

E AGORA, COMO INTERPRETAR O ART. 85 DO CPP?

Autor: Rômulo de Andrade Moreira, Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado da Bahia e Professor de Direito Processual Penal da Faculdade de Direito da Universidade Salvador - UNIFACS.

Como se sabe, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ação Penal nº. 937, decidiu que o foro por prerrogativa de função aplica-se apenas aos crimes cometidos durante o exercício do mandato e quando relacionados às funções desempenhadas pelos Deputados Federais e Senadores da República.

Por outro lado, o art. 85 do Código de Processo Penal estabelece que nos processos por crime contra a honra, em que forem querelantes as pessoas que a Constituição sujeita à jurisdição do Supremo Tribunal Federal, a este caberá o julgamento, quando oposta e admitida, a exceção da verdade.

Doravante, após a decisão da Suprema Corte, o que se dará quando o querelante for um Deputado Federal ou um Senador da República e o fato a ele imputado tenha sido um crime supostamente praticado antes do exercício da função e não guarde relação com o mandato? Caso seja oposta uma exceção da verdade, quem a julgará? Aplicar-se-á o art. 85 do Código de Processo Penal? Penso que não.

Se os parlamentares federais só têm direito ao foro junto à Suprema Corte em relação a delitos praticados durante e em razão do mandato, por óbvio – a mim me parece -, que a aplicação do referido dispositivo do Código de Processo Penal somente será cabível na hipótese de o fato criminoso falsamente imputado ao parlamentar federal enquadrar-se naquelas condições restritas.

Assim, se a imputação for de um fato delituoso de natureza diversa (não funcional, digamos assim) ou praticado antes do exercício da função pública (aqui utilizo o termo em sentido amplo, obviamente), caberá ao Juízo de primeiro grau julgar a respectiva exceção da verdade e, em seguida, o mérito propriamente dito da ação penal, não se aplicando o citado artigo do Código de Processo Penal.

A propósito, este dispositivo comporta alguns esclarecimentos já enfrentados pela doutrina e, principalmente, pelo Supremo Tribunal Federal.

Sabe-se que, dos crimes contra a honra tipificados em nosso Código Penal, apenas a injúria não admite a **exceptio veritatis**. Já a difamação a aceita, tão-somente, quando o “*ofendido é funcionário público e a ofensa é relativa ao exercício de suas funções*” (parágrafo único do art. 139 do Código Penal), pois, neste caso, “*a Administração tem interesse em saber a verdade, pois o funcionário deve ser*

*digno do cargo que ocupa.*¹ Na calúnia, por sua vez, a possibilidade da **fides veri** é a regra, sendo inadmissível apenas nos casos do art. 138, § 3º., I, II e III do Código Penal. Estas três ressalvas, justificam-se, respectivamente: a) para preservar a vítima do **strepitus iudicii**, b) por questões políticas e institucionais e c) tendo em vista a impossibilidade em nosso País da revisão criminal **pro societate**.

Ainda que o referido artigo contenha a expressão querelante, é admitida a sua aplicação quando o processo iniciar-se mediante denúncia e não queixa. Escreveu Espínola Filho: “A despeito de usada, no artigo, a expressão – querelante –, a regra não poderá ser afastada, se a ação penal tiver sido promovida por denúncia, mediante representação de pessoa sujeita à jurisdição do STF ou do Tribunal de Justiça, a qual haja sido vítima de crime contra a honra, opondo-lhe o agente a exceção da verdade, que tenha sido admitida.”²

Uma outra questão impõe-se: o art. 85 aplica-se às ações penais pelos crimes de difamação e calúnia (excluída, por força de lei, a injúria), ou apenas quanto ao segundo delito? Em outras palavras: é possível em um processo-crime por difamação, sendo oposta a **demonstratio veri**, invocar-se o art. 85, deslocando-se a competência do seu julgamento para a superior instância, ou isto só será juridicamente viável tratando-se de calúnia?

Respondendo a tais indagações, observa-se, desde logo, ser posição tranquila no Supremo Tribunal Federal que este dispositivo do Código de Processo Penal só é aplicável quando a **fides veri** referir-se ao delito de calúnia, não à difamação, entendimento, aliás, compartilhado por José Frederico Marques:

“Apresenta-se como relevante, para deslocar a competência penal do juízo de primeiro grau para o foro privilegiado das jurisdições superiores, exclusivamente a exceção da verdade oposta e admitida em processo por crime de calúnia. Quando a acusação tiver por objeto crime de difamação, inaplicável é a norma contida no citado preceito legal. Certo é que o art. 85, citado, não faz distinção de espécie alguma. Todavia, não se pode olvidar da **ratio essendi** da regra ali contida. A **exceptio veritatis**, na calúnia, torna competente, por força daquele preceito legal, a jurisdição superior, porque, admitida que seja essa defesa, pode ocorrer, **secundum eventum litis**, que a justiça penal profira uma decisão de natureza declaratória, em que se reconheça que o sujeito passivo do crime não praticou o delito que lhe é imputado pelo autor da ofensa caluniosa. Essa decisão negativa, de caráter declaratório, constitui pronunciamento jurisdicional definitivo, com a imutabilidade resultante da **res judicata**, a respeito da relação jurídico-penal contida no **jus puniendi** que surgiria, para o Estado, se a vítima da calúnia não estivesse sendo, realmente, caluniada, visto ter cometido, de fato, a infração penal que lhe foi atribuída. Ora, se determinadas pessoas não podem ser julgadas, em matéria acusatório-penal, a não ser pelos tribunais superiores, só esses órgãos judiciais, também, é que lhes podem dar a imunidade resultante da declaração de inexistência do ‘direito de punir’, por acolhimento da **exceptio veritatis**. Na difamação, o art. 85 do CPP é inaplicável, porque a **exceptio veritatis** não tem por objetivo provar a existência de crime, e por isso a réplica do acusador não dará origem

¹ Fernando da Costa Tourinho Filho, Código de Processo Penal comentado, Vol. I, São Paulo: Saraiva, 6ª. ed., 2001, p. 243.

² Código de Processo Penal Brasileiro Anotado, Vol. II, Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 5ª. ed., 1959, p. 220.

*a julgamento penal de caráter declaratório-negativo em que se afirme não existir crime. Isto significa que o excepto não irá ser julgado por infração penal alguma, em decisão apenas declaratória, ao contrário do que sucede quando essa forma de defesa é oposta por excipiente acusado de ter praticado o crime de calúnia.*³

Outra não é a lição de Tourinho Filho: “Registre-se, ainda, que não obstante o parágrafo único do art. 139 do CP permita a exceção da verdade quando o ofendido for funcionário público e a ofensa diga respeito ao exercício da função, o direito pretoriano só admite a aplicação do art. 85 na exclusiva hipótese de calúnia. E a razão é esta: se o excipiente demonstrar que a pretensa vítima realmente cometeu o crime que lhe foi imputado, o julgamento desse crime caberá ao órgão superior sob cuja jurisdição ele estiver. É certo que na difamação também é possível a arguição da **exceptio veritatis**, na exclusiva hipótese tratada no parágrafo único do art. 139 do CPP. Mas, nesse caso, como se cuida de imputação de fato que não constitui infração penal, a doutrina dominante, inclusive o direito pretoriano, não permite a aplicação do art. 85.”⁴

No Supremo Tribunal Federal, como adiantei, esta é posição pacífica, bastando citar, por todos, este julgado: “É inaplicável ao crime de difamação o art. 85 do CPP, ainda que haja exceção da verdade, uma vez que neste crime não é imputado à vítima a prática de fato definido como ‘crime’, mas apenas um fato ofensivo à reputação.” (RTJ 68/316).

Ressalte-se que cabe ao Tribunal, tão-somente, o julgamento da exceção da verdade, pois “tanto o fato principal, objeto da denúncia ou queixa, como a **demonstratio veri** devem ser apreciados conglutinadamente. O Magistrado, na instrução, colhe informações sobre o fato principal e sobre a sua veracidade ou não. Concluída a instrução criminal, os autos (se foi oposta e admitida a exceção da verdade), segundo entendimento pacífico e remansoso do STF, devem ser encaminhados ao Tribunal sob cuja jurisdição estiver o ofendido para o julgamento apenas da ‘exceção’. Todas as provas já foram colhidas. Se o Tribunal considerar que a exceção é procedente, cumprir-lhe-á não só determinar a extração de peças do processo, nos termos e para os fins do art. 40 do CPP, como também devolver os autos à instância de origem com a informação de que a exceção foi julgada procedente.”⁵

Vê-se, portanto, caber ao juízo de origem, e não à Corte Superior, julgar admissível a exceção e instruí-la, remetendo-se, somente então, os autos à Superior Instância para o julgamento apenas da exceção. Assim, após a colheita das provas é que se desloca a competência para o Tribunal de Justiça, julgando-se procedente ou não a **demonstratio veri**. Neste sentido, o Supremo Tribunal Federal já decidiu que a “a competência do Tribunal é apenas para o julgamento da exceção.” (1ª. Turma, HC 74.649/SP, Rel. Min. Ilmar Galvão, unânime, DJ 11.04.1997). Este entendimento é pacífico no STF, bastando conferir os votos dos Ministros Sepúlveda Pertence e Marco Aurélio (RT 698/432-433). No mesmo sentido, STF, Ação Penal 305, DF, Pleno, Rel. Min. Celso de Mello, 12/08/93, v.u. e tantos outros (Exceção da Verdade 601, Mato Grosso, Pleno, Rel. Min. Paulo Brossard, 26/08/93, DJ 08/04/94, p. 7.223 e a de nº. 522, Rio de Janeiro, Pleno, Rel. Min. Carlos Velloso, 04/08/93, v.u., DJ 03/09/93,

³ Elementos de Direito Processual Penal, Vol. I, Campinas: Bookseller, 1998, pp. 269/270.

⁴ Tourinho Filho, obra citada, pp. 243/244.

⁵ Tourinho Filho, idem, p. 244.

p. 17.742).

Veja-se este julgado do Supremo Tribunal Federal: *“Nos processos por crime contra a honra, em que forem querelantes pessoas que a Constituição sujeita à jurisdição dos Tribunais de Justiça, compete a estes o julgamento da exceção da verdade, quando oposta é admitida. A esse julgamento, porém, limita-se tal competência, consoante jurisprudência reiterada do STF.”* (RTJ 73/984).

Igualmente o Superior Tribunal de Justiça: *“Não compete ao Supremo Tribunal Federal conhecer de habeas corpus impetrado contra decisão do Relator que, em habeas corpus requerido a tribunal superior, indefere a liminar”* (Súmula nº 691/STF). *II - No caso concreto, em que se cuida de acusação da prática de crime de calúnia contra juízes federais, a decisão do juízo de primeiro grau de reconhecer sua competência para o processamento da exceção da verdade e ressaltar a competência do e. Tribunal a quo apenas para o julgamento do incidente, está em consonância com a jurisprudência assente desta Corte e do Pretório Excelso, não se vislumbrando qualquer ilegalidade. Por tal razão, se mostra descabido o uso de habeas corpus para cassar a r. decisão que indeferiu o pedido liminar. Writ não conhecido. Liminar revogada.”* (Habeas Corpus nº. 53.301 - PR (2006/0017269-0) - Relator: Ministro Felix Fischer).

Também sobre o tema, vale salientar que o Ministro Celso de Mello determinou a devolução dos autos da Ação Penal nº. 602 - que envolvia um Deputado Federal como querelante e um jornalista como querelado - ao juízo da 1ª. Vara Criminal da Comarca de Joinville, para que lá fosse processada a exceção da verdade. De acordo com o Ministro Celso de Mello, a exceção da verdade, quando deduzida nos crimes contra a honra que autorizam a sua oposição, deve ser admitida, processada e julgada, ordinariamente, pelo juízo competente para apreciar a ação penal condenatória. Mas, quando se trata de exceção da verdade deduzida contra pessoa que dispõe de prerrogativa de foro perante o STF (art. 102, I, ‘b’ e ‘c’), a atribuição da Corte será restrita ao julgamento da referida exceção. *“A atribuição da Suprema Corte restringir-se-á, unicamente, ao julgamento da referida exceção, não assistindo, a este Tribunal, competência para admiti-la, processá-la ou sequer instruí-la, razão pela qual os atos de dilação probatória pertinentes a esse procedimento incidental deverão ser promovidos na instância ordinária competente para apreciar a causa principal (ação penal condenatória)”*, explicou o Ministro, que não conheceu da exceção da verdade encaminhada ao STF. De acordo com o relator, o Juiz da 1ª. Vara Criminal de Joinville não só deixou de efetuar controle de admissibilidade sobre a exceção da verdade, mas também sequer procedeu à instrução probatória. *“Impende assinalar, ainda, por necessário, que os atos de instrução probatória pertinentes à exceptio veritatis (exceção da verdade) deverão efetivar-se com observância da cláusula constitucional do due process of Law, assegurando-se, aos sujeitos processuais, em consequência, o respeito à garantia do contraditório”*, afirmou. Como a competência penal originária do STF está restrita ao julgamento da exceção da verdade relativa ao delito de calúnia, o Ministro Celso de Mello determinou que, somente após a realização dos atos de instrução probatória, o processo seja encaminhado ao Supremo.

Em outro julgamento, o Supremo Tribunal Federal negou pedido de exceção da verdade apresentado por querelado na Petição 4898, tendo como relator o Ministro Ricardo Lewandowski. A petição, embora ajuizada na primeira

instância, foi enviada à Suprema Corte exatamente pelo fato de envolver um Deputado Federal. Segundo o Supremo Tribunal Federal, a exceção da verdade, quando deduzida nos crimes contra a honra que autorizam a sua oposição, deve ser admitida, processada e julgada, ordinariamente, pelo juízo competente para apreciar a ação penal condenatória e quando se trata de exceção da verdade deduzida contra pessoa que dispõe de prerrogativa de foro perante o STF (art. 102, I, "b" e "c"), a atribuição da Corte será restrita ao julgamento da referida exceção.

Por fim, indaga-se: a decisão proferida pelo Tribunal na exceção da verdade vincula o Juiz **a quo**? O Juiz de Direito de 1ª. instância, ao decidir a ação penal, pode dizer contrariamente ao que disse o Tribunal? Pode, por exemplo, na respectiva fundamentação, afirmar que o excipiente não logrou provar a afirmação feita quando a superior instância entendeu que ele havia conseguido? Ou vice-versa?

Entendo que, apesar de se tratar de uma questão incidental, ela não poderá mais ser rediscutida no mesmo processo. Assim, se o Tribunal julgou procedente a exceção da verdade, a sentença absolutória impõe-se; ao contrário, se a exceção foi julgada improcedente, o querelado deve, a princípio, ser condenado (salvo a hipótese de extinção da punibilidade ou se houver outro fundamento para uma sentença absolutória, como o reconhecimento de uma excludente, por exemplo).

Tal conclusão não significa que em uma outra ação penal o fato não possa ser novamente discutido, pois a decisão proferida pelo Tribunal não faz coisa julgada material; assim, caso o Tribunal tenha declarado (**incidenter tantum**) que o querelado provou a imputação feita ao querelante, na futura ação penal a ser instaurada em relação a ele, os fatos podem ser rediscutidos, em cognição plena.

Segundo Cândido Rangel Dinamarco: “*as decisões dos tribunais de superposição operam em face dos juízes e tribunais locais um fenômeno que se qualifica como preclusão, consistente em impedi-los de voltar a decidir sobre o que já haja sido superiormente decidido. Ainda quando se trate de matéria ordinariamente insuscetível de precluir, cabendo ao Juiz o poder-dever de voltar a ela sempre que haja pertinência e mesmo que já se tenha pronunciado a respeito (incompetência absoluta, condições da ação etc.: art. 267, § 3º, do CPC), essa liberdade de atuação deixa de existir se sobre ela já houver um pronunciamento superior sobre o tema.*”⁶

Mutatis mutandis, vejamos a lição de Fredie Didier Jr. e Leonardo José Carneiro da Cunha: “*Após a decisão do incidente, conforme foi dito, a causa volta ao órgão julgador originário, que deve ultimar o julgamento do feito, resolvendo as demais questões incidentes e decidindo a questão principal. O órgão originário fica vinculado à solução que o colegiado maior deu à questão incidente – a solução ‘incorpora-se no julgamento do recurso ou da causa, como premissa inafastável’⁷. Note-se que, assim, a decisão final será produto do trabalho de dois órgãos julgadores: o órgão originário, que ficou responsável pela decisão da questão principal e de algumas questões incidentes, e o órgão colegiado maior, que resolveu a questão de direito objeto do incidente que fora suscitado. Trata-se, então, de exemplo de julgamento*

⁶ **Apud** José Henrique Mouta Araújo, in Repertório de Jurisprudência IOB, n°. 08/2005, vol. III, p. 242).

⁷ Moreira, José Carlos Barbosa. Comentários ao Código de Processo Civil. 12ª ed., cit., p. 48.

subjetivamente complexo. (...) Exatamente porque o seu objeto é uma questão não-principal, a decisão do incidente comporá a fundamentação da decisão final e, portanto, não está apta a ficar imune pela coisa julgada material. A coisa julgada material não recai sobre a resolução das questões que se encontram na fundamentação da decisão (art. 469, CPC). A decisão do incidente é irrecurível, porque ainda não há decisão final. Trata-se, como visto, de decisão sobre uma questão incidente. Recorrível é o acórdão do órgão originário que completar o julgamento. É possível, porém, admitir o cabimento de embargos de declaração⁸, para o esclarecimento de alguma obscuridade ou contradição porventura existente no acórdão que julgar o incidente.”⁹

Para concluir, mais uma vez o magistério de Fredie

Didier:

*“Como visto, é importante frisar uma distinção: há questões que são postas como fundamento para a solução de outras e há aquelas que são colocadas para que sobre elas haja decisão judicial. Em relação a todas haverá cognição (**cognitio**); em relação às últimas, haverá também **iudicium**. Todas compõem o objeto de conhecimento do magistrado, mas somente as últimas compõem o objeto de julgamento (**thema decidendum**). As primeiras são as questões resolvidas **incidenter tantum**; esta forma de resolução não se presta a ficar imune pela coisa julgada. O magistrado tem de resolvê-las como etapa necessária do seu julgamento, mas não as decidirá. São as questões cuja solução comporá a fundamentação da decisão. Sobre essa resolução, não recairá a imutabilidade da coisa julgada. Os incisos do art. 469 do CPC elucidam muito bem o problema: não fazem coisa julgada os motivos, a verdade dos fatos e a apreciação da questão prejudicial, decidida incidentemente no processo. Há questões, no entanto, que devem ser decididas, não somente conhecidas. São as questões postas para uma solução **principaliter tantum**: compõem o objeto do juízo. Somente em relação a estas é possível falar-se de coisa julgada. É o que se retira do art. 468 do CPC: a decisão judicial tem força de lei, nos limites da lide deduzida e das questões decididas.”¹⁰*

⁸ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Comentários ao Código de Processo Civil, 12ª ed., cit., p. 48-49; GRECO FILHO, Vicente. Direito processual civil brasileiro. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 2, p. 364; SOUZA, Bernardo Pimentel. “Da uniformização de jurisprudência no Código de Processo Civil”. Leituras complementares de processo civil. 3ª ed. Salvador: Edições JUS Podivm, 2005, p. 113.

⁹ Curso de direito processual civil. Salvador: Edições JUS PODIVM, 2006, v. 3, p. 366-368.

¹⁰ Curso de direito processual civil. 6ª ed. Salvador: Edições JUS PODIVM, 2006, v. 1, p. 252-253.