

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

**DANIEL JOSÉ FONSECA MENDONÇA**

**ANÁLISE DA PROIBIÇÃO DA EXCEÇÃO DA VERDADE NO CRIME DE CALÚNIA  
SOB O ENFOQUE PRINCIPOLÓGICO**

**JUIZ DE FORA  
2012**

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

**ANÁLISE DA PROIBIÇÃO DA EXCEÇÃO DA VERDADE NO CRIME DE CALÚNIA  
SOB O ENFOQUE PRINCÍPIOLÓGICO**

Monografia apresentada pelo acadêmico DANIEL JOSÉ FONSECA MENDONÇA, sob orientação do Professor Luiz Antônio Barroso Rodrigues, como requisito parcial para a conclusão do curso de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora.

**JUIZ DE FORA  
2012**

Dedico este trabalho à minha motivação personificada, que nunca me deixou tirar do pensamento que o sucesso não depende de nada mais que vontade, meu amor, Patrícia.

“Tenha sempre a certeza de que não há  
negrume imperecível à aurora, e no  
advento desta, seja grato e enalteça a  
pequena chama do palito que se lhe  
doou nos momentos de escuridão.”

**TERMO DE VISTO DO ORIENTADOR**

**DANIEL JOSÉ FONSECA MENDONÇA**

**ANÁLISE DA PROIBIÇÃO DA EXCEÇÃO DA VERDADE NO CRIME DE CALÚNIA  
SOB O ENFOQUE PRINCIPOLÓGICO**

---

Prof. Luiz Antônio Barroso Rodrigues

Juiz de Fora, 19 de outubro de 2012

**TERMO DE APROVAÇÃO**

**DANIEL JOSÉ FONSECA MENDONÇA**

**ANÁLISE DA PROIBIÇÃO DA EXCEÇÃO DA VERDADE NO CRIME DE CALÚNIA  
SOB O ENFOQUE PRINCÍPIOLOGICO**

Banca examinadora:

---

---

---

Juiz de Fora, 19 de outubro de 2012

## SUMÁRIO

RESUMO.....	9
ABSTRACT.....	10
INTRODUÇÃO .....	11
CAPITULO I – CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES ACERCA DA HONRA.....	12
1.1 Conceito .....	12
1.2 Classificação.....	12
1.3 A honra como bem juridicamente tutelado .....	12
1.4 Previsão Constitucional.....	13
CAPITULO II – CRIMES CONTRA A HONRA .....	15
CAPÍTULO III – CALÚNIA.....	16
CAPITULO IV – A EXCEÇÃO DA VERDADE NO CRIME DE CALÚNIA.....	19
CAPITULO V – AS HIPÓTESES DE PROIBIÇÃO DA EXCEÇÃO DA VERDADE NO CRIME DE CALÚNIA .....	21
5.1 Primeira Hipótese .....	21
5.2 Segunda Hipótese.....	21
5.3 Terceira Hipótese.....	21
CAPÍTULO VI – OS PRINCÍPIOS VIOLADOS PELA VEDAÇÃO DA PROVA DA VERDADE NA CALÚNIA.....	23
6.1 A Ampla Defesa e o Contraditório .....	23
6.2 - A Reserva Legal ou Legalidade .....	25
6.3 - A Presunção de Inocência .....	26
CAPÍTULO VII – ESPECIFICIDADES DE CADA INCISO.....	28
7.1 - Inciso I .....	28
7.2 - Inciso II .....	29
7.3 - Inciso III .....	30
CAPÍTULO VIII – CRITÉRIOS DE INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL APLICADOS À VEDAÇÃO DA EXCEÇÃO DA VERDADE .....	35

<b>CONCLUSÃO .....</b>	<b>36</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</b>	<b>38</b>

## RESUMO

O desenvolvimento do trabalho se dará, primeiramente, expondo aspectos gerais da honra como patrimônio juridicamente tutelado. Traremos uma abordagem perfunctória sobre os crimes contra a honra elencados pelo Código Penal Brasileiro. Em seguida, uma exposição mais detida sobre o crime de calúnia e as especificidades de como o Direito brasileiro o trata. Posteriormente, será abordada a exceção da verdade no crime de calúnia e analisados os aspectos principiológicos da proibição de sua arguição no mencionado tipo penal, indicando e explicando os princípios processuais penais e constitucionais violados por conta desta vedação.

**Palavras-chaves:** honra, crimes contra a honra, calúnia, exceção da verdade, proibição, princípios, ampla defesa, presunção de inocência, legalidade, coisa julgada.

## **ABSTRACT**

The work development will take place first, exposing general aspects of honor as juridically protected heritage. We will bring an approach perfunctory about crimes against honor of Brazilian Penal Code. Then a more detailed exposition of how the Brazilian law treats of slander crime. Subsequently, the exception of true in crime of slander will be addressed and analyzed under the aspects of the principles of the prohibition of its use in the aforementioned criminal complaint, stating and explaining the principles of criminal procedure and constitutional violated by this prohibition.

**Keywords:** honor, honor crimes, slander, exception of true, prohibition, principles, full defense, presumption of innocence, legality, res judicata.

## INTRODUÇÃO

A calúnia é o mais grave dos crimes contra a honra previstos no ordenamento brasileiro. Por consistir em imputação falsa de fato definido como crime, nosso Código Penal, expressamente, prevê que na calúnia o querelado poderá defender-se da queixa-crime oferecendo exceção da verdade, demonstrando que a acusação que fez ao querelante era verdadeira. Destarte, a prova de que a acusação é verdadeira torna o fato atípico, devendo o querelado ser absolvido, nos termos do art. 386, III, do Código de Processo Penal.

O Código Penal faz três ressalvas quanto à possibilidade de defesa através da *exceptioveritatis* no parágrafo terceiro do artigo 138: quando o fato imputado constituir crime de ação privada e o ofendido não tiver sido condenado por sentença transitada em julgado; quando o fato tiver sido imputado ao Presidente da República ou chefe de governo estrangeiro; ou quando do crime imputado, de ação pública, o ofendido foi absolvido por sentença irrecorrível.

A proibição da exceção da verdade nessas, e em quaisquer outras, hipóteses é permeada de lesões à Lei Maior, como se verá no desenvolver do raciocínio do presente trabalho.

O objetivo proposto é a demonstração de que no âmago do crime de Calúnia está a falsidade da imputação e, por isso, o impedimento à prova da verdade prejudica a essência deste tipo penal, extirpando do acusado qualquer possibilidade de defesa, bastando-lhe aguardar a punição de um crime que não cometeu, ferindo princípios basilares do direito, como o devido processo legal, a ampla defesa, o contraditório, dentre outros.

Desta forma, o trabalho evoluirá analisando os fundamentos de como se dá a transgressão à Constituição Federal pelo art. 138, §3º, CPB.

## CAPÍTULO I

### CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES ACERCA DA HONRA

#### 1.1 – Conceito

O termo “honra” vem do latim *honor*, e tem a ver com o modo de viver honesto e probo, dentro dos limites da moral, determinando a dignidade peculiar de cada pessoa.<sup>1</sup>

A honra, nos dizeres de Magalhães Noronha, seria:

(...) o complexo ou conjunto de predicados ou condições de pessoa que lhe conferem consideração social e estima própria<sup>2</sup>.

Com efeito, honra é o conjunto das qualidades que determinam o apreço que cada cidadão desfruta em seu respectivo contexto social.

#### 1.2 - Classificação

A doutrina costuma diferenciar honra objetiva de honra subjetiva. A honra subjetiva representa o sentimento ou a concepção que temos a nosso respeito, ou seja, trata da valoração que a pessoa confere a ela própria. Já a honra objetiva é composta dos valores que as outras pessoas nos atribuem, é aquilo que os demais pensam de nós e de nossa personalidade.

Portanto, a honra se resume no reflexo da dignidade de cada indivíduo nas considerações alheias (honra objetiva) e dele próprio (honra subjetiva).<sup>3</sup>

#### 1.3 - A Honra como bem juridicamente tutelado

A honra está intimamente ligada a questões de convívio social, pois o trato razoavelmente sadio de um indivíduo com seus pares dependa da concepção que estes têm daquele. Insta frisar, outrossim, que o homem é ser eminentemente

---

<sup>1</sup> SILVA, Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. 17ª ed. Rio de Janeiro, 2000, p. 400.

<sup>2</sup> NORONHA, Edgar Magalhães. *Direito penal*. 13.ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1979, volume 2 p. 122.

<sup>3</sup> CUPIS, Adriano apud FARIAS, Edilson Pereira Farias. Op. p. 134.

social,tendo, desta feita, grande parte de suas necessidades supridas justamente por viver em sociedade. Logo, a violação da honra põe em cheque o convívio do ofendido com a comunidade em que se insere, comprometendo, portanto, sua própria existência digna. Daí sua importância como bem jurídico tutelável.

Aduz Cezar Roberto Bitencourt acerca da honra:

A honra, independentemente do conceito que se lhe atribua, tem sido através dos tempos um direito ou interesse penalmente protegido (...) A proteção de honra, como bem jurídico autônomo, não constitui interesse exclusivo do indivíduo, mas da própria coletividade, que tem o interesse na preservação da honra, da incolumidade moral e da intimidade, além de outros bens jurídicos indispensáveis para a harmonia social.<sup>4</sup>

Assim sendo, é grande sua relevância como bem juridicamente tutelável, tanto para o interesse do ofendido quanto da coletividade, visando à harmonia e à ordem social.

#### 1.4 - Previsão Constitucional

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) prevê expressamente sua proteção no item 1 do seu art. 11:

Proteção da Honra e da Dignidade

1. Toda pessoa tem direito ao respeito de sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade. (...) <sup>5</sup>

Da mesma forma, a Constituição Federal de 1988 também prevê expressamente a proteção à honra em seu art. 5º, inciso X:

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

---

<sup>4</sup>BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte especial*. Vol. 2. 3ª.ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2003, pgs 326 e 327.

<sup>5</sup> Tal dispositivo, apesar de estar previsto na Convenção Americana Sobre Direitos Humanos, foi colocado como previsão constitucional visto que, atualmente se entende que a Constituição brasileira é classificada, quanto a sua sistematização, como sendo variada, ou seja, não é formada apenas pelo texto constitucional, mas também pelos princípios dela decorrentes e pelos tratados internacionais sobre direitos humanos.

X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, **a honra** e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

## CAPÍTULO II OS CRIMES CONTRA A HONRA

De início ressaltemos que a honra é um bem jurídico disponível. Com efeito, não havendo interesse da vítima na persecução penal ao ofensor, inexistirá processo neste sentido.

Qualquer pessoa pode figurar no polo passivo do crime contra a honra, inclusive os inimputáveis. Grandes doutrinadores, como Nelson Hungria, defendem que os enfermos e doentes mentais somente são passíveis de ofensa à honra quando possuam a capacidade de entender o insulto contra eles dirigido<sup>6</sup>. Entretanto a lei não mencionou nada a respeito dessa exceção, razão pela qual entendemos que não há espaço para opiniões que coadunam com esta ideia.

O CP elenca três delitos contra a honra: a calúnia, no art. 138, a difamação, no art. 139, e injúria, no art. 140. Nos dois primeiros, o sujeito imputa a outrem a prática de um fato, sendo que na calúnia o fato deve ser definido como crime, e na difamação o fato deve macular sua reputação. Na injúria há imputação de qualidade negativa à vítima, que diz respeito a seus atributos morais, físicos ou intelectuais, não havendo atribuição de fato determinado.<sup>7</sup>

De acordo com a classificação posta supra, A calúnia e a difamação consistem em crime contra a honra objetiva da vítima, e a injúria fere a honra subjetiva.

Os crimes contra a honra podem ser executados oralmente, por meio da escrita, por gestos ou símbolos. A forma de cometimento do crime é relevante, pois ela determina, como veremos adiante, se há ou não possibilidade de tentativa.

A Constituição Federal conferiu a senadores e deputados imunidade, determinando que eles são invioláveis, civil e penalmente, por quaisquer opiniões palavras e votos. A intensão é que o parlamentar exerça a defesa de seu mandato votando e opinando sem o perigo de sofrer represálias. Esta imunidade só abarca as questões relacionadas à defesa do mandato e os vereadores também a detém, porém apenas no âmbito municipal.

---

<sup>6</sup> HUNGRIA, Nelson, *Comentários ao Código Penal vol. VI Art. 137 a 155*, Forense. Rio de Janeiro. 1980 p. 37

<sup>7</sup> JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito Penal. Parte especial* 22ª ed. São Paulo. Saraiva, 1999 p. 156

### CAPÍTULO III A CALÚNIA

Não obstante o significado de calúnia ao longo do tempo e nos diversos ordenamentos ter sofrido variações, o cerne do conceito sempre se manteve. O primeiro código penal brasileiro, o Código Criminal do Império do Brasil, de 1830, em seu artigo 229 prescrevia a calúnia da seguinte forma:

Julgar-se-ha crime de calúnia, o attribuir falsamente a algum um facto, que a lei tenha qualificado criminoso, e em que tenha lugar a acção popular, ou procedimento official de Justiça.<sup>8</sup>

Mais tarde, já em 1890, o Código Penal Dos Estados Unidos do Brasil trazia o crime de calúnia no artigo 315 sob a prescrição:

Constitue calúnia a falsa imputação feita a alguém de facto que a lei qualifica crime.<sup>9</sup>

O atual Código Penal Brasileiro assim prevê o crime de calúnia:

Art. 138. Caluniar alguém, imputando-lhe falsamente fato definido como crime.

César Bitencourt afirma que “Calúnia é a imputação falsa a alguém de fato definido como crime”<sup>10</sup>. Da mesma forma Damásio de Jesus diz a calúnia como “o fato de atribuir a outrem, falsamente, a prática de fato definido como crime”<sup>11</sup>.

Nota-se que nas conceituações tanto doutrinárias quanto legais, dos diferentes momentos históricos, o espírito do crime de calúnia nunca fugiu de ser uma imputação falsa a alguém de fato qualificado como crime, sendo esses elementos intrínsecos à calúnia, sem os quais o crime não se configura.

O fato da ofensa à honra se dar não apenas pela imputação de um fato desonroso, mas que este fato seja criminoso difere a calúnia da difamação e faz

---

<sup>8</sup> Lei de 16 de dezembro de 1830: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/LIM/LIM-16-12-1830.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LIM/LIM-16-12-1830.htm)

<sup>9</sup> Decreto nº 847 de 11 de outubro de 1890: <http://www.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=66049>

<sup>10</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte especial*. Vol. 2. 3ª.ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2003, p. 342.

<sup>11</sup> JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito penal: parte especial: dos crimes contra a pessoa e dos crimes contra o patrimônio*. 20.ed. vol. 2. São Paulo: Editora Saraiva, 1998, p. 213.

com que ela seja o mais grave dos crimes previstos contra a honra. É como se a calúnia fosse uma espécie mais gravosa de difamação.

Logo, podemos dizer que para existir calúnia é necessário imputar a alguém, cumulativamente, fato determinado, definido como crime e falso. Fato determinado é a atribuição à vítima de um fato concreto, definido num espaço de tempo e lugar, e não a atribuição de qualidade negativa, o que configuraria injúria. Fato qualificado como crime é o que observa o princípio da reserva legal, que é classificado como crime em sentido estrito, ou seja, sendo ele previsto como contravenção penal, crime de calúnia não há, mas sim o delito de difamação. Quanto à falsidade da imputação, o fato deve ser falso e o ofensor deve ter o conhecimento dessa falsidade, pois caso o agente acredite que o fato é verdadeiro, incorrerá em erro de tipo, afastando-se o dolo do art. 138. Também ocorrerá calúnia se o fato for verdadeiro, mas falsa a atribuição ao querelante.

Há ainda o elemento subjetivo do tipo, o *animus caluniandi*, que é a intensão de ofender moralmente a vítima, isto é, deve haver a vontade de caluniar, de macular a honra do ofendido, não configurando o crime em tela nos casos que o agente atua com intuito de gracejar (*animus jocandi*); aconselhar (*animus consulendi*); ou quando apenas conta aquilo que se viu (*animus narrandi*).

O bem protegido juridicamente no crime de calúnia, como já dito, é a honra objetiva da vítima. Já o objeto material é a própria vítima das lesões oriundas das imputações a ela dirigidas.

Qualquer do povo pode ocupar os polos ativo ou passivo do crime de calúnia. No polo passivo também pode figurar a pessoa jurídica, desde o crime imputado seja ambiental, previsto na lei 9.605/98.

No que tange os inimputáveis, existe quem defenda que eles só podem ser sujeitos passivos dos crimes de difamação e injúria, mas não de calúnia, visto que não tem responsabilidade penal, não respondendo pela prática de um crime. Entretanto, o requisito é que se impute a alguém um fato definido como crime, o que qualquer um pode fazer, ainda que o agente seja incapaz e não possa, do ponto de vista técnico, cometer crimes.

A possibilidade de tentativa nos crimes contra a honra dependerá do meio pelo qual se deu o cometimento. Por exemplo, se o fato é imputado oralmente, a calúnia se efetiva instantaneamente. No entanto, se a imputação do fato for feita por carta, há o fracionamento do *iter criminis*, o que abre possibilidade de tentativa, no

caso de extravio da carta, por exemplo. Nesta hipótese, houve tentativa, pois a conduta do agente inaugurou a realização do tipo, que, entretanto, não foi concluído, por circunstâncias alheias à vontade do ofensor.

Neste íterim, cumpre ressaltar que a consumação da calúnia se dá, portanto, quando um terceiro, que não o sujeito passivo, toma conhecimento da falsa imputação do fato definido como crime.

O parágrafo 1º do artigo 138 estabelece:

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

Trata-se de um subtipo de calúnia, prevendo as mesmas punições para aquele que propala ou divulga a imputação sabendo de sua falsidade, sendo suficiente que esta propalação ou divulgação seja feita a uma única pessoa, com o dolo direto de dano.

O parágrafo 2º, por sua vez, prescreve a punição para a calúnia contra os mortos. Apesar dos crimes contra a honra figurarem no título dos crimes contra a pessoa e os mortos não gozarem mais do *status* de pessoa, a ofensa a sua memória além de merecer guarida por si só, pode atingir, por reflexo, os parentes vivos.

O Código Penal Brasileiro aduz expressamente que no crime de calúnia o querelado poderá defender-se da queixa-crime oferecendo exceção da verdade, bastando provar a veracidade da acusação que fez ao querelante. Assim, provando-se a veracidade da acusação, o fato é atípico, devendo o juiz absolver o querelado, nos termos do art. 386, III, Do Código de Processo Penal.

O Código Penal excetua três hipóteses acerca da possibilidade de defesa através da *demonstratio veri*, que serão analisadas detidamente em momento posterior.

## CAPÍTULO IV

### A EXCEÇÃO DA VERDADE NO CRIME DE CALÚNIA

A exceção da verdade nada mais é do que o instrumento que dá a possibilidade do querelado, acusado do crime da calúnia, demonstrar a veracidade dos fatos por ele imputados ao querelante, afastando-se, destarte, a tipicidade por ausência do requisito falsidade, sem o qual o crime não se configura.

Este conceito de exceção da verdade parafraseia Cezar Roberto Bitencourt, que ensina:

A exceção da verdade significa a possibilidade que tem o sujeito ativo de poder provar a veracidade do fato imputado, através de procedimento especial (art. 523 do CPP).<sup>12</sup>

A exceção da verdade sempre foi ou não admitida de acordo com o tipo de proteção que conferida à honra, em cada ordenamento e em cada época. Na Idade Média, por exemplo, o juízo que se tinha era oposto ao atualmente adotado no Brasil. A doutrina cristã, que pregava a tolerância e o perdão, não admitia que um indivíduo se submetesse à livre censura de outro, mesmo que o delito tivesse, realmente, sido cometido.<sup>13</sup>

Segundo Damásio de Jesus:

Exceção da verdade é a prova da veracidade do fato imputado. (...) para existir calúnia, é necessário que seja falsa a imputação. Logo, quando verdadeira, inexistente delito. (...) provando o sujeito que está sendo processado por calúnia, que a imputação era verdadeira, isto é, que o ofendido realmente praticou o fato definido como crime, deve ser absolvido por ausência de tipicidade.<sup>14</sup>

Ante o exposto, a exceção da verdade é meio de defesa. O réu do crime de calúnia, através dela, admite a prática de imputar a alguém fato definido como crime e insiste em suas alegações, porém tentando provar que são verdadeiras, e que por isso não cometeu crime algum. Ela tem também caráter acusatório, pois provando

---

<sup>12</sup>BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte especial*. Vol. 2. 3ª.ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2003, p. 342.

<sup>13</sup>HUNGRIA, Nelson, *Comentários ao Código Penal vol. VI*. Forense. Rio de Janeiro. 1980 p. 68 a 69.

<sup>14</sup>JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito penal: parte especial: dos crimes contra a pessoa e dos crimes contra o patrimônio*. 20.ed. vol. 2. São Paulo: Editora Saraiva, 1998, p. 213.

que o querelante cometeu o crime imputado, a persecução penal do excepto é a medida que se impõe ao Estado.

No procedimento da exceção, sendo ela julgada procedente, o réu do delito contra a honra estará absolvido, nos termos do art. 386, inciso III, do Código de Processo Penal.

Nesta toada, em crime de calúnia, a exceção da verdade serve ao réu para que ele se defenda da queixa-crime reconhecendo a imputação de fato criminoso, mas negando a sua falsidade, que é circunstância constitutiva do tipo. Imputar verdadeiramente crime não é fato típico, o que deve afastar a acusação contra o excipiente.

## **CAPÍTULO V**

### **AS HIPÓTESES DE PROIBIÇÃO DA EXCEÇÃO DA VERDADE NO CRIME DE CALÚNIA**

O art. 138 ressalva em cada inciso de seu parágrafo terceiro três hipóteses nas quais não haverá possibilidade do réu se valer do instituto da exceção da verdade.

#### **5.1 – Primeira hipótese:**

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

No inciso primeiro do dito parágrafo está primeira delas. Tal dispositivo retira a chance de arguição da *exceptioveritatis* quando, constituindo o fato imputado crime de ação privada, o ofendido não foi condenado por sentença irrecorrível. Ou seja, não havendo julgamento transitado em julgado da ação penal do crime imputado, a exceção da verdade não poderá ser oferecida. Predomina, ainda, o entendimento de que também não poderá ser feita a prova da verdade caso o querelante não tenha sido processado criminalmente pelo fato definido como crime que o agente lhe imputa.

#### **5.2- Segunda Hipótese**

II – se o fato é imputado a qualquer das pessoas indicadas no I do artigo 141;

A segunda situação, o inciso II do §3º do art. 138 do CP, da mesma forma que o inciso anterior, não admite a prova da verdade caso o fato seja imputado ao Presidente da República ou chefe de governo estrangeiro, ambos indicados no inciso. I do art. 141, do CPB.

#### **5.3- Terceira Hipótese**

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

Já conforme o inciso III do §3º do art. 138 do CP, será vedada a exceção da verdade quando do crime imputado, embora de ação pública, o ofendido foi absolvido por sentença irrecorrível.

## CAPÍTULO VI

### OS PRINCÍPIOS VIOLADOS PELA VEDAÇÃO DA PROVA DA VERDADE NA CALÚNIA

#### 6.1 A Ampla Defesa e o Contraditório

Os princípios da Ampla Defesa e do Contraditório são expressamente amparados pela CF/88 em seu 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.*

A todo ato praticado por uma parte, corresponde o surgimento de uma faculdade ao adverso, que possui o direito de exercer amplamente a sua defesa contraditando o que o opositor suscita.

Alexandre de Moraes nos remete à ampla defesa da seguinte maneira:

(...) por ampla defesa entende-se o asseguramento que é dado ao réu de condições que lhe possibilitem trazer para o processo **todos os elementos tendentes a esclarecer a verdade** ou mesmo de omitir-se ou calar-se se entender necessário(...) <sup>15</sup> [grifo nosso]

Quanto ao contraditório, alude o constitucionalista:

(...) o contraditório é a própria exteriorização da ampla defesa, impondo a condução dialética do processo (par conditio), pois **a todo ato produzido pela acusação caberá igual direito da defesa** de opor-se-lhe ou de dar-lhe a versão que melhor lhe apresente, ou, ainda, de fornecer uma interpretação jurídica diversa daquela feita pelo autor. [grifo nosso] <sup>16</sup>

Assim, por ser assegurada constitucionalmente ao réu a possibilidade de trazer ao processo todos os elementos que esclareçam a verdade, além do que, todo ato que a acusação produzir caberá igual direito de defesa, não pode a lei

<sup>15</sup> MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional, 23ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2008, p. 106.

<sup>16</sup> MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional, 23ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2008, p. 106.

penal, infraconstitucional que é, tolher do querelado a oportunidade de provar que verdadeiras são suas alegações.

Segundo Alexandre de Moraes, o devido processo legal tem como corolários a ampla defesa e o contraditório<sup>17</sup>. Diante disso, demonstrada a afronta a estes princípios, afrontado também está o devido processo legal, pois este se constitui nos elementos processuais que garantem aos litigantes que a jurisdição será exercida da maneira correta, e dentre estes elementos se encontra a ampla defesa e o contraditório.

Pontes de Miranda anota que o direito de defesa que o constituinte quis garantir é uma pretensão à tutela jurídica<sup>18</sup>. Nesta toada, aduz Gilmar Ferreira Mendes:

Apreciando o chamado “AnspruchaufrechtlichesGenor” (pretensão à tutela jurídica) no direito alemão, assinala a Corte Constitucional que essa pretensão envolve não só o direito de manifestação e o direito de informação sobre o objeto do processo, **mas também o direito de ver os seus argumentos contemplados pelo órgão incumbido de julgar.**<sup>19</sup>[grifo nosso]

Também assevera o mesmo Gilmar Mendes que a pretensão à tutela jurídica, que corresponde à ampla defesa, garantia consagrada no art. 5º, LV, da Constituição, contém, dentre outros, o direito de ver seus argumentos considerados (Recha uf Berucksichti-AufnahmefahigkneitundAufnahmebereitschaft) para contemplar as razões apresentadas de forma séria e detida.<sup>20</sup>

No mesmo sentido exalta José Afonso da Silva:

Invocar a jurisdição para a tutela de direito é também direito daquele contra quem se age, contra quem se propõe a ação. Garante-se a plenitude de defesa, agora mais incisivamente assegurada no inciso LV do mesmo artigo 5º da CF/88.<sup>21</sup>

<sup>17</sup> MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional, 23ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2008, p. 105/106.

<sup>18</sup> Pontes de Miranda, Comentários à Constituição Federal de 1967 com a emenda n. 1, de 1969. Ed., Rio de Janeiro: Forense, 1987, t. 5, p. 234

<sup>19</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional, 3ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2008, p. 547/548

<sup>20</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional, 3ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2008, p. 547/548

<sup>21</sup> DA SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo, 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p 431

Desta forma, sendo assegurado ao cidadão o direito de ver seus argumentos considerados, pela plenitude da defesa não poderia o legislador infraconstitucional impedir a concretização deste direito constitucionalmente garantido, conforme intensão do art. 138, § 3º, do CPB.

Gilmar Mendes em sua obra, ressaltando a importância do princípio da ampla defesa e do contraditório no processo penal, aduz que não pode haver condenação sem defesa.<sup>22</sup> Da mesma forma, o autor também destaca que deve haver estrita igualdade entre acusação e defesa, de modo que se assegure um justo equilíbrio na relação processual penal. Esse elemento é denominado pela doutrina processualista penal como princípio da igualdade de partes ou da paridade de armas.<sup>23</sup>

Nesta toada, não há como respeitar o mandamento constitucional de que não pode haver condenação sem defesa, se a própria lei penal impede que o querelado se utilize da exceção da verdade. Da mesma maneira, não há como se ter paridade de armas se a proibição da *demonstratio veri* obsta a possibilidade de defesa do querelado, e isso reflete um desequilíbrio na relação processual.

O contraditório é uma ferramenta usada para que se atinja a efetivação da ampla defesa. Eugênio Pacelli de Oliveira defende que para se atingir a igualdade processual é importante garantir que a oportunidade da resposta possa se realizar na mesma intensidade e extensão da manifestação contrária. Nesta toada, o contraditório traz a exigência de que as partes participem da relação processual em simétrica paridade.<sup>24</sup> E simetria é o que não há na proibição da exceção da verdade nas hipóteses do art. 138, §3º, do CPB.

Desta sorte, tendo em mente um enfoque garantista, qualquer das hipóteses abarcadas pelos incisos do parágrafo terceiro do artigo 138 do código penal afronta efetivamente os princípios da ampla defesa e do contraditório.

## **6.2 -A Reserva Legal ou Legalidade**

O princípio da reserva legal exige que só haverá sanção legal pelo delito cometido quando norma assim previr expressamente. Quanto a este princípio, pode-se dizer, também, que é uma expressão do Estado se autolimitando para que não

---

<sup>22</sup>MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional, 3ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2008, p. 547/548

<sup>23</sup>MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional, 3ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2008, p. 547/548

<sup>24</sup>OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. Curso de Processo Penal, 10ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p.31

exerça interferência na liberdade do indivíduo de forma arbitrária. Sua previsão constitucional se encontra no art. 5º da Lei Maior, inciso XXIX:

Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.

Na obra *Princípios Básicos de Direito Penal*, Assis Toledo expõe:

O Princípio da Legalidade constitui uma real limitação ao poder estatal de interferir na esfera das liberdades individuais.<sup>25</sup>

A partir das considerações tecidas a respeito do princípio da legalidade, não devemos consentir com a inteligência que admite a punição à imputação de fato autêntico definido como crime, porquanto este entendimento macula o princípio em epígrafe, pois acaba por inventar um tipo penal inusitado, a “calúnia de fato verdadeiro”, que traria como conduta típica “indicar o verdadeiro autor de um crime” e não “caluniar alguém, imputando-lhe falsamente fato definido como crime”.<sup>26</sup>

Cezar Roberto Bitencourt leciona esta ideia fazendo referência ao inciso II do parágrafo terceiro, que impede o apontamento do autor de crime, quando este for o presidente da República ou chefe de governo estrangeiro. Não obstante o entendimento ser direcionado ao inciso II, esta percepção pode tranquilamente ser estendida aos outros incisos do aludido parágrafo, uma vez que todos eles cometem o mesmo absurdo de fazer a imputação verdadeira constituir crime.

### **6.3 - A Presunção de Inocência**

O constitucionalista Alexandre de Moraes prega:

É necessário que o Estado comprove a culpabilidade do indivíduo, que é constitucionalmente presumido inocente, sob pena de voltarmos ao total arbítrio estatal.<sup>27</sup>

Ora, se o querelado tem prova de que o fato é verdadeiro, é porque é inocente, e a proteção do estado de inocência, como dito, encontra amparo

---

<sup>25</sup>TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994 p. 124.

<sup>26</sup>BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte especial*. Vol. 2. 3ª.ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2003, pgs. 326 e 327.

<sup>27</sup>MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*, 23ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2008, p. 117

constitucional no art. 5º, LVII na Magna Carta, onde se lê que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.”

A Declaração Universal dos Direitos Humanos também prevê em seu art. 11 a proteção do estado de inocência:

Toda a pessoa acusada de um acto delituoso presume-se inocente até que a sua culpabilidade fique legalmente provada no decurso de um processo público em que todas as garantias necessárias de defesa lhe sejam asseguradas.

O próprio Nelson Hungria em sua obra *Comentários ao Código Penal*, afirma acerca da proibição da exceção da verdade no crime de calúnia que a falsidade da acusação se presume *juris et de jure*<sup>28</sup>

Portanto, ao se impedir que o querelado demonstre a veracidade do fato por ele atribuído ao querelante, definido como crime, estar-se-ia violando não somente o princípio da ampla defesa, mas também o da proteção ao estado de inocência. Em outras palavras, estaríamos, absurdamente, presumindo que ele seja culpado.

---

<sup>28</sup>HUNGRIA, Nelson, *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1945, v.6, pág. 74

## CAPÍTULO VII ESPECIFICIDADES DE CADA INCISO

### 7.1 - Inciso I

No que se refere ao inciso I do § 3º do art. 138, a harmonia da norma penal com os ditames constitucionais somente seria alcançada com a sobreposição dos princípios da presunção da inocência, da reserva legal, da ampla defesa e contraditório e do devido processo legal, face ao direito à intimidade e à incolumidade psicológica da vítima. Isso porque a sanção penal deve ser aplicada como *ultima ratio*, porquanto ela interferena esfera individual do cidadão da forma mais agressiva, que é privando-o da liberdade.

Ademais, se por um lado a intimidade, a imagem e a honra de um indivíduo estão sendo violadas, a imagem e a honra do querelado estariam igualmente sendo atingidas caso fosse condenado, além da violação a todos os princípios supramencionados, em seu desfavor.

Rogério Greco, citando Nelson Hungria, mostra os fundamentos da posição assumida pelo legislador:

Se, no tocante a certos crimes, a lei, para evitar ao ofendido maior escândalo ou desassossego com o ofensor, deixa ao seu exclusivo arbítrio a iniciativa ou prosseguimento da ação penal, não se compreenderia que fosse outorgada a terceiros a faculdade de proclamar o fato *coram populo* e comprova-lo *coram iudice*. Incidiria a lei em flagrante contradição, se tal permitisse. HUNGRIA, Nelson. Comentários ao Código Penal, v. VI, pág. 82.<sup>29</sup>

Discordamos do entendimento hungriano. A condenação de um réu por ter imputado a outrem um fato verdadeiro definido como crime, mesmo que a ação seja de iniciativa privada, do ponto de vista garantista, foge à razoabilidade. Mais oportuno seria que a vítima do crime de iniciativa privada imputado ao querelante da calúnia, caso sentisse a ferida na honra, buscasse a reparação civil em face do querelado, e não que deste fosse tolhida a oportunidade de se defender e lhe fosse aplicada sanção penal, que deveria ser a *ultima ratio*.

Rogério Greco defende que caso exista uma ação penal em curso de um delito que se atribui à suposta vítima da calúnia, o mais adequado seria a suspensão

---

<sup>29</sup> GRECO, Rogério. Código Penal Comentado. 5ª edição. 2011. Ed. Impetus. Niterói, Rio de Janeiro, p. 337

do processo que apura o crime de calúnia, para que seja ou não confirmada a existência do fato imputado pelo réu da calúnia.<sup>30</sup>

Conquanto, entendemos que caso a exceção da verdade proposta tenha lastro probatório mais favorável à efetividade da instrução e a vítima do fato criminoso imputado consinta, a ação a ser suspensa deverá ser aquela que apura o crime imputado ao querelante da calúnia.

Caso não haja ação penal para apuração do crime imputado, mais sensato continuaria sendo conceber a possibilidade de se provar a veracidade da alegação. Não é razoável em nenhuma hipótese o óbice puro e simples da defesa do querelado de provar que não cometeu crime algum, por ofensa a princípios penais e processuais penais que são, inclusive, protegidos pela constituição, como a legalidade, a ampla defesa e a presunção de inocência.

Cumprido frisar, que mesmo que os princípios explicados se sobrepujem à intimidade e dignidade da vítima, esta deve ser preservada o quanto possível, até o limite de não se impedir a defesa do querelado. Uma opção de garantia mínima a esta preservação, seria fazendo a exceção da verdade correr em segredo de justiça, por ser um meio menos gravoso à vítima.

## 7.2 - Inciso II

Nelson Hungria aponta os argumentos justificadores deste dispositivo da seguinte maneira:

Adignidade do Chefe da Nação exige que este não seja acusado de ações criminosas, senão perante o poder competente e ressalvadas as suas prerrogativas constitucionais” ponderando que “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 majestade do cargo. (...) O chefe do governo de uma nação é como que 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 governo estrangeiro, ainda que se trate de fatos verdadeiros, pois, de

---

<sup>30</sup> GRECO, Rogério. Código Penal Comentado. 5ª edição. 2011. Ed. Impetus. Niterói, Rio de Janeiro, p. 339

outro modo, poderia sobrevir até mesmo a quebra de amizade entre os dois países, quando não um casus belli.<sup>31</sup>

Em face da importância dos cargos abarcados pelo inciso em questão, o entendimento preconizado pelo dispositivo não deve prevalecer. Sendo imputado fato definido como crime a ocupante de cargo tão valoroso, deveria ser admitida a prova da verdade, pois a nova ordem constitucional inaugurada em 1988 prega em seu artigo 5º a “igualdade de todos perante a lei, sem distinção de qualquer natureza.” Destarte, nossa constituição não reconhece nenhum tipo de prerrogativa que diferencie qualquer autoridade no país do cidadão comum. O crime de difamação, diferente da calúnia, não admite, como regra, a exceção da verdade. A ressalva ocorre no caso de o ofendido ser funcionário público e a ofensa ser relativa ao exercício de suas funções. Com tais achegas, sendo admitida a exceção da verdade contra funcionário público em caso de difamação, com muito mais razão deveria ser aceita na hipótese de calúnia, pois nesta o fato imputado não é apenas algo nocivo à reputação, mas sim um crime. Além disso, inobstante a distinção do cargo, presidente da república não deixa de ser funcionário público.

### 7.3 - Inciso III

O objetivo principal do referido dispositivo é a proteção da coisa julgada. Como o assunto já foi debatido e julgado em definitivo, não se poderia admitir que o acusado de calúnia provasse a verdade do alegado, por afronta a este princípio.<sup>32</sup>

Acerca do inciso III do §3º, embora o intuito do dispositivo seja a proteção à coisa julgada, coadunamos com a concepção de que permitir a prova da verdade do fato imputado não a ofenderia, pois a absolvição do querelante, não se admitindo mais recursos, permaneceria intacta. O interesse aqui não é sua punição, mas provar que aquele que lhe imputa o fato é inocente, porque sendo o fato verdadeiro não há calúnia.

Mesmo que se entenda que a coisa julgada restaria infringida nesta hipótese, a sua relativização consoaria com o primado da razoabilidade.

---

<sup>31</sup>HUNGRIA, Nelson, *Comentários ao Código Penal vol. VI Art. 137 a 154*, Forense. Rio de Janeiro. 1980, p. 83.

<sup>32</sup>NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*, 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 664

Sobre a relativização da coisa julgada, o ex-ministro do STJ, José Augusto Delgado declarou sua posição, como transcrevemos abaixo:

(...) não posso conceber o reconhecimento de força absoluta da coisa julgada quando ela atenta contra a moralidade, contra a legalidade, contraos princípios maiores da Constituição Federal e contra a realidade imposta pela natureza. **Não posso aceitar, em sã consciência, que, em nome da segurança jurídica, a sentença viole a Constituição federal, seja veículo de injustiça**, desmorone ilegalmente patrimônios, obrigue o Estado a pagar indenizações indevidas, finalmente desconheça que o branco é branco e que a vida não pode ser considerada morte, nem vice-versa.<sup>33</sup>[grifo nosso]

Não se pode olvidar, portanto, que inobstante a importância da harmonia entre duas exigências constitucionais confrontantes, devendo a segurança jurídica pairar sobre certos valores, esta não deverá prevalecer quando for capaz de sacrificar o insacrificável.<sup>34</sup>

A doutrina e os tribunais começam a despertar para a necessidade de repensar a garantia constitucional e o instituto técnico-processual da coisa julgada, na consciência de que não seria legítimo eternizar injustiças a pretexto de evitar a eternização de incertezas.<sup>35</sup>

A possibilidade de mitigação da coisa julgada embora esteja longe de ser pacífica, em julgamentos referentes a investigação de paternidade tem se mostrado mais aceitável pela jurisprudência. Sobre este tema já decidiu a quarta turma do STJ:

EMENTA:PROCESSO CIVIL. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. REPETIÇÃO DE AÇÃO ANTERIORMENTE AJUIZADA, QUE TEVE SEU PEDIDO JULGADO IMPROCEDENTE POR FALTA DE PROVAS. COISA JULGADA. MITIGAÇÃO. DOCTRINA. PRECEDENTES. DIREITO DE FAMÍLIA. EVOLUÇÃO. RECURSO ACOLHIDO.

<sup>33</sup>José Augusto DELGADO. Efeitos da coisa julgada e os princípios constitucionais. Palestra proferida no IV Congresso Brasileiro de Processo Civil e Trabalhista, Natal/RN, 22/09/2000. in Coisa julgada inconstitucional ob.cit. p.83/84

<sup>34</sup>Cândido Rangel DINAMARCO, Relativizar a coisa julgada material In Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo, n. 55/56, p.7, 29/77

<sup>35</sup>Cândido Rangel DINAMARCO, Relativizar a coisa julgada material In Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo, n. 55/56, p.7, 29/77

I - Não excluída expressamente a paternidade do investigado na primitiva ação de investigação de paternidade, diante da precariedade da prova e da ausência de indícios suficientes a caracterizar tanto a paternidade como a sua negativa, e considerando que, quando do ajuizamento da primeira ação, o exame pelo DNA ainda não era disponível e nem havia notoriedade a seu respeito, admite-se o ajuizamento de ação investigatória, ainda que tenha sido aforada uma anterior com sentença julgando improcedente o pedido.

II — Nos termos da orientação da Turma, "sempre recomendável a realização de perícia para investigação genética (HLA e DNA), porque permite ao julgador um juízo de fortíssima probabilidade, senão de certeza" na composição do conflito. Ademais, o progresso da ciência jurídica, em matéria de prova, está na substituição da verdade ficta pela verdade real.

III - A coisa julgada, em se tratando de ações de estado, como no caso de investigação de paternidade, deve ser interpretada *modus in rebus*. Nas palavras de respeitável e avançada doutrina, quando estudiosos hoje se aprofundam no estudo do instituto, na busca sobretudo da realização do processo justo, "a coisa julgada existe como criação necessária à segurança prática das relações jurídicas e as dificuldades que se opõem à sua ruptura se explicam pela mesma razão. **Não se pode olvidar, todavia, que numa sociedade de homens livres, a Justiça tem de estar acima da segurança, porque sem Justiça não há liberdade**".

**IV - Este Tribunal tem buscado, em sua jurisprudência, firmar posições que atendam aos fins sociais do processo e às exigências do bem comum.**<sup>36</sup>[grifo nosso]

Nota-se que, mesmo referindo-se a investigação de paternidade, a colenda turma do STJ expõe, mormente no trecho em negrito, inteligência que serviria a outras situações em que a coisa julgada poderia, igualmente, ser mitigada, por medida de interesse social, como seria o caso de se permitir a exceção da verdade nas hipóteses que se enquadram no inciso III do §3º, do art. 138, do CPB.

---

<sup>36</sup>226436 PR 1999/0071498-9, Relator: Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, Data de Julgamento: 27/06/2001, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJ 04.02.2002 p. 370RBDF vol. 11 p. 73RDR vol. 23 p. 354RSTJ vol. 154 p. 403

A segurança nas relações jurídica é de suma importância para que se tenha um ordenamento coeso, mas ela não deve ser algo inatingível, imutável a qualquer custo, até porque existem outros direitos fundamentais, igualmente amparados pela Lei Maior, que são agredidos por conta desta blindagem excessiva.

A imperatividade da coisa julgada cada vez mais se torna alvo de discussões doutrinárias, e o que se deve ter em mente acerca deste debate é que sua relativização não pode significar prejuízo à segurança jurídica do ordenamento. O foco deve ser a prevalência da justiça, que não é alcançada com a simples correção das decisões equivocadas que já transitaram em julgado, o que fatalmente nos levaria à eternização dos conflitos, mas sim que o exame de proporcionalidade seja feito para que preceitos de igual relevância constitucional sejam considerados juntamente com a segurança jurídica, e assim, sejam sopesados até que se depreenda pela preponderância de um ou outro cânon.

Da mesma forma que o inciso XXXVI do art. 5º da CF prevê a proteção à coisa julgada, prevê também a proteção do devido processo legal, da ampla defesa do contraditório e da proteção do estado de inocência. Estes valores com certeza seriam afetados caso o querelado não puder usar prova que possui, por vedação do código penal, e for condenado por calúnia. Como nas palavras proferidas pelo ministro José Augusto Delgado, não é razoável que a injustiça adquirida através da segurança jurídica prevaleça sobre os valores constitucionais supracitados.

Como demonstrado, o Código Penal fere os princípios do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa, da legalidade e da proteção do estado de inocência, pela absoluta incompatibilidade entre a restrição que este impõe ao querelado e os referidos valores constitucionais.

Ora, sendo o fato imputado verdadeiro, não há calúnia, mas fato atípico. Retirar do querelado a via defensiva é negar a ele a prova de sua não-culpa, uma afronta ao texto constitucional. A coisa julgada não é absoluta, deve ser conjugada com os demais princípios de igual valor. A prevalência dos tantos princípios levantados ante a segurança jurídica da coisa julgada prescinde, inclusive, de exame minucioso de proporcionalidade para que se conclua que o inciso terceiro do parágrafo terceiro do artigo 138 do Código Penal Brasileiro foi derogado pela nova ordem jurídica inaugurada em 1988. Não faz sentido que o direito penal, como *ultima ratio*, seja utilizado para tornar criminoso aquele que somente disse a verdade.

É certo que não há qualquer motivação de ordem pública em se imputar a alguém fato definido como crime quando imodificável o aresto, não existe interesse estatal na persecução penal do sujeito que tenha a absolvição sedimentada. Todavia, isto não é justificativa para que o querelado do crime de calúnia seja impedido de comprovar sua inocência. O atual Código Penal data de 1940, época que o Brasil vivia o Estado Novo de Getúlio Vargas, sob a égide de uma constituição outorgada, e que ainda assim era transgredida, num período em que a consagração dos valores democráticos nos moldes atuais era inimaginável. Nos dias de hoje nada é mais legítimo que salvaguardar o acesso amplo a todos os meios de defesa e os recursos a ela inerentes.

## **CAPÍTULO VIII**

### **CRITÉRIOS DE INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL APLICADOS À VEDAÇÃO DA EXCEÇÃO DA VERDADE**

Para a devida preservação da unidade da Constituição, a norma infraconstitucional não deve ser separada do conjunto em que ela se insere. A busca da máxima efetividade constitucional passa pela preferência que deve ser dada aos pontos de vista que confirmam maior eficácia às normas constitucionais, de modo que ao intérprete é vedada a pretensão de um resultado que traga satisfação somente a ele.<sup>37</sup> Uma importante ferramenta no controle de constitucionalidade das leis é a interpretação conforme a Constituição. Por ela devemos aplicar às leis infraconstitucionais o entendimento que as torne constitucionais para conservá-las e valorizar o trabalho legislativo. Entretanto, esse cânone interpretativo não deve se dar ao ponto de salvar a lei à custa da Constituição, forçando a constitucionalidade daquela.

Impedir a prova da verdade na calúnia é um resultado que atende só ao interesse do querelante, e prejudica toda a sistematicidade do ordenamento, por ferir diversos princípios constitucionais, conforme já verificado.

É certo que a obediência absoluta e simultânea de todos os princípios constitucionais sem qualquer mácula a eles é impossível. Por isso, existem critérios de interpretação que tem por intuito a máxima observância de todos os princípios constitucionais, com o mínimo de violação a eles, o quanto for possível.

Quando determinada situação exigir o sacrifício de um princípio em face de outro, deve-se identificar qual deles tende a ser suprimido e qual tende a prevalecer para, a partir dessa identificação, diminuir o alcance do princípio prevalecente e estender proporcionalmente o alcance do fragilizado, na medida em que os dois sejam observados e o caso concreto atendido.

---

<sup>37</sup>MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional, 3ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2008. pág. 122

## CONCLUSÃO

Assim sendo, defendemos a tese de que o parágrafo terceiro do artigo 138 do Código Penal Brasileiro, e seus incisos, não foram recepcionados pela Carta Magna vigente, visto que o impedimento à *exceptio veritatis* fere de morte princípios basilares, como o do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, da proteção do estado de inocência e da reserva legal.

Especificamente quanto ao inciso II, não há como vislumbrar consequência jurídica negativa àquele que imputa o fato verdadeiro definido como crime a chefe de governo. Os argumentos de ofensa à coletividade representada por ele, de tutela do cargo pela sua importância e de que ele é a personificação da nação, não mais convencem nos dias de hoje, em que prevalece a igualdade entre os indivíduos (tanto no aspecto formal quanto no material). Independentemente do cargo que exerça todos se submetem às mesmas leis da mesma forma, não existindo alguém isento à sua aplicação.

O direito penal deve ser utilizado como *ultima ratio*, por ser o meio de controle social mais gravoso. Desta forma, em sendo factível, outras formas de sanção devem ser priorizadas anteriormente a ele. Nesta toada, no que se tange o inciso I, apesar de não ser admitida qualquer consequência penal na imputação verdadeira, eventual condenação na esfera civil poderá ocorrer, para que o direito à intimidade da vítima do crime imputado ao querelante (de ação privada) tenha o devido resguardo.

A proteção à coisa julgada não é argumento suficiente para advogar a proibição da exceção da verdade. A nova ordem constitucional inaugurada em 1988 não permite aum simples dispositivo legal ceifar do acusado a oportunidade de se defender, mesmo que a coisa julgada tenha que ser sacrificada. Admitir tal conjectura, no nosso entender, abre espaço a arbitrariedades, pois abre o precedente de fazer do indivíduo que apenas disse a verdade um criminoso, pondo em risco, inclusive, o Estado Democrático de Direito, no qual o ordenamento jurídico deve ser respeitado pelos particulares, mas principalmente pelo Estado.

Com efeito, deve ser garantido a todos o direito de lançar mão de todos os meios de defesa de forma ampla, nos termos constitucionais. Imperiosa, também, é a necessidade da Lei tipificar a conduta delituosa, não podendo fato atípico ser

criminalizado sem previsão anterior. Ademais, ninguém pode ser considerado culpado sem que lhe seja assegurado, além da ampla defesa, o contraditório.

Por todo o exposto,conclui-se pela inconstitucionalidade da condenação por calúnia, tendo o agente afirmado fato verdadeiro.

**REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:**

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**, 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**, 23ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2008.

DE MIRANDA, Pontes, **Comentários à Constituição Federal de 1967** com a emenda n. 1, de 1969. Ed., Rio de Janeiro: Forense, 1987, t. 5.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**, 3ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2008.

DA SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de Processo Penal**, 10ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

FERRAZ, Sergio. **Manipulações biológicas e princípios constitucionais: uma introdução**. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1991.

DELGADO , José Augusto. **Efeitos da coisa julgada e os princípios constitucionais**. Palestra proferida no IV Congresso Brasileiro de Processo Civil e Trabalhista, Natal/RN, 22/09/2000. in Coisa julgada inconstitucional.

DINAMARCO , Cândido Rangel, **Relativizar a coisa julgada material In Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo**, n. 55/56.

GRECO, Rogério. **Código Penal Comentado**. 5ª edição. 2011. Ed. Impetus. Niterói, Rio de Janeiro.

HUNGRIA, Nelson, **Comentários ao Código Penal vol. VI**, Forense. Rio de Janeiro. 1980.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte especial**. Vol. 2. 3ª.ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2003.

NORONHA, Edgar Magalhães. **Direito penal**. 13.ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1979, volume 2.

JESUS, Damásio Evangelista de..**Parte especialDireito Penal**22ª ed.São Paulo. Saraiva, 1999.

BRESCOVIT, Leandro. **A recepção ou não do inciso II, parágrafo 3º do Art. 138 do CP no crime de calúnia frente aos princípios da Ampla Defesa e da Reserva Legal.** Disponível em [http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=10273&revista\\_caderno=3](http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10273&revista_caderno=3)

SILVA, Plácido e. **Vocabulário Jurídico.** 17ª ed. Rio de Janeiro, 2000