

FALSE STATEMENT OR *FALSE EXPERT REPORT*

Luciano Anderson de Souza\*

## Resumo:

O presente texto tem por objetivo a análise dogmática jurídico-penal do crime de falso testemunho ou falsa perícia, atualmente previsto no art. 342 do Código Penal brasileiro. Analisa-se a origem do delito, as controvérsias em torno do bem jurídico tutelado, assim como o tipo objetivo. Neste, dentre outras, são ressaltadas as questões do compromisso e da falsidade, da consumação e da tentativa, do concurso de agentes e da retratação na espécie. O tipo em foco ostenta inúmeras controvérsias e desafios interpretativos, merecendo melhor reflexão por parte da doutrina e da jurisprudência pátrias.

Palavras-chave: Falso testemunho. Falsa perícia. Perjúrio. Mentira. Administração da Justiça.

## Abstract:

This work aims at the dogmatic analysis of the crime of false statement or false expert report, currently laid down at the article 342 of the Brazilian Criminal Code. An analysis of the origin of the offense, the controversies surrounding the legal interest, as well as the objective type. Furthermore, subjects, e.g., commitment and falsehood, the consummation and attempt, the agents involved and the retraction in the species were highlighted. The focused type raises numerous controversies and interpretive challenges, which requires better reflections by the Brazilian doctrine and case law.

Keywords: False statement. False expert report. Perjury. Lie. Justice Administration.

## 1. Considerações iniciais

O crime de falso testemunho ou falsa perícia, previsto no art. 342 do Código Penal brasileiro,<sup>1</sup> cuida-se de um dos mais curiosos e desafiantes tipos penais de nosso

---

\* Professor Doutor de Direito Penal do Departamento de Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP).

<sup>1</sup> “Art. 342. Fazer afirmação falsa, ou negar ou calar a verdade como testemunha, perito, contador, tradutor ou intérprete em processo judicial, ou administrativo, inquérito policial, ou em juízo arbitral: Pena - reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

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

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

ordenamento jurídico. São inúmeras as controvérsias envoltas no tema, mesmo após mais de 70 anos de vigência do *Codex* referido.

Inicialmente, para fins de dimensionamento do delito, já há dificuldades em se fixar até o que seria a “*verdade*”, um dos elementos componentes do tipo. Esta é discutida em termos religiosos, filosóficos e sociológicos desde a passagem bíblica quanto à ausência de resposta de *Jesus* ao questionamento de *Pilatos* (“*Que é a verdade?*” - JÓ 18: 37-38), passando pela interessante frase, no final do século XIX, do poeta irlandês Oscar Wilde, de que “*Raramente a verdade é pura, e nunca é simples*”, e até hoje, face aos mais modernos estudos da neurociência quanto à apreensão humana acerca dos fatos, envolta em subjetivismos, parcialidades e condicionamentos (*vide*, a respeito, dentre outros, os estudos de Gerhard Roth citados por Hassemer,<sup>2</sup> ou ainda os inúmeros trabalhos compilados por Demetrio Crespo<sup>3</sup>). Desse modo, preliminarmente, notam-se as enormes problemáticas em se definir o verdadeiro ou o falso, quer sobre uma perspectiva subjetiva ou objetiva, ambas questionáveis.

No particular aspecto da ciência do Direito Penal, ademais, há significativas divergências, dentre outras questões, destacadamente, quanto ao exato bem jurídico penalmente tutelado na hipótese, quanto à necessidade ou não de prévia prestação de compromisso legal, quanto à natureza da falsidade (objetiva ou subjetiva), quanto à admissão ou não da tentativa, quanto à dimensão do concurso de pessoas e quanto aos contornos da retratação. Ainda, em termos práticos, questões fundamentais como a possibilidade ou não de prisão em flagrante, a eventual participação de advogados no crime e a magnitude da prática criminosa de peritos desafiam comumente os operadores do Direito. Neste sentido, imperiosa uma precisa reflexão dogmática e político-criminal acerca deste tipo penal, não se olvidando de sua contextualização processual penal, bastante sensibilizada na hipótese.

## 2. Origem do delito

Na história geral, o crime de falso testemunho remonta à Antiguidade. Inicialmente, por força da religião, atrelava-se a uma noção de ofensa à autoridade divina (Índia Bramânica, Egito, etc.).<sup>4</sup> Houve previsão nos Códigos de Hamurabi (cerca de 1900

<sup>2</sup> HASSEMER, Winfried. Neurociencias y culpabilidad en derecho penal. *InDret* 2/2011. Disponível em: <www.indret.com/>. Acesso em: 10 abr. 2015.

<sup>3</sup> DEMETRIO CRESPO, Eduardo (Dir.). *Neurociencias y derecho penal: nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad*. Madrid: Edisofer, 2013. *passim*. No Brasil, também trouxe uma série de estudos BUSATO, Paulo César (Org.). *Neurociência e direito penal*. São Paulo: Atlas, 2014. *passim*.

<sup>4</sup> MONTEIRO, João Pereira. *Do perjúrio*. 1882. Dissertação (Concurso docente), Faculdade de Direito de São Paulo, São Paulo, 1882. p. 3 e ss.

a.C., na Mesopotâmia) e de Manu (cerca de 1000 a.C., na Índia).<sup>5</sup> Aliás, como curiosidade histórica, de se notar que esta última legislação apresentava cinquenta dispositivos sobre testemunhas. O crime também foi previsto na Roma antiga (lei das XII Tábuas), sendo que houve um aumento de seu rigor punitivo após a maior organização do Estado.

No período medieval, o ponto de vista de compreensão desta infração penal vai se focar na questão da quebra de um juramento, ofendendo-se a moralidade cristã (utilizando-se do nome de Deus em vão, como recorda Muñoz Conde<sup>6</sup>). Ou seja, por conta desse ideário conformou-se mais claramente o crime de “perjúrio”.<sup>7</sup>

A partir do Iluminismo, altera-se essa dimensão, colocando-se a tônica no interesse público em se consagrar depoimentos fidedignos. Aliás, até o período da Ilustração, sem a noção de uma investigação policial com os mínimos contornos com os quais a compreendemos hoje - isto é, com uma polícia investigativa com cunho científico - de se notar a enorme importância dada às confissões e às palavras das testemunhas, praticamente únicos meios de prova (emblemático exemplo disso se dá na obra *Observações sobre a tortura*, de Verri<sup>8</sup>).

Em terras brasileiras, as Ordenações Filipinas<sup>9</sup> e o Código Penal do Império (1830)<sup>10</sup> previam o delito em análise, com contornos de perjúrio. Todavia, com uma

<sup>5</sup> Segundo Hungria: “Mesmo entre os mais antigos povos, a reprovação do falso testemunho já era, senão um preceito penal, pelo menos um princípio ético. A lei mosaica dispunha: ‘non loqueris contra proximum tuum falsum testimonium’ (...)”. HUNGRIA, Néelson. *Comentários ao código penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. IX, p. 470. Sobre o crime em questão, minucioso estudo histórico é feito por PRADO, Luiz Regis. *Tratado de direito penal brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. v. 7, p. 377-404.

<sup>6</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho penal: parte especial*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2010. p. 952. Sobre a influência da Inquisição na conformação do delito de perjúrio, cf. AYARRAGARAY, Carlos A. *El perjúrio*. Buenos Aires: Valerio Abeledo, 1945. p. 89 e ss.

<sup>7</sup> Neste sentido, v.g., CARRARA, Francesco. *Programa del curso de derecho criminal: dictado en la real Universidad de Pisa: parte especial*. Buenos Aires: Depalma, 1947. v. 5, p. 206 e ss. Na doutrina nacional, e.g., NORONHA, E. Magalhães. *Direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 366.

<sup>8</sup> VERRI, Pietro. *Observações sobre a tortura*. Trad. Federico Carotti. São Paulo: Martins Fontes, 2000. *passim*.

<sup>9</sup> Título LIV do Livro V das citadas Ordenações.

<sup>10</sup> O Código Criminal do Império insculpia o crime chamado de “perjúrio”, inserido no título “*Dos Crimes contra a boa Ordem, e Administração Publica*”:

“Art. 169. Jurar falso em juízo.

*Se a causa, em que se prestar o juramento fôr civil.*

*Penas - de prisão com trabalho por um mez a um anno, e de multa de cinco a vinte por cento do valor da causa.*

*Se a causa fôr criminal, e o juramento para absolvição do réo.*

*Penas - de prisão com trabalho por dous mezes a dous annos, e de multa correspondente á metade do tempo.*

*Se fôr para a condemnação do réo em causa capital.*

*Penas - de gales perpetuas no gráo maximo prisão com trabalho por quinze annos no médio; e por oito no minimo.*

*Se fôr para a condemnação em causa não capital.*

*Penas - de prisão com trabalho por tres a nove annos, e de multa correspondente á metade do tempo”.*

configuração mais aproximada do que hoje se encontra em vigor, foi apenas a previsão do Código Penal Republicano (1890), que disciplinava o falso testemunho<sup>11</sup> como crime contra a fé pública, equiparando à testemunha o perito, o intérprete ou o arbitrador,<sup>12</sup> além de prever causa de aumento para o suborno e a retratação do agente como causa extintiva da punibilidade.<sup>13</sup>

O Código Penal de 1940 previu o crime em destaque como contra a administração da Justiça, tendo o art. 342 sofrido duas modificações desde então: com a Lei n. 10.268/2001, para inclusão da figura do contador, e com a Lei n. 12.850/2013 (Lei de Organização Criminosa), para aumento da sanção penal (que passou a ser de 2 a 4 anos de reclusão, e multa).

### 3. Bem jurídico tutelado

Como asseverado, durante o período medieval, o crime de falso testemunho era encarado como a quebra de um juramento. Foi apenas com o Iluminismo que passou a se compreendê-lo como atrelado à ideia de interesse público. Constatam-se na doutrina três teorias principais acerca de qual seria o bem jurídico penalmente tutelado na hipótese: a) a da fé pública; b) a dos meios de prova e c) a da administração da Justiça. Vejamos cada qual:

Com viés romano-germânico, já se entendeu que o crime em questão tutelava a *fé pública*. Esta teorização se bipartia em duas concepções. A primeira, de cunho ético-naturalista, entendia a fé pública como uma exigência da vida em sociedade (MIRTO).<sup>14</sup>

<sup>11</sup> “Art. 261. Asseverar em juízo como testemunha, sob juramento ou afirmação, qualquer que seja o estado da causa e a natureza do processo, uma falsidade; ou negar a verdade, no todo ou em parte, sobre circunstancias essenciaes do facto a respeito do qual depuzer:

§ 1º. Si a causa em que se prestar o depoimento for civil:

*Pena - de prisão cellullar por tres mezes a um anno.*

§ 2º. Si a causa for criminal e o depoimento para a absolvição do *accusado*:

*Pena - de prisão cellullar por seis mezes a dous annos.*

§ 3º. Si para a *condemnação*:

*Pena - de prisão cellullar por um a seis annos”.*

<sup>12</sup> “Art. 262. *Todo aquelle que, intervindo em causa civil ou criminal, no character de perito, interprete, ou arbitrador; fizer ou escrever, declarações ou informações falsas, será punido com as mesmas penas, guardadas as distincções do artigo anterior.*

*Paragrapho unico. A pena será augmentada da terça parte si o accusado deixar-se peitar, recebendo dinheiro, lucro, ou utilidade para prestar depoimento falso, ou fizer declarações falsas verbaes ou por escripto.*

*Na mesma pena incorrerá o peitant”.*

<sup>13</sup> “Art. 263. *Não terá lugar de pena si a pessoa que prestar depoimento falso, ou fizer falsas declarações em juízo, verbaes ou escriptas, retractar-se antes de ser proferida sentença na causa”.*

<sup>14</sup> PRADO, Luiz Regis. *Tratado de direito penal brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. v. 7. p. 406.

Já para autores como Filangieri, Rocco, Manzini<sup>15</sup> e Carrara,<sup>16</sup> a fé pública atrelava-se a uma dimensão *jurídica*. Assim, vinculava-se à confiança depositada na atuação estatal.

A principal crítica a este pensamento inicia-se com Von Liszt,<sup>17</sup> para quem, condizente com seu ideário positivista-naturalista, a fé pública seria um conceito ambíguo, comparável aos seres marinhos que, ao longe, encantam pela fosforescência, mas que, uma vez tomados às mãos, desmancham-se em massa gelatinosa. Antolisei,<sup>18</sup> por sua vez, advertiu que o falso consubstancia-se em uma espécie de fraude. Neste diapasão, Binding cunhou que o delito de falso testemunho seria um *crime contra os meios de prova*. O falso testemunho seria então equiparável à falsidade documental.<sup>19</sup>

Mas a compreensão que foi se impondo gradativamente, graças principalmente à doutrina italiana (desde o Código Zanardelli, de 1889<sup>20</sup>) foi a de que a infração em foco possui como bem jurídico a *administração da Justiça*. Von Liszt<sup>21</sup> já advertira que se compromete com o delito a exatidão material das decisões judiciais.<sup>22</sup> Ou, no dizer de Cuello Calón,<sup>23</sup> atenta-se “*contra o normal funcionamento da prestação judicial e contra o respeito devido às decisões dos tribunais de justiça*”. Esta é a posição hoje majoritária, conforme observa Zipf, que ressalta que o bem jurídico tutelado é de fato a administração da Justiça, que se utiliza do testemunho como meio de prova (pessoal) e que, se falseado, põe em perigo essa fundamental função estatal.<sup>24</sup> Com muita propriedade,

<sup>15</sup> MANZINI, Vincenzo. *Trattato de diritto penale italiano*. Torino: Torinese, 1950. v. 5, p. 768.

<sup>16</sup> CARRARA, Francesco. *Programa del curso de derecho criminal*: dictado en la real Universidad de Pisa: parte especial. Buenos Aires: Depalma, 1947. v. 5. p. 209 e ss. Por esta razão o autor clássico italiano definia falso testemunho como “*a afirmação falsa ou a negação do verdadeiro emitida intencionalmente em prejuízo - ainda que potencial - alheio, por quem depõe legitimamente em juízo como testemunha*”. CARRARA, Francesco. *Programa del curso de derecho criminal*: dictado en la real Universidad de Pisa: parte especial. Buenos Aires: Depalma, 1947. v. 5. p. 209 (tradução livre).

<sup>17</sup> LISZT, Franz von. *Die falsche Aussage vor Gericht oder öffentlicher Behörde*. Graz: Leuschner & Lubensky, 1877. p. 10.

<sup>18</sup> ANTOLISEI, Francesco. *Manuale di diritto penale*: parte speciale. Milano: Giuffrè, 1986. v. 2, p. 709.

<sup>19</sup> PRADO, Luiz Regis. *Tratado de direito penal brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. v. 7. p. 408.

<sup>20</sup> O primeiro Código Penal da Itália unida.

<sup>21</sup> LISZT, Franz von. *Tratado de direito penal*. Trad. José Higinio Duarte Pereira. Campinas: Russell, 2013. v. 2, p. 393.

<sup>22</sup> Na doutrina brasileira, observa Noronha: “*Compreende-se, pois, que a lei, reguardando os interesses da justiça, incrimine o testemunho falso e a falsa perícia, pois, tanto quanto ele, esta é igualmente nociva e nefasta à realização da justiça, por se oporem à verdade, que é o fim que ela busca*”. NORONHA, E. Magalhães. *Direito penal...*, cit., p. 367.

<sup>23</sup> CUELLO CALÓN, Eugenio. *Derecho penal*: parte especial. Barcelona: Bosch, 1975. t. 2, v. 1, p. 313. A frase também é citada em: PRADO, Luiz Regis. *Tratado de direito penal brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. v. 7. p. 413.

<sup>24</sup> PRADO, Luiz Regis. *Tratado de direito penal brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. v. 7. p. 414-415. No mesmo sentido, e.g., atualmente, cf. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*: parte especial. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 5, p. 296.

Castillo Gonzalez,<sup>25</sup> por sua vez, nota que o bem tutelado não é a administração da Justiça enquanto instituição, senão como função estatal.<sup>26</sup> Cuida-se de um bem jurídico transindividual, portanto.

Sobre o tema em análise, Jakobs formula uma construção em que se pergunta se haveria um direito à verdade, concluindo que a mentira a ser tratada como ilícito penal somente pode ser aquela que produz efeitos jurídicos. Neste sentido, o autor diferencia testemunho de documento, entendendo que no caso do testemunho não se está diante de um meio de prova originário, mas derivativo, pois não contém o que há de ser provado, mas apenas a isso se refere. Por essa razão, o Professor de Bonn constrói uma teoria que assevera que em documentos se protege apenas a autenticidade, enquanto que nos testemunhos a autenticidade e a veracidade.<sup>27</sup> Assim, a falsidade documental e a testemunhal não poderiam se submeter ao mesmo tratamento jurídico, com o que, segundo nos parece, somente se pode concordar em parte, visto que se a falsidade documental possuir o mesmo escopo de vilipêndio à administração da Justiça, não há porque não ser equiparada ao falso testemunho.

#### 4. Tipo objetivo. As questões do compromisso e da falsidade

O delito previsto no art. 342 do Código Penal, assim como a figura correspondente prevista no art. 346 do Código Penal Militar,<sup>28</sup> apresenta duas condutas comissivas (afirmar o falso e negar a verdade) e uma omissiva (calar a verdade, isto é, a reticência). Carrara<sup>29</sup> entendia que a forma omissiva como um “*absurdo lógico*”, pois seria impossível a alguém descrever algo sem alguma omissão. Muito embora seja verdadeira

<sup>25</sup> CASTILLO GONZALES, Francisco. *El delito de falso testimonio*. San José: Editorial Juricentro, 1982. p. 39. O autor também é citado em: PRADO, Luiz Regis. *Tratado de direito penal brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. v. 7. p. 417.

<sup>26</sup> Pois no fundo o que se deseja é “(...) evitar as injustiças materiais que podem derivar de uma fixação inexata dos pressupostos histórico-fáticos das resoluções judiciais, como consequência das inverdades cometidas pelas testemunhas ou peritos”. BENLLOCH PETIT, Guillermo. Delitos contra la administración de justicia. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (Dir.). *Lecciones de derecho penal: parte especial*. Barcelona: Atelier, 2011. p. 372 (tradução livre).

<sup>27</sup> JAKOBS, Günther. *Falsedad documental: revisión de um delito de engaño*. Madrid: Marcial Pons, 2011. p. 204.

<sup>28</sup> “Art. 346. Fazer afirmação falsa, ou negar ou calar a verdade, como testemunha, perito, tradutor ou intérprete, em inquérito policial, processo administrativo ou judicial, militar:

*Pena - reclusão, de dois a seis anos.*

*Aumento de pena*

§ 1º. *A pena aumenta-se de um terço, se o crime é praticado mediante suborno.*

*Retratção*

§ 2º. *O fato deixa de ser punível, se, antes da sentença o agente se retrata ou declara a verdade”.*

<sup>29</sup> CARRARA, Francesco. *Programa del curso de derecho criminal*: dictado en la real Universidad de Pisa: parte especial. Buenos Aires: Depalma, 1947. v. 5. p. 254.

esta última assertiva do mestre da Escola Clássica, olvidava-se ele que o tipo objetivo é limitado pelo subjetivo, que, na hipótese, é o dolo. Neste sentido, não se vislumbra maiores dificuldades na construção referida. Aliás, quanto ao *calar a verdade*, insta notar que a testemunha que assim o faz não pode ser acusada de desobediência, pois com sua conduta ofende a administração da Justiça no particular aspecto aqui analisado e não simplesmente descumpre mandamento de autoridade.

Questão interessante, ainda, dá-se quando a testemunha recusa-se a depor. Para um posicionamento minoritário, isto configuraria o falso testemunho por ser equivalente ao calar a verdade (e.g., Cunha<sup>30</sup> e Nucci<sup>31</sup>) ou ainda, tratar-se-ia de crime de desobediência (v.g., Costa<sup>32</sup>), porque, apesar de não corresponder ao calar a verdade, dar-se-ia o descumprimento de ordem emanada da autoridade.

A este respeito, em primeiro lugar, há que se concordar com Solér<sup>33</sup> e Muñoz Conde<sup>34</sup> quando advertem que se recusar a depor é diverso de falsear ou calar-se em um depoimento, pelo que se afasta a hipótese de incriminação por falso testemunho. De outra sorte, apesar do art. 219 do Código de Processo Penal<sup>35</sup> efetuar a ressalva do crime de desobediência, uma vez que estabelece multa à testemunha faltosa, assim como o artigo precedente do mesmo diploma possibilitar a chamada “*condução coercitiva*”, parece que ambas as previsões denotam pela carência de ofensividade ao bem jurídico tutelado, assim como pela desnecessidade da repressão jurídico-penal na hipótese. Neste sentido, entende-se pela atipicidade da conduta da testemunha desidiosa.<sup>36</sup> Além disso, ainda que se compreendesse pela tipicidade da conduta, de se notar que o delito de

<sup>30</sup> CUNHA, Rogério Sanches. *Direito penal: parte especial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 447.

<sup>31</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 430.

<sup>32</sup> COSTA, Fernando José da. *O falso testemunho*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003. p. 73.

<sup>33</sup> SOLER, Sebastián. *Derecho penal argentino*. Buenos Aires: TEA, 1951. v. 5, p. 234.

<sup>34</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho penal: parte especial*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2010. p. 954.

<sup>35</sup> “Art. 219. O juiz poderá aplicar à testemunha faltosa a multa prevista no art. 453, sem prejuízo do processo penal por crime de desobediência, e condená-la ao pagamento das custas da diligência”.

<sup>36</sup> Neste sentido, primorosas as palavras de Bitencourt: “Precisa-se, porém, atentar que se recusar a responder (perguntas do magistrado) não se confunde com recusar-se a prestar depoimento. Na primeira hipótese - recusar a responder - pode (não significa que seja automático) configurar falso testemunho, na modalidade de calar, se efetivamente tiver conhecimento e com o silêncio ocultar o que sabe, ou seja, como sempre ocorre em direito penal, é necessário que haja uma relação de causa e efeito; na segunda - recusar-se a depor - não pode configurar falso testemunho, não passando de absurda presunção, proscrita pelo direito penal da culpabilidade; caracteriza, ao contrário, simples rebeldia, mera desobediência, que não configura, sequer, crime, pela ausência das elementares típicas, e tem como consequência a condução sob vara, nos termos do Código de Processo Penal (art. 218). Por isso, não constitui falso testemunho a negação ou recusa em prestar depoimento. Recusar-se a depor, enfim, não é o mesmo que cometer falso testemunho, que exige, como pressuposto, um depoimento, como assevera Regis Prado, pois somente por meio deste se pode cometer aquele (...)”. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte especial*. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 5. p. 298-299.

desobediência é doloso. Dessa maneira, político-criminalmente não se vê maiores razões para tal punibilidade.

O tipo penal em foco, ademais, enseja a obrigação por parte da testemunha em que diga a verdade. O primeiro problema dogmático a isto relativo diz respeito à questão do *compromisso*, ou seja, à necessidade ou não de tomada de compromisso prévio da testemunha para caracterização do delito.

O juramento de dizer a verdade, equivalente ao compromisso prévio, era uma elementar nos Códigos Penais do Império e da República. Ainda, no Direito francês também há necessidade de compromisso da testemunha. Certamente fruto destas influências, autores como Fragoso<sup>37</sup> entendiam pela necessidade do compromisso, mas esta não é a posição prevalente. Assim é que para Hungria,<sup>38</sup> Bento de Faria,<sup>39</sup> Noronha<sup>40</sup> e, mais recentemente, Prado,<sup>41</sup> além da jurisprudência dominante (inclusive do Supremo Tribunal Federal), isso é desnecessário, pois o crime decorre da inobservância do dever de dizer a verdade. Desde o Projeto Zanardelli, aliás, adverte-se que não se faz precisa a verificação de um juramento a partir do momento em que o falso testemunho deixou de ser um crime contra a religião.<sup>42</sup> Neste sentido, com agudeza Bento de Faria<sup>43</sup> afirmava que “*não se ajustaria à moral nem à lógica jurídica que alguém pudesse impunemente fazer afirmações falsas somente porque não prometeu dizer a verdade*”.

Em razão da desnecessidade de juramento (não exigível de qualquer pessoa), contrariamente a Fragoso<sup>44</sup> e a Espínola Filho,<sup>45</sup> entendiam Hungria,<sup>46</sup> Noronha,<sup>47</sup> Bento de Faria<sup>48</sup> e Tornaghi<sup>49</sup> que *informante* pode responder pelo crime de falso testemunho, justamente pela quebra do dever de dizer a verdade. Neste aspecto, todavia, não se concorda

<sup>37</sup> FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: parte especial*. Rio de Janeiro: Forense, v. 1, p. 513. Atualmente, v.g., é o posicionamento de BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte especial*. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 5. p. 305.

<sup>38</sup> HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. 9. p. 482.

<sup>39</sup> FARIA, Bento de. *Código de processo penal*. Rio de Janeiro: Record, 1960. p. 309.

<sup>40</sup> NORONHA, E. Magalhães. *Direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1995. cit., p. 368.

<sup>41</sup> PRADO, Luiz Regis. *Tratado de direito penal brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. v. 7. cit., p. 427.

<sup>42</sup> PRADO, Luiz Regis. *Tratado de direito penal brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. v. 7. p. 428. O Código Penal alemão, peculiarmente, prevê inúmeras situações em tipos distintos: afirmação falsa independentemente de juramento (§ 153), falso juramento (§ 154), afirmações equivalentes ao juramento (§ 155), falsa afirmação sob compromisso (§ 156), etc.

<sup>43</sup> FARIA, Bento de. *Código penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Record, 1958. v. 3, p. 178.

<sup>44</sup> FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: parte especial*. Rio de Janeiro: Forense, [19--]. v. 1. p. 513.

<sup>45</sup> ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. *Código de processo penal brasileiro anotado*. Campinas: Bookseller, 2000. v. 3, p. 138-140.

<sup>46</sup> HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. 9. p. 482.

<sup>47</sup> NORONHA, E. Magalhães. *Direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 368.

<sup>48</sup> FARIA, Bento de. *Código penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Record, 1958. v. 3. p. 177.

<sup>49</sup> TORNAGUI, Hélio. *Instituições de processo penal*. São Paulo: Saraiva, 1978. v. 4, p. 90-91.



com estes grandes doutrinadores, pois não é a tomada ou não de compromisso que aponta para a condição material de testemunha (caso o juiz se olvide dessa formalidade nem por isso a verdadeira testemunha está autorizada a mentir). Há de se verificar, isto sim, o que é - materialmente - uma testemunha. Apesar de o Código de Processo Penal não a definir, afirmando genericamente que “*toda pessoa poderá ser testemunha*” (art. 202), e sinalizar pelo formal apego ao “*compromisso*” (arts. 203<sup>50</sup> e 208<sup>51</sup>), elementar abandonada pelo direito material penal, em realidade a *testemunha* é pessoa desinteressada na causa a qual, conforme a difundida lição do Direito Processual Penal “*viu, ouviu, mas não participou*”. Em outras palavras, mais tecnicamente, “*a testemunha é o indivíduo que, não sendo parte nem sujeito interessado no processo, depõe perante um juiz, sobre fatos pretéritos relevantes para o processo e que tenham sido percebidos pelos seus sentidos*”.<sup>52</sup> Por isso é um meio de prova ao qual a lei confere credibilidade.

Assim, segundo aqui particularmente se entende, não é o compromisso que modifica o *status* da testemunha, devendo-se perquirir sua essência, qual seja, de pessoa desinteressada que presenciou o fato. Nesse sentido, veja-se que informante não ostenta essa condição material e por essa razão não pode ser sujeito ativo do delito de falso testemunho. O não “*deferimento do compromisso*” do Código de Processo Penal, por exemplo, ao doente mental ou à mãe do acusado (art. 208 C.C. art. 206<sup>53</sup>) deve ser lido, numa interpretação teleológica e sistemática, como carência da condição de testemunha dessas pessoas (por isso, *e.g.*, os informantes não são computados para se atingir o número legal de testemunhas). Sua mentira, assim, consoante posicionamento aqui ofertado, apesar de concepção dominante diversa da doutrina e jurisprudência pátrias, equivale à mentira do acusado, sendo, desta feita, impunível. Do contrário, de modo absurdo, entender-se-ia como típica a conduta de uma mãe que, desesperada, mente em juízo para livrar seu filho do cárcere.

<sup>50</sup> “Art. 203. A testemunha fará, sob palavra de honra, a promessa de dizer a verdade do que souber e lhe for perguntado, devendo declarar seu nome, sua idade, seu estado e sua residência, sua profissão, lugar onde exerce sua atividade, se é parente, e em que grau, de alguma das partes, ou quais suas relações com qualquer delas, e relatar o que souber, explicando sempre as razões de sua ciência ou as circunstâncias pelas quais possa avaliar-se de sua credibilidade”.

<sup>51</sup> “Art. 208. Não se deferirá o compromisso a que alude o art. 203 aos doentes e deficientes mentais e aos menores de 14 (quatorze) anos, nem às pessoas a que se refere o art. 206”.

<sup>52</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. *Direito processual penal*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. t. 1, p. 245.

<sup>53</sup> “Art. 206. A testemunha não poderá eximir-se da obrigação de depor. Poderão, entretanto, recusar-se a fazê-lo o ascendente ou descendente, o afim em linha reta, o cônjuge, ainda que desquitado, o irmão e o pai, a mãe, ou o filho adotivo do acusado, salvo quando não for possível, por outro modo, obter-se ou integrar-se a prova do fato e de suas circunstâncias”.

A situação legal atual, de todo modo, demanda uma reforma legislativa para fins de segurança jurídica. O Código Penal italiano, por exemplo, em seu art. 384,<sup>54</sup> prevê expressamente o falso testemunho para beneficiar parente entre os casos de impunibilidade.

Já com relação à *natureza da falsidade*, a doutrina penal revela duas teorias. Para um primeiro posicionamento, *objetivo*, difundido na dogmática alemã, a declaração é falsa quando discrepa da realidade (e.g., Mezger, Welzel e Maurach). Esta compreensão (contradição entre palavra e realidade) apega-se no ideário de que falso é simplesmente aquilo que é inexato, pouco importando a subjetividade do agente. A crítica oposta a este pensamento, com razão, centra-se no absurdo de se punir quem diz algo inexato em que acredita.

Desta feita, prevalece nos demais países de tradição jurídica europeia continental a teoria *subjetiva*, segundo a qual a declaração é falsa quando é discordante com o sabido pelo agente. Ou seja, há declaração falsa quando o relato não coincide com o recordado, segundo Stein<sup>55</sup> (contradição entre palavra e conhecimento). Cuidase, ademais, do posicionamento de Carrara,<sup>56</sup> Manzini,<sup>57</sup> Antolisei,<sup>58</sup> Binding, Bustos Ramírez<sup>59</sup> e, dentre nós, Hungria<sup>60</sup> e Fragoso.<sup>61</sup> Neste diapasão é irrepreensível o alerta de Carrara<sup>62</sup> no sentido de que *mentir* difere de *dizer mentira*, dando o exemplo dos filósofos antigos que diziam que o Sol girava em torno da Terra. Ora, diziam uma mentira, mas não mentiam. Aliás, em nossa doutrina completa este pensamento Prado,<sup>63</sup> ao observar que o “*calar a verdade*” só possui sentido no âmbito subjetivo, pois só se pode calar sobre o sabido, não sobre o ignorado.

<sup>54</sup> “Art. 384 - *Casi di non punibilità - Nei casi previsti dagli articoli 361, 362, 363, 364, 365, 366, 369, 371 bis, 372, 373, 374 e 378, non è punibile chi ha commesso il fatto per esservi stato costretto dalla necessità di salvare sè medesimo o un prossimo congiunto da un grave e inevitabile nocimento nella libertà e nell'onore. Nei casi previsti dagli articoli 371 bis, 372 e 373, la punibilità è esclusa se il fatto è commesso da chi per legge non avrebbe dovuto essere richiesto di fornire informazioni ai fini delle indagini o assunto come testimone, perito, consulente tecnico o interprete ovvero avrebbe dovuto essere avvertito della facoltà di astenersi dal rendere informazioni, testimonianza, perizia, consulenza o interpretazione*”.

<sup>55</sup> STEIN, Ulrich. Acerca del concepto de declaración falsa. Trad. Alejandro Kiss. *Revista Electrónica de Ciencia Penal e Criminología* n. 10-15, 2008.

<sup>56</sup> CARRARA, Francesco. *Programa del curso de derecho criminal*: dictado en la real Universidad de Pisa: parte especial. Buenos Aires: Depalma, 1947. v. 5. p. 209 e ss.

<sup>57</sup> MANZINI, Vincenzo. *Trattato de diritto penale italiano*. Torino: Torinese, 1950. v. 5. p. 781.

<sup>58</sup> ANTOLISEI, Francesco. *Manuale di diritto penale*: parte speciale. Milano: Giuffrè, 1986. v. 2. p. 710.

<sup>59</sup> BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Manual de derecho penal*: parte especial. Barcelona: Ariel, 1986. p. 427.

<sup>60</sup> HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao código penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. 9. p. 476 e ss.

<sup>61</sup> FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal*: parte especial. Rio de Janeiro: Forense, [19--]. v. 1. p. 516.

<sup>62</sup> CARRARA, Francesco. *Programa del curso de derecho criminal*: dictado en la real Universidad de Pisa: parte especial. Buenos Aires: Depalma, 1947. v. 5. p. 257.

<sup>63</sup> PRADO, Luiz Regis. *Tratado de direito penal brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. v. 7. p. 439.

Quanto à falsidade, por fim, duas questões são ainda especialmente importantes. Primeiro, a relativa à mentira na qualificação. Para Noronha,<sup>64</sup> a mentira no oferecimento da *qualificação por parte da testemunha* caracterizaria o crime em análise, o que, não obstante, acertadamente não prevalece na doutrina e jurisprudência pátrias, pois não diz respeito com o conteúdo do testemunhado, sendo tal conduta em verdade tipificada pelo art. 68, parágrafo único, da Lei das Contravenções Penais,<sup>65</sup> ou, possivelmente, pelo art. 307 do Código Penal,<sup>66</sup> a depender da situação concreta. Gomes,<sup>67</sup> com acerto, observa que a distinção está na intenção de auferir vantagem ou causar dano no crime.

Em segundo lugar, forçoso concluir que, tal como advertira Hungria,<sup>68</sup> a falsidade somente recai sobre fato juridicamente relevante à apuração (“*thema probandum*”), pouco importando, ou seja, sendo atípicas, mentiras acerca de fatos paralelos à causa. Conforme Bustos Ramírez,<sup>69</sup> “*A declaração falsa há de afetar a substância do processo, ou seja, tem que estar relacionada à capacidade probatória do testemunho ou perícia*”.

## 5. Tipo objetivo. Consumação e tentativa. Participação

A majoritária doutrina (e.g., Manzini<sup>70</sup> e, no Brasil, Hungria,<sup>71</sup> Noronha<sup>72</sup> e, mais recentemente, Bitencourt<sup>73</sup>) entende que o delito de falso testemunho ou falsa perícia se consuma ao término do depoimento falso ou, se escrito (como laudo pericial), com a sua efetiva entrega à autoridade (judicial, policial, processual administrativa ou arbitral). Efetivamente, cuida-se do posicionamento acertado, eis que até estes momentos finais, pode haver retificação das informações dadas. Desta feita, somente findo o depoimento

<sup>64</sup> NORONHA, E. Magalhães. *Direito penal...*, cit., p. 369.

<sup>65</sup> “Art. 68 - Recusar à autoridade, quando por esta justificadamente solicitados ou exigidos, dados ou indicações concernentes à própria identidade, estado, profissão, domicílio e residência:

*Pena - multa.*

*Parágrafo único - Incorre na pena de prisão simples, de 1 (um) a 6 (seis) meses, e multa, se o fato não constitui infração penal mais grave, quem, nas mesmas circunstâncias, faz declarações inverídicas a respeito de sua identidade pessoal, estado, profissão, domicílio e residência”.*

<sup>66</sup> “Art. 307 - Atribuir-se ou atribuir a terceiro falsa identidade para obter vantagem, em proveito próprio ou alheio, ou para causar dano a outrem:

*Pena - detenção, de três meses a um ano, ou multa, se o fato não constitui elemento de crime mais grave”.*

<sup>67</sup> GOMES, Mariângela Magalhães. Das contravenções referentes à administração pública. In: SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo (Coord.). *Comentários à lei das contravenções penais*. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 315.

<sup>68</sup> HUNGRIA, Nélon. *Comentários ao código penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. 9. p. 475.

<sup>69</sup> BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Manual de derecho penal: parte especial*. Barcelona: Ariel, 1986. p. 428.

<sup>70</sup> MANZINI, Vincenzo. *Trattato de diritto penale italiano*. Torino: Torinese, 1950. v. 5. p. 778-779.

<sup>71</sup> HUNGRIA, Nélon. *Comentários ao código penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. 9. p. 475-476 e 484.

<sup>72</sup> NORONHA, E. Magalhães. *Direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 371.

<sup>73</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte especial*. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 5. p. 308.

ou entregue o documento há vulneração do bem jurídico protegido na espécie, eis que somente a partir desse momento podem ser utilizados pela autoridade como meio de prova.

Diverge a doutrina acerca da possibilidade ou não do reconhecimento da tentativa. Autores como Von Liszt<sup>74</sup> e Mezger e, no Brasil, Hungria<sup>75</sup> e Frago, admitem a tentativa, eis que o delito denotaria um *iter criminis* que poderia ser interrompido, por exemplo, com a suspensão da audiência. Todavia, prevalece a compreensão, como em Antolisei,<sup>76</sup> Carrara,<sup>77</sup> João Monteiro<sup>78</sup> e Galdino Siqueira,<sup>79</sup> de que não é possível o reconhecimento da tentativa, pois se cuida de delito de perigo abstrato (especialmente, Soler<sup>80</sup>) e instantâneo (v.g., Manzini,<sup>81</sup> Galdino Siqueira<sup>82</sup>).

Muito embora objetivamente falando fosse até possível cindir as etapas desse crime, o fato é que assiste razão a Levene<sup>83</sup> quando nota que, se é permitida a retratação, não há razões lógicas para se admitir a tentativa. Se houver a retratação, não há vulneração do bem jurídico na hipótese. Do contrário, o delito está consumado. Ademais, o ato processual interrompido não está finalizado, podendo a testemunha se retificar ou se retratar. Destarte, a punição a título de tentativa seria uma injusta antecipação da tutela penal.

A infração penal de falso testemunho ou falsa perícia cuida-se, conforme entendimento predominante, de *crime próprio* e de *mão própria* (neste sentido, por exemplo, Jescheck,<sup>84</sup> Muñoz Conde<sup>85</sup> e Quintero Olivares). Quanto ao primeiro aspecto, a lei estabelece uma capacidade especial do sujeito ativo: testemunha, perito, contador, tradutor ou intérprete. São típicos meios de prova, os quais podem ser definidos como “*os instrumentos, pessoais ou materiais, por meio dos quais se leva ao processo um elemento*

<sup>74</sup> LISZT, Franz von. *Die falsche Aussage vor Gericht oder öffentlicher Behörde*. Graz: Leuschner & Lubensky, 1877. p. 401.

<sup>75</sup> HUNGRIA, Néelson. *Comentários ao código penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. 9. cit., p. 476.

<sup>76</sup> ANTOLISEI, Francesco. *Manuale di diritto penale: parte speciale*. Milano: Giuffrè, 1986. v. 2. p. 713.

<sup>77</sup> CARRARA, Francesco. *Programa del curso de derecho criminal*: dictado en la real Universidad de Pisa: parte especial. Buenos Aires: Depalma, 1947. v. 5. p. 244 e ss.

<sup>78</sup> MONTEIRO, João Pereira. *Do perjúrio*. 1882. Dissertação (Concurso Docente) - Faculdade de Direito de São Paulo, São Paulo, 1882. p. 42 e ss.

<sup>79</sup> SIQUEIRA, Galdino. *Direito penal brasileiro: parte especial*. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1924. p. 374.

<sup>80</sup> SOLER, Sebastián. *Derecho penal argentino*. Buenos Aires: TEA, 1951. v. 5. p. 236.

<sup>81</sup> MANZINI, Vicenzo. *Trattato de diritto penale italiano*. Torino: Torinese, 1950. v. 5. p. 778-779.

<sup>82</sup> SIQUEIRA, Galdino. *Direito penal brasileiro: parte especial*. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1924. cit., p. 374.

<sup>83</sup> LEVENE, Ricardo. *El delito de falso testimonio*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1962. p. 83.

<sup>84</sup> Sobre autoria e participação, cf. JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de derecho penal: parte general*. Trad. Miguel Olmedo Cardenete. Granada: Comares, 2002. p. 690 e ss.

<sup>85</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho penal: parte especial*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2010. p. 957.

de prova apto a revelar ao juiz a verdade de um fato”, conforme Badaró.<sup>86</sup> Por via de consequência, num sistema acusatório, o imputado não pode ser autor de falso testemunho se a mentira, negação ou silêncio se dão para evitar uma autoincriminação, incidindo nestes casos o princípio do “*Nemo tenetur se detegere*”. Neste exato sentido, vide HC 79.812/SP,<sup>87</sup> do Supremo Tribunal Federal, de relatoria do ministro Celso de Mello.

Ainda, o crime em análise é de mão própria, somente admitindo a prática pessoal e direta do autor.<sup>88</sup> Desse modo, não há que se falar em coautoria ou autoria mediata, admitindo o delito apenas a modalidade de participação, conforme doutrina predominante e entendimento pacífico no Supremo Tribunal Federal. O partícipe, como sabido, é o instigador ou cúmplice de fato alheio, ou seja, colabora sem domínio do fato. Neste sentido, são comuns nos Tribunais nacionais acusações de instigação ou auxílio ao falso testemunho contra advogados que teriam orientado testemunhas a mentir nos mais diversos depoimentos, como em ações trabalhistas.

Na esteira do preconizado por Cernicchiaro e Soler, Reale Júnior,<sup>89</sup> em trabalho específico sobre o tema, em coletânea jurisprudencial, questiona-se acerca da participação sem contrapartida em falso testemunho, uma vez que se cuida de crime autônomo a participação mediante suborno (art. 343 do Código Penal<sup>90</sup>). Em outras palavras, se a participação só possuir relevância na oferta de vantagem, há de se apurar se sem essa elementar o fato seria atípico. Reale Júnior,<sup>91</sup> assim, nota que o crime do art. 343 do Código Penal independe da efetividade do falso testemunho, daí porque a figura autônoma daquele não invalida a possibilidade de participação neste. Finalmente, observa que de fato o delito de suborno à testemunha é mais grave que o próprio falso testemunho, razão pela qual há figuras autônomas com penas distintas.

Por fim, merece menção sobre o tema, atualmente, as observações de Jakobs acerca da cumplicidade em falso testemunho. Levando em conta que o Tribunal Superior Federal da Alemanha (BGH) já decidiu que quem induz a uma falsa declaração fora do

<sup>86</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. *Direito processual penal*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. t. 1. p. 198.

<sup>87</sup> DJ de 16.2.2001.

<sup>88</sup> Neste sentido, e.g., PRADO, Luiz Regis. *Tratado de direito penal brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. v. 7. p. 453.

<sup>89</sup> REALE JÚNIOR, Miguel (Coord.). *Direito penal: jurisprudência em debate*. Rio de Janeiro: 2013. v. 4, p. 192.

<sup>90</sup> “Art. 343. Dar, oferecer ou prometer dinheiro ou qualquer outra vantagem a testemunha, perito, contador, tradutor ou intérprete, para fazer afirmação falsa, negar ou calar a verdade em depoimento, perícia, cálculos, tradução ou interpretação:  
Pena - reclusão, de três a quatro anos, e multa.

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

<sup>91</sup> REALE JÚNIOR, Miguel (Coord.). *Direito penal: jurisprudência em debate*. Rio de Janeiro: GZ, 2013. v. 4. p. 193.

processo deve ser considerado garantidor de evitar um falso testemunho realizado no processo, o autor, que parece a isto anuir, nota que, ademais, tal induzimento ensejaria a criação de um mundo mendaz.<sup>92</sup> Nota-se, assim, em Jakobs, uma tentativa de alargamento da responsabilização penal com base em expectativas sociais de condutas, a qual, ao melhor estilo de seu funcionalismo, abstrai da análise da teoria do bem jurídico.

## 6. Retratação e outras questões importantes

O art. 342, § 2º, do Código Penal, na esteira do preconizado pelo art. 107, inciso VI, do mesmo diploma, prevê a possibilidade de extinção da punibilidade se houver a *retratação* do agente até a sentença no processo em que ocorreu o ilícito. Previsão similar existe no Código Penal Militar (art. 346, § 2º). Cuida-se de medida utilitarista de política criminal, comum nos países de tradição romano-germânica, que vê maior interesse em se consagrar a verdade em um procedimento judicial do que se punir o autor de um crime já aperfeiçoado.

O entendimento majoritário, porém não pacífico, entende que a retratação deverá se dar até a *sentença* de primeira instância no processo em que se deu a falsidade. Esse, todavia, não parece ser a posição mais acertada. Isto porque se o legislador penal transigiu com o autor do testemunho falso, oferecendo-lhe a não punição em troca da consagração da verdade em um processo judicial, por certo o termo “*sentença*” inculpido no tipo há de ser entendido de forma ampla, até o efetivo trânsito em julgado, pois neste momento é que se consagrará uma decisão justa ou injusta (por conta do falso testemunho). Até a decisão final, o processo ainda não findou, sendo ainda absolutamente pertinente a manutenção da mesma razão utilitária que fez com que a lei previsse o instituto da retratação. O argumento de que a testemunha deve ser punida porque manteria a máquina judiciária injustamente em movimento é falacioso, eis que ela já pode ter mentido na fase inquisitorial, por exemplo, deflagrando injustamente um processo.

Assim é que por conta da possibilidade de retratação até o efetivo trânsito em julgado da ação, não há justa causa no oferecimento de denúncia até este momento, mesmo porque até decisão final não existe “*verdade*” alguma consagrada no processo capaz de desmentir inequivocamente a testemunha, perito e demais figuras do tipo. Demais disso, pela mesma razão, aqui se adota o posicionamento pela impossibilidade de *prisão em flagrante* por delito de falso testemunho ou falsa perícia, medida açodada que no mais das vezes se limita na prática à coação da testemunha a desdizer-se. Se na velha lição de Carnelutti o flagrante é a certeza visual do crime, no falso testemunho, até o cotejo final de todas as provas, em última palavra, não há nenhuma certeza a justificar medida tão

---

<sup>92</sup> JAKOBS, Günther. *Teoria e prática da intervenção penal*. São Paulo: Manole, 2003. p. 22.

drástica. Apesar de posicionamento isolado nas Cortes brasileiras, parece mais acertado o posicionamento do Desembargador Feltrim Corrêa, do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, no sentido de que seria mais prudente instaurar-se investigação policial do que levar a efeito a prisão em flagrante nestes casos.<sup>93</sup> Essa, ademais, parece ser a dicção do art. 211, *caput*, do Código de Processo Penal.<sup>94</sup>

Por fim, acerca da retratação e seus consectários, pela teoria monista adotada ao concurso de pessoas, se o autor se retrata, *há extinção da punibilidade também para o partícipe* (neste sentido, por exemplo, *vide* HC 36.287/SP, do Superior Tribunal de Justiça, rel. min. Félix Fischer). Por este motivo, não assiste razão a Prado<sup>95</sup> quando assevera que a retratação somente diz respeito àquele que se retrata.

Três últimas questões de imbricamento da dogmática penal com o Direito Processual Penal merecem menção. A primeira diz respeito à *natureza do procedimento* em que ocorre o falso testemunho ou falsa perícia. Consoante a dicção do *caput* do art. 342, após a reforma trazida pela Lei n. 10.268/2001, o tipo penal em foco refere-se a processo judicial, processo administrativo, arbitragem (Lei n. 9.307/96) e inquérito policial.<sup>96</sup> Por via de consequência, sindicâncias administrativas e inquéritos civis estão fora das hipóteses (sobre esse último, tramita Projeto de Lei no Congresso Nacional que visa sua inclusão no elenco). Ainda, o legislador olvidou-se de mencionar inquérito parlamentar, administrativo e judicial.<sup>97</sup> Com relação a Comissão Parlamentar de Inquérito, todavia, há previsão de crime assemelhado no art. 4º, inciso II, da Lei n. 1.579/1952.<sup>98</sup> Por sua vez, a Lei n. 4.319/1964, em seu art. 8º, inciso II, previa tipo penal similar ao falso testemunho ou falsa perícia relativamente a procedimento perante o Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana ou Comissão de Inquérito por ele instituída, mas referida lei foi revogada pela Lei n. 12.986/2014, que não trouxe nenhuma infração penal.

<sup>93</sup> Cf. *Revista Síntese* 8/146.

<sup>94</sup> “Art. 211. Se o juiz, ao pronunciar sentença final, reconhecer que alguma testemunha fez afirmação falsa, calou ou negou a verdade, remeterá cópia do depoimento à autoridade policial para a instauração de inquérito. (...)”.

<sup>95</sup> PRADO, Luiz Regis. *Tratado de direito penal brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. v. 7. p. 465.

<sup>96</sup> Antes da reforma trazida pela Lei n. 10.268/2001, o tipo insculpia impropriamente “*processo policial*”, algo que não existe no ordenamento brasileiro.

<sup>97</sup> Neste sentido, BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte especial*. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 5. p. 296.

<sup>98</sup> “Art. 4º. Constitui crime: (...) II - fazer afirmação falsa, ou negar ou calar a verdade como testemunha, perito, tradutor ou intérprete, perante a Comissão Parlamentar de Inquérito: Pena - A do art. 342 do Código Penal”.

Em segundo e terceiro lugares, debatem-se os doutos se subsiste o crime do art. 342 do CP quando o depoimento ou laudo se dão perante *autoridade incompetente* ou se o *procedimento é declarado nulo* por qualquer outro motivo.

Quanto ao questionamento se subsistiria o delito quando a autoridade for incompetente, autores como Marsich,<sup>99</sup> na Itália, e, em nosso país, Noronha,<sup>100</sup> Bento de Faria<sup>101</sup> e, recentemente, Prado,<sup>102</sup> entendem que sim, eis que o que se pune seria a falsidade. Todavia, Carrara<sup>103</sup> e Manzini<sup>104</sup> compreendem que não, vez que se a autoridade é incompetente, não haveria uma possibilidade real de vulneração do bem jurídico na hipótese. Esta parece ser a melhor posição. Exatamente por este mesmo motivo, aqui se adota a compreensão de que se o processo é nulo não há crime (“*quod nullum est nullum product effectum*”). Essa é, por exemplo, a posição dominante na jurisprudência alemã, que, com acerto, pondera que o ato inválido não é passível de valoração jurídica.

## 7. Conclusão

O presente texto procurou destacar que avulta em importância prática e teórica o delito de falso testemunho ou falsa perícia. Como principais meios de prova a justificar uma decisão judicial, o depoimento da testemunha ou o laudo oferecido pelo *expert*, na prática, terminam por, na maioria dos casos, escorar quase que exclusivamente as decisões judiciais, apesar do sistema da livre apreciação racional das provas.

Desta feita, há enorme interesse concreto em que tais meios de prova denotem absoluta lisura, o que encontra dificuldades ínsitas quer pelas próprias falibilidades humanas, quer por fatores contingenciais de cada caso. No preciso dizer de Badaró,<sup>105</sup> por exemplo, “*No processo penal, a prova testemunhal é o meio de prova mais utilizado, embora se trate de prova sujeita a influências e sentimentos que podem afastá-la do caminho da verdade*”.

Aliás, face à falibilidade facilmente perceptível na prova testemunhal, normalmente na prática relativizada pelo julgador, e, ao revés, enorme credulidade dada à prova pericial, de se notar a inadequação de equiparação da falsa perícia ao falso testemunho. Não por outra razão, isto é, por serem os peritos “*testemunhas qualificadas*”,

<sup>99</sup> MARSICH, Piero. *Il delitto di falsa testimonianza*. Padova: CEDAM, 1929. p. 101.

<sup>100</sup> NORONHA, E. Magalhães. *Direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 370.

<sup>101</sup> FARIA, Bento de. *Código penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Record, 1958. v. 3. p. 117.

<sup>102</sup> PRADO, Luiz Regis. *Tratado de direito penal brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. v. 7. p. 431.

<sup>103</sup> CARRARA, Francesco. *Programa del curso de derecho criminal*: dictado en la real Universidad de Pisa: parte especial. Buenos Aires: Depalma, 1947. v. 5. p. 210.

<sup>104</sup> MANZINI, Vincenzo. *Trattato de diritto penale italiano*. Torino: Torinese, 1950. v. 5. p. 770 e ss.

<sup>105</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. *Direito processual penal*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. t. 1. p. 253.



nas palavras de Muñoz Conde,<sup>106</sup> que o Código Penal espanhol oferece tratamento mais severo nesta hipótese. Conforme nota com agudeza Stein,<sup>107</sup> por sua vez, em artigo sobre o tema, “*O perito não só é colaborador quanto às percepções senão também, e principalmente, quanto às conclusões do tribunal*”, pois detém conhecimentos especiais próprios que o julgador não possui. Em outras palavras, a falsa perícia possui maior gravidade que o falso testemunho, sendo inapropriado o nivelamento das hipóteses.

O referido ordenamento espanhol, insta observar ainda, trouxe com sua codificação de 1995 uma importante inovação, qual seja, a possibilidade de se cometer o crime em análise ante um Tribunal Internacional ou em cumprimento de uma carta rogatória remetida por Corte estrangeira, temas desconhecidos de nossa legislação.

Demais disso, a construção do tipo penal brasileiro em foco desvela a possibilidade de grandes divergências interpretativas, de consectários práticos essenciais, como as relativas à prestação de compromisso legal, à natureza da falsidade, à admissão ou não da tentativa, à dimensão do concurso de pessoas, aos contornos da retratação, à possibilidade de prisão em flagrante, etc. A se aprovar o criticado Projeto de Lei do Senado n. 236/2012 (Projeto de Novo Código Penal), nenhuma dessas questões será solucionada, pois a redação<sup>108</sup> é similar à atual, apenas se incluindo o inquérito civil no rol de procedimentos passíveis de falso testemunho ou falsa perícia, bem como uma causa de aumento de pena “*se o crime é praticado mediante paga ou promessa de recompensa ou se cometido com o fim de obter prova destinada a produzir efeito em inquérito policial ou processo penal*”, sendo que, curiosamente, o *disegno di legge* esquece-se de incluir o “*inquérito policial*” no rol do *caput* do seu art. 298. A perspectiva atual, portanto, é a de manutenção das inúmeras controvérsias em torno do delito em análise.

São Paulo, abril de 2015.

<sup>106</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho penal*: parte especial. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2010. p. 954.

<sup>107</sup> STEIN, Ulrich. Acerca del concepto de declaración falsa. Trad. Alejandro Kiss. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, Granada, n. 10-15, 2008. Disponível em: <<http://criminet.ugr.es/recpc/10/recpc10-15.pdf>>.

<sup>108</sup> “Art. 298. *Fazer afirmação falsa, ou negar ou calar a verdade como vítima, testemunha, perito, contador, tradutor ou intérprete em processo judicial, ou administrativo, inquérito civil, ou em juízo arbitral:*  
*Pena - prisão, de um a três anos.*

§ 1º. *As penas aumentam-se de um sexto a um terço se o crime é praticado mediante paga ou promessa de recompensa ou se cometido com o fim de obter prova destinada a produzir efeito em inquérito policial ou processo penal.*

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

## Referências

- ANTOLISEI, Francesco. *Manuale di diritto penale: parte speciale*. Milano: Giuffrè, 1986. v. 2.
- AYARRAGARAY, Carlos A. *El perjurio*. Buenos Aires: Valerio Abeledo, 1945.
- BADARÓ, Gustavo Henrique. *Direito processual penal*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. t. 1.
- BENLLOCH PETIT, Guillermo. Delitos contra la administración de justicia. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (Dir.). *Lecciones de derecho penal: parte especial*. Barcelona: Atelier, 2011. p. 359-383.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte especial*. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 5.
- BUSATO, Paulo César (Org.). *Neurociência e direito penal*. São Paulo: Atlas, 2014.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Manual de derecho penal: parte especial*. Barcelona: Ariel, 1986.
- CARRARA, Francesco. *Programa del curso de derecho criminal: dictado en la real Universidad de Pisa: parte especial*. Buenos Aires: Depalma, 1947. v. 5.
- CASTILLO GONZALES, Francisco. *El delito de falso testimonio*. San José: Editorial Juricentro, 1982.
- COSTA, Fernando José da. *O falso testemunho*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.
- CUELLO CALÓN, Eugenio. *Derecho penal: parte especial*. Barcelona: Bosch, 1975. t. 2, v. 1.
- CUNHA, Rogério Sanches. *Direito penal: parte especial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- DEMETRIO CRESPO, Eduardo (Dir.). *Neurociencias y derecho penal: nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad*. Madrid: Edisofer, 2013.
- ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. *Código de processo penal brasileiro anotado*. Campinas: Bookseller, 2000. v. 3.
- FARIA, Bento de. *Código de processo penal*. Rio de Janeiro: Record, 1960.
- FARIA, Bento de. *Código penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Record, 1958. v. 3.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: parte especial*. Rio de Janeiro: Forense, [19-]. v. 1.
- GOMES, Mariângela Magalhães. Das contravenções referentes à administração pública. In: SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo (Coord.). *Comentários à lei das contravenções penais*. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 297-319.
- HASSEMER, Winfried. Neurociencias y culpabilidade en derecho penal. *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona, n. 2, 2011. Disponível em: <[www.indret.com/pdf/821.pdf](http://www.indret.com/pdf/821.pdf)>. Acesso em: 10 abr. 2015.

- HUNGRIA, Néelson. *Comentários ao código penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. 9.
- JAKOBS, Günther. *Falsedad documental: revisión de un delito de engaño*. Madrid: Marcial Pons, 2011.
- JAKOBS, Günther. *Teoria e prática da intervenção penal*. São Paulo: Manole, 2003.
- JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de derecho penal: parte general*. Trad. Miguel Olmedo Cardenete. Granada: Comares, 2002.
- LEVENE, Ricardo. *El delito de falso testimonio*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1962.
- LISZT, Franz von. *Die falsche Aussage vor Gericht oder öffentlicher Behörde*. Graz: Leuschner & Lubensky, 1877.
- LISZT, Franz von. *Tratado de direito penal*. Trad. José Hígino Duarte Pereira. Campinas: Russell, 2013. v. 2.
- MANZINI, Vincenzo. *Trattato de diritto penale italiano*. Torino: Torinese, 1950. v. 5.
- MARSICH, Piero. *Il delitto di falsa testimonianza*. Padova: CEDAM, 1929.
- MONTEIRO, João Pereira. *Do perjúrio*. 1882. Dissertação (Concurso Docente) - Faculdade de Direito de São Paulo, São Paulo, 1882.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho penal: parte especial*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2010.
- NORONHA, E. Magalhães. *Direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1995.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- PRADO, Luiz Regis. *Tratado de direito penal brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. v. 7.
- REALE JÚNIOR, Miguel (Coord.). *Direito penal: jurisprudência em debate*. Rio de Janeiro: GZ, 2013. v. 4.
- SIQUEIRA, Galdino. *Direito penal brasileiro: parte especial*. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1924.
- SOLER, Sebastián. *Derecho penal argentino*. Buenos Aires: TEA, 1951. v. 5.
- STEIN, Ulrich. Acerca del concepto de declaración falsa. Trad. Alejandro Kiss. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, Granada, n. 10-15, 2008. Disponível em: <<http://criminnet.ugr.es/recpc/10/recpc10-15.pdf>>.
- TORNAGUI, Hélio. *Instituições de processo penal*. São Paulo: Saraiva, 1978. v. 4.
- VERRI, Pietro. *Observações sobre a tortura*. Trad. Federico Carotti. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

