dos princípios é a alta carga de abstracção, o que denota a relação de proximidade conceitual entre princípios e cláusulas gerais. Os que os diferencia é que estas são elaboradas por meio da formulação de hipótese legal, abarcando a disciplina jurídica de um grande número de casos, e exercem uma função instrumental de concretização dos princípios nos casos concretos. Assim, os

¹³⁷ BRASIL. *Código de Defesa do Consumidor*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078compilado.htm>. Acesso em: 15 dez. 2017.

¹³⁸ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 70.

¹³⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 1997, p. 1160.

princípios, positivados ou não, produzem seus efeitos jurídicos quando reduzidos ao caso concreto por meio das cláusulas gerais. Conforme aponta Judith Martins-Costa¹⁴⁰:

Tais cláusulas, pelas peculiaridades de sua formulação legislativa, não apenas consubstanciam princípios, antes permitindo a sua efetiva inserção nos casos concretos. Cláusula geral, portanto, não é princípio – é norma. Mas é norma especial a medida em que, por seu intermédio, um sistema jurídico fundado na tripartição dos poderes do Estado e no direito escrito permite ao juiz a conformação à norma, à luz de princípios de valor não codificados, e com vinculação, controladas apenas pelos próprios tribunais, a critérios extralegais de base e de densidade empírica variável. Não são direito material posto pelo legislador, mas, simplesmente, *starding points* ou pontos de apoio para a formação judicial da norma no caso concreto.

Um exemplo da concretização dos princípios por meio das cláusulas gerais é o art. 51, inciso IV do Código de Defesa do Consumidor¹⁴¹, que atua como instrumento de efetivação do princípio da boa-fé objetiva, com o fito de exercer o controle de cláusulas abusivas em contratos de consumo.

Constata-se, dessa forma, que a cláusula geral da boa-fé objetiva introduz no direito privado um imperativo ético de um agir leal, honesto, probo, em consonância com os valores sociais universalizados, e funciona um como fator de mobilidade interna do sistema obrigacional apto permitir uma sistematização da resolução das controvérsias advindas da violação das normas de conduta inseridas nas relações privadas pela referida cláusula-geral.

2.4. O princípio da boa-fé objetiva como norma fundamental do processo civil

O Código de Processo Civil de 2015 (CPC/2015) trouxe em seu capítulo inaugural um rol de normas fundamentais que compõem a base estruturante do sistema processual civil brasileiro. Cuida-se de um conjunto de princípios e regras que, inspiradas tanto em preceitos constitucionais quanto em construções jurisprudenciais, servem, segundo Fredie Didier Jr¹⁴², de “norte para a compreensão de todas as demais normas jurídicas processuais civis”.

Entre as normas fundamentais do CPC/2015 destaca-se o art. 5º, que positiva o princípio da boa-fé objetiva no processo civil, ao estatuir que “aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé”.

Genericamente, o princípio da boa fé processual impõe às partes o dever de retidão e honestidade e na defesa de seus interesses no âmbito do processo judicial. Trata-se de um

¹⁴⁰ MARTINS-COSTA, Judith. *As cláusulas gerais como fatores de mobilidade do sistema jurídico*. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/175932/000463217.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 16 jan. 2018.

¹⁴¹ BRASIL, op. cit., nota 137.

¹⁴² DIDIER JR, op. cit., p. 63.

preceito de conduta que exige dos litigantes uma atuação leal no uso de pretensões, defesas ou recursos, e se materializa na prevenção e na sanção de abusos, excesso e alegações infundadas.

Não se olvida que as partes processuais atuam em defesa de seus interesses, sendo uma ingenuidade pensar que os litigantes promovem seus atos de forma desinteressada, cooperando com o juízo para a justa composição do litígio. O processo é um jogo em que se coloca frente a frente pessoas com interesses diametralmente opostos, em que cada uma busca sobrepor seu interesse ao da parte contrária.

Negar tal característica ao litígio seria ignorar o próprio escopo de pacificação social do processo, que busca a manutenção do império da ordem jurídica mediante a realização da vontade concreta da lei, haja vista que o Estado, abandonando a justiça privada, assumiu para si o encargo e o monopólio de definir o direito concretamente aplicável diante das situações de conflito. Afinal, desnecessária seria a intervenção estatal nos conflitos de interesses se se pudesse esperar das partes a atuação imparcial própria do órgão jurisdicional. Posturas isonômicas por parte dos advogados, se substituindo ao juiz, colocariam em cheque a igualdade entre as partes. Reconhecendo o caráter combativo do processo, obtempera Calamandrei¹⁴³:

En todas las instituciones procesales puede reconocerse, por clara derivación histórica, una significación metafóricamente agonística. El debate judicial es una especie de representación alusiva y simbólica de un certamen primitivo, en el cual el juez no era más que un juez de campo: la alternativa sucesión de los actos procesales de los litigantes viene a ser la transformación mímica de lo que en sus orígenes era un hecho de armas; hasta la terminología del proceso está tomada todavía de la de la esgrima o la palestra. Esta alusión a la lucha es viva en el proceso todavía en el día de hoy, a pesar de que se reconozca comúnmente la naturaleza publicística de las instituciones judiciales: mientras en el proceso civil se mantiene en vigor el principio dispositivo, la lucha entre contrapuestos intereses de parte es considerada y aprovechada por el Estado como el instrumento más apropiado para satisfacer al final el interés público de la justicia.

Em que pese a parcialidade dos interesses em jogo, a perspectiva hodierna das relações jurídicas impõe que o processo não seja concebido como um cenário desregrado de batalha, em que são ignorados quaisquer limites no emprego das faculdades processuais, com o fim de gerar o maior dano possível ao oponente. Com boa-fé processual, estabelece-se um modelo comportamental que impõe a todos os intervenientes do processo uma conduta apropriada, prevenindo ou sancionando atuações dolosas, desleais, fraudulentas, entre outras

¹⁴³ CALAMANDREI, Piero. *Estudios sobre el proceso civil*. Tradução Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Editorial Bibliografica Argentina, 1945, p. 263.

eivadas de má-fé. Calamandrei¹⁴⁴, ao alertar para a necessidade de observância da boa-fé por parte dos advogados, a fim de que o jogo processual não sofra um retrocesso civilizatório, aduz de forma peculiar que:

[...] el juego, esto es, la competición de habilidad, es lícito, pero no se permite hacer trampas. El proceso no es solamente ciencia del derecho procesal, no es solamente técnica de su aplicación práctica, sino que es también leal observância de las reglas del juego, es decir, fidelidad a los cánones no escritos de corrección profesional que señalan el límite entre la elegante y meritoria maestría del esgrimista perfecto y las torpes marrullerías del fullero.

Nesse contexto, com o fulcro de estabelecer regras de conduta para o jogo processual, o princípio da boa-fé objetiva vem previsto como norma fundamental no Código de Processo Civil de 2015 (CPC/2015), em seu art. 5º, e também em diversos dispositivos do código que coíbem abusos no exercício das faculdades processuais e indicam as condutas violadoras da boa-fé.

Uma rápida leitura do art. 5º do CPC/2015 já permite a verificação de seus destinatários, concluindo-se que o princípio da boa-fé objetiva não vincula somente as partes, abrangendo também o órgão jurisdicional. Nessa linha é o art. 143, I¹⁴⁵ da lei adjetiva civil, que prevê a responsabilização regressiva por perdas e danos do juiz que atuar dolosa ou fraudulentamente. O Supremo Tribunal Federal¹⁴⁶ já reconhecia do dever de boa-fé do juiz anteriormente à vigência do CPC/2015:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. RECURSO INTERPOSTO ANTES DA PUBLICAÇÃO DO ACÓRDÃO. CONHECIMENTO. INSTRUMENTALISMO PROCESSUAL. PRECLUSÃO QUE NÃO PODE PREJUDICAR A PARTE QUE CONTRIBUI PARA A CELERIDADE DO PROCESSO. BOA-FÉ EXIGIDA DO ESTADO-JUIZ. DOUTRINA. RECENTE JURISPRUDÊNCIA DO PLENÁRIO. MÉRITO. ALEGAÇÃO DE OMISSÃO E CONTRADIÇÃO. INEXISTÊNCIA. RECURSO CONHECIDO E REJEITADO.

[...]

3. As preclusões se destinam a permitir o regular e célere desenvolvimento do feito, por isso que não é possível penalizar a parte que age de boa-fé e contribui para o progresso da marcha processual com o não conhecimento do recurso, arriscando conferir o direito à parte que não faz jus em razão de um purismo formal injustificado. 4. O formalismo desmesurado ignora a boa-fé processual que se exige de todos os sujeitos do processo, inclusive, e com maior razão, do Estado-Juiz, bem como se afasta da visão neoconstitucionalista do direito, cuja teoria proscreve o legicentrismo e o formalismo interpretativo na análise do sistema jurídico, desenvolvendo mecanismos para a efetividade dos princípios constitucionais que abarcam os valores mais caros à nossa sociedade (COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: um análisis metateórico. Trad. Miguel Carbonell. In: "Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho", nº 16, 2002).

¹⁴⁴ Ibid., p. 268-269.

¹⁴⁵ BRASIL. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 08 jan. 2018.

¹⁴⁶ Id. Supremo Tribunal Federal. *ED no HC nº 101.132*. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2025390>>. Acesso em: 08 jan. 2018.

O art. 77 do CPC/2015¹⁴⁷ apresenta um rol exemplificativo de deveres de conduta para as partes e para qualquer pessoa que de alguma forma participe do processo, abarcando, assim, todos os sujeitos processuais, tais como juiz, promotor, advogados, serventuários da justiça, bem como terceiros, intervenientes ou auxiliares. São disposições genéricas sobre deveres dos sujeitos processuais, que se resumem no compromisso ético de não gerar danos à parte contrária, nem ao próprio processo, por meio dos atos que praticam em juízo.

Entre os deveres descritos nos incisos do artigo em comento, merecem destaque a necessidade de cumprir com exatidão as decisões jurisdicionais, de natureza provisória ou final, e não criar embaraços à sua efetivação, bem como o de não praticar inovação ilegal no estado de fato de bem ou direito litigioso (incisos IV e VI)¹⁴⁸. Tais hipóteses materializam o dever das partes de zelar pela efetividade dos provimentos jurisdicionais, em nome da manutenção da ordem e da segurança jurídica, e são tuteladas por ferramentas como tutela de urgência, *astreintes*, responsabilização por litigância de má-fé e multa por ato atentatório à dignidade da justiça.

O art. 80, por sua vez, traz em seus incisos um rol que descreve condutas tipificadas como atos de litigância de má-fé¹⁴⁹. Diferentemente dos deveres descritos no art. 77, a litigância de má-fé é conduta na qual só podem incidir os litigantes – quer dizer, autor, réu e eventuais terceiros intervenientes. A má-fé processual está presente quando ocorre a inobservância do dever genérico de boa-fé previsto no art. 5º, ou ainda quando se deixa de observar qualquer dos deveres processuais específicos enumerados no art. 77.

As hipóteses dos incisos do art. 80 descrevem situações em que o litigante atua em descompasso com as garantias da celeridade e efetividade do processo, abusando de seu direito de estar em juízo por meio de resistências indevidas, criando incidentes infundados e interpondo recursos protelatórios. Tais atitudes temerárias geram a responsabilização do infrator por perdas e danos e são punidas com multa.

Outro exemplo de regra de proteção da boa-fé objetiva no CPC/2015 é art. 276, que prevê que a parte responsável pela criação do vício processual não tem legitimidade para alegá-lo em juízo¹⁵⁰. Segundo tal preceito normativo, não pode a parte criar dolosamente situações de vícios processuais para posteriormente tentar tirar proveito de tal situação. Trata-se da positivação do *tu quoque* no direito processual, instituto derivado da boa-fé objetiva,

¹⁴⁷ BRASIL, op. cit., nota 145.

¹⁴⁸ Ibid.

¹⁴⁹ Ibid.

¹⁵⁰ Ibid.

cuja expressão advém da famosa frase de Júlio César ao notar que seu filho Brutus atentou contra sua vida: “*Tu quoque, Brute, fili mi?*” Leciona Menezes Cordeiro¹⁵¹ que “a fórmula *tu quoque* traduz, com generalidade, o aflorar de uma regra pela qual a pessoa que viole uma norma jurídica não poderia, sem abuso, exercer a situação jurídica que essa mesma norma lhe tivesse atribuído”.

Alguns dispositivos visam a coibir o abuso do direito, tais como o art. 311, inciso I, que autoriza a tutela de evidência no caso do abuso do direito de defesa¹⁵²; o art. 805, que prevê o princípio do menor sacrifício possível do executado, ao determinar que o juiz determine que a execução se faça pelo modo menos gravoso para o executado, quando por vários meios o credor puder promovê-la¹⁵³; bem como o abuso do direito de recorrer, previsto genericamente no inciso VII do já mencionado art. 80 como ato de litigância de má-fé e especificamente no art. 1.026, § 2º, relativo aos embargos de declaração manifestamente protelatórios¹⁵⁴. Não obstante tais concretizações típicas da vedação ao abuso do direito processual, alerta Didier Jr¹⁵⁵ que o princípio da boa-fé objetiva “proíbe atipicamente qualquer abuso de direito processual, que, assim, passa a ser um ilícito processual atípico”.

O art. 1.000, por sua vez, trata do instituto da aquiescência, ao estatuir que a parte que aceitar expressa ou tacitamente a decisão não poderá recorrer¹⁵⁶. Cuida-se da positivação do *nemo potest venire contra factum proprium*, instituto derivado da boa-fé objetiva que tutela a confiança, ao impedir que determinada pessoa exerça direito do qual é titular contrariando um comportamento anterior, já que tal conduta despreza o dever de lealdade.

Para Anderson Schreiber¹⁵⁷, a aplicação do princípio de proibição ao comportamento contraditório pressupõe quatro requisitos: um fato próprio, materializado numa conduta inicial, a legítima expectativa de outrem depositada na conservação do sentido objetivo dessa conduta, um comportamento contraditório com este sentido objetivo e um dano ou um potencial de dano decorrente da contradição. O art. 1.000 do CPC/2015 reflete claramente uma situação de violação da confiança, na medida em que a ocultação por uma parte da irresignação com uma decisão, com a demonstração por atos inequívocos de sua aceitação, gera na parte a quem aproveita a decisão uma legítima expectativa de que a decisão não se alterará. Eventual recurso interposto, ainda que tempestivamente, acarreta violação da boa-fé

¹⁵¹ CORDEIRO, op. cit., p. 837.

¹⁵² BRASIL, op. cit., nota 145.

¹⁵³ Ibid.

¹⁵⁴ Ibid.

¹⁵⁵ DIDIER JR., op. cit. p. 113.

¹⁵⁶ BRASIL, op. cit., nota 145.

¹⁵⁷ SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium*. 4. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2016, p. 86.

objetiva, uma vez que contraria o comportamento anterior, podendo, inclusive, causar danos à parte recorrida, caso esta não tenha se preparado para as consequências porventura advindas do recurso ilicitamente interposto.

Há, ainda, dispositivos na lei adjetiva civil em vigor em que a boa-fé exerce função hermenêutica. O art. 322, § 2º determina que a interpretação do pedido formulado pelo autor deva ser a sistemática, levando em conta o conjunto da postulação e tendo por guia o princípio boa-fé¹⁵⁸. Assim, o processo interpretativo do pedido deve ser orientado pelo princípio da boa-fé, perquirindo-se a lealdade e do autor, uma vez que não devem ser admitidos subterfúgios processuais que busquem alterar a abrangência do pedido, prejudicando o direito de defesa do réu. O art. 489, § 3º, por seu turno, enuncia que “a decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé”¹⁵⁹. Dessa forma, os atos e o comportamento das partes ao longo do processo devem ser levados em consideração por ocasião da interpretação da decisão.

Observa-se, portanto, que o princípio da boa-fé objetiva possui diversas previsões e exerce múltiplas funções no CPC/2015, o que permite constatar que se cuida de um princípio reitor do processo civil brasileiro, ao regular o comportamento dos sujeitos processuais em consonância com os ditames da lealdade, da probidade, da transparência e da segurança jurídica. Cuida-se de norma cogente, de ordem pública, que produz seus efeitos independentemente da vontade dos interessados. Nenhuma disposição constante de negócio jurídico processual tem o condão de impedir a incidência da boa-fé processual. Trata-se, com efeito, de um princípio fundamental do processo civil, que informa a elaboração e a aplicação das demais normas processuais.

2.5. A proteção da boa-fé no processo penal: deveres do órgão de acusação e do juiz

Como visto, a boa-fé objetiva é um princípio nuclear do processo civil, que foi consagrado como norma fundamental no CPC/2015 e previsto em vários outros dispositivos, demonstrando a preocupação do legislador em pautar a conduta dos sujeitos processuais nos preceitos éticos da sociedade.

O processo penal, por seu turno, possui previsões expressas que tutelam a boa-fé, exercendo a função de controle da atuação do titular da ação penal do e órgão jurisdicional, de modo a coibir abusos praticados por tais sujeitos por ocasião do exercício do *jus persequendi*

¹⁵⁸ BRASIL, op. cit., nota 145.

¹⁵⁹ Ibid.

e do *jus puniendi* e, por consectário lógico, tutelar os direitos constitucionalmente consagrados em favor do acusado.

Relativamente ao juiz, destaca-se o dever de imparcialidade, imperativo de conduta do julgador que se relaciona diretamente com a boa-fé, notadamente no que concerne aos deveres de lealdade e probidade. A própria essência da jurisdição supõe que um sujeito não pode, ao mesmo tempo, ser titular do poder jurisdicional e fazer parte do conflito que é submetido à sua decisão. Em todo processo, seja qual for a natureza, deve haver duas partes em conflito entre si que se aproximem de um terceiro imparcial, que é o titular do poder de resolução da controvérsia. Essa falta de qualidade de parte é o âmago da imparcialidade, que tem sua contrapartida no interesse direto dos sujeitos no processo, pois é garantia do devido processo legal que um juiz desinteressado resolva o conflito das partes com um critério objetivo e imparcial. Este critério de objetividade também impõe que o juiz esteja comprometido com o cumprimento correto de suas funções e com a aplicação do direito objetivo ao caso concreto, sem que circunstâncias estranhas ao processo influenciem sua decisão.

No processo penal, o dever de imparcialidade é corolário do devido processo legal (CRFB/88, art. 5º, LIV)¹⁶⁰ e decorre da principal característica do sistema acusatório, que é a separação das funções de acusar e julgar em órgãos distintos. Encontra-se, ainda, previsto expressamente na Convenção Americana de Direitos Humanos, em seu art. 8º, inciso 1¹⁶¹.

Não se olvida que o juiz é um ser humano inserido na sociedade, e que buscar a máxima neutralidade em suas decisões seria uma utopia inalcançável. Os valores advindos do meio social que permeia o julgador, da história de vida que o acompanha, de seus princípios morais e da sua perspectiva de mundo não deixam de influenciar seu julgamento. Como adverte Ferrajoli¹⁶², “o juiz não é uma máquina automática na qual por cima se introduzem os fatos e por baixo se retiram as sentenças, ainda que com a ajuda de um empurrão, quando os fatos não se adaptem perfeitamente a ela”. Rubens Casara¹⁶³, estabelecendo a distinção entre imparcialidade e neutralidade – esta significa ausência de valores – e alertando para a impossibilidade de se exigir neutralidade do julgador, observa que “o homem, e o juiz não é exceção (deve-se abandonar o mito do juiz ‘quase divino’), é formado por valores que se agregam à personalidade durante a caminhada histórica”. Nesse contexto arremata Casara¹⁶⁴:

¹⁶⁰ BRASIL, op. cit., nota 19.

¹⁶¹ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, op. cit., nota 35.

¹⁶² FERRAJOLI, op. cit., p. 33.

¹⁶³ CASARA, Rubens. *Mitologia processual penal*. Rio de Janeiro: Saraiva, 2015, p. 148.

¹⁶⁴ *Ibid.*, p. 152.

Em resumo: imparcialidade não se confunde com neutralidade... Esta, como se viu, é impossível ao passo de que imparcialidade é garantia do jurisdicionado. Por imparcialidade, entende-se a necessidade ligada à essência da função jurisdicional, de a atuação judicial se dar por terceira pessoa (Estado-juiz), que não tenha interesse direto na resolução do caso penal ou comprometimento direto com uma das teses esgrimadas em juízo. Dito de outra forma: o que está assegurado às partes é o fato de o juiz não ter aderido *prima facie* a qualquer das alternativas de explicação que as partes dialeticamente trazem aos autos, durante a relação processual.

A tutela da garantia da imparcialidade do juízo encontra-se positivada no Código de Processo Penal¹⁶⁵ sob a forma de causas de suspeição, impedimento e incompatibilidade. As causas de impedimento estão elencadas no art. 252 do CPP, e constituem circunstâncias objetivas relacionadas a fatos internos ao processo capazes de comprometer a imparcialidade do magistrado, e ensejam incapacidade objetiva do juiz, afastando-o do julgamento da causa independentemente de seu ânimo subjetivo, haja vista que geram presunção absoluta de parcialidade. Por seu turno, as hipóteses de suspeição, previstas no art. 254, materializam-se em circunstâncias subjetivas relacionadas a fatos externos ao processo, que enfraquecem a imparcialidade na medida em que pressupõem uma relação de proximidade entre o juiz e uma das partes. A incompatibilidade, por sua vez, advém da cláusula geral de imparcialidade dos sujeitos processuais constante do art. 112 do CPP. Segundo Hélio Tornaghi¹⁶⁶:

a incompatibilidade provém de graves razões de conveniência não incluídas entre os casos de suspeição ou de impedimento. São, frequentemente, razões íntimas, que levam o oficial a declinar. Em geral, as leis de organização judiciária mandam que seja dado conhecimento dessas razões em caráter sigiloso, a um órgão disciplinar superior. Assim, por exemplo, o juiz que tem ligação amorosa com a ré deve dar-se por incompatibilizado.

A violação da garantia da imparcialidade do juízo acarreta a nulidade absoluta do processo (art. 564, I do CPP)¹⁶⁷, bem como autoriza a punição do juiz por infração disciplinar, nos termos da Resolução nº 135/2011 do Conselho Nacional de Justiça¹⁶⁸, haja vista a violação aos deveres constantes do art. 35, inciso I da Lei Orgânica da Magistratura Nacional (Lei Complementar nº 35/1979)¹⁶⁹ e dos arts. 8º e 9º do Código de Ética da Magistratura Nacional¹⁷⁰.

¹⁶⁵ BRASIL, *op. cit.*, nota 20.

¹⁶⁶ TORNAGHI, Hélio Bastos. *Curso de processo penal*. 6. ed. V. 1. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 186.

¹⁶⁷ BRASIL, *op. cit.*, nota 20.

¹⁶⁸ Id. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução nº 135/2011*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2564>>. Acesso em: 08 fev. 2018.

¹⁶⁹ Id. *Lei complementar nº 35, de 14 de março de 1979*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp35.htm>. Acesso em: 08 fev. 2018.

¹⁷⁰ Id. Conselho Nacional de Justiça. *Código de Ética da Magistratura Nacional*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/publicacoes/codigo-de-etica-da-magistratura>>. Acesso em: 08 fev. 2018.

Já decidiu o Superior Tribunal de Justiça que a atuação parcial do juiz importa, ainda, em responsabilização do magistrado por improbidade administrativa, conforme se extrai do caput do art. 11 da Lei 8.429/1992, que qualifica como ato de improbidade qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições¹⁷¹. Em um caso concreto, a corte condenou um juiz acusado de usar o cargo para favorecer advogado com quem mantinha relação de íntima amizade¹⁷².

Destarte, em consonância com a Lei nº 1.079/1990, a infração ao dever de imparcialidade acarreta a responsabilização do julgador por crime de responsabilidade, caso se trate de ministro do Supremo Tribunal Federal, presidente de tribunal ou diretor de foro¹⁷³.

Outra norma de tutela da boa-fé dirigida ao juiz é o art. 653 do CPP, que enuncia que “ordenada a soltura do paciente em virtude de habeas corpus, será condenada nas custas a autoridade que, por má-fé ou evidente abuso de poder, tiver determinado a coação”¹⁷⁴. O parágrafo único determina a remessa de peças necessárias para ser promovida a responsabilização da autoridade. Com efeito, determinar a prisão cautelar de qualquer pessoa sem fundamento jurídico válido configura atuação dolosa da autoridade judiciária, constituindo, assim, violação à boa-fé.

No que toca a acusação, o dever de boa-fé dos membros do Ministério Público pode ser extraído do conjunto de deveres ético-funcionais constante do art. 43 da Lei nº 8.625/93¹⁷⁵. De tais deveres decorre a vedação aos membros do *parquet* de promover acusações infundadas, sem suporte probatório que as sustente. O direito de acusar deve revestir-se de imparcialidade, característica que não se contradiz com a condição de parte acusadora, pois o próprio CPP alça o MP à condição de fiscal da lei, no seu art. 257¹⁷⁶. A acusação pública, apesar de ser deduzida em nome da sociedade, não pode ser movida por paixões, ao arrepio da relevância pública e dos preceitos éticos que regulam a atuação ministerial.

¹⁷¹ Id. *Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L8429.htm>. Acesso em: 09 fev. 2018.

¹⁷² Id. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1.528.102*. Relator: Ministro Hermann Benjamin. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1534352&num_registro=201500875459&data=20170512&formato=PDF>. Acesso em: 08 jan. 2018.

¹⁷³ Id. *Lei nº 1.079, de 10 de abril de 1950*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L1079.htm>. Acesso em: 09 fev. 2018.

¹⁷⁴ Id., op. cit., nota 20.

¹⁷⁵ Id. *Lei nº 8.625, de 12 de fevereiro de 1993*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8625.htm>. Acesso em: 09 fev. 2018.

¹⁷⁶ Id., op. cit., nota 20.

Nesse sentido é o magistério de Jorge Americano¹⁷⁷:

Obrigado a intervir, o MP estuda o fato e fiscaliza a aplicação do direito. Expõe os seus argumentos com sobriedade de firmeza, com precisão e energia, mas sem paixão nem violência. Tem em vista a moralidade e a justiça. Responde aos argumentos dos diversos interessados, sem jamais sacrificar a verdade. Poupa a reputação alheia. Abandona os gracejos e os doestos, economiza a adjetivação. Encara o episódio como um fato jurídico e não como questão pessoal contra os demais interessados.

Uma importante decorrência do dever de boa-fé do órgão de acusação é a repulsa à teatralidade do processo penal, em que o membro do *parquet*, valendo-se de eventual notoriedade do caso, faça uso do processo como palco para angariar notoriedade, diante da perspectiva heroica com a qual alguns veículos de imprensa abordam a atuação do promotor ou do procurador. Assim, vedam-se os espetáculos acusatórios, que geram humilhações a quem já se encontra em situação vexatória, haja vista o estigma que patentemente acompanha o acusado no senso comum. Nas lições de Roberto Lyra¹⁷⁸:

Faltará, no entanto, à ética, numa de suas regras essenciais, o Promotor Público que injuriar o réu, ou, mesmo vexá-lo sem estrita necessidade. Mais do que violação da ética isso constitui covardia, na rigorosa expressão da palavra. É, também, impolítico, desastrado, contraproducente esse procedimento pelo péssimo efeito, pelo desprestígio da função, pelo descrédito do orador judiciário.

Ademais, o art. 257 do CPP prevê para os membros do *parquet* a aplicação das mesmas causas de impedimento e suspeição relativas aos juízes. Existem questionamentos em sede doutrinária a respeito da imparcialidade do Ministério Público no exercício da ação penal pública. Na ação penal privada, não pairam dúvidas quanto à imparcialidade do Ministério Público, uma vez que, como o polo ativo da é ocupado pelo querelante, que deduz a pretensão punitiva de forma parcial, reserva-se ao Ministério Público a missão de fiscalizar a correta aplicação da lei, o que é feito de maneira imparcial. Todavia, na ação penal pública, é sobre o próprio *parquet* que recai a função de promover a acusação.

Parte da doutrina defende a incompatibilidade da pressuposição de imparcialidade do Ministério Público com o sistema acusatório. Para esta corrente, a qualidade de processo acusatório – de atores com papéis bem definidos, ou processo de partes – somente se perfectibiliza com a presença de polos antagônicos, em igualdade de condições aptas a promover embate por meio da dialética processual, de maneira a se obter um conhecimento mais amplo da questão penal. Nesse sentido argumenta Badaró¹⁷⁹ que:

¹⁷⁷ AMERICANO apud LYRA FILHO, Roberto. *Teoria e prática da promotoria pública*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris e Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul, 1989, p. 74.

¹⁷⁸ Ibid., p. 80.

¹⁷⁹ BADARÓ, op. cit., 2015, p. 285.

[...] para que a dialética do processo acusatório se desenvolva em toda a sua potencialidade, permitindo uma correta reconstrução dos fatos, é necessário que no processo atuem partes com interesses antagônicos ou contrapostos. Conceber o Ministério Público como parte imparcial significa inviabilizar a dialética de partes ou, ao menos, tomar a contraposição entre tese e antítese algo artificial ou meramente formal. No processo acusatório, em que se acentua a relação dialética entre as partes, o Ministério Público deve ser uma parte verdadeira, isto é, uma parte parcial.

Outra linha de entendimento, consentânea com a natureza da função punitiva, destaca que o papel do Ministério Público não se resume ao de órgão acusação, mas de órgão legitimado para acusação, haja vista que a titularidade da ação penal pública e o princípio da obrigatoriedade não impõem ao membro do *parquet* o dever de pugnar pela condenação do réu em todos os casos, podendo, caso inexistentes elementos suficientes que sustentem a culpa do acusado, pedir sua absolvição. Para Pacelli¹⁸⁰, “enquanto órgão do Estado e integrante do Poder Público, ele tem como relevante missão constitucional a defesa não dos interesses acusatórios, mas da ordem jurídica, o que o coloca em posição de absoluta imparcialidade diante da e na jurisdição penal”. Prossegue o autor¹⁸¹:

O atuar imparcial do Ministério Público está relacionado com a inteira liberdade que se lhe reconhece na apreciação dos fatos e do direito a eles aplicável. O Ministério Público é livre e deve ser livre na formação de seu convencimento, sem que esteja vinculado a qualquer valoração ou consideração prévia sobre as consequências que juridicamente possam ser atribuídas aos fatos tidos por delituosos. Nunca é demais repetir: *ao Estado (e, aqui, ao Ministério Público) deve interessar, na mesma medida, tanto a condenação do culpado quanto a absolvição do inocente*. Essa é a verdadeira leitura a ser feita da norma do art. 257 do CPP.

Nesse diapasão, pode-se constatar sem maiores esforços argumentativos que a atividade dos juízes e do Ministério Público – como parte ou como fiscal da lei – no processo penal deve ser pautada pelos preceitos éticos decorrentes do princípio da boa-fé objetiva. Os fundamentos do dever de atuação norteados pela boa-fé por parte dos agentes do judiciário e do Ministério Público podem ser facilmente extraídos do princípio constitucional da moralidade administrativa, do devido processo legal, da garantia da imparcialidade e dos regramentos deontológicos das instituições.

E quanto ao acusado? Percebe-se nessa breve investigação que o processo penal positivo carece de uma norma expressa que confira à boa-fé o status de princípio específico informador da persecução criminal, com carga valorativa semelhante à encontrada no processo civil, e que tenha a aptidão de exercer o controle sobre a conduta de todos os sujeitos processuais, inclusive o réu e o defensor.

¹⁸⁰ PACELLI, op. cit., p. 460.

¹⁸¹ Ibid., p. 461.

Em alguns diplomas legislativos do direito comparado é possível verificar a positivação da boa-fé como norma de conduta aplicável a ambas as partes do processo penal.

A parte inicial do art. 112 do Código de Processo Penal paraguaio¹⁸² enuncia que “*las partes deberán litigar com buena fe, evitando los planteos dilatorios y cualquier abuso de las facultades que este código les concede*”.

O art. 12 da lei adjetiva penal colombiana¹⁸³ preconiza que “*todos los que intervienen en la actuación, sin excepción alguna, están en el deber de obrar con absoluta lealtad y buena fe*”.

No mesmo sentido é o art. 178 código mexicano¹⁸⁴, segundo o qual “*las partes deberán litigar con lealtad y buena fe, evitando los planteamientos dilatorios, meramente formales y cualquier abuso de las facultades que este código les concede*”. O art. 179, por sua vez, preceitua que “*cuando las características del caso aconsejen adoptar medidas especiales para asegurar la regularidad y buena fe en el procedimiento, el juez o tribunal de inmediato convocarán a las partes a fin de acordar reglas particulares de actuación*”.

Contudo, não há no CPP ou em leis esparsas pátrias qualquer exortação pertinente ao comportamento do réu e de seu defensor no processo penal, como faz o processo civil no art. 77 do CPC em vigor. Inexiste no processo penal um regramento sobre a litigância de má-fé, não havendo qualquer sanção para o acusado que impõe obstáculos ilícitos à correta elucidação dos fatos.

Como visto no capítulo anterior, costuma-se afirmar que essa falta de deveres de cooperação do réu com a persecução penal se deve à garantia constitucional da ampla defesa, notadamente em sua vertente negativa – *nemo tenetur se detegere* –, que exonera o polo passivo da processo de qualquer dever de participação ativa nas investigações preliminares ou na instrução processual.

Quanto ao defensor, constatou-se que a busca pela melhor situação possível para o réu é um dever, decorrente da defesa efetiva, corolário da ampla defesa, e que a colaboração do defensor com o desenvolvimento da marcha processual revelar-se-ia incompatível com tal dever, na medida em que o órgão de acusação é o maior interessado no desfecho da demanda. Para o defensor, o prolongamento do processo por longos anos – desde, é claro, que o réu

¹⁸² PARAGUAI. *Código Procesal Penal de la Republica del Paraguay*. Disponível em: <http://www.pj.gov.py/ebook/libros_files/Coleccion_de_Derecho_Penal_TomoIII.pdf>. Acesso em: 12 jan. 2018.

¹⁸³ COLÔMBIA. *Código de Procedimiento Penal*. Disponível em: <http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0906_2004.html>. Acesso em: 12 jan. 2018.

¹⁸⁴ MÉXICO. *Código Nacional de Procedimientos Penales*. Disponível em: <<http://legislacion.edomex.gob.mx/sites/legislacion.edomex.gob.mx/files/files/pdf/cod/vig/codvig004.pdf>>. Acesso em: 12 jan. 2018.

esteja solto – interessa como estratégia defensiva, haja vista que pode culminar na extinção da punibilidade pela prescrição.

Entretanto, adotando-se como premissa a consagração constitucional do princípio da boa-fé objetiva em todos os ramos do direito, como se verá adiante, essa visão de inexistência de deveres éticos do polo passivo do processo penal causa certa perplexidade. Conforme será analisado, o princípio da boa-fé objetiva alcança relações de diversas naturezas, seja entre particulares, seja entre Estado e particular, seja entre entes estatais. Contudo, não custa repetir: o processo penal não contém em seu ordenamento positivo nenhuma norma expressa dirigida ao polo passivo da persecução criminal, que contemple a boa-fé de modo a conferir efetividade aos deveres dela decorrentes.

Instaura-se, assim, um paradoxo: por que no processo penal, que se destina precipuamente a promover a tutela dos bens jurídicos mais sensíveis para a sobrevivência da sociedade, inexistente uma mínima regulamentação de deveres éticos para o acusado, ou normas que visem a evitar a produção de obstáculos maliciosos ao prosseguimento da demanda por parte do defensor?

A melhor forma de desfazer essa contradição é admitir que a boa-fé é um princípio aplicável não só ao órgão jurisdicional e ao órgão de acusação, mas a todos os sujeitos processuais, inclusive o réu e seu defensor. É necessário que o processo criminal não seja mais concebido como um cenário de contenda entre o indivíduo e o Estado, onde aquele pode defender seu direito de liberdade a qualquer custo, utilizando-se de qualquer meio, moral ou imoral, ético ou antiético, legítimo ou ilegítimo. Com boa fé processual, propõe-se estabelecer na persecução penal um modelo ético que impõe a todos os intervenientes do processo uma conduta apropriada, evitando ou sancionando abusos que contaminem a efetividade do sistema punitivo estatal.

Malgrado a inexistência de uma cláusula geral ou de um princípio inscrito expressamente nos diplomas legislativos processuais penais que prevejam a boa-fé como norma de conduta a ser observada pelo polo passivo da relação processual, observar-se-á que a boa-fé é um princípio basilar do ordenamento jurídico, que pode ser extraído de diversos dispositivos constitucionais, e inadmiti-lo no processo penal provocaria uma inconformidade em um sistema jurídico que preza tanto pela máxima efetividade dos princípios constitucionais quanto pela unidade, coerência e completude.

2.6. Fundamento constitucional do princípio da boa-fé objetiva

Conforme já frisado, ao proceder-se a uma leitura superficial dos dispositivos constitucionais, não se observa nenhuma menção literal à boa-fé nas disposições que tratam dos princípios e dos direitos fundamentais. No entanto, sustenta Didier¹⁸⁵ que o fundamento constitucional da boa-fé prescinde de posituação em texto normativo expresso, podendo ser extraído de outros princípios constitucionais, na medida em que “a exigência do comportamento em conformidade com a boa-fé pode ser encarada como conteúdo de outros direitos fundamentais”.

Expressiva parcela doutrinária enxerga no princípio da dignidade da pessoa humana o fundamento constitucional do princípio da boa-fé objetiva, funcionando este como um mecanismo de controle da liberdade individual, com o propósito de resguardar direitos e valores comunitários. Relativamente ao direito contratual, apontam Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves de Farias¹⁸⁶:

O princípio da dignidade da pessoa humana é um limite à autonomia privada, legitimando o exercício da liberdade contratual, com respeito aos princípios da boa-fé objetiva e da função social dos contratos. Justifica-se aqui a aplicação da retroatividade média quando a lei nova é benéfica para a coletividade no sentido de maior proximidade aos ideais de justiça.

Em sentido mais amplo, consentâneo a uma acepção de aplicabilidade multidisciplinar da boa-fé objetiva, leciona Teresa Negreiros¹⁸⁷ que:

[...] a fundamentação constitucional do princípio da boa-fé objetiva assenta na cláusula geral de tutela da pessoa humana – em que esta se presume parte integrante de uma comunidade, e não um ser isolado, cuja vontade em si mesma fosse absolutamente soberana, embora sujeita a limites externos. Mais especificamente, é possível reconduzir o princípio da boa-fé ao ditame constitucional que determina como objetivo fundamental da República a construção de uma sociedade solidária, na qual o respeito pelo próximo seja um elemento essencial de toda e qualquer relação jurídica.

Luís Roberto Barroso, ao dimensionar o conteúdo mínimo do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, elencou três elementos: o valor intrínseco da pessoa humana, a autonomia da vontade e o valor comunitário. Para Barroso¹⁸⁸, o valor intrínseco “é o elemento ontológico da dignidade, traço distintivo da condição humana, do qual decorre que todas as pessoas são um fim em si mesmas, e não meios para a realização de

¹⁸⁵ DIDIER, op. cit., p. 109.

¹⁸⁶ ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de. *Curso de direito civil*. 5. ed. V. 4. São Paulo: Atlas, 2015, p. 44.

¹⁸⁷ NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: Novos paradigmas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 117.

¹⁸⁸ BARROSO, op. cit., nota 122.

metas coletivas ou propósitos de terceiros”. A autonomia da vontade, para o autor, “é o elemento ético da dignidade humana, associado à capacidade de autodeterminação do indivíduo, ao seu direito de fazer escolhas existenciais básicas”, e a “capacidade de fazer valorações morais e de cada um pautar sua conduta por normas que possam ser universalizadas” seria inerente à autonomia. Por fim, para Barroso, o valor comunitário:

[...] é o elemento social da dignidade humana, identificando a relação entre o indivíduo e o grupo. Nesta acepção, ela está ligada a valores compartilhados pela comunidade, assim como às responsabilidades e deveres de cada um. Vale dizer: a dignidade como valor comunitário funciona como um limite às escolhas individuais. Também referida como dignidade como heteronomia, ela se destina a promover objetivos sociais diversos, dentre os quais a proteção do indivíduo em relação a atos que possa praticar capazes de afetar a ele próprio (condutas autorreferentes), a proteção de direitos de outras pessoas e a proteção de valores sociais, dos ideais de vida boa de determinada comunidade. Para minimizar os riscos do moralismo e da tirania da maioria, a imposição de valores comunitários deverá levar em conta (a) a existência ou não de um direito fundamental em jogo, (b) a existência de consenso social forte em relação à questão e (c) a existência de risco efetivo para direitos de terceiros.

A boa-fé, no contexto da dignidade da pessoa humana, é reconhecida como um valor comunitário, porquanto traz consigo um conjunto de prescrições éticas que impõem limites ao individualismo destemperado, atuando, assim, como um fator limitador da autonomia da vontade. A boa-fé, desse modo, confere efetividade a preceitos universalmente consagrados no convívio social, em detrimento de desígnios egoísticos e dissociados de uma acepção minimamente solidária da coletividade.

A dignidade da pessoa humana, na concepção do individualismo e do liberalismo vigentes no século XVIII, se limitava a funcionar precipuamente como uma proteção da condição humana diante da atuação do Estado, não se preocupando com a preservação mútua da dignidade entre dos indivíduos. Nessa ótica, o princípio era dotado de um caráter essencialmente individualista, uma vez que a liberdade individual como expressão da dignidade humana justificava a distribuição desigual de riquezas, e ruína dos mais desafortunados nada mais era do que um efeito colateral inevitável da proteção da liberdade individual.

Essa idealização egoística da dignidade humana foi gradativamente abandonada no final do século XIX e ao longo do século XX, com o afastamento da axiologia liberal burguesa e a imposição de limites éticos e sociais à liberdade individual e à autonomia privada, que delinearam os novos contornos do princípio. A dignidade humana passou a ser informada por um imperativo de solidariedade, que exorta a necessidade de se alertar para as

repercussões alheias provocadas pelas atuações individuais. Nessa conjuntura explica Anderson Schreiber¹⁸⁹:

Hoje, a ótica é inteiramente diversa. A despersonalização das relações sociais, a perda generalizada de identidade, as graves desigualdades decorrentes da atuação individualista, a expansão dos riscos sociais levam a um sentimento geral de sociedade a uma necessidade de pensar no outro. Há uma conscientização crescente e generalizada de que os indivíduos têm o dever de ser solidários, protegendo-se mutuamente. É sob esta lente solidária que o pensamento contemporâneo vê a dignidade humana, como dignidade de cada indivíduo em face também dos demais indivíduos (e não apenas do Estado), como igual dignidade de todas as pessoas, como igual dignidade social (*pari dignità sociale*).

Nessa ordem de ideias, constata-se a presença de mais um princípio constitucional do qual a boa-fé exsurge, e que encontra estreita ligação com o princípio da dignidade da pessoa humana. Localizado entre os objetivos fundamentais da República, o postulado da solidariedade – além de estimular o altruísmo em favor dos economicamente necessitados e de impulsionar políticas públicas que visam à atenuação de desigualdades sociais – parte do pressuposto de que os indivíduos nascem partícipes de uma coletividade e sujeitos, portanto, a todas as obrigações que subentendem a manutenção e desenvolvimento da vida coletiva. Assim, a exemplo de sua interação com a dignidade humana, a boa-fé pode ser vista no âmbito da solidariedade como um elemento de funcionalização de direitos subjetivos para o atendimento de valores e interesses sociais, atuando como uma cláusula limitadora de posturas destoantes do espírito de cooperação a que se filiou a Constituição.

Outro princípio constitucional do qual pode ser extraída a boa-fé é o devido processo legal – *nulla culpa sine iudicio*. Conforme observado no capítulo anterior, o princípio do devido processo legal é postulado fundante de todo o rol de garantias constitucionais atinentes aos processos jurisdicionais e administrativos. Além de assegurar a observância das regras procedimentais previamente estabelecidas em todos os julgamentos, o *due process of law* condiciona o exercício dos direitos de ação e defesa ao *fair trial*, com o fito de promover a atuação processual pautada nos imperativos de lealdade, ética e correção, cujo norte valorativo da conduta dos sujeitos processuais é a boa-fé.

Reconhecendo a relação de derivação entre a boa-fé objetiva e a garantia do processo justo, afirmam Humberto Theodoro Júnior, Dierle Nunes, Alexandre Melo Franco Bahia e Flávio Quinaud Pedron¹⁹⁰:

¹⁸⁹ SCHREIBER, op. cit., p. 35.

¹⁹⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC: fundamentos e sistematização*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 237.

No campo processual, em face do modelo constitucional de processo e de sua evidente decorrência do devido processo legal, a boa-fé induz a adoção de comportamentos que não quebrem a proteção da confiança e que obstem o recorrente comportamento não cooperativo de todos os sujeitos processuais, sejam os dos juízes mediante voluntarismos e decisionismos, sejam os das partes e advogados, mediante, v.g., estratégias com a finalidade de atrasar o curso do procedimento.

Pode-se extrair, ainda, o princípio da boa-fé processual da garantia constitucional do contraditório, sendo aquele uma dimensão objetiva deste, do qual não derivariam tão-somente direitos, como também deveres. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais, cuja origem reporta-se à emblemática decisão proferida pela Corte Constitucional Alemã (*Bundesverfassungsgericht*) no caso *Lüth*¹⁹¹, implica o reconhecimento de que os direitos fundamentais podem ser considerados independentemente da perspectiva individualista contida na noção de sujeito de direito. Desse modo, os direitos fundamentais consagram os valores mais importantes em uma comunidade política, que são as bases fundamentais da ordem jurídica, não se resumindo a escudos destinados à defesa de prerrogativas individuais em face da atuação estatal, mas sim de toda a comunidade, convertendo-se em um imperativo de promoção de tais direitos que vincula tanto o Estado quanto a sociedade civil.

Reconhecendo a boa-fé como um dever decorrente do princípio do contraditório em sua perspectiva objetiva, sustenta Antonio do Passo Cabral¹⁹²:

Esta eficácia objetiva dos direitos fundamentais importa em dispersão de seus preceitos por todo o ordenamento, sendo válidos para todas as relações jurídicas e desvinculada sua aplicação de qualquer limitação subjetiva de quem os poderia invocar. A dimensão objetiva dos direitos humanos reforça a própria validade destes direitos, já que reafirma sua teleologia e conteúdo.

Ademais, essa força objetiva justifica "restrições aos direitos subjetivos individuais, limitando o conteúdo e o alcance dos direitos fundamentais" dos demais indivíduos em favor dos valores constitucionais neles próprios consagrados. Assim, desnecessário afirmar que a formulação do contraditório como "direito" ou "garantia" não impede que, deste princípio, derivem deveres objetivamente considerados na tela publicista em que hoje é desenhado o processo.

¹⁹¹ Ingo Wolfgang Sarlet relata que, no caso *Lüth*, "além de outros aspectos relevantes, foi dado continuidade a uma tendência já revelada em arestos anteriores, ficando consignado que os direitos fundamentais não se limitam à função precípua de serem direitos subjetivos de defesa do indivíduo contra atos do poder público, mas que, além disso, constituem decisões valorativas de natureza jurídico-objetiva da Constituição, com eficácia em todo o ordenamento jurídico e que fornecem diretrizes para os órgãos legislativos, judiciários e executivos. Em outras palavras, de acordo com o que consignou Pérez Luño, os direitos fundamentais passaram a apresentar-se no âmbito da ordem constitucional como um conjunto de valores objetivos básicos e fins diretivos da ação positiva dos poderes públicos, e não apenas garantias negativas dos interesses individuais, entendimento este, aliás, consagrado pela jurisprudência do Tribunal Constitucional espanhol praticamente desde o início de sua profícua judicatura" (SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 143).

¹⁹² CABRAL, Antonio do Passo. *O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva*. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/88957>>. Acesso em: 24 jan. 2018.

Algumas disposições contidas na Carta Magna demonstram a repulsa do ordenamento jurídico constitucional à má-fé, como o art. 5º, LXXIII, que afasta a isenção de custas judiciais e do ônus da sucumbência no caso de má-fé do proponente da ação popular, bem como a responsabilização do autor pela propositura de má-fé da ação de impugnação de mandato eletivo, conforme consta do art. 14, § 11¹⁹³.

O fato de a boa-fé objetiva estar implícita no texto constitucional não lhe retira a normatividade, tendo em vista que o §2º do art. 5º preconiza que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”¹⁹⁴. Infere-se dessa regra que a opção do constituinte em não prever a boa-fé de forma expressa não lhe retira a qualificação de princípio constitucional, haja vista que este, por sua natureza, independe de positividade em uma norma jurídica positiva para exortar sua normatividade e produzir seus efeitos, notadamente pelo reconhecimento da boa-fé como preceito norteador das relações interpessoais em diversos ramos do direito. Nesse sentido explica Barroso¹⁹⁵ que:

[...] os grandes princípios de um sistema jurídico são normalmente enunciados em algum texto de direito positivo. Não obstante, e sem pretender enveredar por discussão filosófica acerca do positivismo e jusnaturalismo, tem-se, aqui, como fora de dúvida que estes bens sociais supremos existem fora e acima das regras legais, e nelas não se esgotam, até porque não tem caráter absoluto e se encontram em permanente mutação. No comentário de Jorge Miranda, “o Direito nunca poderia esgotar-se nos diplomas e preceitos constantemente publicados e revogados pelos órgãos do poder”.

Diante do exposto, constata-se que a boa-fé objetiva desponta como um dos princípios constitucionais que servem de fundamento para todo o ordenamento jurídico, dotado de eficácia irradiante apta a produzir efeitos nos mais variados setores do Direito, informando a função interpretativa e orientando a produção legislativa. Afinal, em um Estado Democrático de Direito (art. 1º, caput da CRFB/88)¹⁹⁶, que adota o primado da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), e tem como os objetivos de construir uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I) e promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º, IV), e cujo sistema processual é comprometido com devido processo legal (art. 5º, LIV), que rege as demais garantias processuais, entre elas o contraditório (art. 5º, LV), é imperioso reconhecer que a boa-fé

¹⁹³ BRASIL, op. cit., nota 19.

¹⁹⁴ Ibid.

¹⁹⁵ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 97.

¹⁹⁶ BRASIL, op. cit., nota 19.

objetiva se revela como princípio reitor desse modelo de Estado, e que a construção de tal modelo impõe que todas as relações jurídicas sejam norteadas pelo conjunto de valores decorrentes da boa-fé objetiva.

Não obstante, ressalta-se que, em consonância os novos paradigmas de hermenêutica, notadamente com o advento do pós-positivismo¹⁹⁷, os princípios constitucionais assumiram um papel que transcende as funções de modelo axiológico para a elaboração de normas e fonte normativa de integração. Nesse contexto, os princípios ganharam concretude e começaram a exigir um grau máximo de juridicidade, revelando, assim, normatividade apta a solucionar os casos concretos. Afastou-se da anterior visão de que os princípios jurídicos possuem apenas índole política e não jurídica, e da ideia de que, em virtude de possuírem alto grau de abstração, tinham valor apenas suplementar ou indicativo, ou mesmo, quando muito, subsidiário.

Na mesma linha do pós-positivismo, o constitucionalismo moderno¹⁹⁸, influenciado pelas tendências liberais e marcado pela edição da constituição norte americana de 1787 e da constituição francesa de 1791, constituiu um marco de reaproximação da ética com direito. De acordo com Uadi Lammêgo Bullos¹⁹⁹, “a grande novidade do constitucionalismo moderno não foi propriamente especificar os princípios que deveriam integrar as constituições escritas, mas sim reconhecer-lhes a dimensão normativa que se lhes encontra subjacente”.

É nesse sentido que Paulo Bonavides²⁰⁰, citando Dworkin, alerta para a necessidade de tratamento dos princípios como direito, “abandonando, assim, a doutrina positivista e

¹⁹⁷ Segundo Luis Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos, “a superação histórica do jusnaturalismo e o fracasso político do positivismo abriram caminho para um conjunto amplo e ainda inacabado de reflexões acerca do Direito, sua função social e sua interpretação. O pós-positivismo é a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada nova hermenêutica constitucional, e a teoria dos direitos fundamentais, edificada sobre o fundamento da dignidade humana. A valorização dos princípios, sua incorporação, explícita ou implícita, pelos textos constitucionais e o reconhecimento pela ordem jurídica de sua normatividade fazem parte desse ambiente de reaproximação entre Direito e Ética.” (BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula. O começo da história: A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: BARROSO, Luís Roberto. *Nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 336).

¹⁹⁸ “Como movimento jurídico, político e cultural, o constitucionalismo só adquiriu consistência no fim do século XVIII, com o fortalecimento de certos princípios, que passaram a ser adotados pela maioria dos Estados, sob forma de declarações de certos direitos e garantias fundamentais. Nessa época, o povo dizia que havia um tesouro enterrado numa ilha. A riqueza que nele se continha era a *happy constitution*, ou seja, uma constituição feliz, afortunada, que transformaria a sociedade patriarcal e imperialista num celeiro de alegria, onde todos seriam iguais, livres e bem-aventurados. A partir de então, a idéia de constitucionalismo ficou associada à necessidade de todo Estado possuir uma constituição escrita para frear o arbítrio dos Poderes Públicos.” (BULLOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 73-74)

¹⁹⁹ *Ibid.*, p. 80.

²⁰⁰ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 265.

reconhecendo a possibilidade de que tanto uma constelação de princípios quanto uma regra positivamente estabelecida podem impor obrigação legal”.

Dessa forma, pode-se constatar o primeiro argumento em favor da aplicabilidade da boa-fé ao processo penal. A boa-fé objetiva é um princípio constitucional que rege as relações interpessoais em vários contextos, exercendo diversas funções no ordenamento jurídico e gerando múltiplos deveres para os indivíduos, destacando-se nas relações obrigacionais. Não obstante, a Carta da República, ao consagrar entre seus pilares fundamentais a dignidade da pessoa humana, a prevalência dos direitos fundamentais e ainda ao dispor em seu Preâmbulo que a sociedade instituída no Estado Democrático de Direito está fundada na harmonia social, está impondo que todas as relações jurídicas, seja qual for a natureza, devem ser pautadas pela boa-fé objetiva.

Reconhecida a boa-fé objetiva como um princípio constitucional, dotado de efetividade e aplicabilidade direta, que independe de positivação expressa para que produza seus efeitos em um determinado setor do direito, não há justificativa que exonere o sujeito criminalmente acusado e seu defensor dos preceitos deontológicos decorrentes do princípio em comento. Não há no texto constitucional, sequer implicitamente, qualquer disposição que afaste o polo passivo do processo penal da atuação pautada na ética e na lealdade, o que inviabiliza qualquer sustentação no sentido de que a boa-fé não produz nenhum efeito na conduta de tais sujeitos processuais.

A visão liberal das garantias constitucionais processuais como absolutas reafirma a perspectiva duelística do processo penal, que se revela anacrônica quando confrontada com a carga axiológica que sustenta a estrutura constitucional, notadamente a promessa da construção de uma sociedade justa, livre e solidária. Não só o contraditório e o devido processo legal, mas todo o conjunto de garantias processuais penais proclamadas pela Carta da República em favor do réu deve ser visto não só pela perspectiva clássica liberal – direitos defensivos do indivíduo contra o Estado –, mas também pela sua dimensão objetiva, que autoriza limitações aos direitos subjetivos individuais, redimensionando o conteúdo de tais direitos em favor de outros valores constitucionais. Nesse contexto, a ampla defesa, em sua perspectiva objetiva, tem seus contornos delineados de forma a permitir a conformação da atuação do réu e do defensor com o modelo de conduta imposto pela boa-fé objetiva.

Assim, o princípio constitucional boa-fé objetiva é plenamente aplicável ao processo penal, independentemente da existência de uma cláusula geral que sirva de “porta de entrada” no sistema persecutório dos preceitos éticos amplamente consagrados na Carta Magna.

2.7. Unidade, coerência e completude do ordenamento jurídico: a inserção da boa-fé objetiva no processo penal por meio dos mecanismos de integração

O ordenamento jurídico é concebido como um conjunto sistemático e indecomponível de normas vigentes em um determinado lugar, e sua divisão em ramos se destina a promover recortes epistemológicos hábeis a viabilizar seu estudo, considerando sua complexidade técnica e as especificidades de cada setor da ciência jurídica. Segundo Norberto Bobbio, o ordenamento jurídico é composto por três características básicas: unidade, coerência e completude.

O fato de o ordenamento jurídico ser composto por uma diversidade de diplomas legislativos – tendo em vista a notória inflação legislativa brasileira – não retira seu caráter unitário, uma vez que tal característica pressupõe a existência de uma norma fundamental, que sirva de fundamento de validade para as normas hierarquicamente inferiores. Bobbio²⁰¹, ao constatar que a complexidade de um ordenamento jurídico não exclui sua unidade, assevera:

Que seja unitário um ordenamento simples, isto é, um ordenamento em que todas as normas nascem de uma única fonte, é facilmente compreensível. Que seja unitário um ordenamento complexo, deve ser explicado. Aceitamos aqui a teoria da construção escalonada do ordenamento jurídico, elaborada por Kelsen. Essa teoria serve para dar uma explicação da unidade do ordenamento jurídico complexo. Seu núcleo é que as normas de um ordenamento não estão todas no mesmo plano. Há normas superiores e inferiores. As inferiores dependem das superiores. Subindo das normas inferiores àquelas que se encontram mais acima, chega-se a uma norma suprema, que não depende de nenhuma outra norma superior, e sobre a qual repousa a unidade do ordenamento.

Tal entendimento se alinha com os ensinamentos de Hans Kelsen²⁰², segundo o qual:

A ordem jurídica não é um sistema de normas jurídicas ordenadas no mesmo plano, situadas umas ao lado das outras, mas é uma construção escalonada de diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas. A sua unidade é produto da conexão de dependência que resulta do fato de a validade de uma norma, que foi produzida de acordo com outra norma, se apoiar sobre essa outra norma, cuja produção, por sua vez, é determinada por outra; e assim por diante, até abicar finalmente na norma fundamental - pressuposta. A norma fundamental - hipotética, nestes termos - é, portanto, o fundamento de validade último que constitui a unidade desta interconexão criadora.

Sem embargos às discussões jusfilosóficas a respeito da natureza ou da fonte da norma fundamental hipotética, em um ordenamento jurídico positivo como o brasileiro, a norma que ocupa o mais alto escalão da hierarquia normativa e que serve de fundamento de validade para as demais normas é a Constituição.

²⁰¹ BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 6. ed. Brasília: UnB, 1995, p. 48-49.

²⁰² KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 155.

A coerência, por sua vez, se traduz na inadmissibilidade de antinomias no ordenamento, por um imperativo de segurança jurídica.

Nas palavras de Bobbio²⁰³:

Onde existem duas normas antinômicas, ambas válidas, e portanto ambas aplicáveis, o ordenamento jurídico não consegue garantir nem a certeza, entendida como possibilidade, por parte do cidadão, de prever com exatidão as consequências jurídicas da própria conduta, nem a justiça, entendida como igual tratamento das pessoas que pertencem à mesma categoria.

Levando-se em conta que em um ordenamento jurídico positivo inflacionário como o pátrio afigura-se impossível a inexistência de antinomias, Bobbio elegeu três critérios para a solução destas, quais sejam: cronológico – *lex posterior derogat priori* –, hierárquico – *lex superior derogat inferior* – e da especialidade – *lex specialis derogat generali*.

Ao ser submetido ao processo penal, a Constituição outorga em favor do réu um conjunto de direitos e garantias destinadas precipuamente a tutelar sua dignidade e a minimizar os efeitos do desequilíbrio sistêmico entre as partes em litígio – Estado e indivíduo. Porém, ao analisar tais garantias, não se observa qualquer antinomia entre elas e a boa-fé, uma vez que, a uma, inexiste no texto constitucional qualquer disposição expressa que exonere o réu da observância de uma conduta minimamente ética no processo penal e, a duas, o alcance e a dimensão de tais garantias não podem ser interpretadas de forma a afastar deveres individuais exortados por imperativos consagrados como fundamentais e basilares de todo o ordenamento jurídico.

Destarte, a completude se refere à inexistência de lacunas no ordenamento, ou seja, na ocorrência de uma exigência do direito, fundamentada objetivamente pelas circunstâncias sociais, não encontrar satisfação na ordem jurídica, revela-se o estado de incompletude do sistema.

A solução do vazio operado pelas das lacunas se dá, segundo Bobbio, por meio de dois métodos básicos: heterointegração, consistente no recurso a ordenamentos diversos e a fontes diversas da Lei – Direito Natural, jurisprudência, doutrina, costumes – e autointegração, que se socorre da analogia e dos princípios gerais do direito.

Como visto, o CPC/2015 elegeu a boa-fé objetiva como norma fundamental e regulou exaustivamente os deveres dos sujeitos processuais. A legislação processual penal, por sua vez, no tocante ao réu e ao defensor, é silente nesse aspecto. Contudo, não se pode concluir de tal omissão constitui um silêncio eloquente do legislador, uma vez que a carga valorativa empregada ao princípio da boa-fé nos diversos ramos do direito não admite essa

²⁰³ BOBBIO, op. cit., p. 133.

afirmação. Trata-se, com efeito, de uma lacuna, que pode ser preenchida tanto pelo emprego da analogia quanto dos princípios gerais do direito, técnicas de integração admitidas pelo art. 3º do Código de Processo Penal²⁰⁴.

A analogia consiste em solucionar a lacuna normativa recorrendo-se à existência de norma jurídica reguladora de caso semelhante. Diante da omissão legislativa a respeito da boa-fé no processo penal, relativamente ao polo passivo, revela-se admissível que aquele se socorra do processo civil a fim de que sejam incorporados à persecução penal deveres éticos decorrentes do art. 5º do CPC/2015.

De acordo com o art. 15 do CPC/2015, na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições do código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente²⁰⁵. A omissão do dispositivo em comento quanto ao processo penal pode levar à conclusão de que o legislador foi eloquente em seu silêncio, inviabilizando a aplicação residual do CPC aos processos de natureza criminal. Contudo, tal inferência destoa-se das tendências jurisprudenciais e doutrinárias. O Supremo Tribunal Federal, em diversas oportunidades, admitiu a aplicação analógica de institutos do CPC no processo penal, v.g., o prazo em dobro para litisconsortes com diferentes procuradores²⁰⁶, o princípio da *perpetuatio jurisdictionis*²⁰⁷, entre outras.

Segundo Renato Brasileiro²⁰⁸:

não há nenhuma razão lógica para se afastar a aplicação supletiva e subsidiária do novo CPC ao processo penal, até mesmo porque tal prática já era - e continuará sendo - recorrente na vigência do antigo (e do novo) CPC. Exemplificativamente, como a legislação processual penal nada diz acerca do procedimento a ser utilizado para a produção da prova antecipada prevista no art. 225 do CPP, a doutrina sempre sustentou a possibilidade de aplicação subsidiária dos arts. 846 a 851 do antigo CPC (arts. 381 a 383 do novo CPC). Portanto, quando o art. 15 do novo CPC faz referência apenas aos processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, houve uma omissão involuntária do legislador, que deve ser suprida pela interpretação extensiva para fins de ser reconhecida a possibilidade de aplicação supletiva e subsidiária do novo diploma processual civil ao processo penal (comum e militar).

Outra maneira preencher a lacuna normativa e integrar a boa-fé no processo penal, autorizada pelo art. 3º do CPP, é com o emprego dos princípios gerais do direito. Segundo

²⁰⁴ BRASIL. op. cit., nota 20.

²⁰⁵ Id., op. cit., nota 145.

²⁰⁶ Id. Supremo Tribunal Federal. *Vigésimo quinto AgR na AP nº 470*. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5276366>>. Acesso em: 17 jan. 2018.

²⁰⁷ Id. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 89.849*. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=406380>>. Acesso em: 17 jan. 2018.

²⁰⁸ BRASILEIRO, op. cit., p. 35.

Miguel Reale²⁰⁹, “princípios gerais do direito são enunciações normativas de valor genérico, que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico, quer para a sua aplicação e integração, que para a elaboração de novas normas”. Os princípios gerais do direito são os alicerces do ordenamento jurídico, proposições genéricas universalmente admitidas, que atuam como condutores da elaboração legislativa e desempenham o papel de fontes do direito, uma vez que a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, em seu artigo 4º, dispõe que na omissão da lei, o juiz decidirá de acordo com os princípios gerais do direito²¹⁰.

Afirma Sebastião de Assis Neto²¹¹ que os princípios gerais do direito “devem ser observados pelo legislador quando da edição da norma legal, independentemente de estarem eles previstos em lei anterior, já que se subentendem admitidos de forma geral”. Contudo, no tocante à aplicação dos princípios gerais do direito como regra de integração, prossegue o autor afirmando que “devem ser eles tomados como norma de decidir, no caso concreto, à falta de norma expressa que solucione a questão”, o que é admitido pelo art. 3º do CPP.

Não se devem confundir os princípios gerais do direito aos quais se se refere o art. 3º do CPP com os princípios constitucionais fundamentais. Aqueles, segundo Eugênio Pacelli e Douglas Fischer²¹², “prestam-se também a nortear quaisquer critérios de interpretação das Leis”, mas são dotados de efetividade e normatividade não encontradas nestes, porquanto oferecem “orientações não escritas para a solução de casos nos quais a ausência de regulamentação, bem como os métodos de preenchimento das lacunas, reclamem soluções coerentes com a unidade do sistema jurídico”. Assim, os princípios gerais do direito exercem função integrativa, mas não são instrumentos hábeis para solucionar os casos concretos no caso de existência de norma reguladora da hipótese, na medida em que são destituídos da aplicabilidade própria dos princípios constitucionais.

Sílvio Venosa²¹³ alerta para o fato de ser “tarefa inútil, por ser impossível, definir e catalogar esses princípios”, haja vista se tratarem de “regras oriundas da abstração lógica que constitui o substrato comum do Direito”. Para o autor, “os princípios gerais de direito se revelam ao jurista dentro da amplitude do sistema, pelo método indutivo, por meio do exame da matéria abordada e dos institutos jurídicos semelhantes”.

²⁰⁹ REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 286.

²¹⁰ BRASIL. *Lei nº 4.567, de 4 de setembro de 1942*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm>. Acesso em: 20 set. 2018.

²¹¹ ASSIS NETO, Sebastião de; JESUS, Marcelo de; MELO, Maria Izabel de. *Manual do Direito Civil*. 3. ed. São Paulo: Juspodivm, 2014, p. 81.

²¹² PACELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. *Comentários ao código de processo penal e sua jurisprudência*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 10-11.

²¹³ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Introdução ao estudo do direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 142

Exemplos de princípios gerais do direito comumente citados pela doutrina são os famosos brocardos de Ulpiano aos expor os *iuris precepta*, que podem resumir toda uma filosofia no plano global do Direito: *honeste vivere, neminem laedere, suum cuique tribuere*, seja, viver honestamente, não lesar ninguém e dar a cada um aquilo que é seu. Para Venosa²¹⁴, “a invocação desses princípios, pelo julgador, seja juiz ou árbitro, perante a lacuna da lei, ou mesmo na sua interpretação, constitui ideal da mais elevada justiça”.

Reconhecendo a boa-fé como um princípio geral do direito, assevera Joan Picó I Junoy²¹⁵:

El principio general de la buena fe es una de las vías más eficaces para introducir un contenido ético-moral en el ordenamiento jurídico, y supone otro avance más en el desarrollo de la civilización, tendente a superar una concepción excesivamente formalista y positivista de la ley, que permite a los juristas adecuarlas distintas instituciones normativas a los valores sociales propios de cada momento histórico.

Valores como honestidade, probidade, lealdade, cooperação, entre outros decorrentes da boa-fé extrapolam as balizas da dogmática jurídica, uma vez que são amplamente reconhecidos nos mais variados campos do conhecimento. Não obstante, o tratamento conferido à boa-fé nos diversos ramos do ordenamento jurídico exorta sua relevância como modelo de comportamento componente da experiência jurídica comum, o que o converte, desse modo, em elemento integrante do Direito, apto a suprir lacunas normativas.

A boa-fé objetiva foi adotada pelos diplomas legislativos do direito privado e pelo Código de Processo Civil de 2015 como princípio expresso, com a função de estabelecer um padrão ético de conduta para as partes nas relações obrigacionais e processuais. Contudo, a boa-fé objetiva não se esgota no campo contratual e no processo civil, na medida em que seu status de princípio geral do direito o municiona de robustez suficiente para transpor as balizas das relações privadas e se propagar nos diversos ramos do direito.

Observa Menezes Cordeiro que a expansão do princípio para fora do direito civil é evidente, “e denota a compleição da boa-fé não como um instituto jurídico comum, mas como uma factor cultural importante, ligado, de modo estrito, a um certo entendimento jurídico”²¹⁶. Com semelhante raciocínio, afirma Karl Larenz²¹⁷:

²¹⁴ Ibid., p. 142.

²¹⁵ JUNOY, Joan Picó I. *El principio de la buena fe procesal*. Disponível em: <<http://justiciayderecho.org.pe/revista4/articulos/EL%20PRINCIPIO%20DE%20LA%20BUENA%20FE%20PROCESAL%20Joan%20Pico%20i%20Junoi.pdf>>. Acesso em: 08 jan. 2018.

²¹⁶ CORDEIRO, op. cit., p. 371.

²¹⁷ LARENZ apud PÉREZ, Jesús Gonzalez. *El principio general de la buena fe en el derecho administrativo*. Madrid: Civitas, 2004, p. 22.

la salvaguardia de la buena fe y el mantenimiento de la confianza forman la base del tráfico jurídico, em particular, de toda la vinculación jurídica individual. Por esto, el principio non puede limitarse a las relaciones obligatorias, sino que es aplicable siempre que exista una especial vinculación jurídica, y en este sentido puede concurrir, por tanto, en el Derecho de cosas, en el Derecho procesal y el Derecho público.

No plano internacional, a boa-fé foi reconhecida como princípio fundamental do Direito Internacional, previsto na Declaração Relativa aos Princípios do Direito Internacional Regendo as Relações Amistosas e Cooperação entre os Estados Conforme a Carta da ONU²¹⁸.

No âmbito do direito administrativo, busca-se o assento constitucional da boa-fé objetiva no princípio da moralidade administrativa, constante do art. 37 da CRFB/88²¹⁹. Em nível infraconstitucional, a Lei do Processo Administrativo Federal (Lei 9.784/99)²²⁰ positivou a boa-fé em duas oportunidades, quais sejam, o art. 2º, parágrafo único, IV, que prevê o dever de boa-fé da Administração, ao determinar a observância, nos processos administrativos, do critério de atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé; e o art. 4º, inciso II, ao dispor que são deveres do administrado, perante a Administração, proceder com lealdade, urbanidade e boa-fé.

Desse modo, a boa-fé objetiva desponta como princípio cogente na Administração Pública, e materializa-se na imposição de deveres de conduta e proibição por parte da Administração e dos administrados, podendo sua violação, inclusive, acarretar a nulidade de um ato administrativo. Em tal sentido assevera Egon Bockmann Moreira²²¹:

A boa-fé, portanto, impõe a supressão de surpresas, ardis ou armadilhas. A conduta administrativa deve guiar-se pela estabilidade, transparência e previsibilidade. Não se permite qualquer possibilidade de engodo – seja ele direto ou indireto, visando à satisfação de interesse secundário da Administração. Nem tampouco poderá ser

²¹⁸ Entre as disposições constantes do documento relativas à boa-fé, destacam-se: “*All States shall pursue in good faith negotiations for the early conclusion of a universal treaty on general and complete disarmament under effective international control and strive to adopt appropriate measures to reduce international tensions and strengthen confidence among States. (...) All States shall comply in good faith with their obligations under the generally recognized principles and rules of international law with respect to the maintenance of international peace and security, and shall endeavour to make the United Nations security system based on the Charter more effective.*” (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Co-operation among States in accordance with the Charter of the United Nations*. Disponível em: <<http://www.un-documents.net/a25r2625.htm>>. Acesso em: 20 fev. 2018). Todos os Estados buscarão de boa-fé negociações para a rápida conclusão de um tratado universal sobre o desarmamento geral e completo sob efetivo controle internacional e se esforçarão para adotar medidas apropriadas para reduzir as tensões internacionais e fortalecer a confiança entre os Estados. (...) Todos os Estados cumprirão de boa fé as suas obrigações de acordo com os princípios e regras geralmente reconhecidos do direito internacional no que diz respeito à manutenção da paz e segurança internacionais, e esforçar-se-ão por tornar mais efetivo o sistema de segurança das Nações Unidas baseado na Carta (tradução livre).

²¹⁹ BRASIL, op. cit., nota 19.

²²⁰ Id. *Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L9784.htm>. Acesso em: 20 fev. 2018.

²²¹ MOREIRA, Egon Bockmann. *Processo Administrativo: princípios constitucionais e a Lei 9.784/1999*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 75.

prestigiada juridicamente a conduta processual de má-fé dos particulares. Ambas as partes (ou interessados) no processo devem orientar seu comportamento, endo e extraprocessual, em atenção à boa-fé. Caso comprovada a má-fé, o ato (ou o pedido) será nulo, por violação à moralidade administrativa.

Identifica-se ainda a aplicação do princípio da boa-fé objetiva em outros ramos do direito público, tais como o Direito Financeiro e o Direito Tributário. Como observado, a boa-fé é da essência do Estado Democrático de Direito. Portanto, não se pode imaginar que tais ramos do direito, essenciais à estruturação e ao desenvolvimento dos objetivos do Estado, transitem ao largo da boa-fé objetiva como parâmetro de atuação dos agentes do Estado. Conforme observa Fernando Rubinstein²²², em monografia destinada ao estudo da aplicação da boa-fé objetiva ao Direito Financeiro e ao Direito Tributário:

A cultura da legalidade deve ser retomada a partir da ideia de aceitação moral compartilhada pela parcela majoritária dos membros da dada comunidade. A moral, nesse contexto, configura componente substancial do Direito, equilibrando as deficiências normativas.

Interpretações imprevisíveis podem instalar a arbitrariedade, colocando os administrados em condição de desigualdade e projetando insegurança. A estabilidade, inerente ao Direito como um todo, e ao Direito financeiro e Direito tributário em particular, pressupõe que se observem a retidão nas relações jurídicas e a manutenção das expectativas legítimas das partes destas relações.

A relevância da boa-fé para o convívio pacífico da sociedade levou o direito penal a elegê-la como bem jurídico objeto de tutela. Diversos tipos penais contemplam a boa-fé em sua objetividade jurídica, tais como o estelionato e outras fraudes (arts. 171 a 179 do Código Penal)²²³. Com efeito, a incriminação do estelionato visa, precipuamente, à proteção do patrimônio daquele que sofreu prejuízo com o comportamento fraudulento. Não obstante, mediatemente, protege-se a probidade, a honradez, a retidão nas relações entre os membros da sociedade, punindo-se o comportamento fraudulento, ardiloso. Conforme orienta José Maria Rodriguez Devesa²²⁴, “tutela-se tanto o interesse social, representado pela confiança recíproca que deve presidir os relacionamentos patrimoniais individuais e comerciais, quanto o interesse público de reprimir a fraude causadora de dano alheio”.

Do mesmo modo, o estatuto repressivo apresenta em seu título X da parte especial (arts. 289 a 311) um amplo rol de tipos penais que violam a fé pública, vertente da boa-fé objetiva de índole salutar, considerando o dinamismo das relações interpessoais, notadamente no tocante à confiança na veracidade da moeda, de documentos e outros instrumentos que

²²² RUBINSTEIN, Flávio. *Boa-fé objetiva no direito financeiro e direito tributário brasileiros*. 2008. Dissertação (Mestrado em Direito Econômico e Financeiro). Universidade de São Paulo, 2008. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2133/tde-28022012-155501/pt-br.php>>. Acesso em 05 jan. 2018.

²²³ BRASIL, op., cit., nota 8.

²²⁴ DEVESA apud BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte especial*. 10. ed. V. 3. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 233.

exprimem declarações de vontade destinadas a dispor de bens e direitos em geral²²⁵. Conforme assevera Nelson Hungria²²⁶, “se a função específica das normas jurídicas é a tutela dos bens e interesses humanos, dentro dos escopos sociais, não padece dúvida que a fé pública deve ser reconhecida entre tais bens e interesses”, notadamente no propósito de proteger a confiança na legitimidade e na a integridade dos meios de prova e sinais de atestação.

A fé pública constitui uma garantia que o Estado dá sobre a fidelidade dos atos, de modo a viabilizar com confiança a circulação de riquezas e a celebração de contratos, entre várias outras relações do mundo jurídico. No magistério de Magalhães Noronha²²⁷:

A fé pública é uma realidade e é um interesse que a lei deve proteger. Sem ela seria impossível a vida em sociedade. Fruto da civilização e do progresso – pois seria incompreensível ou inútil nas sociedades primitivas – hoje constitui um bem do qual a vida comunitária não pode absolutamente prescindir.

Com efeito, o homem tem necessidade de acreditar na veracidade ou genuidade de certos atos, documentos, sinais, símbolos etc., empregados na mutiplicidade das relações diárias, em que intervém. A atividade civil, o mundo dos negócios etc., carecem deles e daí a natural crença ou confiança de todos em que eles atestam ou provam a veracidade das relações jurídicas e sociais.

Não se trata de bem particular ou privado. Ainda que, no caso, haja ofensa real ou perigo de lesão ao interesse de uma pessoa, é ofendida a fé pública, isto é, a crença ou convicção geral na genuinidade e valor dos documentos, atos etc., prescritos ou usuais para aquelas relações.

Conforme descrito no capítulo anterior, um dos axiomas do modelo penal garantista é o *nulla lex poenalis sine necessitate*, que tem como decorrência a mínima ingerência do Direito Penal na proibição ou imposição de comportamentos, cuja necessidade somente se revela para a tutela dos bens jurídicos essenciais à sociedade, que efetivamente justifiquem a intervenção penal. Nesse sentido destaca Ferrajoli²²⁸:

Se o direito penal responde somente ao objetivo de tutelar os cidadãos e de minimizar a violência, as únicas proibições penais justificadas por sua "absoluta necessidade" são, por sua vez, as proibições mínimas necessárias, isto é, as estabelecidas para impedir condutas lesivas que, acrescentadas à reação informal que comportam, suporiam uma maior violência e uma mais grave lesão de direitos do que as geradas institucionalmente pelo direito penal.

Em um ordenamento jurídico em que Direito Penal elegeu como bem jurídico passível de tutela a boa-fé, não se concebe que o processo penal, mecanismo de instrumentalização do Direito Penal, passe ao largo das prescrições decorrentes do princípio da boa-fé objetiva.

²²⁵ BRASIL, op. cit., nota 8.

²²⁶ HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. V. IX. Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 190.

²²⁷ NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal*. 3. ed. V. 4. São Paulo: Saraiva, 1968, p. 100.

²²⁸ FERRAJOLI, op. cit., p. 373.

Diante do exposto, o segundo argumento se traduz na aplicabilidade ao processo penal do princípio da boa-fé processual por meio da integração de lacunas normativas autorizada pelo art. 3º do CPP, seja pela inserção por analogia do art. 5º do CPC/2015, seja por se tratar a boa-fé de um princípio geral do direito. Levando em consideração que a boa-fé objetiva é um princípio com assento constitucional, que deriva da consolidação de valores universalmente consagrados pela sociedade e que repercute nos mais variados contextos interpessoais, não escapa ao seu regramento o processo penal, porquanto restaria destoante de uma visão unitária, coerente e completa do ordenamento jurídico admitir que a boa-fé não produz nenhum efeito sobre a conduta do sujeito passivo da relação processual penal.

2.8. O necessário juízo de conformação dos efeitos do princípio da boa-fé objetiva com o modelo penal garantista

As formulações genéricas acima expostas – a boa-fé consagrada como princípio constitucional dotado de aplicabilidade direta e integração do princípio por meio do suprimento de lacunas – já se mostram suficientes para o reconhecimento do princípio da boa-fé no processo penal. Entretanto, a natureza e as especificidades do processo penal – notadamente no tocante às garantias constitucionalmente consagradas em favor do réu que visam precipuamente a tutelar a dignidade e a liberdade do indivíduo submetido à jurisdição criminal em face de eventuais abusos do Estado – exigem uma compatibilização da boa-fé com o garantismo processual penal.

A investigação da dimensão e dos efeitos da boa-fé objetiva no processo penal demanda um especial esforço argumentativo, que deve ser efetuado levando-se em conta as peculiaridades do sistema, especialmente no que diz respeito ao conjunto de garantias previstas em favor do réu que visam a atenuar objetivamente o desequilíbrio sistêmico entre Estado-acusação e defesa. A aplicação da boa-fé objetiva no processo penal somente se dará de forma legítima enquanto não desconsiderar as garantias decorrentes do princípio da ampla defesa, revelando-se imperioso buscar um equilíbrio entre o direito de defesa e o comportamento ético do polo passivo do processo penal.

Em verdade, impõe-se aos julgadores o desafio de aplicar o princípio da boa-fé objetiva no processo penal de forma fundamentada e equilibrada, sem incorrer no risco da banalização do aludido princípio e do esvaziamento do conteúdo da garantia da ampla defesa.

No processo civil, o objetivo precípua das partes é a tutela de direitos subjetivos. Ao exercitar o direito de ação, persegue-se a obtenção de um título judicial apto a concretizar

uma pretensão resistida por outro sujeito, visando a satisfação de uma prestação, em geral, de direito privado, por meio da invasão do patrimônio do réu, bem como pela constituição de uma situação jurídica, ou pela declaração ou da existência ou do modo de ser desta.

O princípio da boa-fé objetiva comporta um conjunto de limitações e deveres adequados à estrutura dialética predominantemente paritária do processo civil. Esse tratamento equânime conferido às partes se alinha à disponibilidade dos interesses em jogo, característica que se materializa na possibilidade do exercício de atos de disposição tanto do direito material – renúncia e autocomposição – quanto do direito processual, em especial com a disciplina do negócio jurídico processual adotada pelo CPC/2015.

É cediço que o processo civil também se presta à tutela de direitos indisponíveis, que não admitem autocomposição, e que o litígio pode ser composto por partes em condições desiguais. Não obstante, o sistema processual civil conta com instrumentos destinados a promover a paridade substancial em tais casos, como, a título de exemplo, a intervenção obrigatória do Ministério Público em processos que envolvam interesse público, social ou de incapazes (art. 178 do CPC/2015)²²⁹, e não aplicação do efeito material da revelia em desfavor destes (art. 345, II), haja vista que os incapazes se acham colocados sob tutela especial do Estado.

Ademais, eventual disparidade fática, econômica ou técnica em relação aos litigantes é atenuada pelo tratamento diferenciado conferido ao consumidor, presumidamente vulnerável pelo ordenamento jurídico (arts. 5º, XXXII e 170, V da CRFB/1988²³⁰; art. 6º, VIII do CDC²³¹). Mesmo não havendo relação de consumo, a lei adjetiva civil possibilita ao juiz o emprego de meios destinados a garantir paridade de armas (arts. 7º e 139, I), tais como a distribuição dinâmica do ônus da prova (art. 373, § 1º do CPC/2015)²³². Alexandre Câmara²³³, que já defendia sua aplicabilidade na vigência do CPC/1973 – que não continha previsão expressa de tal redistribuição – sustenta que “a aplicação da teoria dinâmica do ônus da prova se revela como uma formade equilibrar as forças na relação processual, o que nada mais é do que uma aplicação do princípio da isonomia”. Cuida-se de uma regra que, diante de peculiaridades do caso, relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo ou à maior facilidade de obtenção da prova por uma das partes, confere ao juiz a

²²⁹ BRASIL, op. cit., p. 145.

²³⁰ Id., op. cit., nota 19.

²³¹ Id., op. cit., nota 137.

²³² Id., op. cit., nota 145.

²³³ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 24. ed.v. 1. São Paulo: Atlas, 2013, p. 437.

possibilidade de redistribuir o ônus da prova em favor do litigante que se encontra embaraço.

Entretanto, a existência de mecanismos de controle da falibilidade do sistema não se confunde com as premissas que o qualificam. A estrutura paritária da boa-fé objetiva no processo civil decorre de uma pressuposição de igualdade entre as partes, de modo a produzir efeitos semelhantes em ambos os litigantes, não havendo distinção dos deveres e limitações a que se sujeitam as partes de acordo com posição que ocupam no processo.

Expandir tal concepção ao processo penal implicaria desconsiderar a característica que justifica todo o conjunto de garantias conferidas ao acusado: a desigualdade estrutural entre as partes. Quando ocorre a violação de um bem jurídico tutelado pela norma penal incriminadora, instaura-se uma relação composta por uma pessoa – Estado-acusação – que reivindica a aplicação da pena cominada para o delito e por outra pessoa que responde legalmente pela infração. Seja pelo conjunto de prerrogativas processuais conferidas ao órgão de acusação, seja pelo estigma social que o imputado carrega pelo fato de ser réu em um processo criminal, conferir igualdade de tratamento aos sujeitos do processo penal acarretaria um retrocesso injustificável, porquanto promoveria a ineficácia das garantias constitucionais conferidas ao sujeito passivo.

Exatamente por isso que, conforme alerta Antonio do Passo Cabral²³⁴, “devemos diferenciar a boa-fé – que é um princípio e, portanto, tem formato mais fluido – das consequências que se extraem da boa-fé”. Em suma, as consequências do princípio da boa-fé objetiva no processo penal demandam um cotejo analítico entre as premissas basilares deste e do processo civil.

2.9. O dever de cooperação ativa na instrução processual e sua incompatibilidade com o *nemo tenetur se detegere*

Um dos consectários da boa-fé objetiva no processo civil é o princípio da cooperação, inserto no art. 6º do CPC/2015, que exorta o dever de todos os sujeitos do processo de “cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”²³⁵. Resultado de uma evolução axiológica dos tradicionais modelos de

²³⁴ CABRAL, Antonio do Passo. Nulidades no processo penal entre garantismo, instrumentalidade e boa-fé: a validade prima facie dos atos processuais. In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo. *Garantismo penal integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 476.

²³⁵ BRASIL, op. cit., nota 145.

organização do processo – adversarial e inquisitorial²³⁶ –, o modelo cooperativo, segundo Fredie Didier Jr.²³⁷, “caracteriza-se pelo redimensionamento do princípio do contraditório, com a inclusão do órgão jurisdicional no rol dos sujeitos do diálogo processual, e não mais como um mero espectador do duelo das partes”.

Leonardo Carneiro da Cunha²³⁸, baseado na doutrina portuguesa, sintetiza a cooperação processual em dois sentidos: cooperação das partes com o juízo, que envolve basicamente o dever de litigância de boa-fé e de cooperação ativa com a busca da verdade, ainda que em detrimento de deveres de sigilo e confidencialidade; e a cooperação do juízo com as partes, que tem em mira o poder-dever do juiz de supressão insuficiências na exposição do quadro fático e de obstáculos procedimentais, bem como da obrigatória discussão prévia com as partes por ocasião dos pronunciamentos, a fim de evitar decisões surpresa.

Não se olvida que o art. 379 do CPC/2015 consagrou o direito da parte de não produzir prova contra si²³⁹. Contudo, tal previsão deve ser compatibilizada com o dever de cooperação inerente ao processo civil. O estatuto processual civil é dotado de diversas regras que exortam deveres de produção de provas para a parte, permitindo o emprego de medidas coercitivas ou sub-rogatórias para a obtenção da informação, no caso de descumprimento de tais regras, como os incisos do próprio art. 379 e parágrafo único do art. 400²⁴⁰. Ademais, se a invocação do direito de não produzir prova contra si comprometer o cumprimento das determinações judiciais, é de rigor a aplicação de sanções decorrentes da litigância de má-fé (arts. 77, IV, 80, IV, e 81)²⁴¹. Diante disso, constata-se que a garantia conferida em favor da parte limita-se à produção de provas que possam repercutir na esfera criminal.

Em suma, na visão cooperativa do processo civil, a colaboração e a participação das partes na formação do convencimento do juiz constituem um verdadeiro ônus, e não somente uma faculdade, na medida em que a inércia ou a atuação negligente acarreta consequências desfavoráveis, notadamente pelo fato de o processo civil comportar um sistema de presunções

²³⁶ Para Fredie Didier Jr., “o modelo adversarial assume a forma de competição ou disputa, desenvolvendo-se como um conflito entre dois adversários diante de um órgão jurisdicional relativamente passivo, cuja principal função é decidir o caso. O modelo inquisitorial (não adversarial) organiza-se com o uma pesquisa oficial, sendo o órgão jurisdicional o grande protagonista do processo. No primeiro sistema, a maior parte da atividade processual é desenvolvida pelas partes; no segundo, cabe ao órgão judicial esse protagonismo”. (DIDIER JR., op. cit., p. 121)

²³⁷ Ibid., p. 125.

²³⁸ CUNHA, Leonardo Carneiro da. *O princípio contraditório e a cooperação no processo*. Disponível em: <<https://www.leonardocarneirodacunha.com.br/artigos/o-principio-contraditorio-e-a-cooperacao-no-processo/>>. Acesso em: 02 fev. 2018.

²³⁹ BRASIL, op. cit., nota 145.

²⁴⁰ Ibid.

²⁴¹ Ibid.

sobre a matéria fática. Nesse contexto, a título de exemplo, o parágrafo único do art. 2º-A art. da Lei da Investigação de Paternidade (Lei nº 8.560/1992)²⁴² enuncia que a simples recusa do réu em se submeter ao exame de código genético (DNA) gerará a presunção da paternidade, a ser apreciada em conjunto com o contexto probatório. O Superior Tribunal de Justiça já havia firmado tal entendimento anteriormente à inclusão do referido dispositivo pela Lei nº 12.010/2009²⁴³, ao editar o enunciado 301 de sua súmula de jurisprudência²⁴⁴.

Adaptar essa concepção ao processo penal significa esvaziar o conteúdo de uma das garantias constitucionais mais relevantes do modelo penal garantista, o direito ao silêncio e à não autoincriminação, decorrente do *nulla probatio sine defensione*. Como visto no capítulo anterior, o *nemo tenetur se detegere*, dimensão negativa da ampla defesa, traduz-se na não obrigatoriedade do réu em cooperar ativamente com a instrução criminal, e essa não colaboração não lhe pode acarretar quaisquer efeitos ou presunções em seu desfavor.

A aplicação de uma reprimenda não admite qualquer dúvida a respeito da autoria do fato criminoso, haja vista que prevalece em favor do imputado a garantia constitucional da presunção do estado de inocência – *in dubio pro reo*. O processo penal é uma marcha gradativa rumo à desconstrução de uma incerteza, em que se atribui ao órgão de acusação, como atesta Carnelutti, “a carga da prova da existência de todos os elementos positivos e a ausência dos elementos negativos do delito incumbe a quem acusa”²⁴⁵. Só se legitima a imposição da pena quando o Ministério Público obtém êxito em tornar estreme de qualquer dúvida a ocorrência do fato e a culpa do autor. Por isso, a possibilidade de o réu participar ativamente da formação da convicção do juízo é uma faculdade, e não um ônus. Nesse diapasão observa Badaró²⁴⁶:

Já com relação ao acusado, que também possui interesse individualizável na persecução penal, seria possível admitir que, se ele não se desincumbisse da produção da prova dos fatos que lhe são favoráveis haveria um prejuízo. Estaria aí configurado o ônus subjetivo do acusado. Contudo, diante do *in dubio pro reo*, que é a regra de julgamento que vigora no campo penal, o acusado jamais poderá ser prejudicado pela dúvida sobre um fato relevante para a decisão do processo, ao menos nos casos de ação penal condenatória. Embora seja admissível que a atividade do acusado seja regida por um ônus probatório, no processo penal em que vigora a presunção de inocência, tal encargo é atribuído, com exclusividade, ao acusador. Já em hipóteses específicas em que não vigore o *in dubio pro reo*, como

²⁴² Id. Lei nº 8.560, de 29 de dezembro de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/L8560.htm>. Acesso em: 02 fev. 2018.

²⁴³ Id. Lei nº 12.010, de 3 de agosto de 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112010.htm>. Acesso em: 02 fev. 2018.

²⁴⁴ Id. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 301. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/electronica/stj-revista-sumulas-2011_23_capSumula301.pdf>. Acesso em: 02 fev. 2018.

²⁴⁵ CARNELUTTI apud LOPES JR., op. cit., 2006, p.244.

²⁴⁶ BADARÓ, op. cit., 2003, p. 240.

na revisão criminal, é possível admitir a existência de um ônus da prova subjetivo para o acusado.

Em verdade, atribuir ao réu o dever de cooperação ativa para a descoberta da verdade seria o mesmo que desconsiderar uma das mais relevantes contribuições do sistema acusatório, que é a elevação do acusado à categoria de sujeito do processo, em abandono à perspectiva inquisitiva que considerava o imputado como objeto da instrução.

Não obstante a relevância do esclarecimento do suposto fato criminoso para a sociedade, a instrumentalização do réu para atingir tal mister configura violação frontal à dignidade humana. Em que pese a acepção da boa-fé como um valor social compartilhado, não se admite que tal valor tenha o condão de provocar um retrocesso na concepção da relação jurídica processual penal, sob pena de ignorar o valor intrínseco do indivíduo ao submetê-lo à condição de engrenagem do sistema persecutório.

2.10. As limitações ao exercício abusivo do direito de defesa: institutos decorrentes da boa-fé objetiva compatíveis com o processo penal

Como visto, o dever de cooperação ativa do réu na instrução criminal revela-se incompatível com a garantia da autodefesa negativa. A par disso, outros institutos decorrentes da boa-fé objetiva afiguram-se aplicáveis ao sujeito passivo do processo penal, sem desvirtuar ou esvaziar o conteúdo das garantias processuais constitucionalmente outorgadas em favor do réu.

A jurisprudência dos tribunais superiores, ainda que timidamente, tem invocado o princípio da boa-fé objetiva e seus institutos decorrentes a fim de fundamentar o reconhecimento da invalidade do exercício de expedientes maliciosos com a finalidade de provocar nulidades e, por conseguinte, a mácula do processo.

Cumpra a exposição de um caso concreto em que o emprego acintoso das faculdades processuais salta aos olhos. O Superior Tribunal de Justiça denegou ordem de *habeas corpus*, impetrado com o propósito anular acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais em sede de embargos infringentes. No caso em comento, o Tribunal do Júri reconheceu a incidência de quatro qualificadoras no crime de homicídio praticado pelo réu. A defesa interpôs apelação, cujo julgamento manteve as qualificadoras, tendo, contudo, voto vencido no sentido do afastamento de três delas. Diante disso, a defesa opôs embargos infringentes, a fim de fazer prevalecer o voto vencido, recurso este acolhido pelo Tribunal. Ato contínuo, a defesa impetrou *habeas corpus* a fim de anular os embargos infringentes, sob o argumento de

que a exclusão das qualificadoras pelo órgão fracionário do tribunal mineiro viola o princípio da soberania dos veredictos.

Trata-se de manifesta transgressão da boa-fé objetiva, em especial pelo desrespeito ao *nemo potest venire contra factum proprium*²⁴⁷, instituto que, como brevemente demonstrado, se presta à tutela da confiança, ao proibir comportamentos contraditórios que firam expectativas legítimas. Com efeito, as qualificadoras foram afastadas em virtude do acolhimento do pedido da própria defesa, sendo a pretensão em anular o acórdão uma manobra artilosa destinada a promover a dilação do processo e, quem sabe, fulminar a pretensão acusatória com a prescrição. Eis a ementa²⁴⁸:

HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO. NULIDADE DO ACÓRDÃO. EXCLUSÃO DAS QUALIFICADORAS. PEDIDO DO PRÓPRIO RÉU. COMPORTAMENTO CONTRADITÓRIO. VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM. 1. Embora o entendimento desta Corte seja no sentido de que as qualificadoras só podem ser excluídas quando, de forma incontroversa, se mostrarem absolutamente improcedentes, sob pena de invadir a competência constitucional do Conselho de Sentença, na espécie, não há como anular o acórdão que acatou pedido do próprio réu. 2. Portanto, a ninguém é dado vir contra o próprio ato, sendo vedado o comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*). 3. Ordem denegada.

Noutra oportunidade em que a Corte Superior recorreu à boa-fé, o réu foi condenado a dois anos e oito meses de reclusão pelo crime de apropriação indébita. Tendo em vista o preenchimento dos requisitos, o juízo sentenciante substituiu a pena privativa de liberdade pela prestação de serviços à comunidade. Contudo, o condenado, assistido pela Defensoria Pública, não compareceu ao juízo para dar início ao cumprimento da pena substitutiva, porquanto não foi localizado, não obstante o juízo da execução ter empreendido tentativas de intimação em endereços constantes de cadastros fiscais e eleitorais, sem sucesso. Diante de tal quadro, o Ministério Público requereu a conversão da pena restritiva de direitos em privativa de liberdade, o que foi atendido pelo juízo da execução, o que levou a defesa a impetrar *habeas corpus*, tendo o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro denegado a ordem, pois o apenado não comunicou ao juízo da execução seu novo endereço, e este não constava dos autos.

Ato contínuo, a defesa impetrou novo *habeas corpus* no STJ, buscando desconstituir o acórdão do tribunal fluminense e cassar o mandado de prisão proferido pelo juízo da execução, sob o argumento de que não havia nos autos documentos que comprovavam ter

²⁴⁷ A análise aprofundada do *nemo potest venire contra factum proprium* dar-se-á no terceiro capítulo.

²⁴⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *HC nº 121.308*. Relator: Ministro Adilson Vieira Macabu (desembargador convocado do TJRJ). Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200802567422&dt_publicacao=03/02/2012>. Acesso em: 08 fev. 2018.

sido o paciente intimado para dar início à execução de sua pena. Alegou ainda o impetrante que a autoridade não engendrou esforços no sentido de localizar o sentenciado e que, em virtude disso, não foi a defesa previamente intimada para manifestar-se sobre o pedido de conversão da pena formulado pelo Ministério Público.

A Ministra Maria Thereza de Assis Moura, relatora do *writ*, ao proferir o voto condutor da denegação da ordem, destacou que “o princípio da boa-fé objetiva ecoa por todo o ordenamento jurídico, não se esgotando no campo do Direito Privado, no qual, originariamente, deita raízes”²⁴⁹.

Ao enfatizar que cumpriria ao paciente ou à defesa informar ao juízo o endereço atualizado, a fim de evitar diligências inúteis para a localização do condenado e dar regular andamento à execução, a ministra relatora se reportou ao *duty to mitigate loss*, instituto corolário da boa-fé objetiva contratual de origem norte-americana, segundo o qual a parte que invoca violações a um dever – legal ou contratual – deve empreender as medidas adequadas a fim de evitar o agravamento do próprio prejuízo. Dessa forma, caberia ao condenado que teve concedido em seu favor o benefício da pena substituída prover meios hábeis para a sua localização, a fim de cumprir adequadamente a pena substituta e evitar a conversão em pena privativa de liberdade.

Em outro episódio no qual o Sodalício lançou mão da boa-fé objetiva com função obstativa de atos da defesa tendentes a contaminar o processo, o réu solicitou com insistência um encontro com o juiz e, após ser atendido, fora das dependências do foro, impetrou *habeas corpus* alegando suspeição do magistrado em razão dessa reunião. Afirmou o impetrante que ele e o magistrado trataram de assunto relativo à possibilidade de o acusado, à época candidato a Deputado Federal, vir a ser preso cautelarmente em função do processo, o que teria, segundo o réu, comprometido a imparcialidade do juiz.

A Sexta Turma do STJ²⁵⁰ denegou a ordem, de acordo com o aresto *in verbis*:

HABEAS CORPUS. PECULATO E FORMAÇÃO DE QUADRILHA. ARGUIÇÃO DE SUSPEIÇÃO DE MAGISTRADO. IMPROCEDÊNCIA. 1. Improcede a alegação de suspeição do Juiz de primeiro grau pelo fato de haver se reunido com o acusado, atendendo a pedido deste, fora das dependências do fórum, em gabinete do Procurador-Geral de Justiça do Estado. 2. A Lei Orgânica da Magistratura Nacional estabelece, como um dos deveres do juiz, "tratar com urbanidade as partes, os membros do Ministério Público, os advogados, as

²⁴⁹ Id. Superior Tribunal de Justiça. *HC n° 137.549*. Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1208622&num_registro=200901025751&data=20130220&formato=PDF>. Acesso em: 08 fev. 2018.

²⁵⁰ Id. Superior Tribunal de Justiça. *HC n° 206.706*. Relator: Ministro Og Fernandes. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1091420&num_registro=201101092550&data=20120321&formato=PDF>. Acesso em: 09 fev. 2018.

testemunhas, os funcionários e auxiliares da Justiça, e atender aos que o procurarem, a qualquer momento, quanto se trate de providência que reclame e possibilite solução de urgência." (art. 35, IV, da Lei Complementar no 35/75). Mesmo no gozo de suas férias, nada mais fez o Juiz que atender a pedido da parte para que fosse atendida e ouvida. 3. Da dita reunião não se extraiu, pelos elementos de cognição contidos neste habeas corpus, aconselhamento jurídico levado a efeito pelo magistrado. 4. O fato de o encontro ter ocorrido fora das dependências do fórum, por si só, não acarreta a suspeição do magistrado, visto que o conteúdo e o alcance da conversação, presenciada, inclusive, pelo Procurador-Geral de Justiça, ficou bem delineada nos autos, e, de seu conteúdo, não se constata a existência de palavra ou atitude comprometedoras de isenção do juiz. 5. Em direito processual, é vedado às partes a adoção de comportamentos contraditórios (*nemo venire contra factum proprium*). Na espécie, foi o réu quem solicitou, com insistência, o encontro com o juiz. Inadmissível que, agora, pretenda acoimar o ato de suspeito. 6. Ordem denegada.

O Supremo Tribunal Federal também teve a oportunidade de enfrentar a matéria. Em tal caso, a defesa impetrou habeas corpus com o objetivo de obter a declaração de nulidade da sentença condenatória, sob o argumento de que fora invertida a ordem nas alegações finais, porquanto a defesa manifestara-se anteriormente à acusação. A ordem foi indeferida, pois constatou-se que a alegada inversão ocorreu por iniciativa da defesa, que se antecipou à intimação legal a fim de apresentar suas alegações finais. No voto condutor, o Ministro Gilmar Mendes asseverou que “levando em conta o fato de a defesa do paciente ter convergido para ocorrência da suposta nulidade (...), não pode, em momento posterior, visando a beneficiar-se de seu primeiro ato, vir a requerer a anulação do julgamento”²⁵¹.

Percebe-se que a jurisprudência dos tribunais superiores tem caminhado gradativamente para o reconhecimento do princípio da boa-fé objetiva como uma cláusula limitadora do exercício abusivo do direito de defesa, com o fulcro de obstar dilações indevidas em virtude de nulidades provocadas pela própria parte que as alega. Isso é possível não só pela consagração interdisciplinar da boa-fé objetiva, mas também em virtude do art. 565 do CPP, que enuncia que nenhuma das partes poderá arguir nulidade a que haja dado causa, ou para que tenha concorrido²⁵². Nesse ponto, obtemperam Eugênio Pacelli e Douglas Fischer²⁵³ que “o juiz não pode aceitar e cancelar atos abusivamente praticados sob o suposto pálio da ampla defesa, quando, em verdade, de forma até camaleônica, estariam sendo desvirtuados os fins das normas e dos procedimentos criados para outra finalidade”.

Impende constatar que o citado dispositivo é a única previsão legal do qual se pode extrair alguma limitação ao exercício abusivo do direito de defesa, sendo a lei processual

²⁵¹ Id. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 108.476*. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1909947>>. Acesso em: 09 fev. 2018.

²⁵² Id., op. cit., nota 20.

²⁵³ PACELLI, FISCHER, op. cit., p. 1155.

penal preponderantemente omissa no tocante à formulação de deveres e limitações para o sujeito passivo.

A resistência em admitir a aplicação mais ampla da boa-fé objetiva no processo penal deve-se, como já observado, à visão individualista das garantias constitucionais conferidas ao acusado, calcada numa perspectiva unidirecional do modelo penal garantista. Contudo, uma das características que compõem a essência dos direitos fundamentais é a relatividade, que conduz à possibilidade de limitação de tais direitos quando colidentes com outros valores constitucionais igualmente relevantes. Consequentemente, o direito de defesa, por sua própria natureza, admite a imposição de limites quando seu emprego entrar em conflito com a proposta constitucional de construção de uma sociedade centrada na dignidade da pessoa humana e calcada nos valores de justiça e solidariedade. Segundo Douglas Fischer²⁵⁴:

Integralmente aplicado, o garantismo (positivo e negativo) impõe que sejam observados rigidamente não só os direitos fundamentais (individuais e coletivos), mas também os deveres fundamentais (do Estado e dos cidadãos), previstos na Constituição. O Estado não pode agir desproporcionalmente: deve evitar excessos sem a devida justificativa e, ao mesmo tempo, não incorrer em deficiências na proteção de todos os bens jurídicos, princípios, valores e interesses que possuam dignidade constitucional, sempre ocorrendo à proporcionalidade quando necessária a restrição de algum deles. Qualquer pretensão à prevalência indiscriminada apenas de direitos fundamentais individuais implica – ao menos para nós – uma teoria que denominamos de garantismo (penal) monocular: evidencia-se desproporcionalmente (hiperbólico) e de forma isolada (monocular) a necessidade de proteção apenas dos direitos fundamentais individuais dos cidadãos, o que, como visto, nunca foi e não é o propósito do garantismo (penal) integral.

A função jurisdicional no modelo processual penal garantista é regida por uma teoria cognitiva de interpretação, na medida em que, sendo o juiz um garante dos direitos fundamentais em face de despotismos, não deveria, por sua vez, agir arbitrariamente, o seja, o juiz só pode funcionar como uma barreira contra excessos punitivistas caso exerça suas atribuições por meio de ampla investigação cognitiva, não podendo empreender atitudes decisionistas.

Nesse diapasão, incumbe ao intérprete da lei e do fato uma operação cognitiva consistente em descobrir o significado objetivo de textos normativos em conjunto com a verdade dos fatos, evitando-se ao máximo que concepções pessoais promovam uma heterocomposição no resultado das decisões – embora Ferrajoli²⁵⁵ reconheça a falibilidade de tal modelo, haja vista que o juiz, “por mais que se esforce para ser objetivo, está sempre condicionado pelas circunstâncias ambientais nas quais atua, pelos seus sentimentos, suas

²⁵⁴ FISCHER, Douglas. *O que é garantismo penal integral?* In: CALABRICH, FISCHER, PELELLA, op. cit., p. 73.

²⁵⁵ FERRAJOLI, op. cit., p. 46.

inclinações, suas emoções, seus valores ético-políticos”. Sem embargos, para Ferrajoli²⁵⁶, o modelo cognitivo de investigação fático-jurídica é assim concebido:

O nexo entre legitimidade e verdade que assegura este esquema, ao mesmo tempo epistemológico e normativo, define a natureza específica da jurisdição no moderno Estado de direito. Representa o fundamento político da divisão de poderes, da independência do Poder Judiciário e de sua sujeição somente à lei. A função judicial, e particularmente a penal, difere assim de todas as demais funções do Estado, porque é uma atividade cognitiva, onde as escolhas e as decisões vêm justificadas por critérios pragmáticos e subjetivos, mas sempre relacionados, como qualquer outra forma de conhecimento, à busca da verdade objetiva. Está claro que, diversamente do conhecimento científico, as decisões sobre a verdade que intervêm no juízo penal expressam um poder, dado que formam o pressuposto do silogismo prático que se conclui numa sentença, seja de absolvição seja de condenação. Trata-se, contudo, de um poder de "comprovação" ou de "verificação", diverso de qualquer outro poder público e tipicamente próprio da função judicial.

Nesse contexto, insta ressaltar que o emprego desmedido de táticas processuais escusas compromete sobremaneira a concretização do modelo cognitivo, pois obstaculiza inutilmente a investigação da verdade judicial. Dilações indevidas e falseamentos abusivos tendem a inviabilizar a aproximação da verdade dos fatos, o que só interessa ao réu, na medida em que a incerteza obsta a condenação.

Assim, a boa-fé objetiva revela-se um mecanismo hábil a coibir que tais atrasos e desvirtuamentos impeçam a efetividade do processo penal que, diferentemente do processo civil – cuja efetividade está relacionada à obtenção do bem da vida pretendido pelo autor –, se materializa no desfazimento gradativo da imprecisão histórica, que legitima o provimento jurisdicional, condenatório ou absolutório, adotando-se, portanto, a boa-fé objetiva como um instrumento de otimização do modelo cognitivo.

Nesse sentido é o Projeto de Lei nº 341/2006²⁵⁷ do Senado Federal, que visa a coibir a interposição de recursos protelatórios por parte da defesa. Cumpre a transcrição da proposta legislativa:

Art. 1º O Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, passa a vigorar acrescido do seguinte art. 580-A:

“Art. 580-A. Verificando o tribunal, de ofício ou a requerimento da parte, que o recurso é manifestamente protelatório ou abusivo o direito de recorrer, determinará que seja certificado o trânsito em julgado da decisão recorrida e o imediato retorno dos autos à origem.

Parágrafo único. Não terá efeito suspensivo o recurso apresentado contra o julgamento previsto no caput.”

Art. 2º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

²⁵⁶ Ibid., p. 56.

²⁵⁷ BRASIL. Senado Federal. *Projeto de Lei nº 341/2016*. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/126915?o=t>>. Acesso em: 20 jul. 2018.

Além dessa prática abusiva e corriqueira do cotidiano forense, que é a interposição de recursos e mais recursos para dilatar o trânsito em julgado e, com isso, obter a prescrição, uma diversidade de subterfúgios é frequentemente empregada com o fulcro de obstaculizar o esclarecimento da verdade dos fatos e exaurir a eficiência da persecução penal. Entre tais expedientes destacam-se duas modalidades de exercício inadmissível de posições jurídicas por parte do polo passivo no processo penal, que podem ser sistematizadas levando em consideração o sujeito processual que pratica o ato. Sem embargos à pluralidade de expedientes abusivos, o presente trabalho limitar-se-á a se aprofundar nas duas hipóteses a seguir.

No tocante ao réu, destaca-se o falseamento da verdade dos fatos sob o ilusório amparo do direito ao silêncio. Quanto ao defensor, sobressai a alegação tardia de nulidades – não provocadas pelo próprio sujeito passivo –, com o propósito de dilatar a marcha processual e obter a extinção da punibilidade pela prescrição. Cuida-se, respectivamente, da manifestação do abuso do direito e do *venire contra factum proprium* no âmbito do processo penal. Nesse contexto, o princípio da boa-fé objetiva atua como limitador do emprego imoderado do *privilege against self incrimination*, tal como tutela a efetividade do processo em detrimento de dilações indevidas. Em razão da complexidade dos institutos e das garantias em jogo, essas questões serão examinadas em capítulos próprios.

3. AS NULIDADES PROCESSUAIS E O DEVER DE BOA-FÉ DO DEFENSOR

Neste capítulo será feita um breve estudo das nulidades no processo penal, a fim de averiguar a atual perspectiva no tocante ao momento de arguição dos vícios processuais. Por fim, proceder-se-á a um cotejo analítico entre o dever de boa-fé do defensor, notadamente no tocante à alegação oportuna das nulidades, em confronto com o princípio da ampla defesa.

3.1. A forma como garantia: o princípio da tipicidade dos atos processuais e o sistema de nulidades adotado pelo processo penal brasileiro

Como visto no primeiro capítulo, o processo é o meio necessário para a aplicação de uma pena ao infrator de uma norma penal incriminadora. Assim, tal instrumento é composto por um conjunto de atos destinados a um fim: tornar efetivo o escopo sancionatório do direito penal. Nesse contexto, no âmbito do processo penal brasileiro, que adotou como princípio reitor o devido processo legal – *nulla culpa sine iudicio* –, as formas processuais destinam-se precipuamente à tutela das garantias constitucionais outorgadas em favor do réu. Exercem as formas processuais as funções de controle da atividade punitiva do Estado e de garantia da observância das garantias e previstas na Constituição, a fim de evitar que o processo penal se desenvolva nos moldes inquisitivos.

É cediço que o processo civil adota hodiernamente o sistema da instrumentalidade das formas, capitaneado pela prevalência do fundo sobre a forma, na medida em que a validade do ato processual está vinculada ao atingimento de seu objetivo, ainda que tenha sido levado a efeito em inobservância aos requisitos legais. Com esse espírito, preconiza o art. 277 do CPP/2015 que “quando a lei prescrever determinada forma, o juiz considerará válido o ato se, realizado de outro modo, lhe alcançar a finalidade”²⁵⁸. Essa concepção representa uma evolução da doutrina processual civil, calcada no abandono do sistema formalista, baseado na indeclinabilidade dos requisitos formais previstos em lei, cuja inobservância acarreta a inviabilidade dos atos processuais – prevalência da forma sobre o conteúdo.

O enquadramento epistemológico do sistema de nulidades ao qual o processo penal pátrio se filiou é tema de intenso debate na doutrina e na jurisprudência. A dissonância de entendimentos acadêmicos aliada à abordagem casuística do grau de invalidade dos atos processuais realizada pelos tribunais superiores dificulta a estruturação teórica dos vícios do processo penal.

²⁵⁸ Id., op. cit., nota 145.

Ao se proceder a uma rápida leitura do item XVII da Exposição de Motivos do CPP, pode-se chegar à equivocada conclusão de que o processo penal brasileiro adotou o sistema da instrumentalidade das formas, conforme se extrai do excerto a seguir²⁵⁹:

XVII – Como já foi dito de início, o projeto é infenso ao excessivo rigorismo formal, que dá ensejo, atualmente, à infundável série das nulidades processuais. Segundo a justa advertência de ilustre processualista italiano, “um bom direito processual penal deve limitar as sanções de nulidade àquele estrito mínimo que não pode ser abstraído sem lesar legítimos e graves interesses do Estado e dos cidadãos”. O projeto não deixa respiradouro para o frívolo curialismo, que se compraz em espiohar nulidades. É consagrado o princípio geral de que nenhuma nulidade ocorre se não há prejuízo para a acusação ou a defesa. Não será declarada a nulidade de nenhum ato processual, quando este não haja influído concretamente na decisão da causa ou na apuração da verdade substancial. Somente em casos excepcionais é declarada insanável a nulidade. Fora desses casos, ninguém pode invocar direito à irredutível subsistência da nulidade.

Tal conclusão afigura-se adequada às raízes principiológicas que nortearam a elaboração do CPP, uma vez que, como já observado, a redação original do Código inspirou-se nas estruturas antidemocráticas vigentes na Itália por ocasião de sua elaboração. Contudo, a evolução dogmática do processo penal – notadamente com a adoção dos postulados garantistas pela Constituição de 1988 – revela que a forma dos atos processuais deve obedecer minimamente a uma liturgia legalmente imposta a fim de que se promova a tutela dos direitos fundamentais do acusado. Conforme aduz Ferrajoli²⁶⁰:

A terceira garantia processual de segundo grau, apta a garantir a satisfação e o controle de todas as outras, é o desenvolvimento das atividades judiciais, sobretudo as probatórias, segundo formas e procedimentos predeterminados pela lei. E claro, de fato, que não seria assegurada a atuação de nenhuma das garantias processuais se não fossem prescritas e sancionadas suas modalidades. O conjunto dessas modalidades e formalidades, que constituem o rito, é "instituído", como escreveu Carrara, "como freio do juiz", e a sua "sanção natural é a nulidade de qualquer ato que o viole. Um Código de Processo que prescreve certas formas sem decretar a anulação daquilo que foi feito em contravenção daquelas formas é uma mistificação maliciosa, com a qual se quis fazer crer ao povo que obtém a proteção dos honestos, enquanto nada disso é garantido". Por isso a observância do rito não é só uma garantia de justiça, mas também uma condição necessária da confiança dos cidadãos na justiça.

Nesse sentido observa Aury Lopes Jr.²⁶¹:

A forma processual é, ao mesmo tempo, limite de poder e garantia para o réu. Um sistema de invalidades somente pode ser construído a partir da consciência desse binômio (limitação do poder/garantia), pois são as duas forças em constante tensão no processo penal. O processo penal é um instrumento de limitação do poder punitivo do Estado, impondo severos limites ao exercício desse poder e também

²⁵⁹ Id. *Exposição de motivos do Código de Processo Penal*. Disponível em: <http://honoriscausa.weebly.com/uploads/1/7/4/2/17427811/exmcpp_processo_penal.pdf>. Acesso em: 18 mar. 2018.

²⁶⁰ FERRAJOLI, op. cit., p. 496.

²⁶¹ LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 763.

regras formais para o seu exercício. É a forma, um limite ao poder estatal. Mas, ao mesmo tempo, a forma é uma garantia para o imputado, em situação similar ao princípio da legalidade do direito penal.

Extraí-se do art. 564, inciso IV do CPP o princípio da tipicidade das formas, que funcionaliza a previsão de nulidade pela inobservância à forma típica do ato processual como um mecanismo para compelir os sujeitos do processo ao cumprimento do modelo legal. O ato processual deve obedecer às formalidades previstas em lei para a sua realização, sob pena do ato incorrer na atipicidade processual, o que acarreta sua nulidade, na medida em que, para Badaró, a tipicidade das formas é uma garantia para a correta prestação jurisdicional, uma vez que “as partes ficariam profundamente inseguras se, ao praticarem um ato processual, não soubessem se este seria eficaz ou ineficaz, ficando a produção ou não dos efeitos ao mero capricho do juiz.”²⁶².

Antonio do Passo Cabral defende uma reformulação das premissas adotadas pela doutrina dos vícios dos atos processuais, partindo de uma perspectiva funcional e axiológica das formas. Com inspiração na doutrina do formalismo-valorativo²⁶³ de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, Cabral²⁶⁴ destaca que existe “uma espécie de ‘meta legislativa’ no sentido do máximo aproveitamento dos atos praticados no processo e de que sua anulação deva ser excepcional, apenas aplicável como *ultima ratio*, somente se não houver outra solução menos onerosa para o trâmite processual”. Dessa forma, para o autor, o ordenamento jurídico adotou uma diretriz que prioriza a manutenção dos atos processuais, o que ele chama de princípio de validade e eficácia *prima facie* dos atos processuais.

Cabral²⁶⁵ oferece diversos pontos distintivos entre a instrumentalidade das formas e a validade *prima facie* dos atos processuais, entre os quais se destaca o maior ônus argumentativo que pesa sobre o magistrado ao decretar a nulidade para superar a prioridade normativa para a manutenção do ato, enquanto a “perspectiva instrumentalista confere

²⁶² BADARÓ, op. cit., 2015, p. 783.

²⁶³ Segundo Carlos Alberto Alvaro de Oliveria, a problemática do culto desarrazoado à forma reside no fato de que pode ocorrer de “o poder organizador, ordenador e disciplinador do formalismo, em vez de concorrer para a realização do direito, aniquile o próprio direito ou determine um retardamento irrazoável da solução do litígio. Neste caso o formalismo se transforma no seu contrário: em vez de colaborar para a realização da justiça material, passa a ser o seu algoz, em vez de propiciar uma solução rápida e eficaz do processo, contribui para a extinção deste sem julgamento do mérito, obstando a que o instrumento atinja a sua finalidade essencial”. Portanto, para o autor, “o formalismo excessivo deve ser combatido com o emprego da equidade com função interpretativa-individualizadora, tomando-se sempre como medida as finalidades essenciais do instrumento processual (processo justo e equânime, do ponto de vista processual, justiça material, do ponto de vista material), e os princípios e valores que estão a sua base, desde que respeitados os direitos fundamentais da parte e na ausência de prejuízo” (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo*. Disponível em: < http://www.ufrgs.br/ppgd/doutrina/CAO_O_Formalismo-valorativo_no_confronto_com_o_Formalismo_excessivo_290808.htm>. Acesso em: 27 jun. 2018).

²⁶⁴ CABRAL, op. cit., nota 234, p. 460.

²⁶⁵ Ibid., p. 455.

maiores poderes ao juiz, aumentando seus juízos discricionários”, uma vez que confere ao juiz a análise do cumprimento da finalidade do ato liturgicamente maculado, o que gera “um descompasso no equilíbrio de forças entre os sujeitos do processo”.

A precaução que paira em torno das formas processuais tem como propósito proporcionar a legitimidade da aplicação da sanção, de modo a conferir de forma harmônica a eficácia do processo penal e a observância dos direitos e garantias fundamentais do acusado, assegurando ao Estado o interesse na condução de um processo justo, sem a presença de vícios. O protocolo preceituado pela lei adjetiva penal confere ao acusado a efetiva participação na formação do conhecimento do órgão judicial, tendo em vista que só se viabiliza o exercício da defesa com o conhecimento da acusação formulada – citação válida –, a descrição adequada do fato imputado – denúncia apta – e o respeito à ordem das inquirições – interrogatório ao final da instrução –, entre outras exigências formais.

O regramento das formas processuais que garantem direitos do acusado não pode ser concebido como simples conjuntos de requisitos formais. Com efeito, o ato processual somente atinge seu objetivo quando não viola qualquer garantia outorgada em favor do réu. Ensina Binder que as formas processuais compõem estruturas de suporte para os princípios em diferentes níveis, pois são dotadas de uma dupla estrutura, que se desdobra em uma macroestrutura, correspondente ao conteúdo substancial e principiológico contido na forma prevista para o ato, e uma microestrutura, relativa aos requisitos legais estabelecidos para a sua realização. Segundo o autor argentino²⁶⁶:

La función de esta pareja de conceptos es doble. Por un lado pone el acento en la política de protección como un todo y en el modo como se construye, evitando las Ello permite evaluar un modelo procesal, por ejemplo, desde los principios constitucionales o los pactos internacionales de derechos humanos. interpretaciones aisladas de los principios y garantías. Por ejemplo, no es posible analizar el principio garantizado de imparcialidad, por fuerza de la macroestructura de garantías, ya que él conforma una relación dialéctica con otros principios, tales como el de contradicción, etc. En segundo lugar, es importante esta pareja de conceptos a la hora de reparar (sanear) la vigencia de los principios.

Ressalta-se que tais estruturas não podem ser encaradas isoladamente, uma vez que, conforme alerta Binder, “*una visión aislada de los principios y las formas (una interpretación aislada de la microestructura, por ejemplo) puede llevar a un neoformalismo, tan ritual como el viejo ritualismo inquisitivo*”. Por outro lado, uma perspectiva da macroestrutura ao largo das microestruturas “*puede llevar a una metafísica de los principios, que se desentiende de su*

²⁶⁶ BINDER, Alberto. *El Incumplimiento de las formas procesales*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2000. p. 73-74.

vigencia, que es, en definitiva, la preocupación central que funda la idea misma de todas las garantías”²⁶⁷.

Levando em consideração tanto a função de garantia das nulidades quanto a concepção instrumentalista do processo, pode-se dizer que o processo penal contemporâneo se arrima em um sistema híbrido, um *media via* entre a instrumentalidade e o sistema formalista. Essa constatação pode ser extraída do art. 563 do CPP, que incorporou ao processo penal pátrio a premissa *pas de nullité sans grief*, oriunda do direito francês, ao estatuir que “nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa”²⁶⁸. Nesse contexto, asseveram Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho, Antonio Scarance Fernandes que “a desobediência às formalidades estabelecidas pelo legislador só deve conduzir ao reconhecimento da invalidade do ato quando a própria finalidade do ato pela qual a forma foi instituída estiver comprometida pelo vício”²⁶⁹.

Em suma, o que se deve ter em mira para a análise da manutenção do ato processual que não cumpre os requisitos formais, ou seja, o parâmetro de aferição do atingimento da finalidade do ato é a observância do processo como instrumento de realização do direito penal em conformidade com o modelo garantista e com o sistema acusatório. Portanto, o ato é válido quando não colide com as garantias constitucionais que preservam a condição peculiar do réu no processo penal.

3.2. Tipologia dos vícios e espécies de nulidades no processo penal

A nulidade é concebida como uma sanção aplicada ao ato processual defeituoso, que acarreta a inaptidão do ato para a produção de seus regulares efeitos. Cuida-se de um desdobramento da fixação de regras para a prática dos atos processuais, sendo certo que apenas aqueles realizados em consonância com o modelo legalmente posto cumprirão o requisito da validade e produzirão os efeitos almejados. Os atos praticados em inobservância ao modelo regulado pelo ordenamento jurídico são passíveis de sanções, que variam de acordo com o grau de intensidade do vício.

Considerando a gravidade da mácula do ato processual, os desdobramentos variam tanto em existência quanto em intensidade. Algumas irregularidades não são passíveis de qualquer consequência, como ocorre com o uso de abreviaturas nos termos e atos processuais,

²⁶⁷ Ibid., p. 74.

²⁶⁸ BRASIL, op. cit., nota 20.

²⁶⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. *As nulidades no processo penal*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 31.

que era vedado pelo art. 169 do CPC/1973²⁷⁰, não tendo tal proibição sido reproduzida no CPC/2015. Outras acarretam sanções de cunho extraprocessual, sem invalidar o ato processual, como a multa aplicada ao perito que, sem justa causa, deixa de apresentar o laudo no prazo estabelecido, prevista no art. 277, parágrafo único, alínea “c” do CPP, Na mesma linha, o abandono injustificado do processo pelo defensor pode acarretar a aplicação de multa de dez a cem salários mínimos, sem prejuízo das demais sanções disciplinares, em consonância com o art. 265, caput do CPP²⁷¹.

Esses vícios, em razão da diminuta gravidade em comparação com as demais imperfeições, são considerados meras irregularidades, sendo certo que a sua manutenção no processo não se revela um inconveniente para o prosseguimento da marcha processual. As meras irregularidades não interferem na efetividade da persecução penal, tampouco configuram afronta aos direitos do acusado. Outros exemplos de meras irregularidades são a citação por edital que indica o dispositivo da lei penal, embora não transcreva a denúncia ou queixa – enunciado 366 da Súmula do STF²⁷² –, bem como erros na grafia do nome do réu – desde que não impeçam sua identificação – na comunicação dos atos processuais, denúncias oferecidas fora do prazo legal, atos judiciais praticados fora dos prazos estabelecidos para tanto, falta de outorga do recibo de entrega do preso ao condutor do flagrante²⁷³ – desde que todas as garantias constitucionais tenham sido observadas –, deferimento de compromisso a pessoa impedida de prestá-lo²⁷⁴, omissão da qualificação dos peritos no laudo do exame cadavérico²⁷⁵, entre outros vícios de pouca relevância.

A par das meras irregularidades, outros vícios acarretam a invalidação do ato processual, haja vista que a inobservância da forma preestabelecida em lei atenta contra o interesse público ou contra interesse preponderante das partes, estando tais defeitos sujeitos à declaração de nulidade, privando o ato da produção dos efeitos a que se destina. Em que pese tais atos estarem subordinados ao reconhecimento de sua inaptidão para produzir efeitos

²⁷⁰ BRASIL. *Código de Processo Civil*. Revogado pela Lei nº 13.105, de 2015. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5869/imprensa.htm>. Acesso em: 18 mar. 2018.

²⁷¹ Id., op. cit., nota 20.

²⁷² Id. Supremo Tribunal Federal. *Súmula nº 366*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2739>>. Acesso em: 18 mar. 2018.

²⁷³ Id. Superior Tribunal de Justiça. *HC nº 101.540*. Relatora: Ministra Jane Silva (desembargadora convocada do TJMG). Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200800499043&dt_publicacao=09/06/2008>. Acesso em: 18 mar. 2018.

²⁷⁴ Id. Superior Tribunal de Justiça. *RHC nº 19.928*. Relator: Ministro Félix Fischer. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=778405&num_registro=200601598950&data=20080616&formato=PDF>. Acesso em: 18 mar. 2018.

²⁷⁵ Id. Superior Tribunal de Justiça. *HC nº 108.226*. Relator: Ministro Félix Fischer. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=878259&num_registro=200801260420&data=20090518&formato=PDF>. Acesso em: 18 mar. 2018.

regulares, os referidos atos produzem seus efeitos regulares enquanto não declarada sua nulidade.

Parcela doutrinária majoritária – por todos, Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho e Antonio Scarance Fernandes – enxerga em alguns atos gravidade tamanha que impede sequer sua aptidão a ingressar no mundo jurídico, sendo tais atos inexistentes, “em relação aos quais não se cogita invalidação, pois a inexistência constitui um problema que antecede qualquer consideração sobre a validade”²⁷⁶. A título de exemplo, uma sentença sem dispositivo, sem a assinatura do juiz ou proferida por um não magistrado é um “não ato”, desprovido de suporte fático para sequer existir no mundo jurídico. Conforme observa Pontes de Miranda²⁷⁷:

Para que algo valha é preciso que exista. Não tem sentido falar-se de validade ou de invalidade a respeito do que não existe. A questão da existência é questão prévia. Somente depois de se afirmar que existe é possível pensar-se em validade ou em invalidade. Nem tudo o que existe é suscetível de a seu respeito discutir-se se vale, ou se não vale. Não se há de afirmar nem de negar que o nascimento, ou a morte, ou a avulsão, ou o pagamento valha. Não tem sentido. Tampouco a respeito do que não existe: se não houve o ato jurídico, nada há que possa ser válido ou inválido. Os conceitos de validade ou de invalidade só se referem a atos jurídicos, isto é, a atos humanos que entraram (plano da existência) no mundo jurídico e se tornaram, assim, jurídicos.

Na casuística do reconhecimento de atos inexistentes pela jurisprudência, pode-se exemplificar o recurso interposto por advogado sem procuração nos autos²⁷⁸, a decisão proferida pelo juiz após esgotada sua jurisdição²⁷⁹ e ato judicial proferido por magistrado impedido²⁸⁰. Quanto à gravidade deste último vício processual, salienta Frederico Marques²⁸¹ que “o impedimento priva o juiz da *jurisdictio* e torna inexistentes os atos que praticar; e isso, ainda que não haja oposição ou recusação da parte. Daí o motivo de ter o Código de Processo Penal feito menção ao juiz suspeito, no citado art. 564, n° I, e nada ter dito do juiz impedido”.

Parte da doutrina critica a aceitação jurisprudencial da tese da inexistência de atos processuais, porquanto mesmo esses atos necessitam de declaração judicial para que se

²⁷⁶ GRINOVER, GOMES FILHO, FERNANDES, op. cit., p. 22.

²⁷⁷ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado das ações*. Tomo IV. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973, p. 34.

²⁷⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no Ag n° 564.298*. Relator: Ministro Humberto Gomes de Barros. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=681852&num_registro=200302009160&data=20070507&formato=PDF>. Acesso em: 18 mar. 2018.

²⁷⁹ Id. Superior Tribunal de Justiça. *REsp n° 164.877*. Relator: Ministro Vicente Leal. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199800122265&dt_publicacao=18-10-1999&cod_tipo_documento=>>. Acesso em: 18 mar. 2018.

²⁸⁰ Id. Superior Tribunal de Justiça. *HC n° 18.301*. Relator: Ministro Hamilton Carvalhido. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=408151&num_registro=200101037566&data=20030630&formato=PDF>. Acesso em: 18 mar. 2018.

²⁸¹ MARQUES, op. cit., p. 407.

determine sua inexistência e, por conseguinte, o reconhecimento de que não produziu qualquer efeito. No entendimento dessa parcela doutrinária, tais atos deveriam estar situados no âmbito da nulidade, e não da inexistência. Assevera Paulo Rangel²⁸² que o correto “é falarmos em inexistência jurídica dos efeitos do ato. O ato em si, óbvio, existe e por isso é ato. O que não há é a produção natural dos seus efeitos jurídicos”. Para Aury Lopes Jr.²⁸³:

Trata-se de situações que habitam apenas o ambiente manualístico, sem qualquer dado de realidade. Mas, se for esse o caso, estamos diante de um ato inexistente... E, mais, é óbvio que o ato inexistente somente será assim considerado quando houver uma manifestação judicial que o declare. Imagine alguém preso em decorrência de uma sentença juridicamente “inexistente”, mas com “existência” suficiente para levá-lo ao cárcere, que resolve, por si só, sair da cadeia; afinal, o ato é inexistente... Ou, então, teremos de ter carcereiros com poderes mediúnicos, para, sem qualquer decisão judicial sobre o tema, atingir essa consciência por meio de contato com a deusa Diké... Esse é o problema do autismo jurídico: desconectar-se do mundo, para mergulhar nas suas categorias mágicas.

Classicamente, as nulidades são qualificadas como absolutas e relativas. As nulidades absolutas surgem por ocasião da violação de uma norma cogente, que tutela o interesse público ou um princípio constitucional. Para Carnelutti²⁸⁴, não obstante o ato ser nulo, “*la ley no abandona la esperanza y hasta me atrevería a decir que la curación directa, para obtener de ella todavía el efecto jurídico. Pero existen vicios tan graves respecto de los cuales la esperanza se debe abandonar sin más*”.

Nesse cenário, consideram-se nulidades absolutas as violações às normas encartadas na CRFB/88 ou em Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos, ainda que se trate de nulidades não cominadas, ou seja, não constem expressamente do rol previsto no CPP. De fato, princípios e regras constitucionais e convencionais como contraditório, ampla defesa, juiz natural, duplo grau de jurisdição, motivação das decisões judiciais, entre outras, transcendem as fronteiras dos interesses subjetivos das partes, na medida em que constituem as balizas do *fair trial*, atendendo o interesse social do exercício da função jurisdicional em consonância com as regras do *due process of law*.

Entre as nulidades cominadas no art. 564 no CPP, são absolutas, a título de exemplo, a incompetência, suspeição ou suborno do juiz – por flagrante violação ao princípio do juiz natural –, a falta de nomeação de defensor – desrespeito ao direito à defesa técnica –, a citação do réu – transgressão ao contraditório –, entre outras²⁸⁵. Cominada ou não, o que qualifica uma nulidade como absoluta, frise-se, é a violação de uma formalidade prevista em lei que

²⁸² RANGEL, op. cit., p. 883.

²⁸³ LOPES JR., op. cit., 2016, p. 754.

²⁸⁴ CARNELUTTI, Francesco. *Instituciones del proceso civil*. Tradução Santiago Sentis Melendo. V. 1. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1961, p. 535.

²⁸⁵ BRASIL, op. cit., nota 20.

visa à proteção de interesse de natureza pública, de modo que tais nulidades podem se reconhecidas de ofício pelo juiz, independentemente de provocação das partes, atendido, contudo, o princípio da causalidade, previsto no art. 565 do CPP, que obsta que a parte que deu causa à nulidade a suscite²⁸⁶.

Em que pese o título do CPP relativo às nulidades ser inaugurado pelo mencionado art. 563 – que consagra a máxima *pas de nullité sans grief*, segundo a qual a declaração da nulidade do ato está subordinada à demonstração do prejuízo concreto pela parte que suscita o vício –, nos atos eivados de nulidade absoluta o prejuízo e o não atingimento dos fins são presumidos. Basta, dessa forma, comprovar a inobservância da regra litúrgica preconizada para o ato processual, sendo desnecessário evidenciar o agravamento da situação da parte no processo que argui a invalidade. Frise-se que a presunção de prejuízo que prevalece em favor das nulidades absolutas tem natureza *iuris tantum* – inversão da regra do ônus da prova prevista no art. 156, caput do CPP –, porquanto se faculta à parte adversa à que arguiu a nulidade demonstrar a inocorrência do agravamento da situação da parte a que a invalidação do ato aproveita, caso haja interesse na preservação do ato processual.

Parte da doutrina é contrária à acepção de presunção do prejuízo nas nulidades absolutas. Para Pacelli²⁸⁷, trata-se de “verdadeira afirmação ou pressuposição da existência de prejuízo. Não se cuida de inversão do ônus da prova, passível de alteração no plano concreto, mas de previsão abstrata da lei, a salvo de qualquer indagação probatória”. Em sentido semelhante, Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho e Antonio Scarance Fernandes entendem é inviável que a parte contrária à que alega o vício demonstre a inocorrência de dano sofrido por esta, pois a gravidade do vício levou o legislador a afastar tal possibilidade. Segundo os mencionados autores²⁸⁸:

As nulidades absolutas não exigem demonstração do prejuízo, porque nelas o mesmo é evidente. Alguns preferem afirmar que nesses casos haveria uma presunção de prejuízo estabelecida pelo legislador, mas isso não parece correto, pois as presunções levam normalmente à inversão do ônus da prova, o que não ocorre nessas situações, em que a ocorrência do dano não oferece dúvida.

Não obstante o entendimento doutrinário, o Pretório Excelso firmou entendimento no sentido exigência da parte que alega a nulidade absoluta demonstrar o prejuízo por ela suportado, sob pena de restar sem êxito a invalidação do ato processual impugnado. Nesse sentido é o já mencionado enunciado nº 523 da Súmula do STF, que preconiza que a

²⁸⁶ Ibid.

²⁸⁷ PACHELLI, op. cit., p. 907-908.

²⁸⁸ GRINOVER, GOMES FILHO, FERNANDES, op. cit., p. 33.

deficiência de defesa só acarretará nulidade se houver prejuízo para o réu²⁸⁹. Não se olvida que se cuida de nulidade absoluta, uma vez que o a prática de um ato processual com o exercício deficitário da ampla defesa implica na violação do princípio constitucional. Contudo, condiciona-se a decretação da nulidade do ato ao efetivo agravamento da situação do réu no processo. Em sentido idêntico, cumpre a transcrição de outro *decisium* da Corte Suprema²⁹⁰:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. SUSTENTAÇÃO ORAL EM APELAÇÃO. PROCESSO COM PLURALIDADE DE RÉUS, COM ADVOGADOS DISTINTOS. PRAZO COMPUTADO EM DOBRO E DIVIDIDO PELO NÚMERO DE DEFENSORES INSCRITOS. REGRA REGIMENTAL DOS TRIBUNAIS, CUJA REGULAMENTAÇÃO FOI AUTORIZADA PELO ART. 618 DO CPP. PRIMAZIA DA CELERIDADE PROCESSUAL SOBRE OS PRINCÍPIOS DO DEVIDO PROCESSO LEGAL E DA AMPLA DEFESA. INOCORRÊNCIA. NECESSIDADE DE DEMONSTRAÇÃO DE EFETIVO PREJUÍZO. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. I – O entendimento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça está em perfeita consonância com a jurisprudência desta Suprema Corte, também firmada no sentido de que, havendo pluralidade de réus, com advogados distintos, o prazo de sustentação será computado em dobro e dividido pelo número de defensores que manifestaram interesse em sustentar oralmente as razões recursais, regra essa positivada nos regimentos internos dos tribunais, com autorização do art. 618 do Código de Processo Penal. Precedentes. II – Este Tribunal firmou o entendimento de que a demonstração de prejuízo, “a teor do art. 563 do CPP, é essencial à alegação de nulidade, seja ela relativa ou absoluta, eis que [...] ‘o âmbito normativo do dogma fundamental da disciplina das nulidades – pas de nullité sans grief – compreende as nulidades absolutas’” (HC 85.155/SP, Rel. Min. Ellen Gracie). III – Agravo regimental a que se nega provimento.

Insta ressaltar que em determinados casos é desnecessária a perquirição do prejuízo, notadamente quando sua ausência for evidente, como o caso em que o STJ denegou ordem de *habeas corpus* impetrada em favor de uma promotora de justiça, alegando a nulidade da deliberação do Órgão Especial do TJRJ que decidiu pelo recebimento denúncia em desfavor da paciente, sob o argumento de que um desembargador impedido participou do julgamento. Assentou a Corte Superior que “a participação do magistrado suspeito não influenciou o resultado do julgamento”, na medida em que apenas dois desembargadores foram desfavoráveis ao recebimento da denúncia, uma vez que vinte e quatro participaram da deliberação. Concluiu o Sodalício que “não foi demonstrado pelo impetrante, nem se pode extrair dos elementos carreados, qualquer resquício de prejuízo para o processo, para as partes, ou, por fim, para a Justiça”²⁹¹.

²⁸⁹ BRASIL, op. cit., nota 83.

²⁹⁰ Id. Supremo Tribunal Federal. *AgR no RHC nº 137.994*. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14525951>>. Acesso em: 23 mar. 2018.

²⁹¹ Id. Superior Tribunal de Justiça. *HC nº 227.263*. Relator: Ministro Vasco Della Giustina (desembargador convocado do TJRS). Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?>

Ao lado das nulidades absolutas estão as relativas, que se situam em atos processuais que vão de encontro a normas infraconstitucionais. Sobreleva-se em tais nulidades o interesse subjetivo da parte, inexistindo dúvidas quanto à necessidade de demonstração do prejuízo. Conforme destaca Eugênio Pacelli²⁹²:

É verdade que toda e qualquer não observância da forma prevista em lei poderá interessar, em certa medida, à própria função jurisdicional. Entretanto, é bem de ver que determinados atos processuais são instituídos, potencialmente, no interesse das partes. Isso significa que a utilização, ou melhor, a aferição da utilidade de seu exercício ou do seu não exercício é deixada à livre manifestação dos interessados, não cabendo ao Estado, em princípio, impor às partes a renovação de ato cuja ausência ou defeito não tenha afetado seu interesse.

Como exemplo de nulidade relativa, cita-se a falta de intimação das partes quanto à expedição de carta precatória. Levando-se em conta que o ônus de provar a veracidade das afirmações é da parte, caso o juiz não intime a parte da expedição de carta precatória, subentende-se que houve violação à norma protetiva de interesse preponderante das partes. Nesse sentido é o enunciado nº 155 da Súmula do STF, segundo o qual “é relativa a nulidade do processo criminal por falta de intimação da expedição de precatória para inquirição de testemunha”²⁹³.

Observa-se, destarte, que o aspecto distintivo essencial entre as nulidades absolutas e relativas é a relevância dos direitos e interesses afetados pelo ato processual maculado, haja vista que as nulidades absolutas se referem a atos que atingem não só as garantias processuais outorgadas constitucionalmente em favor do réu, mas também a própria qualidade da função jurisdicional. Com a adoção do modelo penal garantista e do sistema acusatório, não se concebe que o processo se desenvolva ao arrepio da moldura constitucional, sob pena de permitir arbitrariedades e, por conseguinte, propiciar um inaceitável retrocesso aos moldes inquisitivos, destoantes da perspectiva hodierna.

3.3. Momento de arguição das nulidades

À luz do pressuposto de que as nulidades absolutas referem-se a vícios de ordem pública, que afrontam normas constitucionais e convencionais e que, portanto, transpõem os interesses individuais das partes, concebe-se que, em regra, tais nulidades não estão sujeitas a

componente=ITA&sequencial=1134735&num_registro=201102934025&data=20120411&formato=PDF>.

Acesso em: 23 mar. 2018.

²⁹² PACELLI, op. cit., p. 905.

²⁹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula nº 155*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2743>>. Acesso em: 26 mar. 2018.

um marco temporal para a sua decretação. Por conseguinte, as nulidades absolutas não se sujeitam à convalidação, seja pela não suscitação no momento oportuno – preclusão temporal –, seja pela aceitação tácita dos efeitos do ato irregular – preclusão lógica. Desse modo, podem as nulidades absolutas ser arguidas mesmo após o trânsito em julgado da sentença condenatória ou absolutória imprópria, valendo-se o condenado da revisão criminal ou do *habeas corpus*.

A amplitude temporal da possibilidade de arguição das nulidades absolutas limita-se às instâncias ordinárias, tendo em vista que um dos requisitos de admissibilidade dos recursos nas instâncias extraordinárias é o prequestionamento. Nesse sentido é o enunciado nº 356 do da Súmula do STF, que preconiza que “o ponto omissis da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento”²⁹⁴, e o enunciado nº 320 da Súmula do STJ, que preceitua que “a questão federal somente ventilada no voto vencido não atende ao requisito do prequestionamento”²⁹⁵.

Insta mencionar que, em decorrência do princípio da vedação da revisão *pro societate*, preconizado no art. 8º, nº 4 da Convenção Americana de Direitos Humanos²⁹⁶ – segundo o qual “o acusado absolvido por sentença passada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos” –, revela-se inviável a arguição de nulidades absolutas após o trânsito em julgado de sentença absolutória. Em tais casos, as nulidades absolutas ocorridas no curso do processo estariam convalidadas, uma vez que sentença absolutória com trânsito em julgado contaminada por nulidade absoluta produz o efeito de impedir novo processo pela mesma imputação.

Por seu turno, as nulidades relativas estão sujeitas à alegação oportuna, sob pena de preclusão e, por conseguinte, convalidação do ato viciado. A título de exemplo, a incompetência relativa deve ser alegada no prazo da resposta à acusação, de acordo com o art. 396-A, § 1º do CPP²⁹⁷. Caso a defesa não promova a exceção de incompetência no prazo legal, considera-se convalidada a inobservância da regra de divisão territorial da jurisdição. Nessa hipótese, sobreleva-se o interesse subjetivo da parte, haja vista que a ela cabe o juízo de conveniência no tocante à manutenção do foro em que tramita a ação penal ou a remessa dos autos para o foro que observe o art. 70 do CPP.

²⁹⁴ Id. Supremo Tribunal Federal. *Súmula nº 356*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2648>>. Acesso em: 26 mar. 2018.

²⁹⁵ Id. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula nº 320*. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2011_26_capSumula320.pdf>. Acesso em: 26 mar. 2018.

²⁹⁶ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, op. cit., nota 35.

²⁹⁷ BRASIL, op. cit., nota 20.

Não se olvida que no processo penal a competência territorial transborda as balizas da singeleza de uma regra de divisão territorial da atividade jurisdicional, calcada unicamente em critérios de administração da justiça. Alertam Américo Bedé Jr. e Gustavo Senna²⁹⁸ que no processo penal a competência territorial é estabelecida em razão de questões de ordem pública, uma vez que se presta a facilitar a colheita da prova, bem como à consecução de uma das finalidades preventivas da pena, que é “servir de exemplo a punição para as pessoas da sociedade que de fato foram atingidas com a prática da infração penal”. Entretanto, no escólio de Pacelli:

Como já mencionado, as regras infraconstitucionais de competência têm em vista a tutela imediata do processo em curso, de modo a conduzir ou possibilitar um provimento judicial final o mais acertado possível. E, também como já adiantamos, tais regras dirigem-se à qualidade da instrução criminal e da formação do convencimento judicial.

Ora, desde que observados os princípios fundamentais do contraditório e da ampla defesa, o fato é que quem deve aferir da qualidade da instrução e da suficiência do conjunto probatório levado a juízo é, precisamente, e em regra, a quem puder interessar a sua produção: o acusado e o órgão da acusação. É por essa razão que o Código de Processo Penal abre ensejo a que as partes processuais excepcionem a incompetência relativa do juízo, por meio do incidente denominado exceção de incompetência, o que deverá ser feito a tempo e modo oportunos, sob pena de preclusão.

Portanto, sem embargos à possibilidade de o juiz reconhecer a incompetência territorial de ofício (art. 109 do CPP), caso isso não ocorra, lei adjetiva penal deixa ao alvedrio das partes a aplicação das regras de competência de foro, desde que não inviabilizem o exercício das garantias processuais, notadamente o contraditório e a ampla defesa.

3.4. Vícios processuais e boa-fé objetiva: as nulidades de algibeira no processo civil

Como instrumento de tutela da regularidade formal do processo e, por conseguinte, das garantias individuais do réu, a lei adjetiva penal prevê a decretação da nulidade do ato processual viciado, que, como visto, pode ser requerida a qualquer tempo – tratando-se de nulidades absolutas –, como regra.

Partindo dessa premissa, alguns defensores tem empregado essa flexibilidade temporal como estratégia processual. Por ocasião da verificação de um vício processual, o defensor se mantém inerte, aguardando o momento mais oportuno para a arguição da nulidade e, conseqüentemente, provocando a instabilidade da marcha processual.

²⁹⁸ BEDÉ JR., Américo; SENNA, Gustavo. *Princípios do processo penal: entre o garantismo e a efetividade da sanção*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 239.

Cuida-se da nulidade de algibeira, expressão cunhada no STJ pelo Ministro Humberto Gomes de Barros, por ocasião do julgamento do REsp 756.885²⁹⁹. Em tal caso, a parte ré foi condenada a uma expressiva quantia a título de indenização por inadimplemento contratual. Transitada em julgado a sentença condenatória e proferida a sentença de liquidação, a ré interpôs embargos de declaração, alegando nulidade do processo, pois intimações foram dirigidas a um estagiário de direito e, por isso, não pode a ré se manifestar sobre o laudo pericial que quantificou o valor da indenização.

Não se oblitera que a falta de intimação da parte no processo constitui nulidade absoluta, uma vez que embaraça o exercício da garantia constitucional do contraditório. Ocorre que o STJ observou que, no caso em comento, todas as intimações para os outros atos do processo foram atendidas, exceto a destinada a oportunizar a manifestação sobre o mencionado laudo pericial. Portanto, percebeu o Sodalício que o a única intimação não atendida, de todas feitas em nome do então estagiário, foi justamente a que menos interessou à ré, ou seja, a que determinou a manifestação sobre a perícia que fora notadamente contrária a seus interesses.

O Ministro Humberto Gomes de Barros, embora vencido nesse ponto, asseverou que “a recorrente transformou a deficiência em nulidade de algibeira – a ser utilizada em caso de conveniência”³⁰⁰. Em seu voto, o Ministro Carlos Alberto Menezes Direito destacou que “se o fato ocorreu ao longo do tempo e só em um determinado momento houve o despertar para a invocação da nulidade, a meu sentir, isso significa chancelar um comportamento que não é processual; pelo contrário, seria até mesmo antiprocessual”³⁰¹.

Em outra oportunidade, também relacionada ao princípio do contraditório, o STJ verificou a ocorrência de nulidade de algibeira em um episódio em que a parte interpôs embargos de declaração contra acórdão de agravo regimental oriundo de julgamento monocrático de agravo de instrumento, alegando que não fora intimada para a apresentação de contrarrazões em agravo de instrumento. Os embargos foram acolhidos pelo tribunal de origem, e a parte prejudicada interpôs recurso especial.

Frise-se que o próprio STJ possui entendimento firmado no rito dos recursos repetitivos – portanto, vinculante – no sentido da obrigatoriedade da intimação do agravado

²⁹⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp n° 756.885*. Relator: Ministro Humberto Gomes de Barros. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteireoteor/?num_registro=200500757742&dt_publicacao=17/09/2007>. Acesso em: 26 jun. 2018.

³⁰⁰ Ibid.

³⁰¹ Ibid.

para a apresentação de contraminuta, sob pena de violação ao direito de informação, consecutório do contraditório³⁰².

Contudo, no caso em comento, o STJ constatou que, malgrado o a suscitante da nulidade não tenha sido intimada para oferecer as contrarrazões ao agravo de instrumento, após o julgamento monocrático deste ambas as partes foram intimadas da decisão, oportunidade em que a arguente pôde observar que não fora intimada da interposição do recurso. Em seu voto, o relator, Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, obtemperou que “a nulidade decorrente da ausência de intimação para contrarrazões é sanável, pois o contraditório se renova continuamente no curso do processo, abrindo-se oportunidade às partes para se manifestarem”³⁰³.

Observou o STJ que a parte suscitante da nulidade permaneceu inerte ao ser intimada da decisão monocrática, vindo a alegar o vício somente nos embargos de declaração opostos em face do acórdão do agravo regimental interposto em virtude do mencionado julgamento monocrático do agravo de instrumento. Afirmou o relator que “essa estratégia de permanecer silente, reservando a nulidade para ser alegada em um momento posterior, já foi rechaçada por esta turma, tendo recebido a denominação de ‘nulidade de algibeira’”³⁰⁴.

Os citados precedentes reafirmam a orientação axiológica adotada pelo processo civil, que anteriormente à edição do CPC/2015 – que previu como a boa-fé objetiva como norma fundamental em seu capítulo inaugural – já reconhecia o dever imposto aos litigantes de proceder com lealdade e boa-fé, que é incompatível com a atitude da parte consistente em apontar nulidade processual em oportunidade distinta à que toma conhecimento do vício.

Essa conduta se reflete em comportamento destoante dos preceitos éticos exortados pela boa-fé objetiva, uma vez que permite que o litigante se utilize do processo como instrumento hábil a coordenar suas alegações no momento que melhor lhe aprouver, trazendo a lume determinada insurgência somente e se a anterior não tiver sido bem sucedida. O sistema de vícios dos atos processuais, em vez de tutelar a regularidade formal da marcha procedimental e os direitos e garantias das partes, acaba por se transmutar em instrumento de táticas processuais escusas, incompatíveis com o princípio da boa-fé objetiva.

³⁰² Id. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1.148.296*. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200900043475&dt_publicacao=28/09/2010>. Acesso em: 26 jun. 2018.

³⁰³ Id. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1.372.802*. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201200540848&dt_publicacao=17/03/2014>. Acesso em: 26 jun. 2018.

³⁰⁴ Ibid.

3.5. As nulidades de algibeira no processo penal: estratégia processual e violação da boa-fé objetiva

O processo penal não está alheio a tais subterfúgios. Como observado alhures, no processo penal os a relevância dos requisitos formais dos atos processuais é dotada de maior robustez, em consonância com as garantias que a constituição outorga em favor do polo passivo da relação processual penal. Tal quadro propicia o emprego de estratégias nas táticas adotadas pela defesa técnica, uma vez que, observada a ocorrência do vício, o defensor aguarda o momento mais oportuno para suscita-la, frequentemente com a superveniência de sentença condenatória, o que em determinados casos leva à anulação de todo o processo e a reabertura da instrução – v.g., inépcia da denúncia –, favorecendo a consumação da prescrição.

Os tribunais vêm paulatinamente se atentando à problemática. O STJ negou provimento a recurso ordinário em *habeas corpus* em que a defesa alegou nulidade em virtude da inobservância do interregno mínimo legal de quinze dias entre a realização da intimação por edital e a realização da sessão do júri. A corte verificou que a defesa, em outras oportunidades se manifestar nos autos, não se reportou ao alegado vício. A relatora do *writ*, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, salientou em seu voto³⁰⁵:

A nulidade em foco surge num primeiro momento e é velada pela parte a quem aproveita (conduta omissiva), como se fosse uma "carga na manga" para utilizar posteriormente, se suas pretensões não prosperarem, em franca inobservância ao princípio da boa-fé processual.

Assim, a omissão inicial do causídico em se manifestar contra a designação da audiência tal como aprazado e a conduta comissiva em levar a matéria ao conhecimento do Tribunal logo após o julgamento desfavorável da causa ao seu cliente, são parâmetros suficientes para se afirmar que a nulidade foi homiziada como estratégia para ser utilizada em momento oportuno, a ensejar inequívoca violação ao princípio da boa-fé processual, afastando a possibilidade de reconhecimento da eiva.

O STF, por seu turno, denegou *habeas corpus* impetrado com o objetivo de obter a anulação do julgamento de apelação criminal interposta, em que foi alegado cerceamento de defesa, em razão da ausência de intimação prévia da Defensoria Pública do julgamento do recurso. Conquanto tenha reconhecido se tratar de nulidade absoluta, o Pretório Excelso não anulou o ato. O relator do *writ*, ministro Gilmar Mendes, verificou que a alegação de nulidade deveria ser afastada, “sobretudo se se levar em conta que a defesa só se dignou a sustentar a

³⁰⁵ Id. Superior Tribunal de Justiça. *RHC n° 85.736*. Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1663297&num_registro=201701413291&data=20171212&formato=PDF>. Acesso em: 27 jun. 2018.

nulidade após o julgamento do segundo Júri, 1 ano e 6 meses após a data de julgamento da apelação”³⁰⁶.

A casuística pretoriana revela que a arguição da nulidade no momento mais oportuno para a defesa é estratégia processual recorrente, que vem sendo rechaçada pelos tribunais. Em um dos episódios, ocorrido no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJRJ), o réu foi condenado pelo crime de tráfico ilícito de entorpecentes. A defesa interpôs apelação, suscitando a preliminar de nulidade do processo em virtude de flagrante forjado, pois o acusado, quando interrogado em juízo, negou os fatos que lhe foram imputados na denúncia, afirmando que, ao ser abordado, nada de ilícito foi encontrado com o réu na revista pessoal e nas buscas no local. A 1ª Câmara Criminal constatou que a defesa não questionou a legalidade da custódia cautelar em nenhum momento ao longo da instrução criminal, restando, dessa forma, preclusa a alegação da nulidade³⁰⁷.

Noutra ocasião, a corte fluminense se deparou com um requerimento de anulação do processo em razão de ilegalidade das interceptações telefônicas por falta de fundamentação. A 4ª Câmara Criminal rejeitou a arguição, pois, além de não ter constatado vícios no deferimento das medidas cautelares, percebeu o conduta artilosa da defesa, que não suscitou o suposto vício em oportunidades anteriores, só vindo contestá-lo em sede de apelação³⁰⁸. Em mais um momento, a defesa suscitou em fase recursal a mácula do processo do qual sobreveio condenação por roubo, por falta de exame pericial datiloscópico nos instrumentos do crime, o que foi repelido pela 1ª Câmara Criminal, por não ter sido alegada nas diversas oportunidades em que pôde a defesa se manifestar no processo³⁰⁹.

Atento a tais artimanhas no cotidiano forense, anota Antonio do Passo Cabral³¹⁰ que “a prática do processo penal tornou-se uma guerra em que a defesa tenta de qualquer maneira anular o processo ou um ato específico, na busca incessante de que o procedimento retorne a fases anteriores e, ao final, seja reconhecida a prescrição pela pena aplicada na sentença”.

³⁰⁶ Id. Supremo Tribunal Federal. *HC n° 105.041*. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4354766>>. Acesso em: 28 jun. 2018.

³⁰⁷ Id. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. 1ª Câmara Criminal. *Apelação Criminal n° 0000187-68.2017.8.19.0014*. Relator: Desembargador Luiz Zveiter. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004C7278C6FF9E8ABE9D80AE6E938473935C5082E064403&USER=>>>. Acesso em: 27 jun. 2018.

³⁰⁸ Id. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. 4ª Câmara Criminal. *Apelação Criminal n° 2244404-70.2011.8.19.0021*. Relatora: Desembargadora Gizelda Leitão Teixeira. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=00045BCCBAD143132F734B8AF12353089604C5072F4D2B60&USER=>>>. Acesso em: 27 jun. 2018.

³⁰⁹ Id. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. 1ª Câmara Criminal. *Apelação Criminal n° 2244404-70.2011.8.19.0021*. Relatora: Desembargadora Maria Sandra Kayat Direito. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004821B095B5C03B1F770D56BC3EF85DC14C50722422444&USER=>>>. Acesso em: 27 jun. 2018.

³¹⁰ CABRAL, op. cit., nota 234, p. 478.

Não se oblitera, conforme já exposto, que a regularidade formal do processo constitui um direito para o réu, com vistas a coibir arbitrariedades e viabilizar o exercício das garantias processuais, notadamente a ampla defesa. Nesse contexto, tendo em vista a obrigatoriedade de defesa como consectário da mencionada garantia constitucional, é dever do defensor evidenciar a inobservância das regras litúrgicas impostas à prática dos atos processuais, com o propósito de assegurar que a persecução penal se desenvolva nos moldes do sistema acusatório, com a preservação dos direitos do acusado.

Entretanto, permitir que a defesa suscite os defeitos processuais no momento em que melhor lhe aprouver não se mostra consentâneo com o princípio da boa-fé objetiva, uma vez que alça a defesa à condição de árbitro da sorte do processo. O fato de o ordenamento jurídico pátrio ter abandonado a sujeição do acusado como objeto do processo e tê-lo elevado à categoria de sujeito de direitos não justifica o emprego de estratégias processuais consistentes no manejo de alegações de nulidade extemporâneas, destoantes do dever de lealdade processual, com o propósito de ver escoado o prazo prescricional.

Eventuais defeitos procedimentais não podem servir de instrumento para o exercício de práticas processuais inadmissíveis aos olhos da boa-fé objetiva. O fato de o direito de liberdade estar em jogo não mune o defensor de artifícios desmedidos para a consecução da extinção da punibilidade. Tais atitudes implicam afronta a um padrão objetivo de comportamento esperado de todos os sujeitos processuais, que reclama diligência na sinalização para os vícios do processo já percebidos e prontamente alegáveis, não se admitindo que venham a ser erigidos em momentos inoportunos. Afinal, o processo não é e nem pode ser um instrumento difusor de estratagemas.

Nesse sentido obtempera Antonio do Passo Cabral³¹¹:

Ora, o processo não pode ser um jogo desleal. Boa-fé, colaboração e relativização das nulidades importam que, se houver silêncio proposital em alegar um defeito formal, as alegações tardias devem ser consideradas inadmissíveis. Não podemos assistir às omissões conscientes e intencionais, aguardando fases posteriores e, muitos anos depois do ato praticado e quiçá depois do trânsito em julgado, arguir o vício de nulidade através de habeas corpus nos Tribunais Superiores. Como já dito, na teoria das nulidades, não há exceções no processo penal, em relação a preclusões para as partes, sob o argumento de que estaria ameaçada a liberdade.

Conforme se extrai da casuística pretoriana, o princípio da boa-fé objetiva tem sido empregado no sistema de nulidades como um mecanismo de contenção de abusos, que acarreta o reconhecimento de preclusões por ocasião de alegações tardias de vícios processuais. Cuida-se, com efeito, da aplicação do *nemo potest venire contra factum*

³¹¹ Ibid., p. 479.

proprium, instituto conseqüente do princípio da boa-fé objetiva que, nos ensinamentos de Menezes Cordeiro³¹², “traduz o exercício de uma posição jurídica em contradição com o comportamento assumido anteriormente pelo exercente”. Consoante já brevemente destacado no capítulo anterior, o *venire contra factum proprium* é um instituto destinado a tutelar a confiança depositada por uma parte na prática de uma ação ou omissão por outra, a fim de que esta não viole a legítima expectativa daquela, com o exercício de um comportamento contraditório em momento posterior.

Para Anderson Schreiber, a aplicação da fórmula exige a presença de quatro pressupostos cumulativos. O primeiro pressuposto é o *factum proprium*, que se traduz no comportamento inicial, aprioristicamente não vinculante à luz do direito positivo, mas que vem a sê-lo “apenas e na medida em que gera uma confiança legítima na sua conservação”³¹³. Em outros termos, “o que se exige do *factum proprium* não é que seja vinculante, nem juridicamente relevante ou eficaz, mas que possa, sob o ponto de vista fático e objetivo, repercutir na esfera alheia, gerando legítima confiança”³¹⁴.

O segundo pressuposto é a legítima confiança, cuja investigação não se presta a perquirir elementos psicológicos da parte tutelada, e sim aspectos objetivos. Embora Schreiber³¹⁵ reconheça as dificuldades em elaborar uma fórmula genérica que ateste a presença da legítima confiança, sendo necessário uma análise de cada caso concreto para que seja possível “verificar a ocorrência ou não desta adesão ao comportamento inicial”, o autor apresenta uma enumeração exemplificativa de indícios, tais como “a adoção de medidas ou a abstenção de atos com base no comportamento inicial”, “a ausência de qualquer sugestão de uma futura mudança de comportamento”, entre outros.

Em terceiro lugar no rol de pressupostos de aplicação do instituto está a contradição ao *factum proprium*, que se materializa na prática de uma ação ou omissão sem guardar coerência com a posição juridicamente anteriormente assumida, independentemente de qualquer ingrediente volitivo, uma vez que o *venire* encontra fundamento na boa-fé objetiva, que prescinde de qualquer investigação a respeito do ânimo do sujeito, ou seja, trata-se de uma incompatibilidade objetiva entre os dois comportamentos. Conforme explica Schreiber³¹⁶:

³¹² CORDEIRO, op. cit., p. 742.

³¹³ SCHREIBER, op. cit., p. 89.

³¹⁴ Ibid., p. 90.

³¹⁵ Ibid., p. 93.

³¹⁶ Ibid., p. 98.

Tal contradição, note-se, não é aferida em um exame estritamente lógico, mesmo porque dois comportamentos podem ser, e de fato muitas vezes são, contraditórios sob um aspecto, e coerentes sob outro. O que se deve analisar é a contradição entre o sentido objetivo da conduta inicial, à luz da confiança que se alega objetivamente despertada por quem invoca o *venire contra factum proprium*, e o sentido objetivo da conduta posterior (ou seja, do resultado que ela pretende obter), à vista da mesma confiança. Para haver a incidência do princípio, deve a contradição gerar ipso facto a ruptura da confiança. É, portanto, sob o prisma da confiança suscitada que se deve verificar se houve, ou não, incoerência entre o comportamento inicial e o comportamento posterior.

O último pressuposto fático que autoriza a invocação do *venire contra factum proprium* é o dano efetivo ou potencial. Para Schreiber, “a aplicação do princípio de proibição de um comportamento contraditório somente se justifica na presença de um dano, ou de uma ameaça de dano, a outrem”³¹⁷. Frise-se que não é necessária a efetiva consumação do *eventus damni*, uma vez que “o mero potencial lesivo já é suficiente, porque, sendo bem-sucedido em seu efeito primordial, o *nemo potest venire contra factum proprium* impedirá mesmo a produção de qualquer prejuízo, obstando o comportamento contraditório”³¹⁸.

Cumpra a exposição de uma situação hipotética que ilustra a incidência de todos os pressupostos do instituto em um caso atinente ao processo penal. Imagine-se que um sujeito foi condenado pelo juízo singular pelo crime de estupro qualificado pelo resultado morte. Em sede de apelação, a defesa requer a anulação do processo, porquanto a condenação se arrimou unicamente em um laudo pericial necroscópico realizado por um falso médico legista, produzido na fase de inquérito policial, que constatou equivocadamente a presença de material biológico do réu nos instrumentos do crime e no corpo da vítima. A defesa, diligente, constatou o vício desde a produção do laudo, vício este ignorado pela acusação e pelo o juiz. Diante disso, aproveitou-se de tal circunstância para aguardar o resultado da instrução, e apenas arguir o defeito caso sobreviesse resultado desfavorável, o que ocorreu.

O *factum proprium* se materializa nas omissões da defesa, uma vez que esta dispôs de diversas oportunidades para se manifestar nos autos e evidenciar o vício – resposta à acusação, audiência de instrução e julgamento, alegações finais, sem falar na possibilidade de impetração de *habeas corpus* a qualquer momento. A legítima confiança se traduz na presunção de legitimidade da prova técnica, uma vez que o *parquet* e o julgador desconheciam o defeito do ato processual. A contrariedade se manifesta na alegação da nulidade em sede recursal, contrariando a legítima expectativa decorrente da não alegação em momentos anteriores. Por fim, o dano se concretiza no desperdício do tempo da máquina jurisdicional e dos recursos do erário empreendidos no prosseguimento na marcha

³¹⁷ Ibid., p. 100.

³¹⁸ Ibid., p. 101.

procedimental, diante da possibilidade de o processo vir a ser anulado desde o recebimento da denúncia, uma vez que, como dito, a condenação se baseou unicamente em um laudo pericial viciado, o que sequer teria aptidão para a formação da *opinio delicti*.

3.6. O dever de boa-fé do defensor e as consequências jurídicas da arguição tardia de nulidades: responsabilidade administrativa e civil por abuso do direito processual

Não há dúvidas que, no caso hipotético ora exposto, o vício em questão é objeto de nulidade absoluta, haja vista que afronta a garantia constitucional da inadmissibilidade de provas ilícitas. E, conforme o entendimento doutrinário majoritário, as nulidades absolutas são suscetíveis a qualquer tempo, não sujeitas, *a priori*, a preclusão. Entretanto, a tratamento jurisprudencial conferido às nulidades se escora no *pas de nullites sans grief*, ou seja, só se proclama a anulação de um ato em caso de prejuízo, independentemente da espécie de nulidade.

Insta observar, na esteira do entendimento pretoriano, que o caso fictício ora descrito encontra uma peculiaridade, que deve nortear a análise das consequências do *venire contra factum proprium* no campo das nulidades do processo penal. A condenação se baseou tão somente em uma prova ilícita, inexistindo outras aptas a infirmar a convicção do juiz. Se o laudo pericial tivesse sua nulidade declarada e, por conseguinte, sido desentranhado do processo, o réu seria absolvido, uma vez que, diante da ausência de provas, milita em seu favor o *in dubio pro reo*.

Voltando ao exemplo, caso houvesse nos autos outras provas da autoria do crime, embora nulo o laudo pericial, o processo teria a mesma sorte. Evidencia-se, assim, a ausência de prejuízo, o que autoriza o reconhecimento da preclusão. Noutra banda, inexistentes outros elementos de convicção, nota-se que o prejuízo é evidente, o que inviabiliza o reconhecimento da preclusão, sob pena do cometimento da mais grave injustiça no processo penal, que é a condenação de alguém sem lastro probatório.

Nesse contexto, ao expor as consequências da aplicação do *nemo potest venire contra factum proprium* no âmbito do direito civil, Anderson Schreiber diferencia as possíveis sanções cabíveis por ocasião da prática do comportamento contraditório. Para Schreiber³¹⁹, “a sanção primordial à conduta é a inadmissão ou impedimento do exercício da situação jurídica subjetiva em violação à boa-fé objetiva e à legítima confiança”. Trata-se de solução tipicamente preventiva que, adaptada ao processo penal, propugna que a sanção cabível à

³¹⁹ SCHREIBER, op. cit., p. 108.

adoção da estratégia das nulidades de algibeira é a preclusão de sua alegação em momento posterior, a fim de evitar que toda a marcha processual até então percorrida seja desperdiçada em virtude de uma atitude desleal do defensor. No entanto, Schreiber reconhece que em alguns casos não será possível obstar a prática da conduta contraditória, porquanto “pode ser que o órgão julgador, em seu exercício de ponderação, opte por admitir a conduta contraditória, ainda que legítima, em atenção a outros valores protegidos de maior grau”.

O ponto nevrálgico da aplicação do *nemo potest venire contra factum proprium* no processo penal reside na distinção das consequências advindas do reconhecimento da prática do comportamento, a depender das particularidades do caso concreto. O que deve nortear a espécie de sanção ao comportamento desleal em razão da adoção da estratégia processual das nulidades de algibeira é a imprescindibilidade da invalidação do ato para a preservação das garantias do acusado, ou seja, deve-se levar em conta se a preservação do ato acarreta prejuízo às garantias fundamentais do réu – art. 563 do CPP – ou se influencia na formação do convencimento do juiz – art. 566 do CPP.

A par disso, deve-se levar em consideração uma realidade: no processo penal, o que está em jogo é o direito de liberdade do réu, e na maioria das vezes ele não participa da formulação da estratégia processual a ser desenvolvida pelo defensor. Seja pela falta de conhecimento técnico a no tocante à ritualística procedimental, seja pela complexidade do caso, seja pela pressão psicológica a que frequentemente é submetido alguém submetido à persecução penal, é o defensor – público ou privado – que vai determinar a linha defensiva a ser adotada.

Por isso, e por uma questão de imputação – tão cara ao Direito Penal –, devem ser distinguidas as consequências do manejo da arguição de nulidades tardias. Inexistindo prejuízo para o réu, proclama-se a preclusão da alegação extemporânea de nulidade, e mantém-se o ato íntegro, produzindo regularmente seus efeitos. Havendo prejuízo, afigurar-se-ia desarrazoado a colocação em prática do sistema de preclusões nos casos em que a preservação do ato é imprescindível à manutenção do *status quo* processual, pois, como dito, fomentar-se-iam graves injustiças. O réu, que não participa da elaboração do plano de defesa – em regra –, estaria indevidamente sujeito aos efeitos de um expediente malicioso adotado por seu defensor.

Diante desse quadro, e com o propósito de tutelar a efetividade do processo em detrimento de comportamentos destoantes da boa-fé objetiva, o defensor deve responder tanto administrativamente por infração aos deveres deontológicos quanto civilmente pelos danos causados à administração da justiça. Caso seja possível reconhecer a preclusão da alegação

tardia da nulidade e, portanto, não haja prejuízos materiais ao processo, revela-se suficiente a responsabilização funcional.

Embora a efetividade de defesa seja um dever do defensor, uma vez que constitui uma das dimensões da defesa técnica, corolário do princípio constitucional da ampla defesa, o princípio da boa-fé objetiva impõe limites éticos ao seu exercício. Nessa seara, o Estatuto da Advocacia, em seu art. 34, X, elenca como infração disciplinar “acarretar, conscientemente, por ato próprio, a anulação ou a nulidade do processo em que funcione”³²⁰.

Na situação hipotética proposta, caso o defensor houvesse suscitado o vício do laudo necroscópico logo após a realização da perícia, a prova poderia ser repetida por um legítimo médico legista, haja vista a maior probabilidade de permanência dos vestígios do crime no corpo da vítima e nos instrumentos do crime. Contudo, diante da postergação da alegação da nulidade para um momento posterior, afigura-se deveras remota a possibilidade de refazimento da prova pericial, diante do natural desaparecimento de mostras de material biológico do autor do fato.

Percebe-se que a conduta do defensor enquadra-se perfeitamente no preceito infracional ora transcrito, sendo certo que o defensor, ao perceber a ocorrência do vício de um ato processual cuja validade certamente causará prejuízo ao réu, ao quedar-se inerte e não requerer a nulidade do ato maculado no momento oportuno, o defensor acarreta, conscientemente, por ato próprio, a anulação do processo em que funciona. Afinal, na conjectura proposta, o processo deveria ser anulado desde o recebimento da denúncia, porquanto o laudo necroscópico consistia na única prova que atribuía a autoria do fato ao réu, e sem ele a promoção ministerial padeceria de carência de ação, por falta de justa causa.

Portanto, nos casos em que a decretação da nulidade do ato e a conseqüente retroação da marcha procedimental seja imprescindível, cabe ao juiz ou ao membro do Ministério Público, diante do retardamento pernicioso promovido pelo defensor, oferecer a representação cabível perante o Tribunal de Ética e Disciplina do Conselho Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) competente, a fim de que seja apurada a responsabilidade disciplinar do causídico faltoso e aplicada a sanção cabível.

O mesmo raciocínio é aplicável à Defensoria Pública, uma vez que o art. 3º, § 1º do Estatuto da OAB sujeita a seu regime os integrantes da Advocacia-Geral da União, da Procuradoria da Fazenda Nacional, da Defensoria Pública e das Procuradorias e Consultorias Jurídicas dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e das respectivas entidades de

³²⁰ BRASIL, op. cit., nota 86.

administração indireta e fundacional³²¹. Tal dispositivo exorta a aplicabilidade das proscricções éticas da advocacia à Defensoria Pública, cuja violação acarreta a apuração da responsabilidade funcional prevista nos estatutos funcionais das defensorias públicas dos respectivos entes da federação.

Relativamente à responsabilidade civil, ao superar a concepção individualista advinda do direito romano – *nemine laedit qui jure suo utitur*, ou seja, aquele que age dentro de seu direito a ninguém prejudica, princípio que legitimava o exercício de excessos –, o art. 187 do Código Civil de 2002 traz uma fórmula genérica limitativa de direitos subjetivos, que caracteriza como ato ilícito a conduta do titular de um direito que, “ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico e social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”. Nas lições de Sérgio Cavalieri Filho³²²:

Embora muito antiga, a teoria do abuso do direito teve progresso rápido no último século, o que alargou consideravelmente os domínios do ato ilícito. Foi a justa reação à noção individualista dos direitos subjetivos constituída a partir do Código Civil de Napoleão, pela qual o exercício de um direito era protegido em toda e qualquer hipótese, ainda que dele decorressem consequências funestas para a sociedade. Aquilo que inicialmente representou um avanço – pois o Direito, com tal noção, passou a ser a mais poderosa arma contra o absolutismo do Estado - com o passar do tempo mostrou-se de grande inconveniência em face de urna nova realidade socioeconômica, realidade, essa, que demonstrou serem relativos não só o Poder do Estado, mas também os direitos conferidos ao homem, limitados que estão pelas regras de convívio social.

O art. 187 do Código Civil cumpre um papel que vai além da previsão de uma hipótese de incidência na ilicitude civil, porquanto representa uma perspectiva contemporânea de regularidade para o exercício dos direitos, calcada na preservação de outros interesses igualmente tutelados pelo ordenamento jurídico – tais como a legítima confiança –, em abandono à acepção egoística e individualista classicamente concernente à titularidade de um direito subjetivo. Em apertada síntese, cuida-se de um delineamento ético-social da *facultas agendi*, delineamento este que encontra fundamento axiológico-material em alguns critérios, entre eles a boa-fé.

E é justamente neste critério de verificação do abuso do direito – a boa-fé – que se insere a adoção da tática processual das nulidades de algibeira, na medida em esta prática, conquanto formalmente inserida no conteúdo material da ampla defesa, transborda substancialmente os limites éticos e finalísticos do mencionado princípio constitucional, uma

³²¹ Ibid.

³²² CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 201-202.

vez que transforma o processo em um instrumento de difusão de estratégias destinadas ao esvaziamento da efetividade da persecução penal.

A teoria do abuso do direito está intimamente relacionada ao *nemo potest venire contra factum proprium*. Conforme observa Anderson Schreiber³²³:

O *venire contra factum proprium* inclui-se exatamente nesta categoria: um abuso do direito por violação à boa-fé. E não há que se discutir se sua natureza jurídica se enquadra numa ou noutra figura. O comportamento contraditório é abusivo, no sentido de que é um comportamento que, embora aparentemente lícito, se torna ilícito, ou inadmissível. E isto justamente porque seu exercício, examinado em conjunto com um comportamento anterior, afigura-se contrário à confiança despertada em outrem, o que revela, no âmbito normativo, contrariedade à boa-fé objetiva.

Cumprido ressaltar que a análise da responsabilidade do defensor prescinde da análise do ingrediente volitivo, diante do enquadramento doutrinário majoritário do abuso do direito nas hipóteses de responsabilidade objetiva. Para Aguiar Dias³²⁴, o conteúdo do abuso do direito, “sob pena de se desfazer em mera expressão de fantasia, não pode ser assimilado à noção de culpa. Inócua, ou de fundo simplesmente especulativo, seria a distinção, uma vez que por invocação aos princípios da culpa se teria a reparação do dano por ele causado”. Em sentido semelhante aduz Anderson Schreiber³²⁵:

Em outras palavras, no direito brasileiro, a configuração de um *venire contra factum proprium*, como aqui compreendido, serve de prova de abusividade, e de consequente título à reparação do dano causado. Trata-se, mais especificamente, e como já se mencionou, de um abuso do direito por violação à boa-fé objetiva, nos termos do art. 187 do Código Civil. É certo que, na linguagem adotada pelo legislador brasileiro, o próprio ato abusivo configura também um ato ilícito, mas um ato ilícito *lato sensu* (antijurídico), que dispensa prova de culpa, requisito essencial ao ato ilícito *stricto sensu* (artigo 186). Não se precisará demonstrar, portanto, a negligência, imperícia ou imprudência, ou qualquer estado subjetivo daquele que praticou o *venire contra factum proprium*. Basta que se verifiquem os pressupostos indicados anteriormente, e daí derivará automaticamente o dever de indenizar.

Na mesma linha obtempera Sérgio Cavalieri Filho³²⁶:

Depreende-se da redação desse artigo, em primeiro lugar, que a concepção adotada em relação ao abuso do direito é a objetiva, pois não é necessária a consciência de se excederem, como seu exercício, os limites impostas pela boa-fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou econômico do direito; basta que se excedam esses limites. Filiou-se o nosso Código a doutrina de Saleilles, a quem coube definir o abuso do direito como exercício anormal do direito, contrário a destinação econômica ou social do direito subjetivo, que, reprovado pela consciência pública ou social, excede, por consequência, o conteúdo do direito [...].

³²³ SCHREIBER, op. cit., p. 79.

³²⁴ DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 539.

³²⁵ SCHREIBER, op. cit., p. 110.

³²⁶ CAVALIERI FILHO, op. cit. p. 204.

Nesse contexto, o princípio da boa-fé objetiva insere a alegação tardia de uma nulidade pelo defensor no âmbito da ilicitude, que gera a obrigação de indenizar, independentemente da apreciação do móvel do agente. O destinatário dessa indenização é o Estado, que despendeu recursos humanos e materiais para a realização dos atos processuais que vem a ser fulminados e inutilizados com a decretação da anulação do processo. O *quantum debeat* deve ser apurado no juízo cível, no bojo de ação indenizatória a ser promovida pelo ente da federação lesado.

A reparação do Estado pelos danos causados pelo patrono tem em vista não somente a recomposição patrimonial advinda dos recursos e do labor desperdiçado, mas também encontra fundamento pedagógico-punitivo, na medida em que objetiva o desestímulo à prática das aludidas estratégias processuais, condutas socialmente intoleráveis à luz da boa-fé objetiva – prevenção especial. A par disso, reflexamente, o Estado estaria a inibir atuações semelhantes por parte dos demais potenciais ofensores – prevenção especial.

Por isso, faz-se necessária uma ampla apuração dos prejuízos suportados pela administração judiciária em decorrência da decretação de uma nulidade advinda de uma alegação abusiva, levando-se em consideração não somente as despesas processuais a que ficaria sujeito o vencido em qualquer processo, mas os gastos efetivamente empreendidos pelo Estado para a consecução de todos os atos que estarão sujeitos à anulação. Afinal, considerando que o processo penal, como é consabido, é demasiadamente dispendioso para o erário público, não se pode conceber que o contribuinte arque com táticas processuais abusivas e irresponsáveis, que inutilizam recursos materiais e humanos e fulminam a efetividade da persecução penal, sem falar na própria credibilidade do Poder Judiciário.

A defesa técnica, conquanto necessária e indisponível – portanto, fundamental – para a preservação das garantias constitucionais do acusado e para o desenvolvimento da persecução penal nos moldes democráticos –, está adstrita aos limites éticos do exercício profissional, não se afigurando consentâneo às estruturas basilares do estado democrático de direito – compostas pela boa-fé objetiva, princípio com eficácia irradiante em todos os ramos do Direito – que seja empregado como estratégia de defesa a inutilização dos atos do processo, em manifesta contrariedade à legítima expectativa depositada pelo Estado em sua manutenção, pela não alegação dos vícios a tempo de serem devidamente sanados, sem que maiores prejuízos fossem suportados pela administração da justiça.

É necessário frisar que não se está a pugnar por uma acepção puramente econômica do processo penal. O que se defende é que o processo penal comporta limitações éticas ao exercício do direito de defesa, e a violação desses limites sem qualquer consequência jurídica

promove a inocuidade de todo o regramento deontológico a que se submete a defesa técnica, bem como torna letra morta uma das inovações mais aplaudidas no campo da responsabilidade civil, que é a responsabilidade civil pelo abuso do direito por violação à boa-fé.

O Estado – cujos recursos provêm primariamente do contribuinte – não pode ser concebido como o segurador universal dos danos advindos de chicanas processuais, revelando-se imperiosa a responsabilização civil e funcional do defensor que transforma o processo em um palco de artimanhas destemperadas e dissonantes dos valores éticos consagrados pela sociedade.

4. O FALSEAMENTO DA VERDADE E O DEVER DE BOA-FÉ DO ACUSADO

Neste capítulo será feita uma análise do direito ao silêncio e à não autoincriminação, procedendo-se ao correto dimensionamento e à identificação dos limites da garantia processual, à luz do princípio da boa-fé objetiva, a fim de verificar se está inserido no princípio da ampla defesa a possibilidade de o réu proferir inverdades perante o juiz.

4.1. Breve histórico do *nemo tenetur se detegere*

Considerado uma das maiores conquistas da dogmática processual penal contemporânea – primeira máxima do garantismo processual acusatório, como destaca Ferrajoli³²⁷ –, o *nemo tenetur se detegere* – ou *nemo tenetur edere contra se, nemo tenetur se accusare, nemo tenetur se ipsum prodere, nemo tenetur detegere turpitudinem suam* e *nemo testis contra se ipsum*³²⁸ – propugna que qualquer pessoa acusada da prática de um delito não pode ser compelida à autoincriminação, o que impede que o Estado empregue meios coercitivos ou sancionatórios destinados a constranger o réu a produzir provas em seu desfavor. Assevera Maria Elizabeth Queijo³²⁹ que “o mencionado princípio consolidou-se como direito fundamental, vinculado ao Estado de Direito, estritamente relacionado com outros direitos igualmente consagrados: o direito à intimidade, à liberdade moral, à dignidade e à intangibilidade corporal”.

No escólio de Pacelli³³⁰, o direito ao silêncio e à não autoincriminação “foi uma das grandes conquistas da processualização da jurisdição penal, consolidada no século XVIII, com a queda do Absolutismo”. Maria Elizabeth Queijo³³¹ identifica as origens do *nemo tenetur se detegere* nas cortes eclesiásticas do Reino Unido do período medieval, especificamente em virtude da previsão constante do *Speculum Judiciale*³³², que vedava que se compelsse alguém a testemunhar contra si, pois não se poderia exigir que alguém revelasse

³²⁷ FERRAJOLI, op. cit., p. 486.

³²⁸ QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio do nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 28.

³²⁹ Ibid., p. 25.

³³⁰ PACELLI, op. cit., p. 383.

³³¹ QUEIJO, op. cit., p. 36.

³³² Formulado pelo cardeal Guilherme Durando em 1271, trata-se de um relevante manual de regras processuais do Direito Canônico, que influenciou diversos estatutos processuais na Europa. Chiovenda chega a afirmar que o *Speculum Judiciale* está para a ciência processual anterior como a glosa de Accursio está para a ciência do Direito em geral (CHIOVENDA, Giuseppe. *Principios de derecho procesal civil*. Tradução José Casáis e Santaló. Tomo I. Madrid: Editorial Reus, 1922, p. 3). A Magna Glosa, elaborada por Francesco Accursio, consistiu num relevante trabalho de adaptação das regras do Direito Romano ao Direito Medieval, em especial por meio de comentários ao *Corpus Iuris Civilis*.

sua própria vergonha. Contudo, relata a autora que a Igreja impunha diversas restrições à garantia, como nas hipóteses em que o delito cometido fosse de conhecimento público, ou no caso do cometimento do crime de heresia, situações em que se admitia o juramento *ex officio*, cuja violação conduzia ao perjúrio³³³.

O traço marcante da evolução epistemológica da garantia do *nemo tenetur se detegere* se traduz na superação da perspectiva do interrogatório exclusivamente como um meio de prova, haja vista que na acepção inquisitiva justificava-se o emprego de arbitrariedades para a obtenção da confissão do acusado. Destaca Maria Elizabeth Queijo³³⁴ que “no processo inquisitório da Idade Média havia uma prévia convicção sobre a culpabilidade do acusado e a tortura era o instrumento para alcançar a confirmação dessa culpabilidade, por meio da confissão”. Nesse ponto obtempera Ferrajoli:

É no interrogatório que se manifestam e se aferem as diferenças mais profundas entre método inquisitório e método acusatório. No processo inquisitório pré-moderno, o interrogatório do imputado representava "o início da guerra forense", isto é, "o primeiro ataque" do Ministério Público contra o réu de modo a obter dele, por qualquer meio, a confissão. Daí não só o uso da tortura "ad veritatem eruendam", mas, também, a recomendação ao juiz para não contestar nem o título do crime atribuído ao inquirido, nem sua qualidade e suas circunstâncias específicas e tampouco os indícios precedentemente colhidos.

A garantia se afirmou na amplitude hodierna com o advento do iluminismo. Narra Maria Elizabeth Queijo³³⁵ que “os iluministas combateram o emprego da tortura e o juramento imposto ao acusado, observando que qualquer declaração autoincriminativa era antinatural”.

Thomas Hobbes³³⁶ afirmava que a não autoincriminação era ínsita à condição humana, podendo ser oposta justificadamente em face do Estado, uma vez que estava inserida no conjunto de liberdades dos súditos que não poderiam ser transferidas ao Estado por ocasião do abandono do estado de natureza, ou seja, “todo súdito tem liberdade em todas aquelas coisas cujo direito não pode ser transferido por um pacto”. Para Hobbes³³⁷, da mesma maneira que o Estado não pode compelir ninguém a cometer suicídio, ferir a si mesmo, se automutilar, abster-se de se alimentar, respirar ou se medicar, “se alguém for interrogado pelo soberano ou por sua autoridade, relativamente a um crime que cometeu, não é obrigado (a não ser que

³³³ QUEIJO, op. cit., p. 37-38.

³³⁴ Ibid., p. 31.

³³⁵ Ibid., p. 32.

³³⁶ HOBBS, Thomas. *Leviatã: matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. Tradução João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 185.

³³⁷ Ibid., p. 185-186.

receba garantia de perdão) a confessá-lo, porque ninguém (...) pode ser obrigado por um pacto a recusar-se a si próprio”.

Em sentido semelhante sustentava Beccaria³³⁸:

Contradição entre as leis e os sentimentos naturais do homem nasce dos juramentos que se exigem do réu, para que seja um verdadeiro homem, quando tem o máximo interesse em ser falso. Como se o homem pudesse jurar sinceramente, quando contribui para a própria destruição. (...) A lei que obriga a tal juramento ordena que o homem seja mau cristão ou mártir. O juramento torna-se, pouco a pouco, mera formalidade, destruindo assim a força dos sentimentos religiosos, único penhor da honestidade da maior parte dos homens. Quanto são inúteis os juramentos, a experiência já o demonstrou, e qualquer juiz poderá ser testemunha que juramento algum jamais fez o réu dizer a verdade.

No direito norteamericano, a garantia do *privilege against self incrimination* foi positivada originalmente na Declaração de Direitos da Virgínia de 1776³³⁹, vindo a adquirir status constitucional em 1791, com o advento da V Emenda³⁴⁰ à Constituição estadunidense. Em 1966, a Suprema Corte americana, no caso *Miranda vs Arizona*³⁴¹, firmou entendimento no sentido da invalidade das declarações feitas pela pessoa à polícia, sem que ela tenha sido previamente informada de que tem o direito de não responder, de que tudo o que disser pode vir a ser utilizado contra ele e de que tem o direito à assistência de defensor escolhido ou nomeado, esclarecimentos tais que vieram a ser consagrados como *Miranda rights*, ou *Miranda warnings*.

Ernesto Miranda foi preso em Phoenix, Arizona, devido a provas de envolvimento em um sequestro e estupro. Ele confessou as acusações depois de um longo interrogatório, tendo assinado uma declaração atestando que a confissão foi realizada de forma consciente e voluntária. Ele se opôs à introdução da cópia escrita de sua confissão como prova no julgamento, afirmando que a ignorância a respeito de seus direitos tornou a confissão involuntária. Rejeitada a objeção, Miranda foi condenado pelo juízo originário com base na confissão escrita. Um apelo suscitando a natureza involuntária da confissão foi rejeitado pela Suprema Corte do Arizona.

³³⁸ BECCARIA, op. cit., p. 60.

³³⁹ Previa a seção nº 8 do diploma que “*that in all capital or criminal prosecutions a man hath a right to demand the cause and nature of his accusation, to be confronted with the accusers and witnesses, to call for evidence in his favour, and to a speedy trial by an impartial jury of his vicinage, without whose unanimous consent he cannot be found guilty, nor can he be compelled to give evidence against himself; that no man be deprived of his liberty except by the law of the land, or the judgement of his peers*” (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Virginia Declaration of Rights*. Disponível em: < <http://www.history.org/almanack/life/politics/varights.cfm>>. Acesso em: 10 jul. 2018).

³⁴⁰ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, op. cit., nota 32.

³⁴¹ Id. United States Supreme Court. *384 U.S. 436: Miranda vs Arizona*. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/384/436/>>. Acesso em: 10 jul. 2018.

O caso foi remetido à Suprema Corte norte-americana, que decidiu por apertada votação – cinco votos a quatro – que a mera ausência dessa formalidade era o bastante para inquirir de nulidade as declarações da pessoa, especialmente a confissão e as provas conseguidas a partir dela. O voto condutor foi o do Juiz Earl Warren, que salientou que o interrogatório policial é uma situação tão intimidadora para a maioria dos suspeitos que reclama a incidência da V Emenda, que garante a proteção contra a autoincriminação, bem como o direito a um advogado previsto na VI Emenda, a menos que o suspeito renuncie expressamente a esses direitos.

No plano internacional, a garantia da não autoincriminação foi reconhecida pelo Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos³⁴² em seu art. 14, nº 3, alínea “g”, segundo o qual é conferido a toda pessoa acusada de um delito o “direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada”. O Pacto de São José da Costa Rica³⁴³ reproduziu a garantia em seu art. 8º, nº 2, alínea “g”.

O *nemo tenetur se detegere* só veio a adquirir sede constitucional em 1988, em consonância com o art. 5º, inciso LXIII, da Carta Magna³⁴⁴, segundo o qual “o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado”. Logo em seguida foi editada a Lei nº 9.034/89³⁴⁵ que, ao regular a prisão temporária, dispõe em seu art. 2º, § 6º, que “efetuada a prisão, a autoridade policial informará o preso dos direitos previstos no art. 5º da Constituição Federal”.

4.2. Conteúdo do *nemo tenetur se detegere*: direito ao silêncio e inexigibilidade de cooperação ativa nos atos instrutórios

O principal desdobramento do direito à não autoincriminação é o direito ao silêncio, correspondente à faculdade conferida ao acusado de não responder às perguntas que lhe forem formuladas pela autoridade policial ou judiciária. Tendo em vista se tratar de uma manifestação negativa da autodefesa, o silêncio do imputado não pode acarretar qualquer consequência em seu desfavor. Em tal sentido destacam Eugênio Pacelli e Douglas Fischer³⁴⁶:

³⁴² BRASIL, op. cit., nota 71.

³⁴³ COMISSÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, op. cit., nota 35.

³⁴⁴ BRASIL, op. cit., nota 19.

³⁴⁵ Id. Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7960.htm>. Acesso em: 10 jul. 2018.

³⁴⁶ PACELLI, FISCHER, op. cit., p. 431.

O direito ao silêncio, portanto, é uma das manifestações mais importantes do aludido princípio (*nemo tenetur*), na medida em que tutela, não só a consciência moral daquele que, pelo fato de correr o risco de uma condenação, se vê compelido a mentir em seu favor, mas, também, protege o acusado contra juízos de convencimentos lastreados em percepções subjetivas indignas de graus aceitáveis de certeza.

Trata-se de uma decorrência lógica do *privilegio against self incrimination* – reforçada pela previsão expressa no art. 186, parágrafo único do CPP³⁴⁷, que enuncia que “o silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa” –, sendo certo que qualquer valoração negativa do silêncio do réu esvaziaria o conteúdo material da garantia e ignoraria uma das principais regras do sistema acusatório, que é o ônus probatório a cargo da acusação. Nesse ponto adverte Roxin³⁴⁸:

Una protección frente a la auto-incriminación garantiza este derecho a guardar silencio pero sólo cuando del silencio del inculpado no pueda derivarse para él ninguna consecuencia desfavorable. Porque de lo contrario, sería un silencio auto-inculpatorio.

Desse modo, o exercício do direito ao silêncio não pode ser empregado como argumento favorável à veracidade da imputação formulada pelo órgão de acusação ou ser valorado na fundamentação do decreto condenatório, como elemento para a formação da convicção do juiz. Extrai-se tal inferência não somente do direito ao silêncio, mas também do princípio da regra constitucional da presunção de não culpabilidade, da qual decorre a regra probatória elementar do processo penal, ou seja, o ônus da prova recai integralmente sobre a acusação. Nesse contexto salienta Vladimir Aras³⁴⁹:

Além de ser uma faculdade de não colaboração, o direito ao silêncio é também um dos reflexos do direito à intimidade, o que é indicativo de que o silêncio do acusado pode estar motivado por outras razões que não a sua culpabilidade. Nem sempre o acusado silencia porque é culpado. Pode silenciar para proteger outrem ou para ocultar vergonha própria ou de terceiro, ainda que não criminosa. Pode silenciar porque não acredita no sistema de Justiça criminal. Enfim, sendo várias as motivações possíveis, não há como se extrair do silêncio consequência negativa alguma para o réu, seja no plano endoprocessual ou na esfera extraprocessual.

Outro corolário do *nemo tenetur se detegere* é a direito do acusado de se recusar praticar qualquer comportamento ativo que possa incriminá-lo. Qualquer ato probatório que exija uma conduta comissiva por parte do acusado – acareação, reprodução simulada, exame

³⁴⁷ BRASIL, op. cit., nota 20.

³⁴⁸ ROXIN, Claus. *La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal*. Tradução Carmem Gómez Rivero e María del Carmen García Cantizano. Valência: Tirant lo Blanch, 2000, p. 123.

³⁴⁹ ARAS, Vladimir. *A mentira do réu e o artigo 59 do CP*. In: CALABRICH, FISCHER, PELELLA, op. cit., p. 272.

grafotécnico, teste de alcoolemia com etilômetro – está condicionada ao seu consentimento, não podendo, por conseguinte, advir da negativa em cooperar ativamente qualquer sanção.

Eugênio Pacelli e Douglas Fischer criticam esse desdobramento da não autoincriminação, ao sustentar que o *nemo tenetur se detegere* não abarcaria o direito de não participar dos atos da instrução. Para os autores³⁵⁰:

O que não se pode afirmar, ao contrário do que se canta por aqui em verso e prosa, é que o acusado teria o direito a não participar de qualquer medida probatória – contra si -, bastando assim desejar. Não existe esse direito. Nem aqui e nem em lugar nenhum dos ordenamentos jurídicos do mundo ocidental, incluindo os Tratados Internacionais de proteção aos direitos humanos. O que se garante, junto ao direito ao silêncio, é a proteção efetiva do acusado contra ações lesivas aos mencionados direitos individuais (integridade física, psíquica etc.).

Exatamente por isso, pode o Estado conduzir coercitivamente o acusado à audiência de instrução e julgamento, quando houver a necessidade de reconhecimento de pessoa, na produção de prova testemunhal (art.260, segunda parte, CPP). Evidentemente, o dispositivo não se aplica ao interrogatório, visto tratar-se de meio de defesa, a critério exclusivo da defesa.

Entretanto, como já exposto no segundo capítulo, compelir o acusado a cooperar ativamente com a instrução criminal significaria desconsiderar a elevação do acusado à categoria de sujeito do processo, concepção que constitui uma das maiores evoluções do sistema acusatório. Outrossim, desconsiderar-se-iam os preceitos que inauguram o rol de garantias individuais constante do art. 5º da CRFB/88, tais como a intimidade, a privacidade, a intangibilidade corporal, a incolumidade física e psíquica, entre outros. Nesse diapasão, como já ressaltado, encontrar-se-ia violada a dignidade da pessoa humana, em especial na dimensão correspondente à autonomia, que impede que o indivíduo seja instrumentalizado para a satisfação de desígnios de outros indivíduos ou do próprio Estado.

Conquanto revele-se evidente o interesse público em promover o amplo esclarecimento dos fatos, com vistas à busca da verdade, tal interesse não pode ultrapassar as barreiras constitucionais da intangibilidade corporal e da liberdade individual. O *nemo tenetur se detegere* é composto por uma cláusula limitadora da liberdade probatória da acusação, em observância à autodeterminação, desdobramento da dignidade da pessoa humana. Nesse sentido destaca Antônio Magalhães Gomes Filho³⁵¹ que “o direito à prova não vai ao ponto de conferir a uma das partes no processo prerrogativas sobre o próprio corpo e a liberdade de escolha da outra”. A tal entendimento perfilha-se Sylvia Helena de Figueiredo Steiner³⁵², para

³⁵⁰ PACHELLI, FISCHER, op. cit., p. 433.

³⁵¹ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 119.

³⁵² STEINER, Sylvia Helena de Figueiredo. *A Convenção Americana sobre Direitos Humanos e sua integração ao processo penal brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 125.

quem “os preceitos garantistas constitucional e convencional conduzem à certeza de que o acusado não pode ser, de qualquer forma, compelido a declarar contra si mesmo ou a colaborar para a colheita de provas que possam incriminá-lo”.

Nesse contexto, o STF, em 14/06/2018, por ocasião do julgamento conjunto das Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 395³⁵³ e 444³⁵⁴, declarou a declaração a inconstitucionalidade da condução coercitiva para o interrogatório, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de ilicitude das provas obtidas, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado.

Esse desdobramento da ampla defesa negativa abrange o direito de recusa à submissão a intervenções corporais invasivas – v. g., exames de sangue, ginecológico e endoscópico e retal –, ou seja, as que são levadas a efeito por meio de penetração no organismo humano, com o emprego instrumentos ou substâncias, em cavidades naturais ou não.

Exatamente por isso a recusa em cooperar ativamente nos atos instrutórios não pode acarretar qualquer consequência desfavorável ao acusado, ou seja, não configura crime de desobediência nem acarreta presunção de culpabilidade, tampouco autoriza o emprego de medidas coercitivas destinadas a assegurar a participação do réu na instrução.

Insta ressaltar que a garantia da não autoincriminação não alcança as hipóteses que tenham como pressuposto uma cooperação passiva, situações nas quais não se exige do acusado um *facere*, mas tão somente uma mera tolerância – v. g., reconhecimento pessoal. Igualmente, o *nemo tenetur se detegere* não abarca as intervenções corporais não invasivas, em que fragmentos e derivados do corpo humano já desprendidos são submetidos a análise, tais como exames de materiais fecais, fios de cabelo encontrados no chão e células bucais da saliva encontradas em talheres etc. Em tais hipóteses, as garantias constitucionais relativas à autodeterminação e à integridade corporal não são violadas, seja porque não se está a exigir que o réu atue ativamente no sentido da autoincriminação, seja pelo fato de não se estar a compelir o acusado a submeter-se a uma intervenção invasiva em seu corpo.

³⁵³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF nº 395*. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4962368>>. Acesso em: 12 jul. 2018.

³⁵⁴ Id. Supremo Tribunal Federal. *ADPF nº 444*. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=5149497>>. Acesso em: 12 jul. 2018.

4.3. (In)exigibilidade de dizer a verdade: o *nemo tenetur se detegere* abrange o direito de mentir?

A análise da opinião de expressiva parcela doutrinária e de considerável fração das decisões pretorianas revela uma interessante realidade na acepção da dimensão material do direito à não autoincriminação: a garantia abrange, supostamente, o direito de o réu falsear a verdade dos fatos em suas declarações.

Nesse sentido é Muñoz Conde³⁵⁵, para quem o direito de não estar obrigado a declarar inclui o direito de declarar falsamente, bem como Ferrajoli³⁵⁶, que elenca “a faculdade do imputado de responder o falso” entre os corolários do *nemo tenetur se detegere*. Para Frederico Marques³⁵⁷, “o réu não é obrigado a depor contra si próprio e tem o direito de responder mentirosamente ao juiz que o interroga”. A tal linha de pensamento perfilha-se Nucci³⁵⁸:

Sustentamos ter o réu o direito de mentir em seus interrogatórios de individualização e de mérito. Em primeiro lugar, porque ninguém é obrigado a se autoacusar. Se assim é, para evitar a admissão de culpa, há de afirmar o réu algo que sabe ser contrário à verdade. Em segundo lugar, o direito constitucional à ampla defesa não poderia excluir a possibilidade de narrar inverdades, no intuito cristalino de fugir à incriminação ou à indicação de uma personalidade desajustada, fornecendo imagem pessoal negativa ao julgador. Aliás, o que não é vedado pelo ordenamento jurídico, é permitido. E se é permitido, torna-se direito.

Maria Elisabeth Queijo³⁵⁹ também corrobora com essa posição, ao observar que no direito à não autoincriminação está inclusa a inexistência do dever de dizer a verdade e, por conseguinte, “de um lado, afasta-se o juramento e, conseqüentemente, a observância desse dever pelo acusado” e, de outro, “excluem-se as sanções que possam ser impostas a ele por faltar com a verdade”. A autora expõe as lições de Castanheira Neves³⁶⁰, que aduz que “o que ninguém exige, superadas que foram as atitudes degradantes do processo inquisitório (a recusar ao réu a qualidade de sujeito do processo e a vê-lo apenas como meio e objecto de investigação), é o heroísmo de dizer a verdade autoincriminadora”. Por seu turno sustenta Tourinho Filho³⁶¹:

³⁵⁵ CONDE, Francisco Muñoz. *De la prohibicion de la autoincriminacion al derecho procesal penal del inimigo*. Disponível em: <<http://www.cienciaspenales.net/files/2016/07/1de-la-prohibicion-de-autoincriminacion-al-derecho-pr-penal-del-enemigo-mu%C3%B1oz-conde.pdf>>. Acesso em: 12 jun. 2018.

³⁵⁶ FERRAJOLI, op. cit., p. 486.

³⁵⁷ MARQUES, op. cit., V. 2, p. 324.

³⁵⁸ NUCCI, op. cit., p. 411.

³⁵⁹ QUEIJO, op. cit., p. 277.

³⁶⁰ NEVES apud QUEIJO, op. cit., p. 277.

³⁶¹ TOURINHO FILHO, op. cit., V. 3., p. 299.

Nos Estados Unidos, se o réu quiser manter-se calado, respeitar-se-á esse direito, mas se for vontade sua prestar esclarecimentos, sujeitar-se-á ao compromisso. Seu Defensor lhe formula perguntas (*direct examination*) e a seguir a Acusação (*cross examination*). Se faltar com a verdade, haverá perjúrio. Entre nós, não. O réu, se quiser ser interrogado, poderá mentir à vontade. Nada lhe acontece, salvo se fizer uma autoacusação falsa.

Embora não reconheça preemtoriamente a existência de um direito de mentir, Badaró³⁶² propugna uma “irrelevância jurídica na mentira do acusado, posto que de tal ato não lhe poderão advir consequências negativas”. Para o autor³⁶³:

O direito ao silêncio do acusado inclui o direito de apresentar versão para encobrir fatos sobre os quais deseja se calar. Se o acusado atribui a outrem a autoria do crime que lhe é imputado, sabendo ser este inocente, não cometerá o crime de denúncia caluniosa, se o fizer para se defender. Entretanto, se o acusado mentir, para confessar um crime que não cometeu, poderá responder pelo delito de autoacusação falsa (CP, art. 342).

Algumas decisões do STF³⁶⁴ comungam com essa corrente doutrinária, ao reconhecer a existência de um direito de mentir como consectário lógico do *nemo tenetur se detegere*:

"HABEAS CORPUS" - INTERROGATORIO JUDICIAL - AUSÊNCIA DE ADVOGADO - VALIDADE - PRINCÍPIO DO CONTRADITORIO - INAPLICABILIDADE - PERSECUÇÃO PENAL E LIBERDADES PUBLICAS - DIREITOS PUBLICOS SUBJETIVOS DO INDICIADO E DO RÉU - PRIVILEGIO CONTRA A AUTO-INCRIMINAÇÃO - CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CARACTERIZADO - PEDIDO INDEFERIDO. (...) - QUALQUER INDIVIDUO QUE FIGURE COMO OBJETO DE PROCEDIMENTOS INVESTIGATORIOS POLICIAIS OU QUE OSTENTE, EM JUÍZO PENAL, A CONDIÇÃO JURÍDICA DE IMPUTADO, TEM, DENTRE AS VARIAS PRERROGATIVAS QUE LHE SÃO CONSTITUCIONALMENTE ASSEGURADAS, O DIREITO DE PERMANECER CALADO. "NEMO TENETUR SE DETEGERE". NINGUEM PODE SER CONSTRANGIDO A CONFESSAR A PRATICA DE UM ILICITO PENAL. O DIREITO DE PERMANECER EM SILENCIO INSERE-SE NO ALCANCE CONCRETO DA CLÁUSULA CONSTITUCIONAL DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. E NESSE DIREITO AO SILENCIO INCLUI-SE ATÉ MESMO POR IMPLICITUDE, A PRERROGATIVA PROCESSUAL DE O ACUSADO NEGAR, AINDA QUE FALSAMENTE, PERANTE A AUTORIDADE POLICIAL OU JUDICIÁRIA, A PRATICA DA INFRAÇÃO PENAL.

Segue outro *decisium* em que o STF³⁶⁵ adota a essa linha de entendimento:

"Habeas corpus". Falsidade ideológica. - No caso, a hipótese não diz respeito, propriamente, à falsidade quanto à identidade do réu, mas, sim, ao fato de o então indiciado ter faltado com a verdade quando negou, em inquérito policial em que figurava como indiciado, que tivesse assinado termo de declarações anteriores que,

³⁶² BADARÓ, op. cit., 2015, p. 442.

³⁶³ Ibid., p. 442.

³⁶⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC n° 68.929*. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=71335>>. Acesso em: 13 jul. 2018.

³⁶⁵ Id. Supremo Tribunal Federal. *HC n° 75.257*. Relator: Ministro Moreira Alves. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=75851>>. Acesso em: 13 jul. 2018.

assim, não seriam suas. Ora, tendo o indiciado o direito de permanecer calado e até mesmo o de mentir para não auto-incriminar-se com as declarações prestadas, não tinha ele o dever de dizer a verdade, não se enquadrando, pois, sua conduta no tipo previsto no artigo 299 do Código Penal. "Habeas corpus" deferido, para anular a ação penal por falta de justa causa.

O STJ³⁶⁶ também possui um aresto antigo em que é chancelado o falseamento da verdade dos fatos por parte do réu:

CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS-CORPUS. SENTENÇA CONDENATORIA ATACADA SOB O ARGUMENTO DE QUE SE TERIA LOUVADO SO EM DEPOIMENTO DE CO-REU. APRECIACÃO QUE SE FARA COM MAIS PROFUNDIDADE POR OCASIÃO DA APELAÇÃO. INTERROGATORIO DO ACUSADO SEM INGERENCIA DA DEFESA. CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 187 DO CPP. INEXISTENCIA DE OFENSA AO PRINCIPIO DO CONTRADITORIO (CF, ART. 5., LV). (...)III - A CONSTITUIÇÃO DE 1988 (ART. 5., INC. LV), A SEMELHANÇA DE OUTRAS CARTAS E CONSTITUIÇÕES NACIONAIS, NÃO TROUXE NENHUMA NOVIDADE NO TOCANTE AO PRINCIPIO DO CONTRADITORIO EM SEDE PENAL, QUE SE INCRUSTA EM PRINCIPIO MAIOR: O DA AMPLA DEFESA. A PROPRIA CONSTITUIÇÃO (ART. 5., INC. LXIII), POR INFLUENCIA REMOTA DO DIREITO CONSTITUCIONAL NORTE-AMERICANO ("MIRANDA V. ARIZONA", 1966), ENSEJA AO PRESO O DIREITO DE SABER DE SEUS DIREITOS, INCLUSIVE O DE FICAR EM SILENCIO E, POR EXTENSÃO, ATE FALSEAR OS FATOS. IV - RECURSO ORDINARIO IMPROVIDO. RECURSO ORDINARIO IMPROVIDO.

Sem embargos a algumas divergências pontuais no tocante à denúncia caluniosa³⁶⁷ e a existência de precedentes mais antigos do STJ que afastam a tipificação do crime de falsa identidade sob o argumento do exercício regular do direito de defesa³⁶⁸, insta consignar que não estão abrangidos pelo *nemo tenetur se detegere* as denominadas mentiras agressivas³⁶⁹, que consistem na imputação falsa da prática de delito a terceiro – conduta tipificada no art. 339 do CP, sob a rubrica de denúncia caluniosa – bem como atribuir a si falsamente a autoria de crime, existente ou não – autoacusação falsa, previsto no art. 341 do CP – e, ainda, o falseamento da verdade acerca da identidade pessoal – crime de falsa identidade, constante do art. 307 do CP. Relativamente a este último delito, o STJ pacificou a

³⁶⁶ Id. Superior Tribunal de Justiça. *RHC nº 3.012*. Relator: Ministro Adhemar Maciel. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199300231570&dt_publicacao=11-10-1993&cod_tipo_documento=>>. Acesso em: 13 jul. 2018.

³⁶⁷ BADARÓ, op. cit., p. 442.

³⁶⁸ “A conduta do acusado que, em interrogatório policial, atribui-se falsa identidade visa impedir o cerceamento da liberdade, e não ofender a fé pública, consistindo, assim, em exercício da autodefesa, ante ao princípio *nemo tenetur se detegere*, o qual consagra o direito do acusado de permanecer silente, não sendo compelido a produzir prova contra si mesmo.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *HC 130.309*. Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=891055&num_registro=200900384762&data=20090629&formato=PDF>. Acesso em: 13 jul. 2018).

³⁶⁹ A título de curiosidade, o termo foi utilizado em quesito formulado no exame oral do 58º Concurso de Promotor de Justiça do Estado de Goiás.

divergência outrora existente ao editar o enunciado nº 522 de sua Súmula de Jurisprudência³⁷⁰.

Das opiniões ora expostas, podem-se resumir dois argumentos favoráveis à existência de um direito de mentir – ou da irrelevância jurídica da mentira, como preferem alguns – como consequência do *nemo tenetur se detegere*. O primeiro é que não existe no Brasil a incriminação da conduta do perjúrio, como ocorre nos EUA. O segundo argumento é que inexigibilidade de dizer a verdade é um consectário lógico do direito ao silêncio, por uma inferência hermenêutica própria dos direitos fundamentais, o que pode ser extraído das lições de David Teixeira de Azevedo³⁷¹, para quem o falseamento da verdade equivale a silenciar sobre ela, uma vez que “sob o plano ético-axiológico, como adequação da coisa à escala valorativa o que é mais valioso tem precedência ontológica sobre o menos valioso”.

Destarte, cumpre a exposição das peculiares considerações de Félix Soibelman³⁷²:

Deus me livre da verdade devida ao Estado! Deus me socorra da defesa dos ideais coletivos através do qual se quer esmagar o cidadão, sempre pretextando, é claro, elevadas pretensões morais! Há sempre esses falsificadores da moral por todos os lados... Que Deus me abençoe a mentira libertária!
[...] A tutela da verdade em juramento público não passa de tentativa de confisco da vida interior como se ela pudesse ser capturada pela via normativa. Para os que crêem, é justamente nos últimos recessos da intimidade onde a consciência se entrevista com o Criador, e não através de uma ridícula mão levantada sobre qualquer livro sagrado. Enfim, se algum dever existe de dizer a verdade, é para afirmar a verdade de que o réu não possui tal dever.

Como se pode notar, há quem confira contornos de sacralidade ao direito de mentir, elevando-o à condição de dogma – portanto, incontestável – do processo penal.

4.4. Mais que um dever moral: a relevância e a tutela jurídica da verdade

Sem embargos à robustez e à eloquência dos argumentos favoráveis à existência de um suposto direito de mentir no processo penal, ao se proceder a uma análise dos mecanismos de tutela da verdade nos diversos ramos do ordenamento, percebe-se que a verdade é um valor digno de ampla proteção, cuja violação acarreta as mais variadas consequências, o que incompatibiliza a irrelevância da mentira do réu com um processo penal que se estrutura com

³⁷⁰ “A conduta de atribuir-se falsa identidade perante autoridade policial é típica, ainda que em situação de alegada autodefesa” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula nº 522*. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=522&b=SUMU&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=1>>. Acesso em: 13 jul. 2018).

³⁷¹ AZEVEDO apud SOIBELMAN, Félix. *O sagrado direito de o réu mentir no processo criminal*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2003-jul-17/sagrado_direito_reu_mentir_processo_criminal?pagina=3>. Acesso em: 13 jul. 2018.

³⁷² Ibid.

base nos princípios constitucionais e os mecanismos de integração e, por conseguinte, adota a boa-fé objetiva como um instrumento hábil a limitar abusos e redimensionar direitos frequentemente qualificados como absolutos.

Em sede constitucional, podem ser destacados dois dispositivos integrantes do rol de direitos e garantias fundamentais relacionados à tutela jurídica da verdade. O primeiro é o inciso V do art. 5º da Carta Magna³⁷³, que confere o direito de resposta e a indenização proporcional pelo abuso do direito à livre manifestação do pensamento. Observa Vladimir Aras³⁷⁴ que “o direito de responder afirmações objetiva ou subjetivamente desonrosas é um direito de reparar a verdade e, no polo oposto, o dever de indenizar seve como sanção pela mentira, considerado como ato ilícito”.

Outro dispositivo constitucional consentâneo com o direito à verdade é o inciso LXXII do art. 5º da CRFB/88³⁷⁵, que outorga ao cidadão o direito de impetrar *habeas data* para promover a retificação de dados incorretos, incompletos ou falsos constantes de bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público.

No âmbito das relações privadas, o Código Civil³⁷⁶ considera nulo o negócio jurídico simulado, elencando em seu art. 167, § 1º as hipóteses de simulação. Para Sílvio de Salvo Venosa³⁷⁷, simular consiste em fingir, mascarar, camuflar, esconder a realidade, ou seja, “é a prática de ato ou negócio que esconde a real intenção. A intenção dos simuladores é encoberta mediante disfarce, parecendo externamente negócio que não é espelhado pela vontade dos contraentes”.

O tratamento jurídico dado à simulação visa a proteger interesses de terceiros que podem vir a ser prejudicados em virtude da dissimulação da verdade resultante do conluio fraudulento entre contratantes. Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves de Farias³⁷⁸ conceituam a simulação como “o intencional e propositado desacordo entre a vontade declarada (tornada exterior) e a vontade interna (pretendida concretamente, pelo declarante), fazendo com que seja almejado um fim diverso daquele afirmado”, o que autoriza a inferência de que a declaração de nulidade do ato simulado constitui um instrumento de tutela da verdade nas relações negociais.

³⁷³ Id., op. cit., nota 19.

³⁷⁴ ARAS, op. cit., p. 273-274.

³⁷⁵ BRASIL, op. cit., nota 19.

³⁷⁶ Id., op. cit., nota 87.

³⁷⁷ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*. 3. ed. V. 1. São Paulo: Atlas, 2013, p. 527.

³⁷⁸ ROSENVALD, FARIAS, op. cit., V. 1, p. 534.

Outro mecanismo de proteção da verdade está no Código de Defesa do Consumidor³⁷⁹, que traz em seu art. 30 a regra da vinculação da informação publicitária, ao enunciar que toda informação ou publicidade, “suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado”. Como forma de efetivar a possibilidade de o consumidor fazer valer a palavra dada pelo fornecedor ou prestador em sua oferta, o art. 35 do CDC coloca à disposição da parte vulnerável três alternativas, quais sejam: exigir o cumprimento forçado da obrigação, nos termos da oferta, apresentação ou publicidade; aceitar outro produto ou prestação de serviço equivalente; ou rescindir o contrato, com direito à restituição de quantia eventualmente antecipada, monetariamente atualizada, e perdas e danos.

Em sede processual civil, a tutela jurídica da verdade está presente entre as condutas enumeradas no art. 80 do CPC/2015 como atos de litigância de má fé encontra-se no inciso II a conduta de “alterar a verdade dos fatos”³⁸⁰. Obtempera Vladimir Aras que “embora as atividades forenses sejam vistas pelas artes e pelo povo como estratégias de burla, o fato é que as leis processuais tutelam a verdade e punem a deslealdade processual”³⁸¹. O art. 80 do estatuto processual civil prevê que os atos de litigância de má-fé sujeitam o infrator a indenizar a parte contrária pelos prejuízos sofridos e são sancionáveis com multa, que varia entre um e dez por cento do valor da causa e, sendo este irrisório ou inestimável, a multa poderá ser fixada em até dez vezes o valor do salário mínimo vigente³⁸².

Relativamente à advocacia, como forma de assegurar a justa composição da lide e, por conseguinte, zelar pela qualidade da prestação jurisdicional, o Código de Ética e Disciplina da OAB³⁸³ elenca, em seu art. 2º, como deveres do advogado, entre outros, a atuação com honestidade e veracidade. Saliencia José Ildelfonso Bizatto³⁸⁴ que “o profissional deve fugir de situações que alteram ou deturpam a verdade. Deve expor os fatos em juízo com seriedade e da forma como ocorreram, sem valer-se de jurisprudência deturpada buscando enganar julgadores”.

Percebe-se, portanto, que o regramento ético-profissional da advocacia invoca como imperativo de conduta a fidelidade à verdade, conforme se extrai do art. 6º do mencionado

³⁷⁹ BRASIL, op. cit., nota 137.

³⁸⁰ Id., op. cit., nota 145.

³⁸¹ ARAS, op. cit., p. 276.

³⁸² BRASIL, op. cit., nota 145.

³⁸³ ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. *Código de ética e disciplina da OAB*. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/content/pdf/legislacaoob/codigodeetica.pdf>>. Acesso em: 13 jul. 2018.

³⁸⁴ BIZATTO, José Ildelfonso. *Deontologia jurídica e ética profissional*. 2. ed. São Paulo: Editora de Direito, 2000, p. 60.

Código, segundo o qual “é defeso ao advogado expor os fatos em Juízo falseando deliberadamente a verdade ou estribando-se na má-fé”. Com vistas a conferir efetividade ao preceito deontológico, o Estatuto da Advocacia elenca como infração disciplinar, em seu art. 34, XIV³⁸⁵, a conduta do patrono consistente em “deturpar o teor de dispositivo de lei, de citação doutrinária ou de julgado, bem como de depoimentos, documentos e alegações da parte contrária, para confundir o adversário ou iludir o juiz da causa”.

A tutela da verdade no ordenamento jurídico pátrio ultrapassa as balizas da ilicitude civil, haja vista que o Direito Penal oferece variados mecanismos de proteção em normas incriminadoras ou não, ora consignando a mentira como elemento de um tipo penal, ora prevendo-a como circunstância qualificadora, ora premiando a verdade com benefícios penais.

Conforme exposto no segundo capítulo, o Código Penal tipifica diversas condutas destinadas a proteger a honestidade e a retidão nas relações econômicas, destacando-se entre elas o estelionato (arts. 171 do CP)³⁸⁶, que visa a proteger tanto o patrimônio quanto a boa-fé, ao prever comportamentos que, com o emprego de artifícios, ardis ou pretextos, destinam-se a subverter a verdade e induzir o lesado a erro, acarretando-lhe prejuízo econômico. Percebe-se que no estelionato a mentira é um elemento normativo do tipo, uma vez que, sem ela, o crime não se caracteriza.

Observou-se ainda no segundo capítulo que os crimes contra a fé pública (arts. 289 a 311 do CP)³⁸⁷ constituem instrumentos salutares à preservação da confiança da população na veracidade da moeda de documentos públicos e particulares. Afinal, dificultar-se-ia – ou, considerando o dinamismo da economia contemporânea, inviabilizar-se-ia – a celebração de negócios jurídicos e a circulação de bens e serviços caso restasse esvaziada a crença na fidedignidade e na genuinidade das cédulas monetárias, dos títulos e outros meios de prova e sinais de atestação.

A par desses delitos, o Código Penal conta com outros tipos penais em que a mentira é objeto de desvalor. Ao tutelar a honra objetiva, o art. 136 do CP³⁸⁸ incrimina a conduta consistente em atribuir falsamente a alguém a prática de um fato definido como crime. No crime de calúnia, a inverdade desponta como um elemento normativo do tipo, que pode recair tanto sobre a existência do fato atribuído à vítima ou acerca do envolvimento desta em um fato efetivamente ocorrido. Assim, só se configura o crime de calúnia com a imputação

³⁸⁵ BRASIL., op. cit., nota 86.

³⁸⁶ Id., op. cit., nota 8.

³⁸⁷ Ibid.

³⁸⁸ Ibid..

inverídica de um fato criminoso a outrem, ou seja, sendo verdadeiro o fato atribuído ou sua autoria, o fato é atípico, sob pena de obstaculizar o interesse público relativo à apuração e punição de fatos criminosos. Nas Lições de Nelson Hungria³⁸⁹:

Finalmente, quanto à condição restritiva de falsidade da imputação de fato criminoso, é critério que se impõe, para evitar que, à sombra de mal-avisado individualismo, se prejudique o interesse social de repulsa contra o crime, opondo percalços à revelação ou esgarçamento público de autênticos delinquentes.

Nos crimes contra a família, a mentira desponta como elementar em tipos penais como a simulação de autoridade para celebração de casamento (art. 238 do CP)³⁹⁰ e a simulação de casamento (art. 239). Outrossim, o falseamento da verdade integra condutas incriminadas no capítulo relativo aos crimes contra a incolumidade pública, tais como o perigo de desastre ferroviário mediante a transmissão de falso aviso acerca do movimento dos veículos (art. 260, III) e a falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de substância ou produtos alimentícios (art. 273) ou de produto destinado a fins terapêuticos e medicinais (art. 273). Cumpre salientar que este último, com o advento da Lei nº 9.695/98³⁹¹, passou a integrar o rol dos crimes hediondos.

No tocante aos crimes contra a administração da justiça, destacam-se o falso testemunho (art. 342), a comunicação falsa de crime ou contravenção (art. 340) e a fraude processual (art. 347), que se traduzem em condutas em que o emprego da mentira visa a ludibriar a máquina judiciária e, conseqüentemente, pôr em risco a garantia estatal da correta prestação jurisdicional. Não obstante, como já mencionado, o *nemo tenetur se detegere* não é suficiente para afastar a configuração dos crimes de autoacusação falsa (art. 341) e denúncia caluniosa (art. 339).

Em sede de crimes contra a ordem tributária – previstos na Lei nº 8.137/90³⁹², que tem como propósito tutelar administração do erário público, ao criminalizar condutas que prejudicam a arrecadação de tributos e a gestão dos gastos públicos –, a mentira se revela como *modus operandi* essencial para a configuração de diversos fatos típicos. Afinal, para a configuração da maioria dos crimes de sonegação fiscal é indispensável que seja empregado

³⁸⁹ HUNGRIA, op. cit., V. VI, p. 64.

³⁹⁰ BRASIL, op. cit., nota 8.

³⁹¹ Id. Lei nº 9.695, de 20 de agosto de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9695.htm>. Acesso em: 16 jun. 2018.

³⁹² Id. Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/Leis/L8137.htm>. Acesso em: 16 jul. 2018.

um meio fraudulento, ardiloso, que induza o fisco a erro, não configurando crime o mero inadimplemento. Nesse ponto adverte José Paulo Baltazar Junior³⁹³:

Desde logo, é importante deixar claro que a conduta de deixar de pagar tributo, por si só, não constitui crime. Assim, se o contribuinte declara todos os fatos geradores à repartição fazendária, de acordo com a periodicidade exigida em lei, cumpre todas as obrigações tributárias acessórias e tem escrita contábil regular, mas não paga o tributo, não há crime algum, mas mero inadimplemento [...]. O crime contra a ordem tributária, com exceção da apropriação indébita, como será visto no exame do inc. II do art. 2º, pressupõe, além do inadimplemento, alguma forma de fraude, que poderá estar consubstanciada na omissão de alguma declaração, na falsificação material ou ideológica de documentos, no uso de documentos material ou ideologicamente falsos, na simulação etc.

O crime de furto conta com uma modalidade qualificada que consiste no emprego de fraude, em consonância com o art. 155, § 4º, inciso II do CP. Quanto às qualificadoras, Hungria³⁹⁴ observa que “o furto pode revestir-se de circunstâncias que lhe imprimem um cunho de maior gravidade, por isso que traduzem um especial *quid pluris* no sentido de frustrar a vigilante defesa privada da propriedade”. A dissimulação se revela como uma das circunstâncias que sobreleva sensivelmente a pena cominada em abstrato para o crime, uma vez que o tipo básico do furto comina a pena de um a quatro anos de reclusão e multa, enquanto as modalidades qualificadas são punidas com dois a oito anos de reclusão – o dobro da conduta base – e multa, o que exorta a relevância da mentira, entre outros modos de execução, como fator de agravamento do desvalor jurídico-penal da conduta.

A tutela jurídica da verdade no Direito Penal brasileiro não se esgota na sanção à mentira. Em diversas disposições, o Código Penal e leis extravagantes concedem benefícios a quem diz a verdade, seja com a redução da pena, seja com a com a extinção da punibilidade.

Uma das benesses outorgadas em favor de quem colabora com a verdade é a atenuante genérica prevista no art. 65, III, “d” do CP³⁹⁵, que consiste em reduzir a pena de quem tenha “confessado espontaneamente, perante a autoridade, a autoria do crime”. Para René Ariel Dotti³⁹⁶, cuida-se “de regra de política processual para facilitar a apuração da autoria e prevenir a eventualidade do erro judiciário”. Acrescenta Juarez Cirino dos Santos³⁹⁷ que a atenuação da pena em virtude da confissão espontânea se justifica “porque indica admissão de responsabilidade pelo fato, aceitação de suas consequências jurídicas e, eventualmente, arrependimento do autor ou partícipe”. Insta salientar que o Supremo Tribunal

³⁹³ BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *Crimes federais*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 797.

³⁹⁴ HUNGRIA, op. cit., V. VII, p. 35-36.

³⁹⁵ BRASIL, op. cit., nota 8.

³⁹⁶ DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 622.

³⁹⁷ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal: parte geral*. 6. ed. Curitiba: ICPC, 2014, p. 560.

Federal destacou como fundamento da confissão a lealdade processual, conforme se extrai do seguinte excerto do Informativo nº 656³⁹⁸:

Inicialmente, acentuou-se que a Constituição (art. 5.º, LXIII) asseguraria aos presos o direito ao silêncio e que o Pacto de São José da Costa Rica (art. 8.º, 2, g) institucionalizaria o princípio da não autoincriminação — *nemo tenetur se detegere*. Nesse contexto, o chamado réu confesso assumiria postura incomum, ao afastar-se do instinto do autoacobertamento para colaborar com a elucidação dos fatos, do que resultaria a prevalência de sua confissão. Em seguida, enfatizou-se que, na concreta situação dos autos, a confissão do paciente contribuíra efetivamente para sua condenação e afastara as chances de reconhecimento da tese da defesa técnica no sentido da não consumação do crime. Asseverou-se que o instituto da confissão espontânea seria sanção do tipo premial e que se assumiria com o paciente postura de lealdade. Destacou-se o caráter individual, personalístico dos direitos subjetivos constitucionais em matéria criminal e, como o indivíduo seria uma realidade única, afirmou-se que todo o instituto de direito penal que se lhe aplicasse deveria exibir o timbre da personalização, notadamente na dosimetria da pena.

Outro estímulo à verdade no Direito Penal é extinção da punibilidade pela retração do agente nos crimes de calúnia, difamação e falso testemunho (arts. 107, VI, 143 e 342, § 2º do CP)³⁹⁹. Trata-se de um instrumento que visa a fomentar o desfazimento voluntário do falseamento da verdade perpetrado pelo acusado e, portanto, a reparação específica do dano causado à honra do ofendido ou à correta elucidação dos fatos pela justiça. Ensina Mirabete⁴⁰⁰ que “justificam-se as previsões legais para a incidência da retratação, quer pela preferência que se deve dar à reparação moral concedida à vítima pelo próprio agente, quer pelo restabelecimento da verdade no processo”.

Também com o propósito de incentivar o esclarecimento da verdade, a nº Lei 9.269/96⁴⁰¹ incluiu o § 4º no art. 159 do CP⁴⁰², ao prever uma causa especial de diminuição de pena destinada a premiar o coautor ou partícipe do crime de extorsão mediante sequestro em concurso de pessoas, que decide colaborar com a persecução penal. Dessa forma, caso o concorrente denuncie o fato à autoridade, facilitando a libertação do sequestrado, terá sua pena reduzida de um a dois terços. No mesmo sentido é a Lei dos crimes contra o sistema financeiro nacional (Lei nº 7.492/86)⁴⁰³, em seu art. 25, § 2º, a Lei dos crimes contra a ordem tributária (Lei nº 8.137/90)⁴⁰⁴, em seu art. 16, parágrafo único e o art. 41 da Lei 11.343/06⁴⁰⁵.

³⁹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Informativo nº 656*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo656.htm>>. Acesso em: 16 jun. 2018.

³⁹⁹ BRASIL, op. cit., nota 8.

⁴⁰⁰ MIRABETE, Júlio Fabrinni. *Manual de direito penal*. 16. ed. V. 1. São Paulo: Atlas, 2000, p. 398.

⁴⁰¹ BRASIL. *Lei nº 9.269, de 2 de abril de 1996*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9269.htm>. Acesso em: 16 jul. 2018.

⁴⁰² Id., op. cit., nota 8.

⁴⁰³ Id. *Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7492.htm>. Acesso em: 16 jul. 2018.

⁴⁰⁴ Id., op. cit., nota 392.

De forma mais ampla, outras leis preveem benesses advindas da colaboração do concorrente com a persecução penal que podem ensejar o perdão judicial. Entre elas estão a lei da lavagem de dinheiro (Lei nº 9.613/98)⁴⁰⁶ que, em seu art. 1º, § 5º, autoriza em favor do colaborador a redução da pena em um a dois terços e seu cumprimento no regime semiaberto ou aberto, bem como faculta ao juiz deixar de aplicá-la ou substituí-la por pena restritiva de direitos. Outro diploma legal que autoriza a concessão do perdão judicial ao colaborador é a lei de proteção à testemunha (Lei nº 9.807/99)⁴⁰⁷, em seu art. 13.

Inspirada nos citados diplomas, a Lei do Crime Organizado (Lei nº 12.850/13)⁴⁰⁸ conferiu tratamento pomenorizado ao instituto da colaboração premiada, como uma forma de estimular a cooperação de um integrante de uma organização criminosa para a identificação dos demais coautores e partícipes da organização, das infrações penais por eles praticadas, da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas. A lei tem em mira outros propósitos, como a prevenção das infrações penais advindas das atividades da organização criminosa, a recuperação do produto dos crimes e a localização do paradeiro da vítima, com a preservação de sua integridade física.

Relativamente aos casos de colaboração premiada, é importante frisar, por mais óbvio que seja, que para que o acusado colaborador desfrute dos benefícios legalmente previstos, faz-se necessário que seus relatos sejam verdadeiros, e que o alça à qualidade de uma testemunha *suis generis*. Ou seja, conquanto eventuais inverdades em suas declarações não constituam o crime de falso testemunho, a verdade é juridicamente exigível, uma vez que a declaração mentirosa impedirá o gozo dos benefícios. Obtempera Vladmir Aras⁴⁰⁹:

Veja-se o caso do réu colaborador, de quem se exige o dever de dizer a verdade. O colaborador deve confessar fato próprio e detalhar as condutas ilícitas de seus cúmplices. Suas declarações têm de ser verdadeiras. Nessa situação, o réu colaborador equipara-se a uma testemunha, assumindo a condição de depoente anômalo, pois é um acusado que renuncia o direito ao silêncio em troca de prêmios previstos em lei e por isso deve falar a verdade.

Dos diversos dispositivos citados, pertencentes aos mais variados ramos do Direito, é possível inferir que a verdade não se resume a um mero dever moral, inexigível. A relevância da mentira não permite essa dedução, pois o ordenamento jurídico é dotado de diversos

⁴⁰⁵ Id. Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm>. Acesso em: 16 jul. 2018.

⁴⁰⁶ Id. Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9613.htm>. Acesso em: 16 jul. 2018.

⁴⁰⁷ Id. Lei nº 9.807, de 13 de julho de 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19807.htm>. Acesso em: 16 jul. 2018.

⁴⁰⁸ Id. Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/12850.htm>. Acesso em: 16 jul. 2018.

⁴⁰⁹ ARAS, op. cit., p. 287-288.

instrumentos destinados a tutelar a verdade, ora sancionando seu falseamento, nos âmbitos civil e penal, ora premiando a declaração verídica. Dessa forma, a verdade desponta como um bem jurídico digno de proteção pelo ordenamento e, em virtude de seu liame ontológico com a boa-fé, pode servir-se desta coibir abusos.

4.5. A incompatibilidade do direito de mentir com a boa-fé objetiva: o falseamento da verdade como abuso do direito ao silêncio e à não autoincriminação

Observou-se no segundo capítulo que a função jurisdicional no modelo processual penal garantista é regida por uma teoria cognitiva de interpretação, em que a busca da verdade com a estrita observância das garantias do acusado é essencial para consecução do modelo. Essa concepção deriva da superação do dogma da verdade real no processo penal, resultante do abandono da perspectiva vigente no sistema inquisitório. Relata Aury Lopes Jr.⁴¹⁰ que a verdade real “é uma artimanha engendrada nos meandros da inquisição para justificar o substancialismo penal e o decisionismo processual (utilitarismo)”, que autorizava o emprego de meios cruéis para a obtenção de provas, como a tortura.

A par disso, a reconstrução da verdade a partir de atos posteriores ao fato em exame é uma atividade que carece de fidedignidade precisa, porquanto sempre está subordinada a juízos valorativos, calcados na perspectiva subjetiva do observador. Afinal, adverte Ferrajoli⁴¹¹ que “a impossibilidade de formular um critério seguro de verdade das teses judiciais depende do fato de que a verdade ‘certa’, ‘objetiva’ ou ‘absoluta’ representa sempre a ‘expressão de um ideal’ inalcançável”.

O que se tem em mira hodiernamente é a busca da verdade processual, ou como diz Eugênio Pacelli⁴¹², “não somente pelo fato de ser produzida no curso do processo, mas, sobretudo, por tratar-se de uma certeza de natureza exclusivamente jurídica”. Essa verdade tem como propósito a mais ampla colheita de elementos de convicção que permitam a gradativa desconstituição da incerteza, de forma que em um determinado momento dessa colheita propicie-se ao julgador robustez investigativa do plano fático suficiente para proferir a decisão mais justa possível. Conforme aduz Pacelli⁴¹³:

De fato, embora utilizando critérios diferentes para a comprovação dos fatos alegados em juízo, a verdade (que interessa a qualquer processo, seja cível, seja penal) revelada na via judicial será sempre uma verdade reconstruída, dependente do

⁴¹⁰ LOPES JR., op. cit., 2006, p. 272.

⁴¹¹ FERRAJOLI, op. cit., p. 42.

⁴¹² PACELLI, op. cit., p. 333.

⁴¹³ Ibid., p. 334.

maior ou menor grau de contribuição das partes e, por vezes do juiz, quanto à determinação de sua certeza.

Exatamente por isso que o CPP dota o juiz e as partes de instrumentos destinados a conferir ampla possibilidade de desconstituição da imprecisão histórica, de modo a assegurar que a decisão final seja a mais consentânea possível com o fato efetivamente ocorrido no plano da realidade. Entre tais mecanismos estão o já comentado art. 156, inciso II do CPP⁴¹⁴, que confere ao juiz iniciativa probatória supletiva à atividade das partes, bem como a possibilidade de proceder a novo interrogatório, de ofício ou a requerimento (art. 196), a juntada de documento independentemente de requerimento (art. 234) e a realização de novos atos probatórios por ocasião do julgamento de apelação (art. 616). Ademais, mesmo após o trânsito em julgado é possível o ajuizamento de revisão criminal para desconstituir a decisão condenatória transitada em julgado, caso surjam novas provas favoráveis ao condenado (art. 621, III).

Nesse contexto, conquanto o processo penal não contemple como dever do réu a cooperação ativa para a elucidação da verdade dos fatos – ao contrário do que ocorre no processo civil, notadamente em virtude do art. 378 do CPC/2015⁴¹⁵, segundo o qual “ninguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade” – dever este que está inserido no processo penal por força do art. 3º do CPP, com a devida adaptação às peculiaridades do processo penal –, não se revela compatível com um sistema jurídico em que a boa-fé objetiva é um princípio com elevada carga valorativa e eficácia irradiante nos mais variados campos do Direito que o acusado tenha a possibilidade de falsear a verdade dos fatos, sob o pretexto de que o *nemo tenetur se detegere* facultava-lhe tal abuso.

O fato de o ordenamento jurídico pátrio não criminalizar o perjúrio, tal qual o faz o Direito estadunidense, não autoriza por si só a conclusão no sentido da irrelevância da mentira do réu. A não tipificação do perjúrio no Direito Penal pátrio está aliada a razões históricas, fundadas na tradição jurídica inquisitorial, ocasião em que as declarações do réu tinham pouca ou nenhuma relevância, mas tão somente se destinavam a aferir seu arrependimento em face da verdade preconcebida pelo julgador. Como expõe Marco Aurélio Gonçalves Ferreira⁴¹⁶:

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

⁴¹⁴ Id., op. cit., nota 20.

⁴¹⁵ BRASIL, op. cit., nota 145.

⁴¹⁶ FERREIRA, Marco Aurélio Gonçalves. *A ausência do crime de perjúrio no sistema jurídico brasileiro*. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/74979/ausencia_crime_perjurio_ferreira.pdf>. Acesso em: 18 jul. 2018.

sistema inquisitorial, ser o único que pode determinar o que será considerado verdade no processo – ou seja, a escolha do que será considerado prova. [...] 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 mentido 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.

Essa concepção carece de fundamento hodiernamente. Como já exposto, com o advento do modelo garantista e do sistema acusatório, o interrogatório do réu é tido não só como um meio de prova, uma vez que o juiz – e deve – pode considerar as declarações nesse proferidas para a formação de sua convicção – não isoladamente, repise-se –, mas também como uma oportunidade – facultativa, frise-se – de exercício da autodefesa.

A par disso, os diversos mecanismos de sanção da mentira, bem como os variados estímulos à verdade na legislação pátria inviabilizam a dedução de que existe um direito de mentir outorgado em favor do réu, notadamente em virtude de uma visão sistemática e unitária do ordenamento jurídico. A diversidade de dispositivos em que a tutela jurídica da verdade se insere, ora sancionando a mentira, ora premiando a cooperação com relatos verídicos permite a inferência de que o falseamento da verdade está inserido do âmbito da ilicitude, embora não haja um tipo penal específico que criminalize a conduta. Nesse ponto assevera Marco Aurélio Gonçalves Ferreira⁴¹⁷.

Há de se acentuar que, pelo simples fato, de a mentira do acusado não ser proibida no sistema pátrio, não significa que, 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 todo direito objetivo haja um direito subjetivo que assegure seu exercício. 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.

Ora, o réu que declara dados pessoais inverídicos comete o crime de falsa identidade. Caso ele atribua falsamente a prática de um delito a outrem comete o delito de denunciação caluniosa. Se ele assumir a autoria de um delito em descompasso com a verdade incorre nas penas da autoacusação falsa. Nenhuma dessas condutas encontra abrigo justificante ou exculpante na autodefesa. Dessa forma, afigura-se desarrazoado e assistemático concluir que caso o réu profira declarações inverídicas acerca da realidade fática, com vistas a ludibriar o

⁴¹⁷ Ibid.

julgador, esteja exercendo regularmente um direito, uma vez que os relatos mentirosos embaraçam sobremaneira a busca da verdade e a qualidade da prestação jurisdicional.

Portanto, o fato de o réu falsear a verdade dos fatos configura claramente uma modalidade de violação ao princípio da boa-fé objetiva, mais precisamente um abuso do direito ao silêncio e à não autoincriminação, porquanto a Constituição cinge-se a exonerar o réu do dever de colaboração e de conferir-lhe o direito ao silêncio, não lhe outorgando o direito de dificultar o desenvolvimento da persecução penal, com a criação de relatos fantasiosos que prejudicam a correta elucidação dos fatos e o provimento jurisdicional justo.

Como visto, o art. 187 do Código Civil adotou três critérios materiais para a configuração do abuso do direito: os bons costumes – calcados em premissas sociológicas, considerando a perspectiva ética vigente em um determinado agrupamento social –, o fim econômico ou social do direito – acepção teleológica do direito subjetivo – e a boa-fé – que Judith Martins-Costa⁴¹⁸ qualifica como “elemento ordenador e sancionador do exercício jurídico incompatível com a coexistência de liberdades na vida comunitária”.

Do ponto de vista finalístico social, o *nemo tenetur se detegere* – autodefesa negativa – compõe o plexo de garantias processuais insertas no sistema acusatório – ampla defesa – destinadas a atenuar o desequilíbrio sistêmico entre o Estado-acusação e o réu. Afinal, a regra probatória básica do processo penal é a de que o ônus da prova recai sobre a acusação, pois milita em favor do réu a presunção constitucional do estado de inocência. Ademais, é imperioso repisar que, tendo em vista a dignidade da pessoa humana – especialmente a dimensão da autonomia, que proíbe a instrumentalização de alguém para a satisfação dos desígnios de outrem –, e o direito à intangibilidade corporal, o réu não é objeto do processo penal, e sim sujeito de direitos, não se podendo admitir que ele seja compelido a se autoincriminar.

Como se vê, admitir que ao réu seja facultado falsear a verdade dos fatos destoa do componente teleológico do *nemo tenetur se detegere*, haja vista que o direito ao silêncio e à não autoincriminação não se destina a inviabilizar a persecução penal, a dotar o acusado de mecanismos aptos a obstaculizar a investigação da verdade processual. O que se tem em mira com a ampla defesa é a paridade substancial de armas, e com a autodefesa negativa a estrita observância às garantias constitucionais da autodeterminação e da intangibilidade corporal, e

⁴¹⁸ MARTINS-COSTA, Judith. *Os avatares do abuso do direito e o rumo indicado pela boa-fé*. Disponível em: <<http://www.fd.ulisboa.pt/wp-content/uploads/2014/12/Costa-Judith-Os-avatares-do-Abuso-do-direito-e-o-rumo-indicado-pela-Boa-Fe.pdf>>. Acesso em: 17 jul. 2018.

não o esvaziamento da eficiência do processo penal, notadamente no tocante à busca da verdade e da qualidade do provimento jurisdicional. Obtempera Vladimir Aras⁴¹⁹:

A ampla defesa não vai ao ponto de permitir ao réu que minta. Nenhuma interpretação que se dê a esse princípio pode conferir ao réu o direito de enganar, ludibriar, falsear a verdade, com apoio muitas vezes em ideias mirabolantes ou em situações impossíveis, justamente porque a verdade é um bem juridicamente relevante e porque a mentira pode prejudicar terceiros.

Relativamente à boa-fé, pode-se fazer um paralelo com a sistematização do abuso do direito proposta por Menezes Cordeiro⁴²⁰, no sentido de inserir a mentira do réu no desequilíbrio no exercício das posições jurídicas, que ao lado do *venire contra factum proprium*, da inalegabilidade de nulidades formais, da *suppressio* e do *tu quoque* compõem a tipologia do abuso do direito proposta pelo autor.

Para Cordeiro, “o desequilíbrio no exercício das posições jurídicas constitui um tipo extenso e residual de actuações contrárias à boa fé”, composto por três desdobramentos: o exercício danoso inútil, o *dolo agit qui petit quod statim redditurus est* – age dolosamente quem pede aquilo que em seguida restituirá – e a desproporção grave entre o benefício do titular exercente e o sacrifício por ele imposto a outrem.

Quanto a este último desdobramento do desequilíbrio no exercício das posições jurídicas – desproporção grave entre o benefício auferido pelo titular do direito e o sacrifício por ele imposto a outrem –, a mentira do réu, empreendida sob o fictício amparo do *nemo tenetur se detegere*, constitui uma manifesta desconformidade entre o benefício haurido com o suposto exercício do direito de defesa – imprimir obstáculos na busca da verdade – com o os prejuízos suportados pela administração da justiça, uma vez que o processo penal é único meio apto a legitimar a repressão de atos definidos como crime – *nulla cuncta sine iudicio* –, e restaria comprometida a eficiência e a credibilidade do instrumento destinado à materialização do ramo do direito vocacionado à proteção dos bens jurídicos mais relevantes para a vida em sociedade.

Conforme observa Vladimir Aras⁴²¹, “a entrega da prestação jurisdicional é um dever relevante do Estado. É também um direito da vítima do delito, assim como um direito da

⁴¹⁹ ARAS, op. cit., p. 290.

⁴²⁰ CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e Menezes. *Do abuso de direito: estado das questões e perspectivas*. Disponível em: < <https://portal.oa.pt/comunicacao/publicacoes/revista/ano-2005/ano-65-vol-ii-set-2005/artigos-doutriniais/antonio-menezes-cordeiro-do-abuso-do-direito-estado-das-questoes-e-perspectivas-star/>>. Acesso em: 17 jul. 2018.

⁴²¹ ARAS, op. cit., p. 298.

sociedade, que está impedida de exercer a justiça privada, diante do monopólio exercido pelo Poder Judiciário”. Sobre os riscos da mentira para a justiça propugna o autor⁴²²:

A administração da justiça não pode ficar à mercê dos jogos verbais e da inventividade do acusado, sob pena de ver-se desmoralizada, desprestigiada e ridicularizada. Mais grave do que a exposição do Judiciário ao ridículo pela aceitação de uma versão fantasiosa são as consequências de uma decisão fundada em mentiras, engodos e falsidades. Perde a sociedade a confiança no sistema judicial e perdem as vítimas o direito à reparação pelo crime, o direito à verdade e o direito à justiça.

Frise-se que o paralelo que está sendo feito entre o direito de mentir e o desequilíbrio no exercício das posições jurídicas – especificamente quanto à desproporção entre o benefício auferido pelo titular do direito e o sacrifício imposto pelo exercício – não se confunde com a técnica da ponderação entre interesses fundamentais, ou seja, não se está a sustentar a prevalência do direito difuso à justa e correta prestação jurisdicional em detrimento do direito de defesa.

Para Barroso⁴²³, a ponderação consiste numa regra de hermenêutica aplicável aos *hard cases*, em que a subsunção se mostra suficiente, e “a insuficiência se deve ao fato de existirem normas de mesma hierarquia indicando soluções diferenciadas”. Justamente nesse ponto é que não há falar em ponderação. Esta pressupõe dois interesses igualmente tutelados.

Como se viu, a mentira extrapola o substrato finalístico do *nemo tenetur se detegere*, porquanto não se insere em seu escopo de observância das garantias individuais do acusado e das regras probatórias do processo penal, ínsitas ao sistema acusatório. Pelo contrário, ela se destina a induzir o julgador ao erro e, por isso, revela-se um abuso, um ato ilícito que não encontra guarida no ordenamento jurídico e, dessa forma, deve ser coibido e sancionado. De acordo com o escólio de Antonio Pedro barbas Homem⁴²⁴:

Tratando dos deveres dos homens em matéria de justiça, Soares Barbosa identifica o dever de falar a verdade como um dever universal, porque o seu incumprimento significa a violação dos direitos inatos de todos os cidadãos ao uso da língua; deste modo, a veracidade como dever corresponde a um direito inato do espírito: quando se engana a alguém estamos a ofender os direitos inatos dos outros; a veracidade obriga a dizer a verdade, mas não obriga a falar.

Dessa forma, não há confronto entre direitos constitucionalmente tutelados, apenas o correto dimensionamento do direito ao silêncio e à não autoincriminação, levando-se em consideração tanto os direitos e garantias constitucionalmente outorgados em favor do

⁴²² Ibid., p. 287.

⁴²³ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 334.

⁴²⁴ HOMEM, Antonio Pedro Barbas. *História das relações internacionais: o direito e as concepções políticas na idade moderna*. Lisboa: Almedina, 2009, p. 157.

acusado quanto a boa-fé objetiva e a efetividade da persecução criminal, em sua função de materialização do Direito Penal objetivo.

A tutela da verdade no ordenamento jurídico, além dos dispositivos legais já citados, revela seus contornos de maior relevância ao se proceder à leitura dos pilares fundamentais que norteiam a república, constantes do preâmbulo da Carta Magna⁴²⁵, donde se extrai a justiça como valor supremo. A par disso, no art. 3º, inciso I da Constituição está a justiça, que ao lado da liberdade e da solidariedade, constituem objetivos fundamentais da república. Afinal, a verdade é indissociável da ideia de justiça, na medida em que a qualidade do provimento jurisdicional está condicionada à maior aproximação possível da conclusão extraída das provas presentes no processo com o fato efetivamente ocorrido na realidade histórica.

Isso se torna mais evidente ao confrontar-se o caráter subsidiário do Direito Penal com a ampla proteção da verdade em diversos tipos penais, notadamente no que toca aos crimes contra a administração da justiça. Embora o perjúrio não seja criminalizado no ordenamento jurídico pátrio, é evidente o prejuízo que a deturpação do contexto fático com uma elaboração de uma versão fantasiosa traz para a justa e correta prestação jurisdicional. Quanto à relevância da proteção da administração da justiça, destaca Antônio Augusto de Covello⁴²⁶:

No caso dos crimes contra a administração da justiça, porém, o mal é incomparavelmente mais sério. Não se trata mais do interesse individual; é atingida a própria estrutura jurídica sobre a qual assenta o edifício da sociedade. O que o crime contra a administração da justiça põe em risco é a própria existência da proteção jurídica; o que todos sentem quando tal delito se verifica é a oscilação ameaçadora das garantias fundamentais, que constituem a essência da própria instituição. Daí a sua repercussão profunda, e, também, a intensidade maior de seus efeitos. A confiança pública é ferida no seu ponto nuclear. Extinta a fé na intangibilidade da justiça e na regularidade de sua administração, desaparecida fica uma das condições primordiais da tranquilidade pública.

Diante do exposto, pode-se inferir que, em sua função limitadora de abusos, a boa-fé atua na ampla defesa de forma retirar do âmbito de proteção qualquer interpretação que permita a apresentação de versões levianas e mendazes, aptas a provocar o erro judicial. A autodefesa negativa – *nemo tenetur se detegere* – abrange o direito ao silêncio, a inexigibilidade de cooperação ativa do réu nos atos instrutórios e a intangibilidade corporal do réu para a colheita de provas. Contudo, à luz do princípio da boa-fé objetiva, constitui abuso do direito de defesa o falseamento da verdade dos fatos, por dificultar – ou até mesmo

⁴²⁵ BRASIL, op. cit., nota 19.

⁴²⁶ COVELLO apud MASSON, Cleber. *Direito penal esquematizado*. 6. ed. V. 3. São Paulo: Método, 2016, p. 837.

inviabilizar – a busca da verdade e, por conseguinte, esvaziar a eficiência, o prestígio e o escopo de pacificação social do processo penal.

4.6. Consequências jurídicas da mentira: a criminalização do perjúrio e a consideração do ato abusivo como circunstância judicial desfavorável

Fruto das experiências colhidas por ocasião da realização da Comissão Parlamentar Mista de Inquérito dos Correios, e como forma de tutelar a lealdade processual e afastar definitivamente qualquer conclusão no sentido da existência do direito de mentir como corolário do *meno tenetur se detegere*, o senador Garibaldi Alves propôs o Projeto de Lei do Senado nº 226/2006 do Senado Federal⁴²⁷, que tinha como propósito a alteração do art. 342 do CP e do art. 4º da Lei nº 1.579/52, a fim de incluir o acusado como sujeito ativo do falso testemunho nos processos judiciais e nas comissões parlamentares de inquérito. A proposta não chegou a ser submetida à deliberação no plenário da casa, e foi arquivada ao final da legislatura 2007/2010.

Posteriormente o deputado federal Miro Teixeira propôs o Projeto de Lei nº 4.192/2015 da Câmara dos Deputados⁴²⁸, destinado a fazer constar no Código Penal o crime de perjúrio. Segue o texto da proposta legislativa:

Art. 1º Esta lei acresce artigo e parágrafos ao Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal – para tratar sobre o crime de perjúrio.

Art. 2º O Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, – Código Penal – passa a vigorar acrescido do seguinte art. 343-A:

Perjúrio

Art. 343-A. Fazer afirmação falsa como investigado ou parte em investigação conduzida por autoridade pública ou em processo judicial ou administrativo:

Pena – prisão, de um a três anos.

§ 1º As penas aumentam-se de um sexto a um terço se o crime é cometido em investigação criminal ou em processo penal. § 2º O fato deixa de ser punível se, antes do julgamento no processo em que ocorreu o ilícito, o agente se retrata ou declara a verdade.

Art. 3º Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

O projeto encontra forte resistência. A Associação Juizes para a Democracia chegou a emitir, em 29 de março de 2016, nota técnica repudiando a aludida proposta legislativa, sob o argumento de que a criminalização do perjúrio fomentaria a seletividade do Direito Penal, uma vez que atingiria as camadas mais vulneráveis da população. Sustenta ainda a associação que o perjúrio inibiria a defesa do acusado, pois atribuir-se-ia a ele o ônus de comprovar a

⁴²⁷ BRASIL. Senado Federal. *Projeto de Lei nº 226/2006*. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/78481>>. Acesso em 18 jul. 2018.

⁴²⁸ Id. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº 4.192/2015*. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao.jsessionid=9428534F9B11BD3436BF30B6ACB32179.proposicoesWeb1?idProposicao=2076004&ord=0>>. Acesso em: 18 jul. 2018.

versão por ele apresentada, e de que o falseamento da verdade estaria inserido nos princípios constitucionais do direito ao silêncio e não autoincriminação⁴²⁹.

Sem embargos ao primeiro argumento apresentado pela entidade, insta reconhecer que se trata de tema riquíssimo no campo da criminologia, e que seu aprofundamento transbordaria as balizas deste trabalho, na medida em que demandaria uma profunda análise da realidade social, com o emprego de pesquisa empírica a fim de se verificar se a valoração da mentira em interrogatório está relacionada às camadas mais desfavorecidas da sociedade, e esta não é a metodologia aqui adotada. Entretanto, não custa lembrar que a primeira proposta legislativa ora citada (PLS 226/2006) originou-se na CPMI dos Correios, destinada à apuração de crimes contra a administração pública praticados por dirigentes de estatais, e que os elementos colhidos no procedimento desencadearam a Ação Penal nº 470 do STF, conhecida como “mensalão”, em que os acusados eram ocupantes de cargos elevados na administração e particulares economicamente abastados.

Não obstante, revela-se descabido deduzir que haveria prejuízo ao direito de defesa, uma vez que não se alteraria a regra probatória básica do processo penal – o ônus da prova recai integralmente sobre a acusação –, apenas coibir-se-ia uma prática abusiva no âmbito da persecução criminal, que compromete a busca da verdade e o provimento jurisdicional justo. Caso o acusado venha a apresentar uma versão própria dos fatos, caberá à acusação desconstitui-la, e não se logrando êxito na desconstituição, não há falar em perjúrio, em virtude do *in dubio pro reo*. O direito ao silêncio, à não cooperação ativa e à intangibilidade corporal na produção probatória permanecem íntegros, e deles não poderão advir consequências desfavoráveis, pois o projeto não se propõe a alterar esses pontos, e nem poderia, sob pena de padecer de inconstitucionalidade material.

Ademais, conforme exposto no item anterior, o suposto direito de mentir é ontológica, teleológica e axiologicamente distinto do direito ao silêncio. Portanto, os dois últimos argumentos que lastreiam o repúdio ao projeto de lei afiguram-se descabidos.

Não se olvida que a inclusão do perjúrio no Código Penal seria um reforço à tutela jurídica da verdade no processo, pois que coibiria a criação de versões fantasiosas aptas a desencadear diligências inúteis para sua verificação e ludibriar o julgador, prestigiando-se, assim, a boa-fé objetiva e a eficiência da persecução penal, sem violar as garantias constitucionais do acusado.

⁴²⁹ EMPÓRIO DO DIREITO. *A Associação Juízes para Democracia apresenta nota técnica a respeito da alteração legal do crime de perjúrio*. Disponível em: <<http://emporiiodireito.com.br/leitura/a-associacao-juizes-para-democracia-apresenta-nota-tecnica-a-respeito-da-alteracao-legal-do-crime-de-perjurio>>. Acesso em: 18 jul. 2018.

Todavia, por mais bem-vinda que seja a proposta, cumpre assinalar que uma das maiores vicissitudes hodiernas do Direito Penal é a inflação legislativa, relativamente à criação de novos tipos penais. Aponta Luiz Flávio Gomes⁴³⁰ que “de 1940 (data do nosso Código Penal) a 2011 o legislador brasileiro aprovou 136 leis penais, que alteraram o sistema penal”, dado que contribui para a depreciação da credibilidade do Direito Penal, conforme salienta Cezar Roberto Bitencourt⁴³¹:

Apesar de o princípio da intervenção mínima ter sido consagrado pelo Iluminismo, a partir da Revolução Francesa, “a verdade é que, a partir da segunda década do século XIX, as normas penais incriminadoras cresceram desmedidamente, a ponto de alarmar os penalistas dos mais diferentes parâmetros culturais”. Os legisladores contemporâneos, nas mais diversas partes do mundo, têm abusado da criminalização e da penalização, em franca contradição com o princípio em exame, levando ao descrédito não apenas o Direito Penal, mas a sanção criminal, que acaba perdendo sua força intimidativa diante da “inflação legislativa” reinante nos ordenamentos positivos.

Portanto, embora a tipificação do perjúrio não transborde as balizas da constitucionalidade material e revele-se consentânea à proteção da verdade e da boa-fé, que são bens jurídicos dignos de tutela pelo Direito Penal, afigura-se mais alinhado aos anseios do direito contemporâneo que o desvalor da mentira seja empreendido por outros meios já presentes no sistema, sem necessidade de inovação legislativa com a criação de um novo tipo penal.

Nesse diapasão, o falseamento da verdade pelo réu pode caracterizar uma circunstância judicial desfavorável, apta a repercutir na fixação da pena base, em consonância com o art. 59 do Código Penal⁴³². Esse dispositivo consagra a expressão judicial do princípio da individualização da pena, encartado no art. 5º, inciso XLVI da Constituição⁴³³, e tem como propósito selecionar a justa e adequada sanção penal, levando-se em consideração elementos relativos ao fato, às consequências advindas deste e a características pessoais do condenado.

Relata Cezar Roberto Bitencourt⁴³⁴ que no período medieval as sanções penais eram indeterminadas, característica que se adequava ao arbítrio judicial vigente nos regimes tirânicos. Do iluminismo veio a reação contra tais poderes excessivos, momento histórico em que se adotou o sistema da pena fixa, “representando o ‘mal justo’ na exata medida do ‘mal injusto’ praticado pelo delinquente”, ou seja, a aplicação da pena passou a restringir-se à rigidez fixada pelo legislador, removendo-se do juiz qualquer discricionariedade em sua

⁴³⁰ GOMES, Luiz Flávio. *Populismo penal e inflação legislativa*. Disponível em: <<https://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/121930381/populismo-penal-e-inflacao-legislativa>>. Acesso em: 19 jul. 2018.

⁴³¹ BITENCOURT, op. cit. V. 1, p. 14.

⁴³² BRASIL, op. cit., nota 8.

⁴³³ Id., op. cit., nota 19.

⁴³⁴ BITENCOURT, op. cit., V. 1, p. 587.

quantificação. Entretanto, salienta o autor que a determinação absoluta da pena apresentava inconvenientes, pois “impediria o seu ajustamento, pelo juiz, ao fato e ao agente, diante da realidade concreta”. Prossegue Bitencourt⁴³⁵:

Essa constatação determinou a evolução para uma indeterminação relativa: nem determinação absoluta, nem absoluta indeterminação. Finalmente, abriu-se um grande crédito à livre dosagem da pena, pelo juiz, estabelecendo o Código Penal francês de 1810 limites mínimo e máximo, entre os quais pode variar a mensuração da pena. Essa concepção foi o ponto de partida para as legislações modernas, fixando os limites dentre os quais o juiz deve – pelo princípio do livre convencimento – estabelecer fundamentadamente a pena aplicável ao caso concreto.

Referindo-se ao dispositivo correspondente ao vigente, constante da redação original do Código Penal – art. 42, antes da reforma operada pela Lei nº 7.209/84⁴³⁶ na parte geral do CP –, assinala Roberto Lyra Filho⁴³⁷:

O art. 42 é o mais importante do Código, não só pela decisiva influência de sua aplicação na defesa social e na tutela individual, como pela conquista em que importa para a evolução do nosso direito penal. Indicam-se, naquele dispositivo central, os limites do poder discricionário do juiz, uniformizando-se e esclarecendo-se os roteiros fundamentais para a determinação qualitativa e quantitativa da pena.

Enuncia o art. 59 do estatuto repressivo que o juiz, ao determinar ao condenado as reprimendas aplicáveis entre as cominadas pelo legislador – a quem cabe a individualização legislativa –, o *quantum* das penas aplicável, o regime inicial de cumprimento de pena privativa de liberdade e a possibilidade de substituição desta por outra espécie de sanção penal, observará a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social, a personalidade do agente, os motivos, as circunstâncias em que o delito foi cometido, as consequências do crime e o comportamento da vítima.

Entre tais circunstâncias destaca-se a personalidade, que pode ser concebida como a “totalidade dos traços emocionais e comportamentais que caracterizam o indivíduo em sua vida cotidiana, sob condições normais”⁴³⁸. Trata-se da apreciação dos aspectos que individualizam a identidade moral do sujeito, que pode ser extraída de diversos indicativos, conforme cita Nucci⁴³⁹:

São exemplos de elementos da personalidade, que se pode buscar na análise do modo de ser do autor da infração penal: a) aspectos positivos: bondade, alegria,

⁴³⁵ Ibid., p. 588.

⁴³⁶ BRASIL. Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1980-1988/L7209.htm>. Acesso em: 19 jul. 2018.

⁴³⁷ LYRA FILHO, Roberto. *Comentários ao Código Penal*. 2. ed. V. 2. Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 195.

⁴³⁸ KAPLAN, Harold I.; SADOCK, Benjamim J; GREBB, Jack A. *Compêndio de psiquiatria*. Porto Alegre: Artes Médicas, 1997, p. 686.

⁴³⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da pena*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 173.

persistência, responsabilidade nos afazeres, franqueza, honestidade, coragem, calma, paciência, amabilidade, maturidade, sensibilidade, bom-humor, compreensão, simpatia; tolerância, especialmente à liberdade de ação, expressão e opinião alheias; b) aspectos negativos: agressividade, preguiça, frieza emocional, insensibilidade acentuada, emotividade desequilibrada, passionalidade exacerbada, maldade, irresponsabilidade no cumprimento das obrigações, distração, inquietude, esnobismo, ambição desenfreada, insinceridade, covardia, desonestidade, imaturidade, impaciência, individualismo exagerado, hostilidade no trato, soberba, inveja, intolerância, xenofobia, racismo, homofobia, perversidade.

Conquanto o juiz não seja dotado de qualificação técnica para a determinação precisa dos caracteres da personalidade de alguém, uma vez que não se trata de um conceito jurídico, e sim do âmbito de outras ciências como a psicologia, psiquiatria, antropologia, salienta Nucci⁴⁴⁰ que “o juiz não precisa ser um técnico para avaliar a personalidade, bastando o seu natural bom senso, utilizado, inclusive e sempre, para descobrir a própria culpa do réu”. Afinal, conforme alerta o autor, “inexiste julgamento perfeito, infalível, pois sempre se trata de simples justiça dos seres humanos, de modo que o critério para analisar o modo de ser e agir de alguém constitui parte das provas indispensáveis que o magistrado deve recolher”.

Apesar de não tratar diretamente da personalidade do agente como critério de quantificação da pena base, o STF já teve a oportunidade de caracterizar a confissão espontânea como um aspecto positivo da personalidade, de modo a conferir-lhe prevalência sobre a reincidência no concurso de circunstâncias agravantes e atenuantes. Isso ocorreu no julgamento do HC nº 101.909⁴⁴¹, ocasião em que o Ministro Ayres Britto asseverou que “a assunção da responsabilidade pelo fato-crime, por aquele que tem a seu favor o direito a não se auto-incriminar, revela a consciência do descumprimento de uma norma social (e de suas consequências), não podendo, portanto, ser dissociada da noção de personalidade”.

Nessa esteira, embora chegando a conclusão distinta do citado aresto do STF, o STJ também enquadrou a confissão como um traço característico profícuo da personalidade do réu nos EREsp 1.154.752⁴⁴², ocasião em que o Ministro Sebastião Reis Júnior afirmou que a “confissão espontânea demonstra também, em meu modo de ver, personalidade mais ajustada, a ponto de a pessoa reconhecer o erro e assumir suas consequências”. Concluiu a Corte Superior que a agravante da reincidência e a atenuante da confissão espontânea, por serem igualmente preponderantes, devem ser compensadas entre si.

Nota-se que a confissão espontânea do agente indica um traço louvável de sua personalidade, uma vez que descortina seu comprometimento com a boa-fé e sua consciência

⁴⁴⁰ Ibid., p. 175.

⁴⁴¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 101.909*. Relator: Ministro Ayres Britto. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2193156>>. Acesso em: 19 jul. 2018.

⁴⁴² Id. Superior Tribunal de Justiça. *EREsp nº 1.154.752*. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201001499899&dt_publicacao=04/09/2012>. Acesso em: 19 jul. 2018.

do caráter nefasto da inobservância da norma penal, donde se deflui a necessidade de premiar a postura leal e cooperativa do acusado com a diminuição da pena, aplicando-se a atenuante genérica da confissão, que deve inclusive ser considerada preponderante em caso de concurso de atenuantes e agravantes.

Nesse contexto, infere-se que, enquanto a confissão evidencia um aspecto positivo da personalidade do acusado, a mentira – ao contrário do silêncio, que constitui tão somente o exercício regular de um direito constitucional – denota uma característica reprovável de sua personalidade, na medida em que expõe a má-fé e a tendência do réu em buscar se beneficiar de sua própria torpeza, pois a dissimulação da realidade fática não só conduz ao erro judicial, mas compromete os direitos da vítima e da própria sociedade, que deposita no judiciário a confiança de que os culpados serão condenados e os inocentes serão absolvidos.

Da mesma forma que se premia a cooperação do réu com a persecução penal, por representar um elemento apreciável do conjunto de caracteres morais do indivíduo submetido ao processo, deve-se, por um imperativo de isonomia, valorar negativamente a conduta tendente a embaraçar a correta elucidação dos fatos, por manifestar um despreço do acusado com os preceitos éticos que norteiam a sociedade. Em tal sentido sustenta Vladimir Aras⁴⁴³:

Não se pode exigir do réu que diga a verdade. Não se pode forçar o acusado a depor contra si mesmo. Nenhuma consequência pode extrair-se do silêncio do réu. Essas são as premissas constitucionais.

Por outro lado, quanto à mentira, não há direito. Se o réu não está obrigado a falar, está claro que não necessita mentir. A mentira será, portanto, um elemento indicativo de sua personalidade, que poderá ser negativamente avaliada pelo julgador, na medida em que a mentira tem por objetivo provocar um erro judiciário, iludir o juiz, ludibriar a parte adversa, enganar a coletividade, atrapalhar a justa prestação jurisdicional, prejudicar as vítimas ou terceiros. Sendo assim, é inevitável concluir que a mentira, quando juridicamente relevante, pode ser levada em conta pelo juiz, com base no princípio da livre convicção, como indício negativo da personalidade do réu ou de sua conduta social, para os fins do art. 59 do Código Penal, na fixação da pena-base do culpado.

Na mesma linha obtempera Andrey Borges de Mendonça⁴⁴⁴:

Parece-nos, assim, que se o juiz constatar que o réu mentiu, poderá considerar tal circunstância no momento da pena. Não é que se esteja estimulando a confessar – até porque para isto já há uma circunstância atenuante genérica –, mas apenas negando que ao juiz e ao Poder Judiciário possa se admitir que o réu venha em juízo e, perante um agente do Estado, possa mentir livremente, como se isto fosse algo normal e aceitável, como se entende atualmente.

A gravidade da mentira no tocante ao comprometimento da eficiência da persecução penal tem sensibilizado alguns juízes de primeiro grau, que adotam essa linha de pensamento

⁴⁴³ ARAS, op. cit., p. 297.

⁴⁴⁴ MENDONÇA, Andrey Borges de. *Prisão e outras medidas cautelares pessoais*. São Paulo: Método, 2011, p. 194.

e aumentam a pena base em virtude da mentira perpetrada em interrogatório, considerando-a um caractere desabonador da personalidade⁴⁴⁵. Os respectivos tribunais de justiça vêm reformando tais sentenças, fundados em tese sedimentada nos tribunais superiores, no sentido da impossibilidade de desvalor da mentira, por estar inserida no direito de defesa.

No entanto, recentemente o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo aplicou a linha de entendimento aqui sustentada, ao decidir pelo desprovimento de recurso de apelação em que se buscava a reforma de sentença que considerou a mentira proferida em interrogatório como circunstância judicial desfavorável apta a exasperar a pena base. Cumpre a transcrição de parte do voto do relator, desembargador José Raul Gavião de Almeida⁴⁴⁶:

A preferência do acusado pelo pronunciamento em interrogatório acarreta a obrigação do magistrado de ouvi-lo e de valorar a versão que apresentar, beneficiando-o ou prejudicando-o, na medida em que a palavra do acusado, como as demais colhidas em juízo, não está imune ao princípio da persuasão racional.

Assim, se o réu optar por falar, no interrogatório, deverá medir suas palavras, porque elas poderão ser utilizadas também em seu desfavor. E o que ocorre na hipótese do acusado apresentar versão contrária a convincente conjunto probatório. Identificado que faltou com a verdade, esse comportamento e o teor da inverdade podem ser considerados pelo julgador, pois não existe direito à mentira, como não há a correspondente obrigação de ignorar a inverdade.

Como se vê, ainda que timidamente, a jurisprudência está se atentando às consequências desastrosas que podem decorrer da aceitação da mentira como um direito do acusado, diante da possibilidade de comprometimento da descoberta da verdade. A exasperação da pena base do condenado que age em descompasso com a boa-fé e a lealdade processual é medida que se impõe em homenagem ao princípio da individualização da pena, que nada mais é que a manifestação do princípio constitucional da isonomia no âmbito da aplicação da pena privativa de liberdade. Afinal, aquele que mentiu, que empregou um subterfúgio repudiável ao exercício da atividade investigativa e judicante, não merece o mesmo tratamento que aquele que silenciou, que se limitou a exercer regularmente o direito constitucional ao silêncio e à não autoincriminação.

Destarte, podem-se destacar outras vantagens da consideração da mentira como circunstância judicial desfavorável em relação à tipificação do perjúrio. Em regra, a gravidade do crime em abstrato é diretamente proporcional aos intervalos de pena privativa de liberdade

⁴⁴⁵ A título de exemplo, a sentença proferida pelo juiz da 25ª Vara Criminal da Comarca da Capital do Estado do Rio de Janeiro, nos autos do processo nº 0376846-02.2008.8.19.0001, bem como o a dosimetria da pena empreendida pelo juízo da Vara do Júri do Foro de Guarulhos, Estado de São Paulo, no processo 3023333-83.2013.8.26.0224.

⁴⁴⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. 6ª Câmara do 3º Grupo da Seção Criminal. Apelação Criminal nº 0012788-14.2005.8.26.0344. Relator: Desembargador José Raul Gavião de Almeida. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?conversationId=&cdAcordao=2603993&cdForo=0&uuidCaptcha=sa_jcaptcha_26798336afc24a6eb2548bc540185717&v1Captcha=rDb&novoVICaptcha=>. Acesso em: 20 jul. 2018.

reservados à discricionariedade do juiz para a fixação da pena base. A título de exemplo, no homicídio qualificado a pena cominada é de doze a trinta anos de reclusão – intervalo de dezoito anos⁴⁴⁷. Isso viabiliza que o desvalor da mentira harmonize-se às circunstâncias do caso concreto e, assim, promova-se o tratamento proporcional da atitude do réu.

Com efeito, a postura desleal em face da correta elucidação dos fatos enseja o desvalor da personalidade do condenado e autoriza a elevação da pena base, o que, visto sob outro ângulo, constitui sanção à má-fé perpetrada contra a administração da justiça. Outrossim, considerando que, quanto mais grave o crime, maior a possibilidade de elevação da pena base, oportuniza-se que o acréscimo na resposta penal seja adequado à gravidade do crime que ficaria impune se o réu lograsse êxito em ludibriar o juízo e induzi-lo ao erro, o que se mostra condizente com os princípios da individualização da pena e da igualdade substancial. Além do mais, promove-se a economia processual, na medida da desnecessidade da promoção de novo processo para a punição da conduta maliciosa do réu.

Essa adequação deve ser engendrada levando-se em conta diversos fatores, tais como a idoneidade das declarações do réu para enganar o juiz, a realização de diligências para a verificação da versão apresentada pelo réu etc. Deve se tratar, por óbvio, como diz Vladimir Aras⁴⁴⁸, de uma “mentira juridicamente relevante”, ou seja, caso a atuação do réu se esgote na mera negativa da acusação – quesito do art. 187, § 2º, inciso I do CPP⁴⁴⁹ – afigura-se desarrazoado e desproporcional elevar a pena base, uma vez que essa conduta, por si só, não oferece riscos ao deslinde da instrução. Assim, só se configura mentira substancial apta à exasperação da pena base a resposta inverídica relativa aos demais incisos do art. 187, § 2º do CPP, desde, é claro, que não caracterize falsa identidade, denúncia caluniosa ou autoacusação falsa.

Diante do exposto, seja com a criminalização do perjúrio, seja com a exasperação da pena base pela consideração da mentira como demonstração de personalidade negativa – que é preferível –, revela-se imperioso que o Direito Penal coíba essa prática abusiva, destoante dos preceitos éticos que governam o processo penal, e que incrementa o descrédito do sistema persecutório e deixa a população à mercê de desígnios egoísticos e destituídos de amparo no

⁴⁴⁷ Outros exemplos podem ser citados, como roubo qualificado pelo resultado lesão corporal grave (sete a dezoito anos) ou morte (vinte a trinta anos), extorsão mediante sequestro qualificada pelo resultado lesão corporal grave (dezesseis a vinte e quatro anos). Como exceção menciona-se a extorsão mediante sequestro qualificada pelo resultado morte (vinte e quatro a trinta anos), cujo intervalo de seis anos reduz sobremaneira a liberdade de conformação da pena às circunstâncias fáticas e pessoais, o que fragiliza a função de materialização da isonomia ínsita ao princípio da individualização da pena.

⁴⁴⁸ ARAS, op. cit., p. 283.

⁴⁴⁹ BRASIL, op. cit., nota 20.

ordenamento jurídico. Já professava Nelson Hungria⁴⁵⁰ que, “desgraçadamente, a mentira é um dos mais constantes fatores de perturbação da Justiça Criminal ou um dos mais eficientes recursos tendentes à impunidade dos que delinquem. Sempre foram fiéis aliados o crime e a mentira”.

Colaciona-se, por fim, a justa indignação do Desembargador Eduardo Mayr⁴⁵¹, que em voto proferido na 7ª Câmara Criminal do TJRJ ressaltou que em nossa cultura “valoriza-se a mentira, e assim mentem os políticos, mentem os homens públicos, mentem todos, até o Presidente da República, mentem os réus, mentem seus advogados, nessa cultura de mentira, de engodo e de enganos”. Um processo penal ético clama pela superação dessa cultura.

⁴⁵⁰ HUNGRIA, Nelson. *Novas questões jurídico-penais*. Rio de Janeiro: Nacional de Direito, 1945, p. 233.

⁴⁵¹ MAYR apud ARAS, op. cit., p. 295.

CONCLUSÃO

Por ocasião da análise do arcabouço principiológico adotado pela CRFB/88 e da perspectiva doutrinária e jurisprudencial da garantia constitucional da ampla defesa, verificou-se que processo penal brasileiro, em decorrência do Estado Democrático de Direito, adotou o modelo penal garantista e, por conseguinte, o sistema processual acusatório, que outorga ao réu diversos instrumentos de efetivação da dignidade da pessoa humana, a fim de conferir-lhe proteção contra atos arbitrários do poder punitivo estatal. Entre essas garantias está a ampla defesa, se revela como o dever do Estado de viabilizar ao acusado mecanismos aptos a se escudar da imputação que lhe foi feita.

Contudo, observou-se que, no processo penal, os direitos decorrentes da ampla defesa têm sido interpretados de forma desmedida, sem considerar o dever de boa-fé do polo passivo da relação processual. Observou-se que a possibilidade de aplicação da boa-fé no processo penal é tema pouco explorado em âmbito doutrinário e jurisprudencial, uma vez que o ordenamento jurídico pátrio é preponderantemente silente quanto a existência de deveres éticos a serem observados pelo réu e pelo defensor.

Fruto das reflexões fundamentadas que se desenvolveram no decorrer da pesquisa, foi possível chegar à conclusão de que o princípio da boa-fé objetiva é aplicável ao processo penal.

O primeiro argumento que embasou a conclusão é que o princípio da boa-fé objetiva pode ser extraído dos princípios constitucionais expressos da dignidade da pessoa humana – na perspectiva do valor comunitário – e solidariedade. Não obstante, extrai-se o dever de boa-fé da dimensão objetiva dos princípios do contraditório e da ampla defesa. Afinal, uma das premissas do pós-positivismo é o abandono da acepção individualista dos direitos fundamentais.

Com efeito, tendo em vista que o primeiro objetivo fundamental da República brasileira consiste em construir uma sociedade livre, justa e solidária, não se pode admitir que em um ramo do direito que visa a instrumentalizar o mecanismo de tutela dos bens jurídicos mais sensíveis à vida em sociedade passe ao largo dos preceitos éticos exortados pela boa-fé objetiva.

O segundo argumento reside na possibilidade de aplicação da boa-fé objetiva por meio dos mecanismos de integração, conforme autorizado pela lei adjetiva penal, uma vez que a boa-fé objetiva é um princípio geral do direito, que produzindo eficácia irradiante por todo o ordenamento jurídico, atuando tanto como auxiliar interpretativo quanto como parâmetro de

elaboração legislativa. Outrossim, admite-se a adoção da boa-fé objetiva no processo penal por analogia ao processo civil, uma vez que este adotou a boa-fé objetiva como norma fundamental.

Afinal, não se concebe que em um ordenamento jurídico unitário e coerente o processo penal – que nada mais é que um ramo daquele, não obstante suas especificidades – dissocie-se dos preceitos fundamentais que norteiam esse ordenamento a imunize o sujeito passivo de suas relações processuais de qualquer dever ético.

Nesse contexto, sustentou-se que o princípio da boa-fé objetiva tem o condão de produzir no defensor o dever de arguir as nulidades no momento adequado, a fim de não causar dilações tardiamente, de modo a conduzir o processo à ineficácia, sob pena de responsabilização funcional e civil por dano processual.

Lado outro, defendeu-se que o direito ao silêncio e à não autoincriminação não abrange o suposto direito de mentir, sendo certo que consagra-se ao réu o direito de calar-se, mas não de falsear os fatos de modo a dificultar ou impossibilitar o processo de desconstrução de incerteza. Dessa forma, caso detectado que o réu mentiu em interrogatório, impõe-se a majoração de sua pena-base, uma vez que a personalidade do réu é um dos parâmetros de fixação na primeira fase da dosimetria da reprimenda.

Concluiu-se, portanto, que o princípio da boa-fé objetiva é um instrumento de redimensionamento do princípio da ampla defesa, e que exerce no processo penal sua função limitadora de abusos que esvaziam a eficiência da persecução e comprometem a credibilidade da justiça criminal.

Na perspectiva atual do Direito, notadamente em virtude do abandono da acepção puramente individualista dos direitos fundamentais, não mais se admite que as garantias constitucionais outorgadas em favor do polo passivo do processo penal sejam empregadas de maneira desmedida e desarrazoada, destoante do projeto constitucional de construção de uma sociedade justa, solidária, com respeito à dignidade humana e aos preceitos éticos exortados pelo princípio da boa-fé objetiva em todos os ramos do Direito.

Destarte, longe de desconsiderar o atual estágio da dogmática processual penal, o que se pretende é a compatibilização das garantias processuais decorrentes do princípio da ampla defesa com o modelo ético proposto pelo princípio da boa-fé objetiva, de modo que este funcione como um instrumento de correta estruturação daquele, reconduzindo a relação processual penal a um patamar de aprimoramento civilizatório e consentâneo com a tutela harmônica dos direitos individuais do acusado e da efetividade do mecanismo de proteção dos bens jurídicos primordiais à vida em sociedade.

REFERÊNCIAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. Proteção da boa-fé subjetiva. *Revista da AJURIS*, n. 126/2012, v. 39.

ALEMANHA. *Bürgerliches Gesetzbuch*. Disponível em: <<https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/index.html>>. Acesso em: 19 jan. 2018.

ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. *A contrariedade na instrução criminal*. São Paulo; Saraiva, 1937.

ASSIS NETO, Sebastião de; JESUS, Marcelo de; MELO, Maria Izabel de. *Manual do Direito Civil*. 3. ed. São Paulo: Juspodivm, 2014.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BADARÓ, Gustavo Henrique. *Correlação entre acusação e sentença*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *Crimes federais*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação*. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2010/12/Dignidade_texto-base_11dez2010.pdf>. Acesso em 05 jan. 2018.

_____. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2009

_____. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

_____. *Nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BAUMAN, Jürgen. *Derecho procesal penal*. 3. ed. Buenos Aires: Depalma, 1986.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

BEDÉ JR., Américo; SENNA, Gustavo. *Princípios do processo penal: entre o garantismo e a efetividade da sanção*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

BINDER, Alberto. *El incumplimiento de las formas procesales*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2000.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. *Tratado de direito penal: parte especial*. 10. ed. V. 3. São Paulo: Saraiva, 2014.

BIZATTO, José Ildefonso. *Deontologia jurídica e ética profissional*. 2. ed. São Paulo: Editora de Direito, 2000.

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 1995.

_____. *Teoria do ordenamento jurídico*. 6. ed. Brasília: UnB, 1995.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº 4.192/2015*. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao;jsessionid=9428534F9B11BD3436BF30B6ACB32179.proposicoesWeb1?idProposicao=2076004&ord=0>>. Acesso em: 18 jul. 2018.

_____. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 11 out. 2017.

_____. *Código de Defesa do Consumidor*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078compilado.htm>. Acesso em: 15 dez. 2017.

_____. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 18 set. 2017.

_____. *Código de Processo Civil*. Revogado pela Lei nº 13.105, de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5869impressao.htm>. Acesso em: 18 mar. 2018.

_____. *Código de Processo Civil*. Revogado pela Lei nº 13.105, de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5869impressao.htm>. Acesso em: 18 mar. 2018.

_____. *Código de Processo Penal*. Disponível em : <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 18 set. 2017.

_____. *Código Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 10 set. 2017.

_____. Conselho Nacional de Justiça. *Código de Ética da Magistratura Nacional*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/publicacoes/codigo-de-etica-da-magistratura>>. Acesso em: 08 fev. 2018.

_____. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução nº 135/2011*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2564>>. Acesso em: 08 fev. 2018.

_____. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 1891*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm>. Acesso em: 20 set. 2017.

_____. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 1934*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em: 20 set. 2017.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 18 set. 2017.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil, de 1967*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm>. Acesso em: 20 set. 2017.

_____. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 1937*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm>. Acesso em: 20 set. 2017.

_____. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 1946*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>. Acesso em: 20 set. 2017.

_____. *Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 10 out. 2017.

_____. *Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm>. Acesso em: 20 set. 2017.

_____. *Exposição de motivos do Código de Processo Penal*. Disponível em: <http://honoriscausa.weebly.com/uploads/1/7/4/2/17427811/exmcpp_processo_penal.pdf>. Acesso em: 18 mar. 2018.

_____. *Lei complementar nº 35, de 14 de março de 1979*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp35.htm>. Acesso em: 08 fev. 2018.

_____. *Lei complementar nº 80, de 12 de janeiro de 1994*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp80.htm>. Acesso em: 11 out. 2017.

_____. *Lei nº 1.079, de 10 de abril de 1950*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L1079.htm>. Acesso em: 09 fev. 2018.

_____. *Lei nº 4.567, de 4 de setembro de 1942*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm>. Acesso em: 20 set. 2018.

_____. *Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1980-1988/L7209.htm>. Acesso em: 19 jul. 2018.

_____. *Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7492.htm>. Acesso em: 16 jul. 2018.

_____. *Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7960.htm>. Acesso em: 10 jul. 2018.

_____. *Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/Leis/L8137.htm>. Acesso em: 16 jul. 2018.

_____. *Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L8429.htm>. Acesso em: 09 fev. 2018.

_____. *Lei nº 8.560, de 29 de dezembro de 1992*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/L8560.htm>. Acesso em: 02 fev. 2018.

_____. *Lei nº 8.625, de 12 de fevereiro de 1993*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8625.htm>. Acesso em: 09 fev. 2018.

_____. *Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8906.htm>. Acesso em: 11 out. 2017.

_____. *Lei nº 9.099, 26 de setembro de 1995*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm>. Acesso em: 16 set. 2017.

_____. *Lei nº 9.269, de 2 de abril de 1996*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9269.htm>. Acesso em: 16 jul. 2018.

_____. *Lei nº 9.695, de 20 de agosto de 1998*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9695.htm>. Acesso em: 16 jun. 2018.

_____. *Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L9784.htm>. Acesso em: 20 fev. 2018.

_____. *Lei nº 11.689, de 9 de junho de 2008*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/111689.htm>. Acesso em: 10 out. 2017.

_____. *Lei nº 11.719, de 20 de junho de 2008*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/L11719.htm>. Acesso em: 10 out. 2017.

_____. *Lei nº 11.960, de 9 de junho de 2008*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/111690.htm>. Acesso em: 20 set. 2017.

_____. *Lei nº 12.010, de 3 de agosto de 2009*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112010.htm>. Acesso em: 02 fev. 2018.

_____. Senado Federal. *Projeto de Lei nº 226/2006*. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/78481>>. Acesso em 18 jul. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no Ag nº 564.298*. Relator: Ministro Humberto Gomes de Barros. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=681852&num_registro=200302009160&data=20070507&formato=PDF>. Acesso em: 18 mar. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *EREsp nº 1.154.752*. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201001499899&dt_publicacao=04/09/2012>. Acesso em: 19 jul. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *HC nº 18.301*. Relator: Ministro Hamilton Carvalhido. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=408151&num_registro=200101037566&data=20030630&formato=PDF>. Acesso em: 18 mar. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *HC nº 101.540*. Relatora: Ministra Jane Silva (desembargadora convocada do TJMG). Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200800499043&dt_publicacao=09/06/2008>. Acesso em: 18 mar. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *HC nº 108.226*. Relator: Ministro Félix Fischer. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=878259&num_registro=200801260420&data=20090518&formato=PDF>. Acesso em: 18 mar. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *HC nº 121.308*. Relator: Ministro Adilson Vieira Macabu (desembargador convocado do TJRJ). Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200802567422&dt_publicacao=03/02/2012>. Acesso em: 08 fev. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *HC nº 130.309*. Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=891055&num_registro=200900384762&data=20090629&formato=PDF>. Acesso em: 13 jul. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *HC nº 137.549*. Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1208622&num_registro=200901025751&data=20130220&formato=PDF>. Acesso em: 08 fev. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *HC nº 206.706*. Relator: Ministro Og Fernandes. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1091420&num_registro=201101092550&data=20120321&formato=PDF>. Acesso em: 09 fev. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *HC nº 227.263*. Relator: Ministro Vasco Della Giustina (desembargador convocado do TJRS). Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1134735&num_registro=201102934025&data=20120411&formato=PDF>. Acesso em: 23 mar. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 164.877*. Relator: Ministro Vicente Leal. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199800122265&dt_publicacao=18-10-1999&cod_tipo_documento=>>. Acesso em: 18 mar. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 756.885*. Relator: Ministro Humberto Gomes de Barros. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200500757742&dt_publicacao=17/09/2007>. Acesso em: 26 jun. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp n° 1.148.296*. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200900043475&dt_publicacao=28/09/2010>. Acesso em: 26 jun. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp n° 1.372.802*. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201200540848&dt_publicacao=17/03/2014>. Acesso em: 26 jun. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp n° 1.528.102*. Relator: Ministro Hermann Benjamin. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1534352&num_registro=201500875459&data=20170512&formato=PDF>. Acesso em: 08 jan. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *RHC n° 3.012*. Relator: Ministro Adhemar Maciel. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199300231570&dt_publicacao=11-10-1993&cod_tipo_documento=>>. Acesso em: 13 jul. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *RHC n° 19.928*. Relator: Ministro Félix Fischer. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=778405&num_registro=200601598950&data=20080616&formato=PDF>. Acesso em: 18 mar. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *RHC n° 85.736*. Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1663297&num_registro=201701413291&data=20171212&formato=PDF>. Acesso em: 27 jun. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula n° 301*. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2011_23_capSumula301.pdf>. Acesso em: 02 fev. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula n° 320*. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2011_26_capSumula320.pdf>. Acesso em: 26 mar. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula n° 522*. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=522&b=SUMU&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=1>>. Acesso em: 13 jul. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADI n° 1.570*. Relator: Ministro Maurício Corrêa. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=385546>>. Acesso em: 16 set. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADPF n° 395*. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4962368>>. Acesso em: 12 jul. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADPF n° 444*. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=5149497>>. Acesso em: 12 jul. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *AgR no RHC nº 137.994*. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14525951>>. Acesso em: 23 mar. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ED no HC nº 101.132*. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2025390>>. Acesso em: 08 jan. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 68.929*. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=71335>>. Acesso em: 13 jul. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 75.257*. Relator: Ministro Moreira Alves. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=75851>>. Acesso em: 13 jul. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 82.672*. Relator para o acórdão: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=393050>>. Acesso em: 16 set. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 89.849*. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=406380>>. Acesso em: 17 jan. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 101.909*. Relator: Ministro Ayres Britto. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2193156>>. Acesso em: 19 jul. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 105.041*. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4354766>>. Acesso em: 28 jun. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 108.476*. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1909947>>. Acesso em: 09 fev. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Informativo nº 656*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo656.htm>>. Acesso em: 16 jun. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Súmula nº 155*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2743>>. Acesso em: 26 mar. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Súmula nº 366*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2739>>. Acesso em: 18 mar. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Súmula nº 356*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2648>>. Acesso em: 26 mar. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Súmula n° 523*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2729>>. Acesso em: 10 out. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Súmula n° 705*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2643>>. Acesso em: 10 out. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Súmula n° 707*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2641>>. Acesso em: 10 out. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Súmula n° 708*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2639>>. Acesso em: 10 out. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Súmula Vinculante n° 5*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1199>>. Acesso em: 10 out. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Súmula Vinculante n° 11*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1220>>. Acesso em: 10 out. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Vigésimo quinto AgR na AP n° 470*. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5276366>>. Acesso em: 17 jan. 2018.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. 6ª Câmara do 3º Grupo da Seção Criminal. *Apelação Criminal n° 0012788-14.2005.8.26.0344*. Relator: Desembargador José Raul Gavião de Almeida. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsj/getArquivo.do?conversationId=&cdAcordao=2603993&cdForo=0&uuidCaptcha=sajcaptcha_26798336afc24a6eb2548bc540185717&v1Captcha=rDb&novoVICaptcha=>>. Acesso em: 20 jul. 2018.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. 1ª Câmara Criminal. *Apelação Criminal n° 0000187-68.2017.8.19.0014*. Relator: Desembargador Luiz Zveiter. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004C7278C6FF9E8ABE9D80AE6E938473935C5082E064403&USER=>>>. Acesso em: 27 jun. 2018.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. 1ª Câmara Criminal. *Apelação Criminal n° 2244404-70.2011.8.19.0021*. Relatora: Desembargadora Maria Sandra Kayat Direito. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004821B095B5C03B1F770D56BC3EF85DC14C50722422444&USER=>>>. Acesso em: 27 jun. 2018.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. 4ª Câmara Criminal. *Apelação Criminal n° 2244404-70.2011.8.19.0021*. Relatora: Desembargadora Gizelda Leitão Teixeira. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=00045BCCBAD143132F734B8AF12353089604C5072F4D2B60&USER=>>>. Acesso em: 27 jun. 2018.

BRASILEIRO, Renato. *Código de processo penal comentado*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CABRAL, Antonio do Passo. *O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva*. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/88957>>. Acesso em: 24 jan. 2018.

CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo. *Garantismo penal integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

CALAMANDREI, Piero. *Estudios sobre el proceso civil*. Tradução Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Editorial Bibliografica Argentina, 1945

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 24. ed.v. 1. São Paulo: Atlas, 2013.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 1997.

CARNELUTTI, Francesco. *Instituciones del proceso civil*. Tradução Santiago Sentis Melendo. V. 1. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1961.

CARRARA, Francesco. *Programa do curso de direito criminal*. V. 2. São Paulo: Saraiva, 1957.

CASARA, Rubens. *Mitologia processual penal*. Rio de Janeiro: Saraiva, 2015.

CATENA, Victor Moreno; DOMÍNGUEZ, Valentín Cortés. *Derecho procesal penal*. Valência: Tirant lo Blanch, 2015.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Principios de derecho procesal civil*. Tradução José Casáis e Santaló. Tomo I. Madrid: Editorial Reus, 1922.

CÍCERO. *Dos deveres*. Tradução Alex Martins. São Paulo: Martin Claret, 2007.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 26 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

COLÔMBIA. *Código de Procedimiento Penal*. Disponível em: <http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0906_2004.html>. Acesso em: 12 jan. 2018.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 20 set. 2017

COMTE-SPONVILLE, André. *Pequeno tratado das grandes virtudes*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

CONDE, Francisco Muñoz. *De la prohibicion de la autoincriminacion al derecho procesal penal del inimigo*. Disponível em: <<http://www.cienciaspenales.net/files/2016/07/1de-la>>

prohibicion-de-autoincriminacion-al-derecho-pr-penal-del-enemigo-mu%C3%B1oz-conde.pdf>. Acesso em: 12 jun. 2018.

CONSELHO DA EUROPA. *European Convention on Human Rights*. Disponível em: <http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_ENG.pdf>. Acesso em: 20 set. 2017.

CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2001.

_____. *Do abuso de direito: estado das questões e perspectivas*. Disponível em: <<https://portal.oa.pt/comunicacao/publicacoes/revista/ano-2005/ano-65-vol-ii-set-2005/artigos-doutrinais/antonio-menezes-cordeiro-do-abuso-do-direito-estado-das-questoes-e-perspectivas-star/>>. Acesso em: 17 jul. 2018.

COUTURE, Eduardo Juan. *Estudios de derecho procesal civil*. Buenos Aires: Ediar, 1948.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro*. Disponível em: <<http://revistas.ufpr.br/direito/article/view/1892/1587>> Acesso em: 16 set. 2017.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. *O princípio contraditório e a cooperação no processo*. Disponível em: <<https://www.leonardocarneirodacunha.com.br/artigos/o-principio-contraditorio-e-a-cooperacao-no-processo/>>. Acesso em: 02 fev. 2018.

DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. 17. ed. - Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015. vol. 1.

DÍEZ-PICAZO, Luis. *La doctrina de los propios actos*. Barcelona: Bosch, 1963.

DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

EMPÓRIO DO DIREITO. *A Associação Juízes para Democracia apresenta nota técnica a respeito da alteração legal do crime de perjúrio*. Disponível em: <<http://emporiiododireito.com.br/leitura/a-associacao-juizes-para-democracia-apresenta-nota-tecnica-a-respeito-da-alteracao-legal-do-crime-de-perjurio>>. Acesso em: 18 jul. 2018.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Constitution of the United States*. Disponível em: <https://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm>. Acesso em: 20 set. 2017.

_____. United States Supreme Court. *384 U.S. 436: Miranda vs Arizona*. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/384/436/>>. Acesso em: 10 jul. 2018.

_____. *Virginia Declaration of Rights*. Disponível em: <<http://www.history.org/almanack/life/politics/varights.cfm>>. Acesso em: 10 jul. 2018.

FERNANDES, Antônio Scarance. *Processo penal constitucional*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Tradução Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERREIRA, Marco Aurélio Gonçalves. *A ausência do crime de perjúrio no sistema jurídico brasileiro*. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/74979/ausencia_crime_perjurio_ferreira.pdf>. Acesso em: 18 jul. 2018.

FRANÇA. *Code civil des Français*. Disponível em: <<http://www.assemblee-nationale.fr/evenements/code-civil/cc1804-13t03.pdf>>. Acesso em: 19 jan. 2018.

GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido processo penal*. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2015.

GOMES, Luiz Flávio. *Populismo penal e inflação legislativa*. Disponível em: <<https://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/121930381/populismo-penal-e-inflacao-legislativa>>. Acesso em: 19 jul. 2018.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte geral*. 18. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2016.

GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. 9. ed. São Paulo : Saraiva, 2012.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. *As nulidades no processo penal*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

HOBBS, Thomas. *Leviatã: matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. Tradução João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

HOMEM, Antonio Pedro Barbas. *História das relações internacionais: o direito e as concepções políticas na idade moderna*. Lisboa: Almedina, 2009.

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. V. IX. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

_____. *Novas questões jurídico-penais*. Rio de Janeiro: Nacional de Direito, 1945.

LÔBO, Paulo. *Teoria geral das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2005.

LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

_____. *Introdução crítica ao processo penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2006.

LYRA FILHO, Roberto. *Comentários ao Código Penal*. 2. ed. V. 2. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

_____. *Teoria e prática da promotoria pública*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris e Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul, 1989.

JUNOY, Joan Picó I. *El principio de la buena fe procesal*. 2. ed. Barcelona: Bosch, 2012.

_____. *El principio de la buena fe procesal*. Disponível em: <<http://justiciayderecho.org.pe/revista4/articulos/EL%20PRINCIPIO%20DE%20LA%20BUENA%20FE%20PROCESAL%20Joan%20Pico%20i%20Juno%20i.pdf>>. Acesso em: 08 jan. 2018.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Tradução Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2004.

KAPLAN, Hardold I.; SADOCK, Benjamim J; GREBB, Jack A. *Compêndio de psiquiatria*. Porto Alegre: Artes Médicas, 1997.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil*. 1. ed. V. 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. V. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1961.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

_____. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. *As cláusulas gerais como fatores de mobilidade do sistema jurídico*. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/175932/000463217.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 16 jan. 2018.

_____. *Os avatares do abuso do direito e o rumo indicado pela boa-fé*. Disponível em: <<http://www.fd.ulisboa.pt/wp-content/uploads/2014/12/Costa-Judith-Os-avatares-do-Abuso-do-direito-e-o-rumo-indicado-pela-Boa-Fe.pdf>>. Acesso em: 17 jul. 2018.

MASSON, Cleber. *Direito penal esquematizado*. 6. ed. V. 3. São Paulo: Método, 2016.

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

MÉXICO. *Código Nacional de Procedimientos Penales*. Disponível em: <<http://legislacion.edomex.gob.mx/sites/legislacion.edomex.gob.mx/files/files/pdf/cod/vig/codvig004.pdf>>. Acesso em: 12 jan. 2018

MIRABETE, Júlio Fabrinni. *Manual de direito penal*. 16. ed. V. 1. São Paulo: Atlas, 2000.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado das ações*. Tomo IV. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: direito das obrigações*. 40. ed. V. 5. São Paulo: Saraiva, 2013.

MOREIRA, Egon Bockmann. *Processo Administrativo: princípios constitucionais e a Lei 9.784/1999*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

NEGREIROS, Teresa. *Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

_____. *Teoria do contrato: Novos paradigmas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006

NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal*. 3. ed. V. 4. São Paulo: Saraiva, 1968.

NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual*. São Paulo: Saraiva, 1994.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da pena*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

_____. *Manual de processo penal e execução penal*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo*. Disponível em: <http://www.ufrgs.br/ppgd/doutrina/CAO_O_Formalismo-valorativo_no_confronto_com_o_Formalismo_excessivo_290808.htm>. Acesso em: 27 jun. 2018.

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. *Código de ética e disciplina da OAB*. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/content/pdf/legislacaoab/codigodeetica.pdf>>. Acesso em: 13 jul. 2018.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Co-operation among States in accordance with the Charter of the United Nations*. Disponível em: <<http://www.un-documents.net/a25r2625.htm>>. Acesso em: 20 fev. 2018.

_____. *La Déclaration universelle des droits de l'homme*. Disponível em: <www.un.org/fr/universal-declaration-human-rights/>. Acesso em: 20 set. 2017.

PACELLI, Eugênio. *Curso de processo penal*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

_____; FISCHER, Douglas. *Comentários ao código de processo penal e sua jurisprudência*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio do nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

PARAGUAI. *Código Procesal Penal de la Republica del Paraguay*. Disponível em: <http://www.pj.gov.py/ebook/libros_files/Coleccion_de_Derecho_Penal_TomoIII.pdf>. Acesso em: 12 jan. 2018.

- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. 9. ed. São Paulo: Forense, 2000.
- PÉREZ, Jesús Gonzalez. *El principio general de la buena fe en el derecho administrativo*. Madrid: Civitas, 2004.
- PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório e conformidade constitucional das leis processuais penais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 18 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- _____. *Um artigo-chave do Código Civil*. Disponível em: <<http://www.miguelreale.com.br/artigos/artchave.htm>>. Acesso em: 02 jan. 2018.
- ROSEVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de. *Curso de direito civil*. 5. ed. V. 4. São Paulo: Atlas, 2015.
- ROXIN, Claus. *La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal*. Tradução Carmem Gómez Rivero e Maria del Carmen García Cantizano. Valência: Tirant lo Blanch, 2000.
- RUBINSTEIN, Flávio. *Boa-fé objetiva no direito financeiro e direito tributário brasileiros*. 2008. Dissertação (Mestrado em Direito Econômico e Financeiro). Universidade de São Paulo, 2008. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2133/tde-28022012-155501/pt-br.php>>. Acesso em 05 jan. 2018.
- SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal: parte geral*. 6. ed. Curitiba: ICPC, 2014
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium*. 4. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2016.
- SICA, Heitor Vitor Mendonça Fralino. *Direito de defesa e tutela jurisdicional: estudo sobre a posição do réu no processo civil brasileiro*. 2009. 356 p. Tese (Doutorado em Direito Processual) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.
- SOIBELMAN, Félix. *O sagrado direito de o réu mentir no processo criminal*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2003-jul-17/sagrado_direito_reu_mentir_processo_criminal?pagina=3>. Acesso em: 13 jul. 2018.
- STEINER, Sylvia Helena de Figueiredo. *A Convenção Americana sobre Direitos Humanos e sua integração ao processo penal brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- TEPENDINO, Gustavo. *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da Legalidade Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC: fundamentos e sistematização*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo, Saraiva: 1994.

TORNAGHI, Hélio Bastos. *Curso de processo penal*. 6. ed. V. 1. São Paulo: Saraiva, 1989.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 34. ed. V. 1. São Paulo: Saraiva, 2012.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*. 3. ed. V. 1. São Paulo: Atlas, 2013.

_____. *Introdução ao estudo do direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

VINCENZI, Brunela Vieira de. *A boa-fé no processo civil*. São Paulo: Atlas, 2003.