

Exceção da verdade na investigação: releitura constitucional

Aspectos gerais dos crimes contra a honra

Considerada um dos bens jurídicos mais relevantes do ser humano, a honra recebe especial proteção do Direito e tutela múltipla pelo ordenamento jurídico, especialmente através da Constituição Federal, Convenção Interamericana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), Código Penal, Eleitoral, Lei das Eleições (Lei 9.504/97) e Código Civil,



Adriano Sousa Costa
Delegado da Polícia Civil de GO

Dentro desse espírito, o Código Penal, em sua parte especial, dedicou um

capítulo próprio aos delitos que têm por objeto a proteção desse relevante interesse, no qual estão inseridos os crimes de calúnia, difamação e injúria. Em regra, esses delitos são perseguidos por ação penal de iniciativa privada, ressalvadas as hipóteses previstas no artigo 145 do CP e na súmula 714 do STF.

Calúnia

O crime de calúnia possui peculiaridades em face das outras infrações contra a honra. Além de tutelar prevalentemente a honra objetiva, traz como traço essencial a falsidade da imputação de um fato definido como crime. Perceba-se que a acusação temerária só se encaixará nesse tipo penal se o fato imputado estiver tipificado como crime em nosso ordenamento jurídico.

Se a falsidade da imputação recair sobre fato considerado contravenção penal, a calúnia não estará caracterizada, sob pena de configurar analogia *in malam partem*, vedada pelo princípio da legalidade. Nesse caso, remanesce a possibilidade de incidência do crime de difamação, pois o ataque atinge a honra objetiva.

Spacca



Eduardo Fontes
Delegado da Polícia Federal

Outro ponto a ser destacado é que as condutas caluniosas podem ser

desejadas pelo agente (dolo direto) ou derivadas da sua mera indiferença frente à possibilidade de causar abalo à honra alheia (dolo eventual).

Outrossim, a propalação e a divulgação de imputações criminosas falsas também são vedadas pelo mesmo dispositivo legal, condutas estas que não foram simetricamente previstas para os outros crimes contra a honra. Outra diferença das demais infrações que tutelam a honra é a incriminação da calúnia contra os mortos. Vejamos a dicção do Código Penal:

"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."

Por ter como núcleo de incriminação uma *imputação falsa* de um fato definido como crime, a veracidade do alegado assume ímpar relevância. Por isso, deve o pretense criminoso ter a chance de provar, de todas as formas possíveis e já nos momentos iniciais da persecução penal, que suas alegações são verdadeiras, para assim afastar a aplicação do artigo 138 do CP.

Spacca



Henrique Hoffmann
Delegado da Polícia Civil do PR

Afinal, se de um lado é inegável o interesse estatal na descoberta da

materialidade e autoria de crime que lhe foi comunicado; de outra banda há que se reconhecer o direito de demonstrar que não é um mentiroso por parte daquele que denuncia conduta criminosa, até mesmo para não ver o jogo persecutório criminal virar contra si. Diante disso, parece ter caminhado bem o legislador ao incriminar somente a *imputação falsa* de crimes, evitando desestimular denúncias de práticas ilícitas verdadeiramente ocorridas no Brasil; que, na realidade, são estimuladas tanto pelas Leis de Disque Denúncia (Lei 13.608/18, Lei 13.344/22 e Lei 10.741/03) quanto pelas infrações penais de omissão de comunicação de crime (artigo 66 da LCP, artigo 26 da Lei 14.344/22 e artigo 1º, §4º da Lei 10.778/03).

Nesse contexto, surge o importante mecanismo da exceção da verdade, o qual, contudo, teve seu manejo expressamente limitado pelo legislador.

Momento da oposição da exceção da verdade

A exceção da verdade constitui meio facultativo de defesa que, uma vez oposto, tramita em um procedimento especial (artigo 523 do CPP) e pode ensejar a absolvição do acusado. A doutrina advoga que não precisa ser autuada em apenso, pois não se insere no contexto das exceções defensivas do artigo 95 do CPP:

"Art. 95. Poderão ser opostas as exceções de:

- I – suspeição;
- II – incompetência de juízo;
- III – litispendência;
- IV – ilegitimidade de parte;
- V – coisa julgada."

A nosso ver, a exceção da verdade é importante meio de defesa direta e que não pode ser confundida com aquelas de cunho eminentemente processual, pois constitui salvaguarda de mérito, na medida em que ataca a própria tipicidade da calúnia.

A doutrina ortodoxa leciona que a exceção da verdade pode ser apresentada no corpo da resposta à acusação (até porque tal arguição gera ao querelante o direito de contestar e indicar testemunhas em substituição às primeiras constantes da queixa). Daí, ganha especial destaque o artigo 396 do CPP e o artigo 81 da Lei 9099/95.

Tanto o *excipiente* (que propõe a exceção da verdade) como o *excepto* (a quem se opõe a exceção) possuem o direito de se defender nesse incidente. Até porque o próprio excepto poderá mudar sua estratégia inicial, e além de contestar o alegado na exceção da verdade, substituir algumas das testemunhas indicadas na queixa-crime para demonstrar que realmente foi vítima de uma falsa imputação:

"CPP, 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."

Limites da exceção da verdade e releitura constitucional

A exceção da verdade encontra limites na própria Lei Penal:

"Art. 138.

§ 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."

Tais limites à exceção da verdade causam estranheza, porque consistem em hipóteses nas quais a falsidade é *presumida de forma absoluta*, não admitindo a utilização desse importante meio de defesa. Isso significa que alguém pode ser incriminado pelo crime de calúnia mesmo que sua narrativa seja verdadeira; em outras palavras, aquele que denuncia delito que realmente ocorreu passa a ser visto como o criminoso.

Ora, a finalidade precípua desse meio de defesa, como o próprio nome do instituto permite deduzir, consiste na demonstração da veracidade do que foi alegado pelo denunciante (suposto caluniador), ampliando o seu leque de defesa, especialmente para buscar o reconhecimento da atipicidade do crime de calúnia.

As graves limitações defensivas podem colocar o excipiente em maus lençóis, ainda que detenha elementos claros de que não mentiu sobre a imputação criminal.

A nosso ver, o artigo 138, § 3º, do CP não parece ter sido recepcionado pela Constituição Federal, já que limita desproporcionalmente o exercício da ampla defesa aos investigados pela suposta prática do crime de calúnia, o que afronta o disposto no artigo 5º, LV, da CF.

Vejamus um exemplo. Tício conta para amigos sobre crime de injúria que Mévio praticara contra Caio. Mévio, ao tomar conhecimento, procura a delegacia de polícia para lavratura de termo circunstanciado de ocorrência contra Tício pela suposta calúnia, afirmando ser falsa aquela imputação. Encaminhado ao Juizado Especial, a persecução lá se desenvolve sem qualquer tipo de acordo entre as partes. Em face da limitação trazida pelo artigo 138, § 3º, do CP, não caberá exceção da verdade para Tício se Caio não tiver processado e alcançado a condenação em definitivo de Mévio.

Esse decote do princípio da ampla defesa é inadequado, pois Tício não conseguirá provar a atipicidade da conduta (mesmo que tenha provas de que falou a verdade), sendo responsabilizado pela calúnia, ainda que ausente a consciência e a vontade em relação à elementar *falsamente*. Por isso, defendemos que aqui haveria *responsabilidade objetiva* derivada da inconstitucional limitação da ampla defesa insculpida no referido dispositivo legal.

E o fato de se tratar de infração de menor potencial ofensivo, com persecução regulada pela Lei 9.099/95, não torna a situação menos abusiva. Com efeito, o rito sumaríssimo pode ensejar arbítrio ainda maior pelo fato de o Ministério Público, ao receber o TCO da Polícia Judiciária, ofertar transação penal, sem um exame minucioso da presença ou não de justa causa.

Ignorar a elementar *falsamente*, como se a mera imputação de um fato tido como crime bastasse para a consumação do crime de calúnia, soa como recorte hermenêutico inconstitucional, que se choca com princípios reitores do Direito Penal, notadamente o da legalidade.

Se o desejo da doutrina é aproximar a calúnia da difamação, a qual não requer para a consumação que o fato difundido seja falso, há que se alterar sua atual redação e suprimir a referida elementar do artigo 138 do CP, e não proceder a indevido elastério interpretativo.

Acreditamos ser possível outra interpretação constitucional desse instituto, a fim de garantir o correto tratamento da verdade sobre a persecução do crime de calúnia.

Mitigar a ampla defesa pelo suposto argumento de se evitar o *strepitus iudicii* (constrangimento do processo) do crime originário (o qual foi imputado pelo suposto caluniador) é negligenciar o estatuto constitucional do princípio da ampla defesa e seu caráter estrutural na persecução penal, suprimindo-a daquele que noticia a verdade (quando o tipo penal requer a mentira como elementar).

Interpretação diversa desnaturará o próprio nome jurídico do instituto, porquanto é uma exceção *da verdade*. E a verdade não comporta limitações pela existência de determinado provimento judicial absolutório ou condenatório, como se dá a entender pela leitura do artigo 138, § 3º, do Código Penal.

Por isso, no presente caso, em momento adequado (artigo 81 da Lei 9099/95), Tício deveria poder demonstrar que Mévio realmente praticara injúria contra Caio, mesmo que este não tenha mostrado interesse em ver Mévio processado pelo crime. O resultado prático seria: Tício conseguiria se desvencilhar da imputação da calúnia que lhe fora feita por Mévio (por mostrar que não imputou falso crime a ele), mas Mévio também não responderia pela injúria que praticara contra Caio, ante a inércia deste (decadência). É o desfecho mais adequado e que privilegia a verdade e o princípio da ampla defesa.

Análise da elementar na investigação criminal

A análise do delegado de polícia vai muito além do leque de permissividade da exceção da verdade prevista no Código Penal. Afinal, a legislação criou um conjunto de limitações para manejar tal instrumento processual, o que restringe muito a defesa do excipiente que busca provar a real ocorrência de crime. Principalmente quando o crime esteja vinculado à ação penal privada.

Imagine-se outra face do exemplo já posto anteriormente. Tício divulgara publicamente a ocorrência de crime de injúria de Mévio contra Caio. Mévio procura a delegacia se dizendo vítima de calúnia praticada por Tício, pois alega se tratar de inverdade. Nesse caso, seguindo a redação limitativa do mencionado texto legal, só caberá possibilidade de Tício provar que a imputação que fez não é falsa (exceção da verdade) se Mévio tiver sido condenado por sentença irrecorrível em face deste crime de injúria contra Caio. Ou seja, Tício não conseguirá se defender processualmente, principalmente se Caio não tiver procurado a delegacia para narrar a injúria ocorrida ou, mesmo que o faça, não se tenha atingido ainda a condenação transitada em julgado.

Aliás, não ignoremos a realidade: as condenações por crime de ação penal privada no Brasil são raríssimas. São tantos benefícios de política criminal (composição civil, transação, sursis processual, ANPP etc.) que praticamente tornará impossível a exceção da verdade nesses casos. Sem falar da decadência, prescrição, perempção e demais formas legais de extinção de punibilidade, aplicadas com vulgar frequência num sistema processual penal moroso como o brasileiro.

De mais a mais, essa discussão não pode passar ao largo da análise técnico-jurídica que deve ser realizada pelo delegado de polícia, por força do art. 2º da Lei 12.830/13. É a única forma de contornar essa distorção da defesa processual. Afinal, o delegado precisa avaliar se o que lhe foi noticiado é verdadeiro ou falso, já que a *falsidade* é a principal elementar do crime de calúnia. E não se diga que qualquer interessado seria prejudicado com essa providência; pelo contrário, isso garante um debate tão amplo como aquele a ser travado numa exceção da verdade.

Nessa linha, o exame do delegado precisa ir além do que permite o § 3º do artigo 138 do CP sobre o conhecimento da falsidade da imputação. E a descoberta sobre a verdade da imputação é questão prejudicial, necessariamente anterior a uma decisão judicial sobre a ocorrência da calúnia. Se o legislador criou limitação a tal mecanismo na fase processual, isso não deve afastar a análise propeleutic e ampla do delegado frente ao fato típico.

A persecução penal não deve ser banalizada. O suposto autor do fato pode, de antemão, possuir elementos para provar que falou a verdade. Nesse caso, não se deve instaurar inquérito policial ou termo circunstanciado de ocorrência se houver dúvida sobre a ocorrência de crime de calúnia.

Antes mesmo de a Lei de Abuso de Autoridade ter incriminado a conduta de instauração abusiva de procedimentos apuratórios (artigo 27 da Lei 13.869/19), já parecia de bom tom antecipar a análise sobre a veracidade das imputações quando já se percebessem elementos sobre tal. Afinal, o próprio CPP sempre orientou que a instauração de inquéritos policiais não seja ato automático do delegado, e sim deliberação motivada, ao se notar que a dúvida acerca da *notitia criminis* deve ser mediada pela instauração de verificação da procedência de informações (artigo 5º, § 3º, do CPP), que é procedimento sumário e preliminar.

Análise do dolo e eventual erro de tipo na investigação criminal

É essencial que os efeitos de eventual erro de tipo sejam trazidos à baila também quando da análise do delegado. Se o suposto caluniador apontar a prática de crime a alguém, porque percebeu a dinâmica de forma equivocada, deverá ter afastada a imputação criminal, muito pelo que traz o próprio Código Penal sobre as consequências do erro de tipo (artigo 20 do CP). O erro sobre a circunstância elementar *falsamente* conduz à atipicidade dessa conduta, pois o crime de calúnia só é punido a título de dolo.

Não se pode cogitar que a imputação de uma calúnia seja consequência automática do insucesso investigatório ou mesmo de absolvição de acusado. Na verdade, não há se pensar em tal sorte de *responsabilidade objetiva*. É preciso comprovar, com elementos concretos, que houve falsa e deliberada imputação de crime, seja por meio de dolo direto, seja pela indiferença da conduta do agente, típica de dolo eventual.

A exemplo do que se discute frente ao crime de falso testemunho (artigo 342 do CP), o que importa mesmo para a configuração da falsidade não é o contraste entre o depoimento e a realidade dos fatos, mas entre o conteúdo das declarações e a ciência sobre a falsidade.

Por fim, inimaginável a possibilidade de remanescer a responsabilidade pela difamação quando não se verificar a calúnia pela prova da veracidade da imputação. Perceba-se que há elementos que apontam para uma relação de especialidade entre difamação e calúnia. Mas isso não indica que exista entre as duas uma relação de subsidiariedade, o que permitiria a aplicação da difamação (como soldado de reserva) quando a calúnia não fosse possível pelo fato imputado ser verdadeiro.

Análise conglobada das diferentes versões dos envolvidos

Em regra, são várias as rodadas que envolvem as mesmas partes quando da apuração do crime de calúnia. É comum que alguém se apresente como vítima de um delito na delegacia e registre a *notitia criminis*

. Após intimado, o suspeito comparece na unidade e, indignado com tal narrativa, requer a instauração de procedimento policial por hipotética calúnia, principalmente quando essa imputação já alcançou ouvidos de outras pessoas.

Nesse tipo de conexão procedimental, não se nega que o registro da calúnia costuma ocorrer para criar algum tipo de embaraço ou constrangimento ao noticiante original. Por isso é importante ter muita cautela no momento e na forma de processar internamente essas duas investigações.

Afinal, como a calúnia é infração de menor potencial ofensivo, o TCO pode tramitar mais rápido do que a investigação do fato criminoso noticiado anteriormente (que pode estar vinculado às formalidades do Inquérito Policial, por exemplo). E isso gera uma inversão tumultuária das investigações, porque o procedimento de calúnia poderia chegar primeiro ao Poder Judiciário, mesmo que não se possa afirmar nada ainda sobre a falsidade da imputação original (pois a investigação do Inquérito Policial obrigaria a passos mais curtos e formais).

Por isso que, nesses casos, não há que se falar em necessária lavratura de dois boletins de ocorrência (um para o crime noticiado e um para a calúnia), pois são duas visões diferentes do mesmo conjunto fático objetivo e que precisam ser analisadas de forma conglobante no mesmo procedimento investigativo (do crime narrado inicialmente, inclusive).

Isso pode evitar que crimes nitidamente conexos fujam ao raio apuratório (e do controle temporal) da mesma autoridade policial que vai conduzir a investigação do crime que lhe fora comunicado originalmente. Essa interpretação homenageia a essência do artigo 76, inciso III, do CPP, pois deve a competência ser firmada pela conexão quando a *prova de uma infração ou de qualquer de suas circunstâncias elementares influir na prova de outra infração*. Esse dispositivo processual pode e deve servir de norte-magnético para a fixação das atribuições investigativas, portanto.

Nesse panorama, sugere-se que o delegado de polícia realize adendo no boletim de ocorrência inicial, coletando eventual condição de procedibilidade da pessoa que se diz vítima de calúnia, e, ao final, quando do relatório final da investigação principal, analise a imputação inicial realizada e também a hipotética ocorrência de falsa comunicação de crime, de calúnia ou de denúncia caluniosa.

Coletar a condição de procedibilidade da vítima de hipotética calúnia é de suma relevância, pois eventual retratação ou desistência do noticiante original (quando se tratar de crime de ação privada ou pública condicionada) não eliminará a possibilidade de o caluniado dar prosseguimento à persecução penal em face do caluniador.

Date Created

01/11/2022