Opinião: Lei de Abuso de Autoridade estimula denunciação caluniosa

1. Considerações iniciais: o poder da falsa acusação
Joseph Goebbels, ministro da propaganda nazista de Adolf Hitler, certa vez afirmou: "Uma boa mentira repetida centenas de vezes, acaba se tornando uma verdade". A mentira contada por agentes públicos geralmente traz resultados danosos, e às vezes, como no caso de Goebbels, catastróficos. No âmbito criminal, seus efeitos são graves. A acusação maliciosa reforçada pelo *strepitus* provocado pela mídia intimida e tem idoneidade para gerar primazia cognitiva no julgador e, assim, dar aparência de veracidade a um fato irreal, uma tautológica "verdade verdadeira"[1].

A impressão criada então, por antecipação, formata um prévio juízo de valor e leva à busca seletiva das informações necessárias a respaldar a decisão já tomada prematuramente por intuição ("só pode ser", "claro que é verdade"). A primeira experiência cognitiva com a acusação e o modo como foi midiaticamente embalada, influenciará o que se seguir, levando o julgador a repelir qualquer dissonância posterior que prejudicar a fundamentação do julgamento futuro.

O processo, como relação jurídica orientada pela busca da verdade real (CPP, artigo 156, II), cede espaço em tempos de reality show da persecução penal a uma competição, onde cada parte busca seu prêmio (fama, receio da censura coletiva, triunfo pessoal, conceito profissional, satisfação de convicções filosóficas, religiosas, sociais ou políticas, ou outros fatores psicológicos preexistentes à dialética processual). Tais fatores geram insegurança e tornam imprevisível o desfecho, com perda de contato com a impessoalidade e a objetividade das provas e regras do direito posto.

A prévia influencia cognitiva dificulta a mudança de rumo no entendimento mesmo diante de evidências da falsidade da versão original. "Como o primeiro contato cognitivo do julgador sempre será com a acusação, quer analisando pedidos cautelares, quer o recebimento da ação penal, a primeira impressão sobre a responsabilidade penal do acusado/indiciado, mesmo não conscientemente, será formada… A defesa, portanto, larga atrasada" (Morais da Rosa. Alexandre. *Teoria dos Jogos e Processo Penal. A Short Introduction*. Florianópolis: EM – Emais, 3ª edição, p. 21).

A emoção, a paixão e a intuição oprimem a racionalidade e invertem o caminho da persuasão racional, fazendo com que a motivação das decisões judiciais em casos de grande repercussão seja reduzida a um biombo retórico a justificar a convicção previamente formada. Não se parte de evidências isoladas para chegar à conclusão final (método indutivo). O caminho acaba sendo o inverso: a decisão já está tomada pela impressão inicial e doravante serão selecionadas apenas as provas e argumentos capazes de respaldá-la. A declaração da vontade objetiva do direito sobre o caso concreto cede espaço à expressão da vontade moldada pelo conjunto de condições racionais, passionais, emocionais e intuitivas previamente constituídas.

O chamado "efeito borboleta" (Edward Lorenz) revela como um bater de asas de uma borboleta (primazia acusatória) desencadeia um tufão (decisão intuitiva), como lembra Morais da Rosa (op. cit, p. 16). As chamadas variáveis ocultas de natureza psicológica, emocional, intuitiva, passional, filosófica, política ou religiosa, desencadeiam reações psicológicas e geram instabilidade no sistema,

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

transformando o processo em um jogo imprevisível, no qual a justiça nem sempre será o desfecho lógico e racional e a decisão se apoia em premissas sem lastro objetivo.

Por essa razão, a falta de ética no momento inicial da persecução penal pode trazer consequências desastrosas e difíceis de serem evitadas. Quem monta o circo deve desarmar a tenda. Transferir o desgaste de uma decisão correta, mas impopular ao Judiciário por covardia ou má fé é crime e corrompe o ideal da Justiça.

Daí a necessidade de reprimir a usurpação e o desvio no exercício do poder de investigar e acusar.

2. Evolução normativa da persecução caluniosa
O ordenamento jurídico pátrio, ao longo da história, definiu diversas figuras típicas referentes à denunciação caluniosa. O artigo 235 do Código Criminal do Império de 1830 punia a acusação realizada de má-fé entre os crimes contra a honra, bem como, posteriormente, o artigo 264 do Código Penal da República de 1890, que incluía a denunciação caluniosa entre os crimes contra a fé pública[2]. O Código Penal de 1940, inseriu o tipo penal de denunciação caluniosa entre os crimes contra a administração da justiça (artigo 339 do Código Penal), sofrendo ligeira alteração pela Lei 10.028/2000.

Atualmente, o dispositivo tem essa redação: “Dar causa à instauração de investigação policial, de processo judicial, instauração de investigação administrativa, inquérito civil ou ação de improbidade administrativa contra alguém, imputando-lhe crime de que o sabe inocente: Pena – reclusão, de dois a oito anos, e multa. § 1º A pena é aumentada de sexta parte, se o agente se serve de anonimato ou de nome suposto. § 2º A pena é diminuída de metade, se a imputação é de prática de contravenção”.

A Lei 13.834/2019 inseriu o tipo penal de denunciação caluniosa com finalidade eleitoral no artigo 326-A da Lei 4.737/1965, o Código Eleitoral brasileiro, com a mesma pena do tipo penal constante do Código Penal, ou seja, reclusão de 2 a 8 anos e multa.

A nova Lei de Abuso de Autoridade definiu, inexplicavelmente de forma mais branda que o Código Penal, a denunciação caluniosa praticada por agente público: “Art. 30. Dar início ou proceder à persecução penal, civil ou administrativa sem justa causa fundamentada ou contra quem sabe inocente: Pena – detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa”.

3. Denunciação caluniosa e proporcionalidade
Preliminarmente, é forçoso salientar que o novel diploma não trouxe nova incriminação nesse campo, haja vista que a conduta do artigo 339 do Código Penal, quando praticada com abuso de poder, sofria agravação de pena (Código Penal, artigo 61, inciso II, alínea “g” com correspondência com o artigo 327). Não há, portanto, *novatio legis* incriminadora, mas mera observância do princípio da continuidade normativo-típica.

Chama a atenção o preceito secundário do novo tipo. A denunciação caluniosa do Código Penal tem pena de reclusão de dois a oito anos e multa, podendo ainda ser aumentada de sexta parte, se o agente se serve de anonimato ou nome suposto. Em contrapartida, o crime de denunciação caluniosa do artigo 30 da Lei 13.869/19 comina pena de detenção, de um a quatro anos, e multa. Pode-se constatar que a pena é inferior, sendo ainda de detenção. Operou-se, portanto, *novatio legis in mellius*, devendo a nova lei

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

retroagir (Constituição, artigo 5º, inciso XL, e Código Penal, artigo 2º, parágrafo único).

As mesmas condutas praticadas por particulares, obviamente com desvalor axiológico menor do que as perpetradas por agentes públicos, possuem penas mais graves, contrariando o postulado da proporcionalidade e proteção eficiente dos bens jurídicos. O tipo penal do artigo 30 da Lei 13.869/19 viola os princípios da isonomia e proporcionalidade, e leva à proteção deficiente (*Üntermassverbot*) de direitos humanos de primeira geração, admitindo inclusive, o sursis processual (Lei 9.099/95, artigo 89).

4. Análise do tipo penal do artigo 30 da Lei de Abuso de Autoridade
O tipo penal tutela os interesses da administração da justiça, aviltada na busca da verdade e impessoalidade, além nos deveres de honestidade, probidade e eficiência de seus agentes, afetando a credibilidade das apurações e procedimentos públicos (artigo 37 da Constituição) e a crença na justiça. Ao mesmo tempo, tutela-se a honra e a liberdade do indivíduo falsamente imputado (artigo 5º, inciso X, da Constituição, e artigo 11 da Convenção Americana dos Direitos Humanos).

O sujeito ativo é qualquer agente público, servidor ou não, da administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos estados, do Distrito Federal, dos municípios e de território, compreendendo, mas não se limitando a: servidores públicos e militares ou pessoas a eles equiparadas; membros do Poder Legislativo; membros do Poder Executivo; membros do Poder Judiciário; membros do Ministério Público; membros dos tribunais ou conselhos de contas (conforme artigo 2º da Lei 13.868/19). Trata-se de crime próprio, não podendo ter como autor o particular, salvo concurso de pessoas (artigos 29 e 30 do Código Penal), como por exemplo o delator (conforme artigo 13 da Lei 9.807/99 e artigo 4º da Lei 12.850/13) agindo em conluio com o parquet.

O sujeito passivo é o Estado, titular da administração da justiça, e a pessoa que teve a honra atingida pela imputação falsa. Normalmente, a falsa imputação vem acompanhada do crime de violação de sigilo funcional (Lei 13.869/19, artigos 28 e 38) com escopo difamatório.

A ação nuclear típica consiste em dar início, isto é, provocar, iniciar, por qualquer meio, ou proceder a qualquer modalidade de atividade persecutória, seja penal, administrativa ou até mesmo civil, sem justa causa fundamentada ou contra quem sabe inocente. Portanto, nesse aspecto o tipo penal é bastante abrangente.

A persecução penal abrange três fases distintas: a investigação preliminar; o processo penal, instaurado com o recebimento da denúncia (artigo 129, I, da Constituição com correspondência com artigo 257, I, do CPP), em casos de ação penal pública; e a execução penal. Com efeito, o tipo penal abrange a qualquer modalidade de investigação preliminar, como a instauração de inquérito policial (artigos 4º a 23 do CPP e Lei 12.830/13); o procedimento investigatório criminal do Ministério Público (Resolução 181/17 do CNMP); Comissão Parlamentar de Inquérito (artigo 58, parágrafo 3º, da Constituição com correspondência com a Lei 1.579/52); inquéritos de natureza judicial (vide artigo 33, parágrafo único, da Lei Complementar 35/79 com correspondência com o artigo 43 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal); o inquérito policial militar (vide artigos 9º a 28 do Decreto-Lei 1.002/69, o CPPM), etc.

A persecução civil abrange, por exemplo, a instauração de inquérito civil e a ação civil pública

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

(conforme artigo 129, inciso III, e parágrafo 1º da Constituição), previstos e regulamentados pela Lei 7.347/1985, para promover a responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados ao meio ambiente; ao consumidor; a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico; a qualquer outro interesse difuso ou coletivo; por infração da ordem econômica; à ordem urbanística; à honra e à dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos; e ao patrimônio público e social.

Ademais, o tipo penal abrange a persecução administrativa, tal como investigações no âmbito administrativo (sindicâncias ou processos administrativos disciplinares de qualquer natureza), bem como a ação de improbidade administrativa constante e regulada na Lei 8.429/92.

O tipo exige o elemento normativo "ausência de justa causa fundamentada", para dar início às modalidades de persecução. A denúncia é a petição inicial do processo penal (vide artigo 41 do CPP) e deve conter a exposição do fato criminoso com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identifica-lo, a classificação do crime, bem como os elementos de informação que servem de base para a acusação (conforme artigos 12, 27 e 39, parágrafo 5º, todos do CPP). A ausência de justa causa para o exercício da ação penal pode gerar a rejeição da denúncia pelo magistrado (CPP, artigo 395, inciso III).

Nesse sentido, são várias as hipóteses caracterizadoras de ausência de justa causa, como: (a) a atipicidade formal ou material do fato; (b) a ausência de indícios suficientes de autoria ou materialidade que embasam a peça inicial; (c) a ocorrência de qualquer causa de extinção da punibilidade; (d) oferecer a denúncia sem ter atribuição legal ou para juiz sem competência; (e) acusação baseada em provas falsas, forjadas ou obtidas ilicitamente etc. Assim, caso o membro do Ministério Público ofereça a denúncia tendo ciência da ausência de justa causa, incorre, objetivamente, nesse delito. A justa causa também é exigida para dar início a processos administrativos disciplinares (vide artigo 6º da Lei 9.784/99) ou de improbidade administrativa.

Diferente do tipo penal do artigo 339 do Código Penal, não se exige que o sujeito ativo atribua a outrem a prática de um crime ou contravenção, de modo que pode haver a mera imputação de infração administrativa ou ato de improbidade administrativa. A imputação deve ser realizada contra pessoa determinada ou passível de identificação, pois sem isso não haverá o crime em análise, podendo caracterizar o crime de comunicação falsa de crime ou contravenção constante do artigo 340 do Código Penal, salvo se a imputação for de mera infração administrativa ou ato de improbidade, pois nesses casos o fato será atípico.

Além da ausência de justa causa para o início da persecução penal, civil ou administrativa, outra hipótese tipificadora do crime em tela é a do agente que tem ciência de que o imputado é inocente. Ocorre a denunciação caluniosa com abuso de poder não só quando é atribuída infração verdadeira, a quem dela não participou, como quando se atribui a alguém infração inexistente, bem como a imputação de infração mais grave do que a realmente praticada. Portanto, a denunciação caluniosa deve ser objetiva e subjetivamente falsa, ou seja, deve estar em contradição paradoxal com a verdade dos fatos e o autor deve estar plenamente ciente de tal contradição.

O tipo penal só admite a modalidade dolo direto, pois o agente deve saber da inocência do acusado ou indiciado, de modo que a dúvida referente à autoria ou participação na infração afasta a tipicidade formal

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

do crime[3]. É importante salientar que dar início ou proceder à persecução penal, civil ou administrativa sem justa causa, pode admitir tanto o dolo direto ou eventual, pois é conduta referente à fundamentação do início da persecução.

O tipo penal não admite a modalidade culposa, por falta de expressa disposição legal (artigo 18, parágrafo único, do Código Penal). Entretanto, em razão da redação do artigo 1º, parágrafo 1º, da Lei de Abuso de Autoridade, exige-se, ainda, um elemento subjetivo especial. O dispositivo mencionado prevê que: "As condutas descritas nesta Lei constituem crime de abuso de autoridade quando praticadas pelo agente com a finalidade específica de prejudicar outrem ou beneficiar a si mesmo ou a terceiro, ou, ainda, por mero capricho ou satisfação pessoal". Por conseguinte, não basta saber que o imputado é inocente, o agente deve praticar a conduta com as finalidades específicas supratranscritas. É o chamado elemento subjetivo do tipo, antigo dolo específico dos penalistas clássicos.

O crime estará consumado apenas com o início da persecução judicial ou extrajudicial. No caso de inquérito policial, por exemplo, o crime já estará consumado com a realização de diligências investigatórias mesmo que o inquérito não tenha sido formalmente instaurado. No caso de processo penal, o crime se consuma quando o magistrado efetivamente recebe a denúncia, de modo que o mero oferecimento da denúncia e sua consequente rejeição por ausência de justa causa, caracteriza tentativa.

5. Distinção com outros delitos

O crime de denunciação caluniosa com abuso de poder não pode ser agravado pelo abuso (conforme artigo 61, II, "g", do Código Penal com correspondência com o artigo 12 do Código Penal), pois configuraria *bis in idem*, o que é vedado no nosso ordenamento jurídico. Se o agente é particular e realiza *notitia criminis* de infração penal sabendo que o imputado é inocente, incorre no crime do artigo 339 do Código Penal, que é crime comum, enquanto o crime do artigo 30 da nova Lei de Abuso de Autoridade é próprio e só pode ser praticado pelas autoridades indicadas na legislação. Nesse sentido, o artigo 19 da Lei 8.429/92, que trata do crime de denunciação caluniosa de quem representa à autoridade administrativa a prática de ato de improbidade, não se confunde com o dispositivo em comento, pois nesse último o sujeito ativo deve ser o funcionário público no exercício de suas atribuições, salvo hipóteses envolvendo concurso de pessoas.

Esse tipo penal, também não se confunde com o crime contra a honra de calúnia (artigo 138 do Código Penal), pois na calúnia o agente quer somente atingir a honra objetiva da vítima, imputando, falsamente, para outras pessoas fato definido em lei como crime, e na denunciação caluniosa do artigo 30, o agente quer prejudicar a vítima perante a administração pública, induzindo a erro os agentes integrantes dos órgãos públicos e afetando a credibilidade das instituições que atuam na apuração de infrações penais, administrativas etc.

Ademais, é importante frisar a distinção do delito em comento com aquele constante do artigo 27 da Lei 13.869/19, que apresenta a seguinte redação, *in verbis*: "Requisitar instauração ou instaurar procedimento investigatório de infração penal ou administrativa, em desfavor de alguém, à falta de qualquer indício da prática de crime, de ilícito funcional ou de infração administrativa: Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa. Parágrafo único. Não há crime quando se tratar de sindicância ou investigação preliminar sumária, devidamente justificada".

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

Dar início à investigação criminal sabendo que alguém é inocente, caracteriza, no nosso entendimento, data vênia, o crime do artigo 30, entretanto, a requisição de instauração de investigação (vide artigo 5º, inciso II, do CPP) sem qualquer indício, ou instaurar a investigação sem indícios mínimos e razoáveis, caracteriza essa modalidade especial supratranscrita, que pode ser praticada também pelas autoridades indicadas na nova legislação, como membros do MP e autoridade policial. Aqui, aplica-se o princípio da especialidade, prevalecendo sobre a norma geral da denunciação caluniosa.

5. Conclusão
O legislador, inadvertidamente, favoreceu agentes públicos que derem causa à persecução penal, civil ou administrativa sem justa causa fundamentada ou contra quem sabem inocente. Trata-se, portanto, de lei incriminadora que privilegia as condutas de autoridades que agem de má-fé em relação aos particulares. Seria necessária uma adequação de penas de modo a não punir de forma mais branda aqueles agentes públicos que corrompem suas elevadas funções para atender sentimentos ou paixões pessoais.

[1] Lopes Jr., Aury. *Direito Processual Penal*. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 565.

[2] PIERANGELI, José Henrique. *Códigos penais do Brasil: Evolução histórica*. Bauru, SP: Jalovi, 1980, pp. 246, 299.

[3] CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal, volume 3, parte especial: dos crimes contra a dignidade sexual a dos crimes contra a administração pública*. 13.ed. São Paulo, Saraiva, 2015, p. 648.

Date Created
30/10/2019

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.