

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA
FACULDADE DE DIREITO**

THIAGO AMARAL FONSECA

A EXCEÇÃO DA VERDADE NO CRIME DE CALÚNIA:
uma crítica às vedações legais previstas no artigo 138, § 3º, do Código Penal.

Juiz de Fora
2011

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA
FACULDADE DE DIREITO**

A EXCEÇÃO DA VERDADE NO CRIME DE CALÚNIA:

uma crítica às vedações legais previstas no artigo 138, § 3º, do Código Penal.

Trabalho de monografia de conclusão de curso na área de Direito Processual e Material Penal, apresentado pelo Acadêmico **THIAGO AMARAL FONSECA** à Universidade Federal de Juiz de Fora para conclusão do curso, sob orientação do Professor PABLO FARIAS SOUZA CRUZ.

Juiz de Fora

2011

Thiago Amaral Fonseca

A EXCEÇÃO DA VERDADE NO CRIME DE CALÚNIA:

uma crítica às vedações legais previstas no artigo 138, § 3º, do Código Penal.

**Monografia apresentada ao programa de Conclusão de Curso de Graduação em
Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora**

Data da defesa: 02/12/2011

Prof. Pablo Farias Souza Cruz

Prof. Cristiano Alvares Valladares Do Lago

Prof. Luiz Antônio Barroso Rodrigues

Dedico este trabalho a toda minha família e meus amigos. Obrigado pelo apoio, incentivo e carinho dispensados ao longo destes cinco anos de faculdade e vinte e seis anos de vida.

À Aline, pelo amor, carinho e confidencialidade. Sem você não sei se conseguiria ir tão longe. Esta vitória também é sua.

Ao Orientador Professor Pablo Farias, pelo exemplo como profissional e por todo tempo e atenção concedidos a fim de auxiliar e proporcionar a realização do presente trabalho.

RESUMO

O presente trabalho investiga, através de uma análise jurídico-teórica, a aplicação das vedações legais previstas no art. 138, § 3º, do Código Penal Brasileiro e o instituto da exceção da verdade, em especial, no que tange ao alcance e amplitude destas vedações. Tendo em vista a repercussão de tal dispositivo legal diante do caso concreto e a violação a princípios constitucionais inerentes ao processo penal e ao direito material penal, será investigada a possibilidade de o aludido dispositivo ser ainda interpretado conforme o entendimento da doutrina clássica ou de ser necessária uma interpretação mais restrita, de modo que apenas não seja conferido ao querelado a possibilidade de se valer do procedimento especial, previsto no art. 523 do Código de Processo Penal, para produzir a prova da verdade do fato imputado, podendo ele se valer de todos os demais meios de prova moralmente legítimos e não vedados em lei para demonstrar a veracidade de suas alegações.

Palavras-chaves: calúnia, vedação, prova da verdade, exceção da verdade, princípio da ampla defesa, princípio da presunção de inocência, princípio da verdade real, princípio da legalidade ou reserva legal.

SUMÁRIO

| | |
|---|-----------|
| INTRODUÇÃO | 07 |
| CAPÍTULO I: CRIMES CONTRA A HONRA | |
| 1.1. Evolução Histórica..... | 10 |
| 1.2. Objetividade Jurídica | 11 |
| CAPÍTULO II: O CRIME DE CALÚNIA NO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO | |
| 2.1. Previsão Legal | 12 |
| 2.2. Bem Jurídico Tutelado e Sujeitos do Delito | 12 |
| 2.3. Tipos Objetivo e Subjetivo..... | 13 |
| 2.3.1. Imputação de fato definido como crime..... | 13 |
| 2.3.2. Falsidade da Imputação..... | 14 |
| 2.3.3. Elemento subjetivo – <i>animus caluniandi</i> | 14 |
| 2.4. Consumação e Tentativa | 15 |
| 2.5. Vedação da Prova da Verdade | 16 |
| CAPÍTULO III: A EXCEÇÃO DA VERDADE NOS CRIMES CONTRA A HONRA | |
| 3.1. Aspectos Gerais..... | 18 |
| 3.2. Natureza Jurídica..... | 19 |
| CAPÍTULO IV: PRINCÍPIOS E GARANTIAS PENAIS E PROCESSUAIS PENAIS | |
| 4.1. Introdução..... | 25 |
| 4.2. Princípio da Ampla Defesa..... | 27 |
| 4.3. Princípio da Presunção de Inocência..... | 29 |
| 4.4. Princípio da Verdade Real | 32 |
| 4.5. Princípio da Legalidade | 34 |
| CAPÍTULO V: VEDAÇÕES LEGAIS PREVISTAS NO ART. 138, § 3º, DO CÓDIGO PENAL | |
| 5.1. Inciso I: “se, constituindo o fato imputado crime de ação penal privada, o ofendido não foi condenado por sentença penal irrecorrível;”..... | 37 |
| 5.2. Inciso II: “se o fato é imputado a qualquer das pessoas indicadas no nº I do art. 141;” | 40 |

| | |
|--|-----------|
| 5.3. Inciso III: “se do crime imputado, embora de ação pública, o ofendido foi absolvido por sentença irrecurável.” | 43 |
| CONCLUSÃO | 47 |
| REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS..... | 49 |

INTRODUÇÃO

Os crimes contra a honra integram os ordenamentos jurídicos dos mais variados povos desde os primórdios da sociedade, haja vista o reconhecimento da necessidade de se tutelar este bem jurídico, o qual é inerente à própria personalidade do indivíduo.

Com o desenvolvimento das sociedades observou-se a adoção de três teorias ou correntes diversas relativas à influência da prova da verdade sobre a ocorrência ou não dos crimes contra a honra.

Uma primeira corrente, verificada inicialmente na Grécia antiga, aceitava a prova da verdade em toda e qualquer situação, sendo que os crimes ofensivos à honra apenas eram punidos caso não fosse feita a prova da verdade sobre o fato criminoso atribuído ao ofendido.

Por seu turno, para uma segunda corrente, desenvolvida durante o período da Idade Média e sobre forte influência do direito canônico, haja vista a regência do dogma da tolerância, não era permitido que qualquer pessoa ficasse sujeita à censura de outra, razão pela qual não era admitida a prova da verdade do fato imputado ao ofendido.

Com o início das codificações penais verificou-se a adoção pelos diversos ordenamentos jurídicos espalhados pelo mundo de uma ou de outra corrente, bem como o desenvolvimento de uma terceira corrente, a qual foi adotada pelo Brasil e pode ser denominada como “sistema misto”, segundo a qual a prova da verdade não aproveita a todos os crimes e contra certas pessoas. Surgem, então, situações expressamente previstas pelo legislador em que é vedada a prova da verdade ¹.

No que concerne ao crime de calúnia, a prova da verdade, em regra, é admitida, sendo esta vedada somente nas hipóteses previstas no art. 138, § 3º, do Código Penal. O aludido dispositivo legal sempre foi interpretado pela doutrina clássica como uma vedação à realização da prova da verdade do fato imputado, pouco importando qual seja o meio escolhido pelo querelado para tanto. Em outras palavras,

¹ (CAMARGO ARANHA, Adalberto José Q. T. de. *Crimes Contra a Honra*. 3. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005, pág. 130)

nas hipóteses previstas neste dispositivo legal, a prova da verdade é irrelevante, podendo o querelado ser condenado mesmo que demonstre a veracidade de suas alegações.

Todavia, com a evolução dos modelos de Estado e o surgimento do Estado Democrático de Direito, proclamado pela Constituição Federal de 1988, foi sedimentada a concepção de que o ser humano é o ponto principal de qualquer organização política democrática, sendo que todas as estruturas devem promover a sua dignidade. Em contraposição às restrições de outrora e na tentativa de banir da ordem jurídica às barbáries ocorridas, com proteção e amparo legal, ao longo do período da Ditadura Militar, a Constituição consagrou um extenso rol de garantias, individuais e coletivas, dentre as quais podem ser citadas o direito ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, da Constituição Federal de 1988).

Neste diapasão, a constante releitura das normas penais sob a ótica dos princípios, direitos e garantias constitucionalmente previstas é medida que se impõe como forma de legitimar a aplicação do direito penal face à dinâmica social vivenciada nos dias modernos.

Desta feita, a questão que se coloca é se a vedação legal prevista no artigo 138, § 3º, do Código Penal, ao não permitir que o réu prove a veracidade dos fatos imputados ao querelante, viola os princípios e garantias informadores do processo penal, em especial, os princípios da verdade real e da ampla defesa.

Diante dos temas centrais supracitados, o objetivo deste trabalho é demonstrar a impossibilidade de ser conferida ao dispositivo legal previsto no art. 138, § 3º, do Código Penal a interpretação clássica da doutrina e da jurisprudência, sob pena de afronta direta aos direitos e garantias positivados na Constituição Federal de 1988.

Demonstrar-se-á que, em respeito a estes direitos e garantias, o mencionado dispositivo legal deve ser interpretado de uma forma restritiva, de modo que apenas não seja conferido ao querelado a possibilidade de se valer do procedimento especial previsto no art. 523 do Código de Processo Penal para produzir a prova da verdade do fato imputado, podendo ele se valer de todos os demais meios de prova moralmente legítimos e não vedados em lei para demonstrar a veracidade de suas alegações.

Para tanto, a presente pesquisa se apoiará na vertente metodológica jurídico-sociológica ou empírica. O método a ser utilizado será o dedutivo, partindo-se das teorias, das jurisprudências e dos diversos argumentos existentes sobre o tema para se chegar à análise de referências particulares.

No que concerne às técnicas de pesquisa, optou-se pela documentação indireta através da pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, recorrendo-se a livros, artigos e julgados dos tribunais pátrios.

A pesquisa será compreensiva e interpretativa, na medida em que irá analisar a doutrina e a jurisprudência a respeito do tema, e, conseqüentemente, buscará apontar a solução que melhor possibilite a manutenção do art. 138, § 3º, do Código Penal no ordenamento jurídico sem que haja afronta a qualquer direito ou garantia previstos na Magna Carta de 1988, afastando-se, portanto, a interpretação clássica conferida ao aludido dispositivo legal.

Para isso, o primeiro capítulo da monografia abordará os aspectos gerais dos crimes contra a honra, tal como sua evolução histórica e objetividade jurídica das normas incriminalizadoras.

O segundo capítulo cuidará especificamente do crime de calúnia, previsto no art. 138 do Código Penal, traçando os elementos essenciais deste tipo penal e os aspectos gerais a respeito da vedação à “prova da verdade”.

No terceiro capítulo será realizada uma abordagem quanto ao instituto da exceção da verdade, previsto no art. 523 do Código de Processo Penal, enfrentando, de forma mais específica, a natureza jurídica deste instituto.

O quarto capítulo, por sua vez, abará uma abordagem dos principais princípios processuais e materiais penais colidentes com a clássica interpretação conferida ao art. 138, § 3º, do Código Penal, demonstrando a impossibilidade, face às diretrizes e direitos fixados pela Constituição, de se adotar tal entendimento.

Por fim, no quinto e último capítulo serão abordadas individualmente as hipóteses de vedações legais à “prova da verdade” no crime de calúnia, expondo as justificativas clássicas apontadas pela doutrina e confrontando-as com os princípios delineados no capítulo anterior e com outros pontos pertinentes.

CAPÍTULO I

CRIMES CONTRA A HONRA

1.1 – Evolução Histórica

Entre os direitos da personalidade ou personalíssimos, denominados também como “direitos individuais” ou “direitos sobre a própria pessoa”, encontramos o direito à honra.

Dada a extensão que uma lesão à honra poderia gerar na psique do indivíduo, esta certamente foi digna de tutela desde o momento em que o homem passou a viver em sociedade, com o surgimento de um comportamento ético. A ofensa passou a ser agressão, gerando, em consequência, uma reação por parte do ofendido.

A primeira manifestação jurídica tendente a punir as ofensas praticadas em detrimento da honra alheia foi encontrada no “Código de Manu”, o qual previa severas sanções para todas as formas de imputações difamatórias e as ofensas injuriosas.

Em Roma a honra era considerada um direito público dos cidadãos e todos os fatos lesivos a tal *status* (*Carmem famosum*, *contumelia*, *convicium*, *libellus famosus*), foram abarcados no conceito amplíssimo de injúria.

O direito germânico, inovando no cenário jurídico da época, trouxe uma bifurcação, separando a lesão corporal da lesão à honra, conferindo aos crimes contra a honra um tratamento especial face à sua objetividade jurídica que os diferenciava dos demais.

O direito francês, através do Código de Napoleão (1810), trouxe uma noção de subespécies, analisando, separadamente, a calúnia e a injúria. Posteriormente, através da Lei de 17 de maio de 1819, o termo *calomnie* foi substituído por *difamation*, reiterando-se o requisito essencial da falsidade.

No ordenamento brasileiro a primeira manifestação tendente a punir os crimes contra a honra foi verificada no Código de 1830, o qual, inspirado na distinção francesa, estabeleceu os tipos penais da calúnia e da injúria. O Código Republicano de 1890 manteve a mencionada dicotomia.

Por sua vez, o Código Penal de 1940, mostrando uma técnica mais apurada, passou a distinguir as três modalidades (calúnia, difamação e injúria), cada qual com as suas características próprias, sendo certo que uma delas – calúnia – exige, como elemento essencial do tipo penal, a falsidade dos fatos alegados.

1.2 – Objetividade jurídica

A objetividade jurídica das normas penais relativas aos crimes contra a honra relaciona-se à defesa e à tutela de um dos direitos da personalidade, o direito à honra, refletindo-se na preservação da idoneidade moral da pessoa, bem como a preservação da ordem social, ao vedar a ingerência desmedida de terceiros na intimidade e na honra alheia, garantindo-se, assim, a harmonia necessária para a melhor convivência dos indivíduos em sociedade.

Neste mesmo sentido são as lições de Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha ²:

No nosso entender a objetividade jurídica projeta-se sob duplo aspecto: individual e social. Em primeiro lugar defende e tutela um interesse individual, protegendo a honra pessoal, bem personalíssimo por excelência; ao depois, também tutela um interesse social, evitando as profundas desavenças que poderiam ocorrer na vida social, no convívio social, não permitindo que uma pessoa seja injustamente atingida em sua honra, com os inevitáveis reflexos nos círculos sociais em que convive, com a conseqüente repulsa da comunidade. Portanto, dupla objetividade: de imediato defende e tutela um dos direitos individuais, de natureza personalíssima, e de mediato a boa harmonia que deve haver na vida social, evitando as desavenças e discórdias que inevitavelmente atingem a sociedade, a comunidade, quando a honra de alguém é atingida. É do eminente Zanardelli o ensinamento: “a repressão dos crimes contra a honra afeta função tutelar do Estado, tanto pelo fim imediato de proteger os interesses jurídicos dos cidadãos, como pelo fim mediato de preservar a sociedade das funestas conseqüências que, não raro, levam à

² CAMARGO ARANHA, Adalberto José Q. T. de. *Crimes Contra a Honra*. 3. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005, págs. 06/07.

animosidade e às insolências, cujo primeiro desafogo é a contumélia, para, em seguida, atiçarem ódios, vinganças e violências criminosas.”

CAPÍTULO II

O CRIME DE CALÚNIA NO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO

2.1 – Previsão Legal

O crime de calúnia foi tipificado pelo legislador no art. 138 do Código Penal, tendo recebido a seguinte redação:

Art. 138 - Caluniar alguém, imputando-lhe falsamente fato definido como crime:
Pena - detenção, de seis meses a dois anos, e multa.

§ 1º - Na mesma pena incorre quem, sabendo falsa a imputação, a propala ou divulga.

§ 2º - É punível a calúnia contra os mortos.

Exceção da verdade

§ 3º - Admite-se a prova da verdade, salvo:

I - se, constituindo o fato imputado crime de ação privada, o ofendido não foi condenado por sentença irrecorrível;

II - se o fato é imputado a qualquer das pessoas indicadas no nº I do art. 141;

III - se do crime imputado, embora de ação pública, o ofendido foi absolvido por sentença irrecorrível.

2.2 – Bem Jurídico Tutelado e Sujeitos do Delito

O objeto de proteção jurídico-penal dos crimes previstos no Capítulo V do Código Penal é a honra, bem imaterial e personalíssimo, a qual pode ser entendida, segundo as palavras de Nelson Hungria, “quer como sentimento de nossa dignidade própria (honra interna, honra subjetiva), quer como o apreço e respeito de que somos objeto ou nos tornamos merecedores perante nossos concidadãos (honra externa, honra objetiva, reputação, boa fama).³

No crime de calúnia, em específico, tutela-se a *honra objetiva*, ou seja, o conceito que os demais membros da sociedade têm em relação ao indivíduo. A aludida

³ HUNGRIA, Nelson, *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1945, v.6, pág. 33.

honra objetiva refere-se aos atributos morais, éticos, culturais, intelectuais, físicos e profissionais de cada indivíduo.⁴

A calúnia, por se tratar de crime comum, pode ter por sujeito passivo qualquer pessoa física, sem a necessidade da reunião de qualquer outro atributo. Pelo mesmo fundamento, qualquer pessoa física pode figurar como sujeito passivo do crime de calúnia.⁵

2.3 - Tipos Objetivo e Subjetivo

Para a configuração do delito de calúnia há a necessidade da presença de todos os seus requisitos, quais sejam: I) imputação de fato definido como crime; II) falsidade da imputação; e II) elemento subjetivo – *animus caluniandi*.

2.3.1 - Imputação de fato definido como crime

Inicialmente há de se ter em mente que a imputação deve ser de “fato determinado”, não configurando o delito em questão a imputação vaga e imprecisa.

Não se está a exigir, como possa parecer, a obrigatoriedade de o sujeito ativo, quando da prolação das palavras ofensivas à honra, descrever com minúcias as circunstâncias nas quais o fato ocorreu, sendo bastante a indicação do sujeito passivo e a imputação a este de um fato que a lei define como crime. Isto porque as minúcias do

⁴ Cezar Roberto Bitencourt descreve a honra objetiva nos seguintes termos: “É, em outros termos, o sentimento do outro que incide sobre as nossas qualidades ou nossos atributos, ou seja, enquanto a *honra subjetiva* representa o sentimento ou a concepção que temos a nosso respeito, a *honra objetiva* constitui o sentimento ou o conceito que os demais membros da comunidade têm sobre nós, sobre nossos atributos. Objetivamente, *honra* é um valor ideal, a consideração, a reputação, a boa fama de que gozamos perante a sociedade em que vivemos.” (BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal – Parte Especial* 2. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, pág. 288.)

⁵ Quanto à possibilidade dos inimputáveis figurarem como sujeitos passivos comungamos do entendimento de Cesar Roberto Bitencourt, segundo o qual: “Na verdade, a conduta tipificada como crime de calúnia não é “a imputação falsa da prática de crime”; com efeito, o legislador brasileiro teve o cuidado de criminalizar a conduta de imputar falsamente ‘fato definido como crime’, que é completamente diferente de imputar falsamente a ‘prática de crime’; inimputáveis, como já afirmamos, não praticam crimes, por faltar-lhes a condição imputáveis, mas podem praticar ‘fatos definidos como crime’, ou seja, condutas que encontram respectividade em alguma moldura proibitiva da lei penal; (...).” (BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal – Parte Especial* 2. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, pág. 290.)

fato, por muitas vezes, somente poderiam ser apuradas em investigação devidamente direcionada a este fim.

2.3.2 - Falsidade da Imputação

A falsidade da imputação é requisito essencial para a configuração do crime, uma vez que inexistente no ordenamento jurídico a previsão de tipo penal tendente a punir a imputação de fato verdadeiro definido como crime.

Neste ínterim, a falsidade da imputação é circunstância elementar do tipo penal previsto no art. 138 do Código Penal e pode ter duas ordens de razão: porque o fato não existiu, ou porque, embora tenha existido, a imputada autoria é falsa, ou seja, o destinatário da imputação não concorreu para a prática do delito.

Por outro lado, demonstrada em juízo a veracidade dos fatos imputados, forçoso concluir pela atipicidade da conduta do sujeito ativo, eis que, como dito acima, não há previsão legal de crime tendente a punir a imputação de fato verdadeiro definido como crime.

2.3.3 - Elemento subjetivo – *animus caluniandi*

Necessário, ainda, que a imputação falsa tenha sido exteriorizada com o propósito de caluniar, isto é, com o dolo de causar dano à honra da vítima, imputando-lhe a prática de fato definido como crime, de que o sabe inocente.

De se ver que para a configuração do delito de calúnia exige-se que o sujeito ativo, mesmo sabendo que a vítima não praticara nenhum fato definido como crime, imputa-lhe a prática do crime com a intenção de causar um dano à sua imagem perante toda a sociedade, maculando, assim, a sua honra.

Por tais razões, não comete o crime de calúnia aquele indivíduo que profere palavras *a priori* caluniosas com *animus jocandi* (vontade de gracejar, fazer pilhéia), *animus consulendi* (“intenção de aconselhar advertir, ou informar, espontaneamente ou mediante solicitação, a uma pessoa amiga ou que confia no informante, acerca de

vícios ou defeitos de outrem) ⁶, *animis corrigendi* (intenção de repreender ou admoestar alguém que se encontra sob dependência, autoridade, guarda ou vigilância do sujeito ativo), *animus narrandi* (intenção de dizer a terceiro aquilo que se viu, sentiu ou ouviu a respeito de alguém, desde não se deixa transparecer a má intenção de ofender a honra alheia) e o *animus defendendi* (intenção de agir na tutela do interesse próprio).

O ilustre doutrinador Nelson Hungria, ao discorrer sabiamente sobre o tema, leciona que ⁷:

Dolo não é simplesmente *consciência*, senão também *vontade*. No próprio dolo eventual, há um elemento volitivo. Dolo é a vontade livre e conscientemente dirigida a um resultado antijurídico, ou exercendo-se apesar da previsão de um resultado. Ter consciência da idoneidade ofensiva da ação não importa necessariamente a vontade de ofender. Aquela pode existir sem esta. Sem vontade livre, acompanhada da consciência da injuricidade (*conscientia sceleris*, ou consciência de que o evento colimado pela vontade incide na reprovação jurídica), não há que falar-se em dolo. Uma palavra ou asserção flagrantemente injuriosa ou difamatória na sua objetividade pode ser proferida sem vontade de injuriar ou difamar, sem o propósito mau de atacar ou denegrir a honra alheia. Se, por exemplo, *jocandi animo*, chamo “velhaco” a um amigo íntimo ou lhe atribuo a paternidade de uma criança abandonada, o fato, na sua objetividade, constitui uma injúria ou uma difamação; mas, subjetivamente, não passa de um gracejo. Não me faltou a consciência do caráter lesivo da afirmação (nem a vontade de fazer a afirmação) e, no entanto, seria rematado despautério reconhecer-se, no caso, um crime contra a honra, por isso mesmo que inexistente a *pravus animus*, o *animus delinquendi*, o *animus injuriandi vel diffamandi*.

2.4- Consumação e Tentativa

O crime de calúnia consuma-se quando a imputação falsa chega ao conhecimento de terceira pessoa, uma vez que somente a partir deste momento é que se pode verificar uma potencial lesão à honra objetiva da vítima.

⁶ HUNGRIA, Nelson, *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1945, v.6, pág. 51.

⁷ HUNGRIA, Nelson, *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1945, v.6, págs. 44/45.

A tentativa, em regra, não é possível, embora seja possível sua verificação a depender dos meios utilizados para a prolação e divulgação da imputação falsa. Desta feita, a tentativa seria possível, por exemplo, em casos nos quais o meio empregado seja o escrito ou, ainda, nos casos de telegrama ou fonograma, haja vista que nestas hipóteses vislumbra-se a possibilidade de fracionamento do *iter criminis*.

2.5 – Vedação da Prova da Verdade

No tocante ao crime de calúnia, tendo em vista ser a falsidade do fato imputado uma elementar deste tipo penal, deveria a possibilidade de provar a verdade do fato imputado sempre ser permitida, de modo que somente fossem condenados pela prática destes crimes aqueles que, concreta e efetivamente, denegriram a honra alheia imputando-lhe a prática de fato falso definido como crime.

Todavia, o legislador infraconstitucional de 1941 entendeu que haveria situações em que a prova da verdade do fato imputado não deveria ser permitida, prevendo expressamente estas hipóteses no § 3º do art. 138 do Código Penal. *In verbis*:

Art. 138: (...)

§3º - Admite-se a prova da verdade, salvo:

I - se, constituindo o fato imputado crime de ação penal privada, o ofendido não foi condenado por sentença irrecorrível;

II - se o fato é imputado a qualquer das pessoas indicadas no nº I do art. 141;

III - se do crime imputado, embora de ação pública, o ofendido foi absolvido por sentença irrecorrível.

Para a doutrina clássica a justificativa para a primeira hipótese de vedação à exceção da verdade está intimamente ligada à titularidade da própria ação penal privada e aos princípios a ela inerentes. No que tange à segunda vedação, argumenta-se no sentido de que a magestosidade dos cargos ocupados pelas pessoas ali mencionadas deve ser tutelada, não sendo permitido que estas pessoas sejam alvo de acusações por qualquer um do povo. Por fim, a terceira vedação está fundamentada,

segundo alegam, na impossibilidade de revisão da sentença absolutória, a qual gera, em conseqüência lógica, uma presunção absoluta quanto à falsidade do fato imputado⁸.

Contudo, haja vista a evolução da sociedade e dos direitos e garantias fundamentais, necessário se faz uma releitura do aludido dispositivo legal de modo a analisar se o seu conteúdo ou a sua atual interpretação estão de acordo com o ordenamento jurídico e, principalmente, com os princípios e garantias processuais positivados na Constituição Federal de 1988, os quais correspondem a direitos fundamentais de todo e qualquer indivíduo.

Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha afirma que ⁹:

Os casos previstos em lei estão justificados. Todavia, não podem excluir o sagrado direito de defesa, e entre eles está a possibilidade de demonstrar a atipicidade do fato, por não ser falsa a imputação feita. Note-se que a figura típica fala em “fato definido como crime”, e não que o agente “seja criminoso”. Destarte, ousadamente, afirmamos que a negação da exceção da verdade nos casos de calúnia afronta ao princípio constitucional da ampla defesa, de permitir ao acusado a prova da atipicidade do fato, quando verdadeira a acusação, qualquer que seja a vítima.

Resta analisar, portanto, se a vedação à prova da verdade, tal como previsto no diploma repressivo, refere-se apenas ao oferecimento da exceção da verdade - procedimento especial de colheita de prova - ou que a prova da verdade, seja ela realizada por qual meio for, é aquela vedada e, ainda, se as vedações legais previstas afrontam/violam/mitigam o princípio constitucional da ampla defesa, insculpido no art. 5º, LV, da CF de 88, bem como outros princípios basilares e inerentes ao direito penal e processual penal, tais como o princípio da presunção de inocência, da verdade real e da legalidade.

De modo a facilitar a compreensão do leitor, primeiramente será realizada uma abordagem do instituto da exceção da verdade, mencionando a atual posição da

⁸ HUNGRIA, Nelson, *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1945, v.6, págs. 72/74.

⁹ CAMARGO ARANHA, Adalberto José Q. T. de. *Crimes Contra a Honra*. 3. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005, pág. 134.

doutrina e da jurisprudência acerca do tema e realizando uma análise crítica sobre estes entendimentos. No capítulo seguinte serão analisados os princípios conflitantes com as vedações legais previstas no Código Penal e, por fim, o último capítulo trará uma análise específica de cada vedação legal à “prova da verdade”, averiguando-se, por meio de uma análise sistemática, a sua constitucionalidade e a possibilidade de realização de uma interpretação conforme a Constituição, de modo a possibilitar a permanência daqueles dispositivos normativos no ordenamento jurídico vigente.

CAPÍTULO III

A EXCEÇÃO DA VERDADE NOS CRIMES CONTRA A HONRA

3.1 – Aspectos Gerais

Inerente aos crimes contra a honra é a exceção da verdade, que se mostra como um mecanismo colocado à disposição do querelado para provar a veracidade dos fatos alegados. O ordenamento penal brasileiro, a despeito da existência de outros sistemas, adotou um sistema misto¹⁰, segundo o qual a prova da veracidade dos fatos alegados retira a elementar da falsidade prevista no tipo penal, excluindo, em consequência, a tipicidade da conduta supostamente ofensiva à honra, sendo, contudo, vedada a exceção da verdade em alguns crimes e contra certas pessoas, em razão de suas condições pessoais – são as denominadas exceções justificadoras, das quais trataremos mais a frente.

A exceção da verdade, ou *exceptio veritatis*, é a regra nos crimes de calúnia e exceção nos crimes de difamação. Isto porque a calúnia consiste em imputar falsamente a alguém a prática de fato definido como crime, existindo, portanto, um interesse não só do querelado, mas do próprio Estado em saber se o fato definido como

¹⁰ Camargo Aranha, ao discorrer sobre os diversos sistemas que previam a exclusão da verdade nos crimes contra a honra, assevera que: “Iniciaram-se, então, as primeiras codificações penais e a partir daí encontramos três correntes diversas: uma, aceitando em todas as suas formas a *exceptio veritatis*; outra, pela total abolição; e, finalmente, uma terceira, hoje predominante em quase todo o direito positivo, à qual chamaremos de sistema misto, pelo qual a verdade não aproveita em alguns crimes e contra certas pessoas, em razão de suas condições pessoais.” (CAMARGO ARANHA, Adalberto José Q. T. de. *Crimes Contra a Honra*. 3. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005, pág. 130)

crime efetivamente ocorreu ou não. Por seu turno, nos crimes de difamação, embora também exista a imputação de fato ofensivo à honra de alguém, este não constitui crime, de modo que não tem o Estado interesse em saber sobre a veracidade ou não do fato imputado, salvo se, conforme previsto no art. 139, parágrafo único do Código Penal, “o ofendido é funcionário público e a ofensa é relativa ao exercício de suas funções.”

A exceção da verdade deve ser oferecida, segundo entendimento da doutrina majoritária¹¹, no prazo previsto para a resposta à acusação, qual seja 10 (dez dias).

Oferecida a *exceptio veritatis*, cabe ao juiz decidir a respeito de sua admissibilidade. Em sendo admitida, deve suspender o processo e intimar o querelante para contestar, se desejar, a exceção no prazo de 02 (dois) dias e arrolar ou substituir testemunhas, até o número máximo de 08 (oito)¹².

O ônus da prova da verdade do fato imputado, na exceção da verdade, recai inteiramente sobre o excipiente.

Não se vislumbra a formação de novos autos, uma vez que, por se relacionar com o direito material discutido na ação principal, deve ser resolvida pelo juiz quando da prolação da sentença.

3.2 – Natureza Jurídica

O Supremo Tribunal Federal, chamado a se manifestar a respeito do tema, entendeu que¹³:

¹¹ Mirabete, em posição minoritária na doutrina, defende que: “Em regra, a exceção da verdade deve ser apresentada no prazo da defesa prévia, mas pode ser alegada e comprovada em qualquer fase processual, pois somente será apreciada na sentença final.” Mais a frente coleciona o seguinte julgado sustentando a posição por ele assumida: “TARSP: Crimes contra a honra. Exceção da verdade. Oferecimento somente ao ensejo das razões de apelação, na forma de produção de prova documental. Admissibilidade. Absolvição decretada. Voto Vencido. Inteligência dos arts. 231, 400 e 523 do CPP (RT604/307)”. (MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Código de Processo Penal Interpretado*. 11. ed. São Paulo: Atlas S.A., 2006, págs. 1.332/1.333)

¹² Art. 523 do Código de Processo Penal: “Art. 523. Quando for oferecida a exceção da verdade ou da notoriedade do fato imputado, o querelante poderá contestar a exceção no prazo de dois dias, podendo ser inquiridas as testemunhas arroladas na queixa, ou outras indicadas naquele prazo, em substituição às primeiras, ou para completar o máximo legal.”

¹³ Supremo Tribunal Federal – STF: Informativo 637

“A ‘*exceptio veritatis*’ constitui ação declaratória incidental destinada, em sua precípua função jurídico-material, a viabilizar ‘a prova da veracidade do fato imputado’. Tem pertinência nos processos penais condenatórios instaurados pela prática do delito de calúnia. É igualmente admissível - não obstante o caráter mais limitado de sua formulação - nos procedimentos persecutórios que tenham por objeto o crime de difamação. Neste caso, porém, a exceção da verdade somente se admitirá se o ofendido for agente público e a imputação difamatória disser respeito ao exercício de suas atividades funcionais. Com a formalização da ‘*exceptio veritatis*’, instauram-se relações processuais regidas pelo princípio do contraditório, incumbindo, o ‘*onus probandi*’, exclusivamente, ao próprio excipiente. A este compete, em conseqüência, fazer a prova de suas alegações. O ônus da adequada instrução probatória, no procedimento incidental da ‘*exceptio veritatis*’, pertence ao próprio excipiente, a quem se aplicam as normas relativas à disciplina legal da prova. Demonstrada a veracidade do fato delituoso imputado a terceiro, restará descaracterizado, no plano da tipicidade penal, o próprio delito de calúnia. O eventual estado de dúvida referente à falsidade das imputações caluniosas deve ser desfeito mediante atividade probatória plenamente desenvolvida por iniciativa dos excipientes. Se estes não conseguem, por falta de melhor diligência, demonstrar a veracidade das alegações, impõe-se a rejeição da ‘*exceptio veritatis*’, prevalecendo, em conseqüência, a presunção ‘*juris tantum*’ de falsidade, que é inerente à figura da calúnia (...).”
(RTJ 145/546, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

Em que pese o entendimento do E. Supremo Tribunal Federal, *data maxima venia*, ousamos discordar quanto à natureza jurídica da exceção da verdade no julgado acima descrito.

A ação declaratória incidental, segundo Humberto Theodoro Júnior, é “aquela que se destina apenas a declarar a certeza da existência ou inexistência de relação jurídica, ou de autenticidade ou falsidade de documento (art.4º). Podem essas ações ser manejadas em caráter principal (art.4º) ou incidental (5º)”¹⁴. Tem como finalidade, consoante lição de Nélon Nery Júnior ¹⁵:

“fazer com que a questão prejudicial de mérito, que seria apreciada *incidenter tantum*, necessariamente pelo juiz, possa ser abrangida pela coisa julgada. Objetiva-se a decisão *principaliter* sobre a relação jurídica prejudicial, que influirá na decisão sobre o mérito, aumentando-se assim os limites objetivos da coisa julgada;”

¹⁴ THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996, v.1, pág. 60.

¹⁵ NERY JUNIOR, Nélon, Rosa Maria Andrade Nery. *Código Civil Comentado e Legislação Processual Civil Extravagante em vigor*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, pág. 383.

A razão para a propositura deste tipo de ação está no fato de que as questões prejudiciais não são abrangidas pela imutabilidade gerada pela coisa julgada material, uma vez que elas são examinadas apenas para possibilitar o julgamento da procedência ou improcedência do pedido do autor.

Dentre os requisitos para a propositura de uma ação declaratória incidental, podemos citar – e mais nos interessa para a melhor compreensão deste trabalho – o interesse de agir específico. Claudia Seixas Silvany, em um artigo claro e preciso a respeito do tema, diz que ¹⁶:

Para que qualquer das partes possa requerer a declaração incidente, não é suficiente a superveniência de uma questão prejudicial. Além disso, é preciso existir um interesse de agir diverso daquele motivador da causa principal, consistente na utilidade da decisão desta questão não apenas para o processo em que foi proferida, mas também em relação a qualquer controvérsia atual ou futura entre as partes. Assim, se a solução incidental da questão prejudicial for bastante para compor o conflito de interesses, satisfazendo plenamente às partes, faltará a necessidade de tutela jurisdicional, ou seja, o interesse de agir.

De se ver, então, que o entendimento exarado pelo E. Supremo Tribunal Federal mostra-se equivocado, uma vez que a exceção da verdade não se destina a tornar a matéria indiscutível em qualquer outro processo existente entre as partes, mas sim permitir a realização da prova da veracidade do fato imputado, afastando-se uma das elementares dos crimes de calúnia ou difamação e, conseqüentemente, a tipicidade penal.

A exceção da verdade deve, portanto, ser vista como um mero procedimento especial incidental colocado à disposição do querelado e destinado a possibilitar a produção da prova da veracidade do fato imputado, o qual se caracteriza como uma questão prejudicial ao mérito da ação penal.

¹⁶ SILVANY, Claudia Seixas. Ação Declaratória Incidental. Disponível em: <http://www.juspodivm.com.br/i/a/%7B4571F47F-EB8C-4250-A886-687A57CC5A7D%7D_016.pdf>. Acesso em: 17 de nov. de 2011.

Neste mesmo sentido é do magistério o renomado doutrinador Cesar Roberto Bitencourt ¹⁷:

Em síntese: a *exceção da verdade* é apenas um *meio de prova* ou uma *forma procedimental* para produzir a prova, cuja supressão não tem o condão de alterar a tipicidade do crime de calúnia.

Na verdade, a proibição da utilização do instituto da “exceção da verdade” representa, por razões de política-criminal, somente uma limitação aos meios de prova permitidos nos crimes de calúnia e difamação, quando o sujeito passivo for o Presidente da República ou chefe de governo estrangeiro, permanecendo a necessidade de o Ministério Público demonstrar, no processo criminal próprio, que o sujeito ativo praticou um fato “típico”, antijurídico e culpável, isto é, que imputou *falsamente*, um fato definido como crime: a elementar “falsamente” continua a integrar a descrição típica; apenas o sujeito ativo não dispõe do *procedimento especial* – exceção da verdade – para demonstrar que sua acusação não é falsa; deverá fazê-lo na ação penal, isto é, no processo de conhecimento, normalmente.

Outrossim, cumpre destacar que a atual interpretação conferida ao instituto da exceção da verdade parte de um errôneo pressuposto, qual seja: que o objeto desta ação incidental é o julgamento do ofendido ou querelante e não do fato definido como crime a ele imputado.

Neste sentido, verifica-se que o entendimento pacífico na doutrina, bem como na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, quando o querelante é pessoa dotada de foro prerrogativa de função, é no sentido de ser necessária a remessa dos autos para o Tribunal competente para julgar os crimes praticados por aquelas pessoas. Vejamos alguns exemplos.

Guilherme de Souza Nucci, em seu Código de Processo Penal Comentado, assevera que: “quando o querelante (ação privada) ou o funcionário público (ação

¹⁷ BITENCOURT, Cesar Roberto. *Tratado de Direito Penal – Parte Especial* 2. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, pág. 304

pública) for beneficiário de foro privilegiado, a exceção contra ele oposta deve ser julgada pela instância superior competente.”¹⁸

No mesmo sentido, Mirabete aduz que ¹⁹:

Caso seja o querelante a gozar desse foro privilegiado, a competência para o julgamento da exceção da verdade é do Tribunal competente para julgar a pessoa com tal prerrogativa. Isto porque só este Tribunal pode reconhecer ter o querelante praticado infração penal ou fato desonroso no desempenho de suas funções.

O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, ao reconhecer a repercussão geral na AP 602/SC seguiu a mesma linha de entendimento dos doutrinadores acima mencionados. Vejamos a ementa da decisão²⁰:

EMENTA: EXCEÇÃO DA VERDADE OPOSTA A DEPUTADO FEDERAL. CRIME DE CALÚNIA. DISCIPLINA RITUAL DA “EXCEPTIO VERITATIS” NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. PROCESSO PREMATURAMENTE ENCAMINHADO AO STF. DEVOLUÇÃO AO JUÍZO DE ORIGEM. EXCEÇÃO DA VERDADE NÃO CONHECIDA.

- A exceção da verdade, quando deduzida nos crimes contra a honra que autorizam a sua oposição, deve ser admitida, processada e julgada, ordinariamente, pelo juízo competente para apreciar a ação penal condenatória.

- Tratando-se, no entanto, de “exceptio veritatis” deduzida contra pessoa que dispõe, “ratione muneris”, de prerrogativa de foro perante o STF (CF, art. 102, I, “b” e “c”), a atribuição da Suprema Corte restringir-se-á, unicamente, ao julgamento da referida exceção, não assistindo, a este Tribunal, competência para admiti-la, para processá-la ou, sequer, para instruí-la, razão pela qual os atos de dilação probatória pertinentes a esse procedimento incidental deverão

¹⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*, 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, pág. 523.

¹⁹ MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Código de Processo Penal Interpretado*. 11. ed. São Paulo: Atlas S.A., 2006, págs. 1.333/1.334.

²⁰ Supremo Tribunal Federal – STF: Informativo 637

ser promovidos na instância ordinária competente para apreciar a causa principal (ação penal condenatória). Precedentes. Doutrina.

A decisão acima transcrita deixa transparecer um posicionamento jurisprudencial equivocado e pouco econômico, haja vista que: relaciona o julgamento da exceção da verdade ao julgamento do excepto; inviabiliza a celeridade processual e eleva as custas processuais ao determinar a remessa dos autos para o mero julgamento da exceção oposta – caso seja julgada procedente nenhuma medida imediata em desfavor do excepto poderá ser tomada, sendo necessário o encaminhamento dos autos para os órgãos competentes para a tomada das medidas pertinentes, quais sejam: extração de cópia pertinentes ao oferecimento de denúncia e envio destas ao ilustre representante do Ministério Público com atribuição para atuar perante o Tribunal.²¹

Tendo em vista todo o exposto, afigura-se mais correto o entendimento de Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha no sentido de que a exceção da verdade busca demonstrar a veracidade do fato definido como crime e não provar se o agente a quem se imputada a prática do crime deve/pode ou não ser punido. Aduz o renomado autor: ‘Note-se que a figura típica fala em “fato definido como crime”, e não que o agente “seja criminoso”²². Desta feita, o foco principal da *demonstratio veri* é o fato imputado e não o ofendido/querelante.

Não há que se falar, então, em encaminhamento dos autos para Tribunal de instância superior a fim de julgar o incidente processual no qual figura como excepto indivíduo detentor de foro por prerrogativa de função, devendo a exceção da verdade ser julgada pelo magistrado competente para o julgar o crime de calúnia inicialmente proposto contra o querelado.

Tal entendimento, além de deter maior coerência com o próprio conceito de exceção da verdade esposado pela doutrina – prova da veracidade dos fatos alegados,

²¹ Neste sentido era o teor do artigo 583 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, vigente no ano de 2003: “Art.. 583 Se o crime irrogado ao querelante for de ação pública, o Presidente do Tribunal mandará extrair cópias dos documentos necessários ao oferecimento da denúncia, encaminhando-as ao Procurador-Geral de Justiça.”

²² CAMARGO ARANHA, Adalberto José Q. T. de. *Crimes Contra a Honra*. 3. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005, pág. 134.

como visto no item 3.1 -, proporciona uma maior celeridade processual e evita a majoração das custas processuais, uma vez que não é mais necessário o encaminhamento dos autos à instância superior para mero julgamento da exceção.

Registre-se que não há que se falar que tal posicionamento violaria as garantias processuais conferidas aos detentores de foro por prerrogativa de função, haja vista que, julgada procedente a exceção da verdade oferecida pelo querelado, deve o magistrado adotar as medidas atualmente previstas, quais sejam: extração de cópias dos documentos necessários ao oferecimento de ação penal em face do excepto e encaminhamento das mesmas ao representante do Ministério Público com atribuição para atuar perante o Tribunal no qual o querelante/ofendido deva ser processado e julgado.

CAPÍTULO IV

PRINCÍPIOS E GARANTIAS PENAIS E PROCESSUAIS PENAIS

4.1 – Introdução

Com o advento da Constituição Federal de 1988, a interpretação das leis ganhou um novo parâmetro, qual seja, a dignidade humana, em contraposição com o Estado autoritário imposto à nação durante o regime de ditadura militar que vigorou no Brasil por mais de duas décadas.

A Constituição, em seu art. 1º, III, traz a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, o que denota a preocupação do constituinte, fortemente influenciado pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, em colocar o indivíduo como referência e medida dos direitos e garantias previstos na Constituição.

A Constituição Federal em seu art. 5º prevê, em diversos de seus incisos, direitos e garantias dos indivíduos face ao poder estatal, dentre os quais: “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal” (art. 5º, XXXIX),

“aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes” (Art. 5º, LV), “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória” (art. 5º, LVII), entre tantos outros alicerces de ordem garantista que prevêm limitações impostas ao poder punitivo estatal.

Scarance Fernandes, ao discorrer sobre o percurso histórico que conduziu à realidade constitucional acima descrita, aduz que ²³:

Na evolução do relacionamento indivíduo-Estado, houve necessidade de normas que garantissem os direitos fundamentais do ser humano contra o forte poder estatal intervencionista. Para isso, os países inseriram em suas Constituições regras de cunho garantista, que impõem ao Estado e à própria sociedade o respeito aos direitos individuais, tendo o Brasil, segundo José Afonso da Silva, sido o primeiro a introduzir em seu texto normas desse teor. Além disso, principalmente após as guerras mundiais, os países firmaram declarações conjuntas, plenas de normas garantidoras, visando justamente a que seus signatários assumissem o compromisso de, em seus territórios, respeitarem os direitos básicos do indivíduo.

Desta feita, o ordenamento constitucional brasileiro, em termos processuais/penais, pautando-se pela busca de assegurar o indivíduo contra eventuais abusos por parte do Estado e de seus agentes, confere àquele um feixe de garantias hábeis a lhe proporcionar a efetivação e a tutela dos direitos constitucionalmente conferidos. Assim, o processo penal, em um Estado Democrático de Direito como o instituído pela Constituição Federal de 1988, apresenta-se para além de um mero instrumento viabilizador da aplicação das sanções, constituindo verdadeira garantia do indivíduo em face do poder estatal.

Neste diapasão, para a legítima punição do indivíduo e cerceamento do seu *status libertatis* constitucionalmente assegurado, deverá o processo penal lhe assegurar a oportunidade de defender-se pessoal e tecnicamente de todas as acusações que lhe

²³ FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, pag. 381.

foram imputadas, sendo a dúvida decisiva em favor de sua liberdade, da qual só pode ser privado a partir de um juízo de máxima certeza, extraída de provas produzidas em atenção aos princípios constitucionais e determinações legais, sendo garantido a ele o acesso a todos os meios de prova considerados legítimos e moralmente aceitos.

4.2 – Princípio da Ampla Defesa

Os direitos e garantias individuais tiveram sua gênese no pensamento cristão e nos direitos naturais, mostrando-se como situações jurídicas objetivas e subjetivas, voltadas, no direito positivo, em prol da dignidade, igualdade e liberdade da pessoa humana.

Dentro destas garantias ou direitos fundamentais está a ampla defesa, a qual está constitucionalmente prevista no art. 5º, LV da CF de 88 e foi assim positivada:

Art.5º - (...)

LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.”

Américo Bedê Júnior e Gustavo Senna aduzem que²⁴:

“Inerente ao contraditório é a ampla defesa. Por este princípio, as partes ou os interessados na administração da justiça devem ter o direito de apresentar todas as alegações, propor e produzir todas as provas que, a seu juízo, possam militar a favor do acolhimento da sua pretensão ou do não acolhimento da postulação do seu adversário. Esse direito abrange tanto o direito à autodefesa quanto à defesa técnica por um advogado habilitado e, também, o direito a não ser prejudicado no seu exercício por obstáculos alheios à sua vontade ou pela dificuldade de acesso às provas de suas alegações. (...)

Pelo princípio da ampla defesa, a parte tem plena liberdade de, em defesa de seus interesses, alegar fatos e propor meios de prova, eis que a defesa

²⁴ BEDÊ JUNIOR, Américo e Gustavo Senna. *Princípios do Processo Penal: entre o garantismo e a efetividade da sanção*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, págs. 178/179.

representa inquestionavelmente um interesse público, essencial em um Estado Democrático de Direito.”

No processo penal, onde as consequências da ação penal movida em face do réu pode vir a redundar na privação da liberdade deste, com ainda mais razão se mostra a necessidade de ser garantida ao máximo a aplicação do princípio da ampla defesa, possibilitando a utilização de todos os meios disponíveis para demonstrar a improcedência da ação a fim de se evitar o reconhecimento da responsabilidade penal em face do acusado.

Isto porque a defesa deve ser vista como um direito constitucionalmente conferido ao réu de opor-se à pretensão do autor, seja em sede de ação penal privada ou pública, propiciando-lhe ou permitindo o acesso deste a todos os meios que entender necessários a provar a improcedência da ação, seja no tocante ao mérito – por meio de defesa direta – ou no que toca aos vícios processuais verificados ao longo do processo – defesa indireta.

Neste diapasão, forçoso reconhecer que a norma prevista no § 3º do art. 138 do Código Penal está a merecer uma nova releitura em face das novas disposições, direitos e garantias trazidas pela Constituição Federal de 1988, haja vista que a aludida norma penal, inserida Ordenamento Repressivo datado de 03 de outubro de 1941, por certo não está mais em conformidade com as modernas previsões constitucionais de garantias e direitos individuais conferidos aos litigantes em processos judiciais e administrativos.

De se ver que a norma restritiva teve sua gênese durante período de força e de grande repressão social, intelectual e cultural, quando se buscava, primordialmente, o fortalecimento e a manutenção de um modelo de Estado, ainda que em detrimento de direitos e garantias dos indivíduos, ou seja, em total desrespeito ao sagrado princípio da dignidade da pessoa humana.

Por outro lado, a norma constitucional que veio a positivizar o princípio da ampla defesa, em sentido e com finalidade diametralmente opostos aos das vedações legais criadas em 1941, foi concebida como consagração da restauração do regime democrático do Estado de Direito, o qual tinha, e ainda tem, como finalidade primordial

a tutela e promoção dos direitos e garantias individuais, ainda que em detrimento dos interesses do Estado.

Fechar os olhos para tal realidade e dizer que algo deve ser de uma dada forma, apenas porque está previsto na lei, seria o mesmo que negar toda a evolução que se operou na sociedade ao longo de décadas, para não dizer séculos ou milênios, inviabilizando qualquer atividade do jurista ou do aplicador do direito a promover efetivamente a justiça.

Desta feita, é dever e obrigação do Estado proporcionar a todo acusado condições para o pleno exercício de seu direito de defesa, permitindo a este trazer ao processo todos e quaisquer elementos que julgar necessários ao esclarecimento da verdade, uma vez que somente desta forma seria satisfeito o mandamento constitucional e efetivada a promoção e o respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana.

As vedações à exceção da verdade previstas no § 3º do art. 138 do Código Penal não só limitam o direito constitucionalmente previsto do réu de se valer de todos os meios necessários para a sua defesa em face do *jus puniende* estatal, como também geram uma presunção de culpabilidade em desfavor do acusado e limitam a busca pela tão aclamada verdade real no processo penal.

4.3 – Princípio da Presunção de Inocência

Na esteira dos direitos e garantias individuais positivados pela Constituição Federal de 1988 encontramos o princípio da presunção de inocência, segundo o qual “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (art. 5º, LVII, da CF de 88).

Neste mesmo sentido é o teor da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, a qual prevê, em seu art. 11, que “*Everyone charged with a penal offense has the right to be presumed innocent until proved guilty according to law in a public trial at which he has all the guarantees necessary for his defense*”.

O aludido princípio, segundo as lições de Eugênio Pacelli de Oliveira ²⁵:

(...) impõe ao Poder Público a observância de duas regras específicas em relação ao acusado: uma de *tratamento*, segundo a qual o réu, em nenhum momento *do iter persecutório*, pode sofrer restrições pessoais fundadas exclusivamente na possibilidade de condenação, e outra de fundo probatório, a estabelecer que todo ônus da prova relativa à existência do fato e à sua autoria devem recair exclusivamente sobre a acusação. À defesa restaria apenas demonstrar a eventual presença de fato caracterizador de excludente de ilicitude e culpabilidade, cuja presença fosse por ela alegada.

Verifica-se, portanto, que o aludido princípio atua como uma garantia do réu contra eventuais investidas desmedidas do Estado em sua liberdade individual.

Por seu turno, a doutrina clássica, conforme lição do saudoso mestre Nelson Hungria, ao discorrer sobre os efeitos ou conseqüências da hipótese de vedação legal à exceção da verdade prevista no art. 138, § 3º, III, do Código Penal, é categórica ao afirmar que, nas situações previstas naquele dispositivo legal, “a falsidade da acusação se presume *juris et de jure*” ²⁶, ou seja, nas hipóteses do § 3º do art. 138 do Código Penal existe uma presunção da ocorrência do crime e, conseqüentemente, uma presunção de culpabilidade do acusado.

Todavia, em face da sistemática trazida pela Constituição Federal de 1988 mostra-se inadmissível no cenário jurídico atual a sustentação do entendimento supra mencionado. Tanto é assim que o Supremo Tribunal Federal, chamado a se manifestar a respeito do princípio da presunção de inocência foi incisivo ao afirmar que ²⁷:

"nenhuma acusação penal se presume provada. Não compete ao réu demonstrar a sua inocência. Cabe ao Ministério Público comprovar, de forma

²⁵ PACELLI DE OLIVEIRA, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 12. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2009, pag. 42

²⁴ HUNGRIA, Nelson, *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1945, v.6, pág. 74.

²⁷ Supremo Tribunal Federal – STF: HC n° 73.338/RJ, Rel. Min. Celso de Mello, data da publicação: 19/12/1996.

inequívoca, a culpabilidade do acusado. Já não mais prevalece, em nosso sistema de direito positivo, a regra, que, em dado momento histórico do processo político brasileiro (Estado Novo), criou, para o réu, com a falta de pudor que caracteriza os regimes autoritários, a obrigação de o acusado provar a sua própria inocência (Decreto-lei n. 88 de 20.12.1937, art. 20, no. 5)" (Destques acrescentados)

Cesar Roberto Bitencourt., ao discorrer sobre a imputação verdadeira de fato definido como crime na calúnia, com maestria leciona que ²⁸:

Questão que, a nosso juízo, exige uma ampla revisão constitucional refere-se à (im)possibilidade de configurar-se o crime de calúnia quando for verdadeira a imputação da prática de fato definido como crime. Segundo orientação maciça da doutrina brasileira, não sendo admitida a *exceção da verdade*, no caso previsto no inciso II do § 3º do art.138 do CP, a *falsidade* da imputação é *presumida*; nesses casos, *mesmo sendo verdadeira* a imputação, segundo sustenta, configura-se o crime de calúnia. Ignora que o Direito Penal da culpabilidade é incompatível com *presunções irracionais* e iníquas, que apenas procuram mascarar uma *responsabilidade penal objetiva*, proscrita do Direito Penal moderno.

Assim, qualquer norma jurídica ou interpretação de norma tendente a violar ou mitigar a aplicação do aludido princípio constitucional deve, de imediato, ser rechaçada do mundo jurídico pelo aplicador do direito.

Desta feita, carece de sustentação constitucional a regra positivada no art. 138, § 3º, do Código Penal, haja vista que tal regra não apenas gera uma presunção de culpabilidade do acusado como impede o exercício da ampla defesa, outrora já tratado, e impede a busca pela verdade real.

²⁸ BITENCOURT, Cesar Roberto. *Tratado de Direito Penal – Parte Especial 2*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, pág. 303

4.4 – Princípio da Verdade Real

Inerente ao processo penal, tendo em vista as suas finalidades e os seus efeitos na vida dos indivíduos colocados em seu pólo passivo, é o princípio da verdade real. Segundo este princípio, o processo penal deve tentar, o máximo possível, ser uma reprodução/um espelho dos fatos que se colocam a julgamento.

Fernando da Costa Tourinho Filho aduz que ²⁹:

A função punitiva do Estado, preleciona Fenech, só pode fazer-se valer em face daquele que, realmente, tenha cometido uma infração; portanto o Processo Penal deve atender à averiguação e descobrimento da verdade real, da verdade material, como fundamento da sentença.

Tal entendimento se deve ao fato de que a atual concepção do processo não admite que o magistrado se porte como se mero expectador fosse. Dada a sua autonomia, cumpre ao juiz, em especial no processo criminal, exercer o *ius puniendi* estatal somente em face daquele que efetivamente concorreu para a prática da infração penal, nos exatos limites de sua culpabilidade.

Neste ponto faz-se necessário um breve comentário quanto à inadequada e falaciosa dicotomia apontada em manuais de teoria geral do processo existente entre verdade real e verdade formal, qualificando-se a primeira como norte inarredável do processo penal, e, a segunda como princípio informador do processo civil.

De fato, o processo civil, tendo em vista a natureza muitas vezes disponíveis dos direitos em choque, faz com que a atividade do magistrado na busca pela verdade dos fatos alegados seja minimizada, transferindo às partes a obrigação de trazer à presença do magistrado as provas necessárias a embasar os fatos alegados, o que, via de conseqüência, poderia caracterizar o acolhimento de uma verdade tida como formal.

Todavia, tal verdade formal, ainda que em sede de processo civil, deve ser afastada principalmente naquelas demandas em que estão envolvidos direitos

²⁹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, v.1, pág. 37.

indisponíveis das partes, nas quais a atividade probatória do magistrado deve ser maior, em busca do que comumente é chamado por verdade real.

No processo penal, contudo, tendo em vista a possibilidade de restrição do direito constitucional à liberdade do indivíduo, bem como o elevado grau de interesse social com relação às condutas tuteladas, deve ser de todo evitada a verdade formal, devendo o magistrado, assim como apontado acima, pautar-se sempre pela busca da verdade real, a fim de que a elucidação dos fatos que fundamentarão as suas decisões seja feita da forma mais acurada possível.

Fernando Capez diz, a respeito do tema, que “No processo penal, o juiz tem o dever de investigar como os fatos se passaram na realidade, não se conformando com a verdade formal constante nos autos.”³⁰

Registre-se, conforme apontado por certa parcela da doutrina, ainda que a formulação de um critério seguro de verdade acerca de uma tese jurídica possa mostrar-se como sendo impossível, haja vista que a verdade certa, absoluta e objetiva representa um ideal de difícil alcance³¹, tal fato não retira do magistrado, enquanto responsável pela condução de um processo penal, o dever de sempre buscar que o resultado da instrução processual criminal seja o mais próximo possível da realidade fática posta em julgamento.

Deve o juiz, portanto, permitir que as partes tenham acesso a todos os mecanismos de produção de prova em direito admitidos, a fim de que possam trazer a seu conhecimento a maior quantidade possível de elementos hábeis a lhe permitir uma melhor visualização da realidade fática. Deve, ainda, no caso de visualizar a necessidade de produção de uma determinada prova e quedando-se inerte a parte a cujo ônus incumbia a produção desta prova, valer-se dos dispositivos legais que lhe conferem poderes instrutórios e determinar, de ofício, a produção desta, afastando-se,

²⁹ CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, págs. 26-27.

³¹ Nesta mesma linha de raciocínio, Luigi Ferrajoli sustenta 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”³⁴ inalcançável. A idéia contrária de que se pode conseguir uma verdade objetiva ou absolutamente certa é, na realidade, uma ingenuidade epistemológica, que as doutrinas jurídicas iluministas do juízo, como aplicação mecânica da lei, compartilham com o realismo gnosiológico vulgar.” (FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão – Teoria do Garantismo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, pág. 42)

ao máximo, as dúvidas que pairam sobre os fatos *sub judicis* e propiciando, assim, prolação de uma decisão fundamentada em um juízo de certeza mais próximo da verdade, aqui denominada verdade real, ou, como preferem outros autores, verdade processual ³².

Neste ínterim, não restam dúvidas de que a vedação à *demonstratio veri* nos crimes de calúnia afronta diretamente o princípio em cotejo, haja vista que não só limita a atividade probatória do réu no que tange ao fato imputado, como também, em total descompasso e em sentido contrário a todo o exposto neste tópico, impõe ao juiz uma limitação quanto aos fatos que pode tomar conhecimento, mitigando, em consequência, seus poderes instrutórios e obrigando-o a prolar uma decisão tendo por base apenas a verdade formal.

4.5 – Princípio da Legalidade

A Constituição Federal, em seu art. 5º, XXXIX, positivou o chamado princípio da legalidade ou da reserva legal no âmbito do processo penal, aduzindo expressamente que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”.

Este princípio constitui “uma efetiva limitação ao poder punitivo estatal” ³³, haja vista que o Estado, enquanto detentor do *jus puniendi*, utiliza-se de meios consideravelmente gravosos na repressão do delito e intervém nos direitos mais elementares dos indivíduos, razão pela qual, tendo em vista o caráter de *ultima ratio* que deve ser assumido pelo direito penal, devem haver limites previamente estabelecidos para o exercício do *jus puniendi* estatal.

³² Fernando da Costa Tourinho Filho, ao tratar deste assunto, diz que: “mesmo na justiça penal, a procura e o encontro da verdade real se fazem com as naturais reservas oriundas da limitação e falibilidade humanas, e, por isso, melhor seria falar de verdade processual ou verdade forense, até porque, por mais que o Juiz procure fazer uma reconstrução histórica do fato objeto do processo, muitas e muitas vezes o material de que ele se vale poderá conduzi-lo a uma falsa verdade real.” (TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Direito Processual Penal*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 1, págs. 92/93)

³³ BITENCOURT, Cezar Roberto, *Tratado de Direito Penal – Parte Geral 1*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, pág. 11

Sobre o tema, Damásio de Jesus leciona que ³⁴:

O Princípio da Legalidade (ou de reserva legal) tem significado político, no sentido de ser uma garantia constitucional dos direitos do homem. Constitui a garantia fundamental da liberdade civil, que não consiste em fazer tudo o que se quer, mas somente aquilo que a lei permite. À lei e somente a ela compete fixar as limitações que destacam a atividade criminosa da atividade legítima. Esta é a condição de segurança e liberdade individual. Não haveria, com efeito, segurança ou liberdade se a lei atingisse, para os punir, condutas lícitas quando praticadas, e se os juízes pudessem punir os fatos ainda não incriminados pelo legislador”

Atento a estes fatos, o legislador tratou de positivizar no ordenamento jurídico estes limites impostos ao Estado, limites estes que se encontram nos tipos penais. Isto é, apenas constitui crime, autorizando ao Estado a exercer o seu *jus puniendi*, a prática de condutas previamente definidas como tal.

Os tipos penais devem ser o mais claro e objetivos possíveis, de modo a afastar toda e qualquer dúvida quanto ao conteúdo e extensão da norma penal incriminadora. Desta feita, para que a intervenção estatal possa ser considerada legítima faz-se necessário que esta se assente em duas pilas básicas: previsão expressa no ordenamento jurídico quanto à tipicidade da conduta do indivíduo – legalidade ou reserva legal - e impossibilidade de se tutelar o bem jurídico, de forma eficaz, por meios diversos do direito penal – *ultima ratio*.

Neste diapasão, devem ser questionadas as vedações legais previstas no art. 138, § 3º, do Código Penal, haja vista que, se aplicado o aludido dispositivo legal conforme o entendimento atual da doutrina e da jurisprudência haverá, sem sombras de dúvidas, uma violação ao princípio da legalidade ou da reserva legal.

Isto porque o crime de calúnia exige, para a sua consumação, a imputação a outrem da prática de um fato FALSO definido como crime e a presença do elemento

³⁴ JESUS, Damásio Evangelista. **Direito Penal – Parte Geral**. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 1990, v.1, págs.51/52.

subjetivo consistente no *animus caluniandi*. Ao proibir o querelado de fazer a prova da verdade do fato imputado estaríamos criando um novo tipo penal, o qual poderia ser assim definido: “Imputar a alguém um fato definido como crime nas hipóteses previstas no art. 138,§ 3º, do Código Penal”.

Nestes casos, conforme muito bem apontado por Bitencourt ³⁴:

Segundo a orientação maciça da doutrina brasileira, não sendo admitida a *exceção da verdade*, no caso previsto no art. 138, II, do CP, a *falsidade* da imputação é *presumida*; nesses casos, *mesmo sendo verdadeira a imputação*, segundo sustenta, configura-se o crime de calúnia. Ignora que o Direito Penal da culpabilidade é incompatível com *presunções irracionais* e iníquas, que apenas procuram mascarar uma *responsabilidade penal objetiva*, proscrita do Direito Penal moderno.

Mais a frente conclui o renomado autor ³⁶:

Enfim, admitir como caluniosa a imputação, a quem quer que seja, da autoria de fato verdadeiro definido como crime afronta a razoabilidade, ignora o princípio da reserva legal, cria uma figura esdrúxula de calúnia de fato verdadeiro; (...). Assim, o “crime” estaria não na ação, “caluniar imputando falsamente”, mas na ousadia de indicar quem foi, verdadeiramente, o autor do crime, configurando a mais absurda heresia jurídico-penal! “Crime” não seria mais a ação típica, antijurídica e culpável, mas ousar apontar o verdadeiro autor de um crime, se este for o Presidente da República. Com o devido respeito, isso é autêntica responsabilidade penal objetiva e, o que é pior, por fato não definido como crime.

(...)

Por fim, conclui-se, não se pode falar em crime sem a presença do *elemento subjetivo*, que, segundo a teoria dominante, integra a própria ação humana, que é a pedra angular do tipo penal. E quem imputa fato verdadeiro a alguém

³⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal – Parte Especial 2*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, pág. 303

³⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal – Parte Especial 2*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, págs. 305-306.

não age com o propósito de caluniar. Logo, não há *justa causa* para a ação penal pelo crime de calúnia se não for identificável ou se não houver o *animus caluniandi*, visto ser verdadeira a imputação.

CAPÍTULO V

VEDAÇÕES LEGAIS PREVISTAS NO ART. 138, § 3º, DO CÓDIGO PENAL

5.1 – Inciso I: “se, constituindo o fato imputado crime de ação penal privada, o ofendido não foi condenado por sentença penal irrecorrível;”

Conforme já mencionado em outro capítulo, o ordenamento jurídico-penal pátrio, no que tange aos crimes contra a honra e, especialmente, à possibilidade de ser demonstrada a verdade dos fatos imputados, adota um sistema misto, punindo separadamente calúnia e difamação e admitindo a exceção da verdade, como regra na calúnia e exceção no crime de difamação.

Diz-se “em regra” no crime de calúnia uma vez que o ordenamento jurídico previu situações em que a prova da verdade não seria admitida.

A primeira destas situações em que é vedada a exceção da verdade está prevista no art. 138, § 3º, I, do Código Penal. A doutrina há muito entende que esta vedação legal está relacionada à tutela da intimidade da vítima do fato imputado ao querelante, bem como decorre dos princípios e institutos norteadores da ação penal privada.

Nelson Hungria, comentando a presente vedação, é incisivo ao afirmar que esta vedação ³⁷:

(...) explica-se pelo raciocínio de que é um simples corolário do próprio critério de política criminal que informa o instituto da ação privada. Se, no tocante a certos crimes, a lei, para evitar ao ofendido maior escândalo ou desassossego com o *strepitus judicii*, ou para ensejar sua reconciliação com o ofensor, deixa

³⁷ HUNGRIA, Nelson, *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1945, v.6, págs. 73/74.

ao seu arbítrio a iniciativa ou prosseguimento da ação penal, não se compreenderia que fôsse outorgada a terceiros a faculdade de proclamar o fato *coram populo* e comprová-lo *coram iudice*. Incidiria a lei em flagrante contradição, se tal permitisse.

Em complemento aos argumentos acima, Tourinho Filho salienta ainda que³⁸:

(...) se a Autoridade Policial não pode instaurar inquérito policial nos crimes de alçada privada se o ofendido não requerer, se o Ministério Público não pode instaurar processo por crime de ação privada uma vez que o Estado conferiu ao ofendido o direito de, nos crimes de ação privada, julgar da conveniência quanto à propositura da ação penal, mesmo porque o *strepitus fori*, muitas vezes, por ser-lhe mais prejudicial que a impunidade do criminoso, não faria, como não faz, sentido alguém imputar a outrem um crime de ação privada e pretender provar na Justiça esse fato, cuja divulgação somente à vítima do crime interessa.

Prevalece, portanto, na visão doutrinária clássica, o entendimento de que a vedação à prova da verdade não se limita somente ao meio de sua produção – exceção da verdade prevista no art. 523 do CPP -, mas vai para além, sendo vedada a produção da prova da verdade por qualquer meio, uma vez que, conforme delineado acima, somente à vítima do fato imputado ao querelante interessa a persecução penal e a divulgação deste fato.

Em que pese os fortes argumentos trazidos por estes doutrinadores não se mostra razoável, e muito menos conforme a atual sistemática de direitos e garantias individuais positivada pela Constituição Federal de 1988, a punição de um indivíduo com base em meras presunções legais decorrentes do cerceamento do sagrado direito à ampla defesa, ao vedar a produção de uma prova essencial para demonstrar a atipicidade da conduta praticada pelo acusado.

³⁸ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Código de Processo Penal Comentado*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, v.2, pág. 232/233.

O magistrado, quando diante de um crime de calúnia supostamente praticado na hipótese prevista no art. 138, § 3º, I, do Código Penal e que o acusado, sem se valer do procedimento especial da exceção da verdade previsto no art. 523 do Código de Processo Penal, traz aos autos provas cabais que demonstram a veracidade dos fatos imputados ao querelante, deveria simplesmente ignorá-las e condenar o querelado ao argumento de que, embora tenha ele provado que os fatos ocorreram como dito e que não está presente a elementar da falsidade prevista no crime de calúnia, a prova da verdade é irrelevante, eis que vedada expressamente pelo Código Penal e por isso dela não poderia conhecer?

Indagação semelhante a esta é feita por Bitencourt ao questionar a possibilidade de punição de um acusado quando não concorrer um dos elementos do tipo – a falsidade da imputação-, tornando a conduta deste atípica. Vejamos ³⁹:

Como condená-lo, somente porque não lhe é permitido fazer uso de determinado meio de prova – *exceção da verdade* -, quando todos os demais meios *moralmente legítimos e não vedados em lei* podem demonstrar a *atipicidade* do fato que lhe é imputado? O direito de *ampla defesa* não lhe assegura o direito de comprovar, nos autos da ação criminal a que responde, que o fato que imputou ao presidente é verdadeiro?

A estas indagações assim responde o renomado autor:

Ora, se a *imputação* não é *falsa*, não é calúnia, e se não é *calúnia*, seu autor não infringiu a proibição contida no tipo penal. Aliás, o próprio Nélson Hungria afirmava que, “segundo a própria definição legal, é da essência da calúnia a *falsidade* da imputação (ou porque não seja verdadeiro o fato imputado, ou porque seja mentirosa a imputação da autoria de fato verdadeiro)”²⁵. Por isso, é paradoxal, incoerente e contraditório o entendimento anteriormente citado de Hungria, ao admitir a *calúnia de fato verdadeiro*. Só pode ser produto de irreflexão!

³⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal – Parte Especial* 2. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, pág. 305.

Nesta esteira, impende mencionar que a mais acertada doutrina e jurisprudência já caminham no sentido de permitir a utilização de provas obtidas por meios ilícitos sempre que estas não forem moralmente ilegítimas e puderem ser usadas em benefício do acusado ⁴⁰. Assim, não haveria razão para ser ainda adotado atualmente o entendimento doutrinário clássico quanto à vedação da prova da verdade, haja vista que o magistrado, estando diante de uma ação penal em que a prova da verdade do fato imputado, nas condições do art. 138, § 3º, I, do CP, é produzida, não poderia simplesmente fechar os olhos para esta prova, determinando o seu desentranhamento dos autos, e condenar o querelado.

Incoerente, portanto, além de contraprodutivo, distante da realidade e violador de todos os princípios elencados no capítulo anterior, conferir ao dispositivo penal em comento interpretação diversa da que se propõe neste trabalho, qual seja: que a vedação à “prova da verdade” refere-se, apenas e tão somente, à impossibilidade de o querelado valer-se do procedimento especial incidental de produção de prova previsto no art. 523 do Código de Processo Penal, sendo a ele permitido, no curso da ação penal movida em seu desfavor, utilizando-se dos demais meios de prova moralmente legítimos e não vedados por lei, demonstrar a atipicidade de sua conduta, face a veracidade dos fatos por ele imputados ao querelante.

5.2 – Inciso II: “se o fato é imputado a qualquer das pessoas indicadas no nº I do art. 141;”

A presente vedação legal, segundo a clássica doutrina, está fundamentada na majestuosidade do cargo ocupado pelo Presidente da República e pelos Chefes de Governos Estrangeiros. A dignidade (honra objetiva) destes deve ser observada e respeitada por todos os indivíduos, de modo que toda e qualquer ofensa à honra ou

⁴⁰ Neste sentido, Bárbara Grayce Carvalho Da Silva, em seu trabalho de monografia denominado “A Admissibilidade Das Provas Ilícitas No Processo Penal”, assevera que: “José Carlos Barbosa Moreira[21]entende que: É possível a utilização de prova favorável ao acusado ainda que colhida com infringência a direitos fundamentais seus ou de terceiros, quando indispensáveis, e, quando produzida pelo próprio interessado (como a de gravação de conversação telefônica, em caso de extorsão, p. ex.), traduzindo a hipótese de estado de necessidade, que exclui a ilicitude.

acusação dirigida contra estas pessoas deve ficar restrita aos meios previstos na Constituição Federal de 1988, sendo vedada a exposição pública/aberta destes indivíduos.

O saudoso penalista Nelson Hungria, desde os primeiros anos de vigência do Código Penal de 1940, já adotava os fundamentos acima apontados como fatores justificadores da vedação à *exceptio veritatis*. Afirmava o renomado autor que ⁴¹:

A dignidade do Chefe de Nação exige que êste não seja acusado de ações criminosas, senão perante o poder competente e ressalvadas as suas prerrogativas constitucionais. Ainda que verdadeiro o fato imputado, a *exceptio veritatis*, na espécie, valeria por expor o Presidente da República ao desprestígio de sua autoridade e a vexame incompatível com a majestosidade do seu cargo.

(...)

O chefe de governo de uma nação é como a personificação desta, e as boas relações internacionais não permitem que o cidadão de um país possa impunemente atacar a honra de um chefe de govêrno estrangeiro, ainda que se trate de fatos verdadeiros, pois, de outro modo, poderia sobrevir até mesmo a quebra da amizade entre os dois países, quando não um *casus belli*.

De se ver que, na visão clássica, a vedação prevista no art. 138, § 3º, II, do Código Penal referia-se tanto à impossibilidade de se demonstrar a verdade do fato imputado por meio de procedimento especial de produção de prova quanto por qualquer outro meio. Em outras palavras, a demonstração da verdade do fato imputado não era permitida em hipótese alguma.

Todavia, diante da evolução sociocultural verificada na sociedade, em especial, com o advento de um Estado Democrático de Direito, revela-se inadmissível adotar o entendimento clássico acima delineado, haja vista que afronta diretamente todos os princípios mencionados no capítulo anterior, pelos motivos e razões já expostas.

Registre-se, na oportunidade, que o crime de difamação, previsto no art. 139 do Código Penal, em regra, não admite a *demonstratio veri*, salvo na hipótese prevista

⁴¹ HUNGRIA, Nelson, *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1945, v.6, págs. 73/74.

no parágrafo único daquele dispositivo legal, qual seja: se o ofendido é funcionário público e a ofensa é relativa ao exercício de suas funções.

Tourinho Filho salienta que a razão para se permitir a prova da verdade nestas situações está no fato de que ⁴²:

A administração Pública tem interesse em saber se a pessoa que está exercendo este ou aquele cargo público o faz com dignidade e compostura. Como bem disse Hungria, “ao funcionário público não basta ser honesto ou abster-se de abusos na sua atividade específica: é-lhe indispensável um conjunto de virtudes e de aptidões que o tornem digno do cargo que ocupa” (*Comentários ao Código Penal*, v. 6, p. 84). De outra parte, quem exerce função pública deve ficar exposto à censura pública. Por esses motivos, e somente nessa hipótese, admite-se a exceção da verdade na difamação.

Neste diapasão, se o simples fato de se ocupar um cargo público qualquer já faz com que o seu ocupante esteja exposto à censura pública e permite, nos crimes de difamação (no qual sequer há imputação de fato definido como crime, mas, tão somente, a imputação de fato ofensivo à honra), a realização da prova da verdade do fato imputado, com mais razão ainda deve ser permitida esta prova quando estamos diante de um crime de calúnia. Isto porque, neste crime, o interesse da Administração Pública de apurar a conduta de seus agentes é ainda maior, uma vez que trata-se da imputação de um fato definido como crime.

Sendo este fato imputado ao Presidente da República, Chefe de Estado e, sem a menor sombra de dúvidas, o funcionário público ocupante de cargo de maior relevância, é um total contracenso vedar a prova da verdade quando um indivíduo qualquer lhe imputa a prática de fato definido como crime. Como funcionário público que é, o Presidente da República deve estar igualmente exposto à censura pública, sendo indispensável, conforme bem apontado por Hungria, que este seja dotado de um conjunto de virtudes e aptidões que o tornem digno para o cargo. Conjunto este que

⁴² TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Código de Processo Penal Comentado*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, v.2, pág. 231.

restará ausente caso reste evidenciada a prática de condutas contrárias ao ordenamento jurídico penal pátrio.

Desta feita, o interesse da Administração Pública em apurar a veracidade dos fatos imputados aos seus funcionários deve guardar a devida relação de proporcionalidade e equivalência com o cargo ocupado por este, não se mostrando razoável ou de acordo com os princípios regentes da Administração Pública, dentre os quais podemos citar a moralidade e publicidade, a vedação à prova da verdade nos crimes de calúnia, quando o fato definido como crime seja imputado ao Presidente da República.

Nestes termos, buscando conciliar todos os interesses em jogo e manter na ordem jurídica o dispositivo legal previsto no art. 138, § 3º, II, do Código Penal, deve o aludido dispositivo ser interpretado de forma restritiva e conforme as novas diretrizes, direitos e garantias trazidos pela Constituição de 1988, de modo que a vedação nele prevista abarque apenas, e tão somente, a possibilidade do querelado se valer de um procedimento especial – previsto no art. 523 do Código de Processo Penal – para produzir a prova da verdade do fato imputado, ou seja, pode o querelado demonstrar a veracidade da imputação, como exercício do seu direito de defesa, nos autos a que responde por crime de calúnia, utilizando-se para tanto de todos os meios de prova moralmente legítimos e não vedados em lei.

5.3 – Inciso III: “se do crime imputado, embora de ação pública, o ofendido foi absolvido por sentença irrecorrível.”

Por fim, a última vedação legal prevista no art. 138, § 3º, do Código Penal, segundo a clássica doutrina, se justifica pelo fato da aplicação do instituto da coisa julgada. Hungria assim se manifesta ⁴³:

A terceira exceção, finalmente, é uma lição necessária do cânion jurídico segundo o qual *res judicata pro veritate habetur*. Desde que o ofendido já foi absolvido do crime imputado, por decisão irrecorrível, a falsidade da imputação se presume *iusris et de jure*. Se a sentença criminal absolutória, uma vez

⁴³ HUNGRIA, Nelson, *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1945, v.6, págs. 74.

passada em julgado, não pode ser *revista*, ainda que surjam novas provas, não se pode admitir que a qualquer pessoa seja dado provar contra a *res judicata*.

Neste mesmo sentido, Tourinho Filho aduz que ⁴⁴:

Se, ante uma sentença absolutória já transitada em julgado, nem o próprio Estado, de posse de provas robusta e idôneas, pode, por meio dos seus órgãos próprios, ingressar no juízo revidendo para desconstituí-la, procurando, assim, provar que o fato existiu e que o réu foi o seu autor, haja vista que o nosso ordenamento não admite a revisão *pro societate*, não teria cabimento pudesse alguém imputar a outrem um fato que constitui crime de ação pública, ainda que verdadeiro (mas de cuja acusação foi ele absolvido por sentença transitada em julgado), e pretender provar sua veracidade.

Todavia, não obstante o inegável conhecimento jurídico dos renomados autores acima citados, tal entendimento não pode, em hipótese alguma, prevalecer no atual cenário jurídico. Isto porque, perdem de vista estes autores os direitos e garantias positivados pela Constituição Federal de 1988, em especial, no que tange aos princípios tratados no capítulo anterior, quais sejam: ampla defesa, presunção de inocência, verdade real e legalidade.

Ignoram também, conforme já tratado em tópico anterior (item 3.2), de que a exceção da verdade ou a prova da verdade não implica em novo julgamento do ofendido/querelante/excepto. De forma alguma! A prova da verdade do fato imputado, seja ela realizada no corpo da própria ação penal privada movida em face do querelado ou seja pela via do procedimento especial previsto no art. 523 do Código de Processo Penal, busca tão somente demonstrar a veracidade do FATO imputado ao querelante e não provar que o mesmo é culpado e, por isso, deva ser punido pela prática de tal fato.

Desta feita, o foco principal é o fato imputado e não o ofendido/querelante. O que se está julgando é se o fato ocorreu da forma em que foi dita pelo querelado e não

⁴⁴ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Código de Processo Penal Comentado*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, v.2, pág. 231.

se o querelante será punido caso reste evidenciado que o fato a ele imputado efetivamente ocorreu.

Neste ínterim, o magistrado, ao conhecer da prova trazida aos autos pelo querelado e dela se utilizar, não estará a realizar um novo julgamento, ou uma revisão criminal, em desfavor do acusado ou *pro societate*. Na verdade, o enfrentamento e sopesamento desta prova afigura-se como um imperativo, eis que decorrente do direito de ampla defesa do acusado, o qual pode e deve valer-se de todos os meios moralmente legítimos para provar a sua inocência.

Neste diapasão, e tendo em vista que o crime de calúnia exige para a sua consumação que o fato imputado seja, além de definido como crime, também falso, a análise quanto às provas relativas a afastar a elementar da falsidade afiguram-se como uma questão prejudicial incidental ao mérito da ação penal. Portanto, as provas inerentes à veracidade ou falsidade do fato imputado devem ser previamente analisadas pelo magistrado, condicionando a sua decisão no tocante ao mérito da ação, uma vez que, caso seja reconhecida a veracidade do fato – e não a possibilidade de ser o querelante punido, frize-se - deve ele julgar improcedente a ação penal privada movida em desfavor do querelado, eis que este, diversamente do que foi dito na queixa, não chegou a praticar um fato típico, já que ausente uma das elementares do tipo penal do qual é acusado, qual seja: a elementar “falsamente”.

Não há que se falar, portanto, em ofensa à coisa julgada, haja vista que não se está a realizar um novo julgamento do querelante. O que se está a fazer, na verdade, é averiguar se estão ou não presentes todas as elementares descritas no tipo penal, eis que somente será possível a sua punição caso obtenha-se uma resposta afirmativa quanto a esta análise, posto que, do contrário, deve ele ser absolvido ante a atipicidade de sua conduta.

Pelo exposto, assim como nas hipóteses anteriormente analisadas, a presente vedação legal deve ser interpretada de forma restritiva, de modo que apenas não seja conferido ao querelado a possibilidade de se valer do procedimento especial previsto no art. 523 do Código de Processo Penal para produzir a prova da verdade do fato imputado. Pode ele, em via de consequência, demonstrar a veracidade da imputação, como exercício do seu direito pleno de defesa, nos autos a que responde

por crime de calúnia, utilizando-se para tanto de todos os meios de prova moralmente legítimos e não vedados em lei.

Conclusão

Com o advento da Constituição Federal de 1988, a “Constituição Cidadã”, foram positivados diversos direitos e garantias para os litigantes em processos judiciais ou administrativos, na tentativa de banir da ordem jurídica às barbáries ocorridas, com proteção e amparo legal, ao longo do período da Ditadura Militar.

O nosso atual Código Penal, promulgado em 07 de dezembro de 1940, retrata os anseios, o pensamento e a ideologia de uma sociedade que muito se difere da sociedade contemporânea, razão pela qual deve ser constantemente atualizado de modo penalizar apenas as ofensas aos bens jurídicos socialmente relevantes.

Neste diapasão, a constante releitura das normas penais sob a ótica dos princípios, direitos e garantias constitucionalmente previstos é medida que se impõe como forma de legitimar a aplicação do direito penal face à dinâmica social vivenciada nos dias modernos.

O crime de calúnia exige para a sua configuração a presença de todas as elementares descritas em seu tipo penal, entre as quais destacamos a elementar “falsamente”. Assim, se o fato imputado ao querelante é verdadeiro inexistente o crime de calúnia, uma vez que ausente a falsidade do fato imputado. Não existe calúnia de fato verdadeiro.

Neste diapasão, a clássica interpretação conferida ao art. 138, § 3º, do Código Penal – impossibilidade de se provar, por qualquer meio, a veracidade do fato imputado - não mais merece ser acolhida no atual sistema jurídico pátrio, haja vista sua flagrante violação aos princípios inerentes ao direito processual e material penal, insculpidos ao longo da Magna Carta de 1988.

Viola o princípio da ampla defesa ao limitar o direito constitucionalmente previsto do réu de se valer de todos os meios necessários para a sua defesa em face do *jus puniende* estatal.

Viola o princípio da presunção de inocência por gerar, contrariamente ao previsto na Constituição, uma presunção de culpabilidade do querelado.

Viola o princípio da verdade real ao limitar a atividade probatória do réu no que tange ao fato imputado e impor ao juiz uma limitação quanto aos fatos que pode

tomar conhecimento, obrigando-o a prolatar uma decisão tendo por base apenas a verdade formal.

Viola, por fim, o princípio da legalidade ao criar um novo tipo penal, o qual poderia ser tipificado da seguinte forma: “Imputar a alguém um fato definido como crime nas hipóteses previstas no art. 138,§ 3º, do Código Penal”.

Desta feita, realizando uma interpretação conforme a Constituição do mencionado dispositivo legal, a fim de permitir a sua manutenção do ordenamento jurídico pátrio e ainda compatibilizá-lo com as diretrizes, direitos e garantias previstos na Magna Carta, chega-se a conclusão de que a vedação contida naquele dispositivo somente abarca a possibilidade de o querelado valer-se do procedimento especial da exceção da verdade, previsto no art. 523 do Código de Processo Penal, para produzir a prova da veracidade do fato imputado ao querelante. Deste modo, há de ser permitido ao querelado demonstrar a veracidade deste fato, no corpo da ação penal privada a que responde pela suposta prática de crime de calúnia, por todos os demais meios de prova moralmente legítimos e não vedados em lei.

BIBLIOGRAFIA

BEDÊ JUNIOR, Américo e Gustavo Senna. *Princípios do Processo Penal: entre o garantismo e a efetividade da sanção*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal – Parte Especial 2*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____, Cezar Roberto, *Tratado de Direito Penal – Parte Geral 1*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Informativo 673*. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br//arquivo/informativo/documento/informativo637.htm#transcricao1>.

Acesso em: 25 set. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 73.338/RJ, Relator: Ministro Celso de Mello, Decisão publicada em 19 set. 1996. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=246&dataPublicacaoDj=19/12/1996&incidente=1629265&codCapitulo=5&numMateria=62&codMateria=2>. Acesso em: 02 de out. 2011

CAMARGO ARANHA, Adalberto José Q. T. de. *Crimes Contra a Honra*. 3. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão – Teoria do Garantismo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

HUNGRIA, Nelson, *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1945, v.6.

JESUS, Damásio Evangelista. *Direito Penal – Parte Geral*. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 1990, v.1.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Código de Processo Penal Interpretado*. 11. ed. São Paulo: Atlas S.A., 2006.

NERY JUNIOR, Néelson, Rosa Maria Andrade Nery. *Código Civil Comentado e Legislação Processual Civil Extravagante em vigor*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*, 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

PACELLI DE OLIVEIRA, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 12. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2009.

SILVA, Bárbara Grayce Carvalho da. *A Admissibilidade Das Provas Ilícitas No Processo Penal*. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br//arquivo/informativo/documento/informativo637.htm#transcricao1>.

Acesso em 25 set. 2011.

SILVANY, Claudia Seixas. *Ação Declaratória Incidental*. Disponível em:

<http://www.juspodivm.com.br/i/a/%7B4571F47F-EB8C-4250-A886-687A57CC5A7D%7D_016.pdf>.

Acesso em: 26 out. 2011.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996, v.1.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, v.1.

_____, Fernando da Costa. *Direito Processual Penal*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 1.

_____, Fernando da Costa. *Código de Processo Penal Comentado*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, v.2.