

## O ART. 85 DO CPP E OS PROBLEMAS QUE SUSCITA

Fernando da Costa Tourinho Filho

1. No estudo que se faça da competência pela prerrogativa da função, não se poderá olvidar a regra contida no art. 85 do Código de Processo Penal:

*“Nos processos por crime contra a honra, em que forem querelantes as pessoas que a Constituição sujeita à jurisdição do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais de Justiça, àquele ou a estes caberá o julgamento, quando oposta e admitida a exceção da verdade.”*

É evidente que, quando a pessoa com direito ao foro privativo, seja concedido pela Constituição, seja pelas leis ordinárias, for vítima, o processo contra o responsável tramitará, normalmente, perante o órgão jurisdicional competente, obedecendo-se às regras comuns sobre competência, fixadas nos artigos 70 e seguintes do estatuto processual penal, salvo se o agente gozar, também, de foro privativo.

O art. 85, entretanto, cuida da hipótese em que alguém que possui foro privativo concedido pela Constituição venha a ser vítima de crime contra a honra.

Suponha-se que Joaquim, comerciante, calunie na cidade X, do Estado do Paraná, o Juiz de Direito, dizendo que o mesmo costuma emitir cheque sem suficiente provisão de fundos.

Intuitivo que o Juiz, vítima nesse caso, pode intentar ação penal contra o caluniador. E a respectiva queixa (porque se trata de delito de alçada privada) deverá ser oferecida na comarca X, *locus delicti*, ou no foro do domicílio ou residência do caluniador, segundo a regra do art. 73 do Código de Processo Penal.

Proposta a ação, poderá o querelado, isto é, o réu, nos termos do § 3.º do art. 138 do Código Penal combinado com o art. 523 do Código de Processo Penal, no prazo de defesa, oferecer a *exceptio veritatis*. Com tal providência, procurará provar o réu que a imputação feita ao Juiz não era falsa, ele cometera mesmo o delito de emissão de cheque sem suficiente provisão de fundos. Oposta e admitida a exceção (mesmo porque há casos em que não se admite a *exceptio*), esta traduz a realidade de apurar um crime atribuído a um Juiz que, pela função que exerce, tem a prerrogativa de vê-lo apreciado pelo Tribunal de Justiça, *ex vi* do artigo 144, § 3.º da Magna-Carta. Nesse caso, cumprirá ao Juiz de Direito que houver recebido a queixa e estiver à frente do processo remetê-lo ao Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, que deverá praticar-lhe os atos ulteriores. Se o Tribunal entender que o Juiz cometera mesmo o delito capitulado no art. 171, § 2.º, n.º VI do Código Penal, absolverá Joaquim e, ao mes-

mo tempo, cumprir-lhe-á extrair peças do processo e encaminhá-las ao Procurador-Geral da Justiça, para oferecimento de denúncia contra o Magistrado.

Se entender que a imputação foi falsa, condenará Joaquim e, ao mesmo tempo, aquela sentença condenatória constituirá, em relação ao Juiz-vítima, uma decisão declaratória negativa que impedirá, pela imutabilidade da *res judicata*, outro pronunciamento sobre a pretensa infração atribuída ao Magistrado.

Neste exemplo, o processo será remetido ao Tribunal de Justiça, porquanto a lei ordinária pode fixar regra de competência em relação àquele órgão, tal como se percebe pelos artigos 87, 78, III e 85 do C. P. Penal.

Todavia, e neste passo alteramos nosso entendimento anterior, se o querelante for uma pessoa que deva ser julgada pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Tribunal Federal de Recursos, caberá a um ou outro o julgamento apenas de *exceptio*, uma vez que não pode o Tribunal "*conhecer originariamente onde não se lhe deu, por explícita regra jurídica constitucional, tal competência*", como bem o disse Pontes de Miranda (cf. *Comentários à Constituição de 67*, 1970, vol. IV/101).

Em se tratando da justiça eleitoral, tudo se passa diferentemente, uma vez que a sua competência é fixada na lei ordinária, por expressa disposição constitucional (art. 137 da Magna-Carta) e, embora o Código Eleitoral não consigne regra semelhante àquela do art. 85 do estatuto processual-penal, é como se o houvesse feito, em face do disposto no seu artigo 364.

2. Feitas essas ressalvas, pergunta-se: é aplicável a regra do art. 85 a todos os crimes contra a honra em que figurar, como vítima, qualquer pessoa que desfrute de foro pela prerrogativa de função?

A pergunta envolve duas indagações. A primeira é esta: somente terá aplicação a norma do art. 85 do CPP quando forem querelantes as pessoas que a Constituição sujeita à jurisdição do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais de Justiça?

Pela leitura do art. 85, a outra conclusão não se poderá chegar. *Frederico Marques*, nos seus preciosos *Elementos*, vol. I/291, é desse entendimento e faz alusão a um pronunciamento do Tribunal de Justiça Paulista, em que se decidiu que o art. 85 não se aplica a todas as pessoas que tenham foro privilegiado, mas, "*apenas àquelas que a Constituição sujeita à jurisdição do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais de Justiça, segundo vem expresso no próprio texto do art. 85 do Código de Processo Penal*".

Embora o art. 85 use da expressão "...pessoas que a Constituição sujeita à jurisdição do Supremo Tribunal Federal e dos Tribu-

*nais de Justiça*”, entendemos, *data venia*, que também as pessoas com foro privativo, e às quais se referem as leis ordinárias, desfrutam da mesma regalia.

Não existe razão séria para tamanha interpretação judaica, a não ser uma incontida e apaixonada vassalagem à letra de um texto legal, sem a limpidez e transparência indispensáveis à obra do legislador. Para que se verifique a absurdidade da tese, veja-se, por exemplo, a situação do *Juiz Federal*. . . Como a Constituição não o sujeita à jurisdição do Supremo nem à dos Tribunais de Justiça, e sim à do Tribunal Federal de Recursos, vigorando como está o art. 85, a ele não seria aplicável.

Não se deve esquecer a velha regra de hermenêutica: *ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio* — onde existe a mesma razão fundamental, prevalece a mesma regra de direito. *Espinola Filho*, ao enfrentar o problema que o art. 85 suscita, preleciona ser absurda a limitação e entende que se impõe a extensão do preceito para alcançar ambas as hipóteses, pois nada aconselha distingui-las (*cf. ob. cit.*, vol. II/219 e seguintes). Por outro lado, a vingar o entendimento contrário, nos crimes contra a honra, tipificados no Código Eleitoral, sendo querelante um Juiz Eleitoral, oposta e admitida a exceção da verdade, não se aplicaria a regra do art. 85 do CPP (que seria invocável por força do art. 364 do Código Eleitoral), pela simples razão de a Constituição não sujeitar os Juizes Eleitorais à jurisdição dos Tribunais Regionais Eleitorais. Quem os sujeita é o Código Eleitoral. . .

3. A segunda indagação que a pergunta retroformulada sugere é esta: é aplicável o art. 85 em todo e qualquer crime contra a honra, cometido contra aquelas pessoas que têm foro privativo?

De logo se responda negativamente, porquanto o próprio texto estabelece uma restrição: *somente quando oposta e admitida a exceção da verdade*.

Desse modo, tratando-se de crime de injúria, inaplicável será a regra do art. 85, porquanto tal crime não admite a *exceptio veritatis*.

Tratando-se de calúnia ou de difamação, nos casos em que a lei permitir, poderá ser oposta a *demonstratio veritatis*. (Vejam-se o § 3.º do art. 138 e parágrafo único do art. 139 do Código Penal; o § 2.º do art. 324 e parágrafo único do art. 352 do Código Eleitoral; os §§ 2.º e 3.º do art. 20 e § 1.º do art. 21 da Lei de Imprensa; o § 2.º do art. 214 e parágrafo único do art. 215 do Código Penal Militar e, finalmente, os artigos 33 e 42, inciso V da Lei de Segurança Nacional, Lei n.º 6.620, de 17/12/78).

Pois bem: *nos crimes contra a honra, que admitirem a exceção da verdade, cometidos contra aquelas pessoas que têm foro privativo, inteira aplicação tem o artigo 85*.

Sem embargo disso, o entendimento do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que o art. 85 do CPP somente terá aplicação nos crimes de calúnia.

Na verdade, quando a Excelsa Corte apreciou o Inquérito n.º 29-ES, acolheu, à unanimidade, o voto do eminente ex-Ministro Luiz Gallotti, *verbis*: “Quando se estabelece a competência, para julgar a **exceptio veritatis**, do Tribunal competente para julgar aquele contra quem é ela oposta, é pelo fundamento de que, sendo o mesmo Tribunal competente para julgar os crimes praticados pelo funcionário, não poderia outro órgão da Justiça, ao julgar a **exceptio veritatis**, afirmar a existência de tais crimes.

Ora, só a calúnia é que consiste em imputar a alguém, falsamente, fato definido como crime. Na espécie, não se atribui calúnia ao querelado, mas, difamação e injúria. A difamação, é certo, consiste em imputar a alguém fato ofensivo à sua reputação. Mas ela se distingue da calúnia precisamente em que o fato difamatório não é definido como crime. Tratando-se de difamação, portanto, deixa de existir o fundamento que conduz ao julgamento da **exceptio veritatis** pelo Tribunal competente para julgar o crime” (cf. “RTJ”, vol. 69/1).

No mesmo sentido, a lição de *Frederico Marques* (cf. *Elementos*, 1/290).

Com a devida vênia, entendemos que o art. 85 terá também aplicação quando se tratar de crime de difamação, desde que admissível a *exceptio veritatis*; do contrário, um órgão jurisdicional inferior poderia apreciar fatos ofensivos à reputação de pessoas que possuam foro privativo, porquanto, admitida a *exceção da verdade*, teria o Juiz de apurar se tais fatos seriam ou não verdadeiros. . .

Creemos que o legislador, no art. 85, quis impedir que fatos desabonadores, ofensivos à honra objetiva de pessoas que desfrutam de foro pela prerrogativa de função, pudessem ser apreciados por outros órgãos que não aquele originariamente competente para julgá-las.

Não se pode, *data venia*, restringir o alcance daquele dispositivo, pois tudo está a indicar que a limitação não se justifica e é odiosa. Ainda que houvesse dúvida (e é certo que o preceito não a sugere), aplicar-se-ia o brocardo *benigna amplianda, odiosa restringenda*.

Do contrário, o órgão jurisdicional inferior seria guindado ao papel de juiz moral dos atos desabonadores acaso cometidos por aquelas pessoas que gozam de foro especial, exercendo sobre eles, como diz *Manzini*, “*una funzione censoria di natura prevalentemente privata*” (*Istituzioni di Diritto Penale*, vol. II/326).

4. E se a calúnia cometida contra aquelas pessoas o for em razão de suas funções? Nesse caso (e o mesmo ocorrerá se se tratar

de difamação), a ação penal será pública. Mas o art. 85 do Código de Processo Penal não fala em *querelantes*, pressupondo, assim, a existência de crime de alçada privada? Certo. Mas, nada impede que se proceda à aplicação analógica. Não faz sentido aplicar a regra do art. 85 do CPP, se alguém imputar falsamente a um Juiz de Direito um crime de ação privada, e não se poder aplicá-la, se o crime imputado for de ação pública.

Observa-se, mais uma vez, que o art. 85 do CPP é fruto de um labor atabalhado. E, como tudo que se produz à sombra da lei da precipitação deixa a desejar, a norma do artigo 85 não foge à regra. . . Por isso mesmo, urge aparar-lhe as arestas, dissecá-la, para ser atingida a *mens legis*. Imperativa se torna, pois, a interpretação analógica, conforme anotamos.

E, a esta altura, indaga-se: por que razão característica não se poderá invocar a analogia, tal como permitida pelo art. 3.º do CPP, para estender a regra do artigo 85 do estatuto processual penal também às pessoas que a *lei ordinária* sujeita à jurisdição dos Tribunais de Justiça?

Por acaso processam e julgam os Tribunais de Justiça apenas aquelas pessoas referidas no art. 144, § 3.º da Lei Maior? Se verdade fosse, então a exegese que se tem feito do artigo 85 do CPP seria incensurável. . . Mas, o art. 87 do CPP aí está, em plena vigência, sem que nenhum Tribunal lhe haja irrogado a eiva da inconstitucionalidade. . .

Veja-se, muito a propósito, a excelente observação que *Espínola Filho faz in Código de Processo Penal Anotado, vol. II/220, Borsoi, 1955.*

Por outro lado, por força de compreensão, a regra é extensiva, também, às pessoas que a Constituição sujeita à jurisdição do Tribunal Federal de Recursos.

5. Na hipótese do art. 85, oposta e admitida a *exceptio veritatis*, como deve proceder o órgão jurisdicional perante o qual foi ofertada a queixa? Remeter, *incontinenti*, os autos ao Tribunal competente, ou fazê-lo, depois de finda toda a instrução, para aquele julgar, apenas, a *exceção da verdade*? Estas indagações foram objeto de vivas discussões no seio do Excelso Pretório, quando do julgamento da queixa-crime n.º 206. O Prof. Heleno Cláudio Fragoso, na sua *Jurisprudência Criminal*, Ed. Borsoi, 1973, vol. I/114, registrou a polémica:

*“Difícil questão dividiu o STF, no julgamento da queixa-crime n.º 206, em que foi relator para o acórdão o eminente Min. Luiz Gallotti. Tratava-se de processo por crimes de calúnia e injúria, com base nos artigos 20 e 22 da lei de imprensa, em que era querelante deputado federal. Inicia-*

da a ação, o querelado argüiu a exceção da verdade, tendo sido o processo remetido ao STF, em virtude da regra contida no artigo 85 do CPP: "Nos processos por crimes contra a honra, em que forem querelantes as pessoas que a Constituição sujeita à jurisdição do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais de Apelação, àquele ou a estes caberá o julgamento, quando oposta e admitida a exceção da verdade."

A interpretação dessa regra processual deu lugar a largo debate. Ao passo que o relator (Min. Adauto Cardoso) entendia que, com a exceção da verdade, o STF passara a ser competente para o processo e julgamento da ação penal e da exceção, acompanhado dos ilustres Ministros Eloy da Rocha, Amaral Santos e Bilac Pinto, a maioria acolheu o entendimento do eminente Min. Luiz Gallotti, no sentido de que compete ao tribunal apenas o julgamento da exceção. Se a considerar incabível ou improcedente, voltam os autos ao Juiz para o julgamento da ação penal. Se a considerar procedente, encerra-se o processo por calúnia, cabendo, então, a remessa dos autos ao Procurador-Geral da República, titular da ação penal correspondente ao delito, para cujo julgamento será competente o STF.

Invocou o Min. Gallotti antigos precedentes do STF em favor de sua tese, inclusive pronunciamentos seus como Procurador-Geral da República. Com apoio na maioria, entendeu que o julgamento da exceção e o da ação fazem-se em fases distintas e que o art. 85 do CPP seria inconstitucional se interpretado no sentido de ampliar a competência do Tribunal, fixada constitucionalmente: "o art. 85 do Código de Processo Penal seria inconstitucional se dissesse que competem o processo e julgamento da ação penal por crime contra a honra ao Supremo Tribunal, mesmo após ter este, no julgamento da **exceptio veritatis**, decidido que não ocorre o crime imputado ao querelante e cujo julgamento compete, pela Constituição, ao Supremo, pois, sendo a competência deste de ordem constitucional, o motivo único da constitucionalidade daquele artigo 85 reside em que, ao apreciar a **exceptio veritatis**, e somente ao apreciá-la, se vai decidir sobre a argüição de que o querelante praticou o crime que só o Supremo, pela Constituição, é competente para julgar". Como disse, na mesma linha, o Min. Aliomar Baleeiro "não há razão para que venha a ser julgado pelo Supremo, quem não tenha esse foro e só foi trazido aqui como acusador, e não como acusado."

Contrariamente ao ponto de vista que prevaleceu, o ilustre Min. Adauto Cardoso entendia que não é possível cindir o julgamento: julgar a exceção e não a ação. O eminente Min. Amaral Santos invocou o princípio da unidade do processo, afirmando que as fases não importam: "o que importa é que o processo seja uma unidade e julgado pelo mesmo Juízo". "A defesa deve ser decidida juntamente

com o pedido. Não se cindem pedido e defesa; esta tem que ser necessariamente julgada com o pedido. A ação é uma só. É ação de processo por crime contra a honra; o réu oferece exceção de natureza substancial, defesa. Não se pode julgar a defesa, deixando-se o pedido de lado. É o princípio da incindibilidade da sentença. Duas sentenças proferidas por dois Juizes não é o mesmo que uma sentença proferida pelo mesmo Juiz."

O ilustre Min. Eloy da Rocha, vencido, assinalou a situação anômala que se criaria, se declarada procedente pelo tribunal a exceção, ou seja, se julgada provada a verdade do fato imputado ao ofendido. Afirmando-se que o processo não poderia prosseguir, sendo os autos enviados ao Procurador-Geral, como poderia ser absolvido o réu, sem o julgamento da ação?

O Procurador-Geral, Prof. Xavier de Albuquerque, entendia que a exceção da verdade "é uma exceção no sentido substancial, que visa não agredir o autor, como na reconvenção civil, mas opor à pretensão do autor um obstáculo que a ilida", constituindo questão prejudicial. "Parece-me incindível o julgamento da questão principal e da questão prejudicial, que, no caso, se traduz pela exceção" ("RTJ" 57/474).

A falsidade da imputação é elementar ao crime de calúnia, integrando a tipicidade do fato. A prova da verdade exclui a tipicidade e, pois, a ilicitude. Na difamação, nos casos em que a prova da verdade é admitida, esta constitui causa de exclusão da antijuridicidade. A verdade da imputação não constitui jamais simples causa de exclusão de pena, como supõem alguns autores. Em consequência, na calúnia, a falsidade da imputação diz com a essência da ilicitude, motivo pelo qual o Juiz pode admitir a prova da verdade, mesmo se o querelado não opõe a *exceptio veritatis* (cf. Pedrazzi, *L'exceptio veritatis. Dogmática ed esegesi*, no volume *Scritti giuridici in onore di Vincenzo Manzini*, Pádua, Cedam, 1954, 741).

Não cremos, portanto, que se trate de uma verdadeira exceção substancial (cuja existência no processo penal é, aliás, negada por importantes autores, entre os quais, *Massari, Sabatini, Beling, Eberhard Schmidt*). A afirmação de que o fato é verdadeiro constitui defesa direta, que não pode ser julgada separadamente da acusação, sem violar o que constitui princípio fundamental do processo, criando situações de perplexidade.

A decisão quanto à procedência da *exceptio veritatis* não pode vir desacompanhada do julgamento quanto à improcedência da ação. Se o tribunal se limitar a julgar procedente a exceção, como ficaria o réu no processo? Considere-se, por outro lado, a complexidade das questões que surgem nos processos por crimes contra a honra, entre os quais, a do concurso de crimes e de autores, e a da vera-

cidade putativa da imputação. Ver-se-á que a orientação firmada pelo STF conduzirá a graves dificuldades, por violar o princípio intransponível da unidade do julgamento.

Os argumentos expostos pelo Min. Luiz Gallotti, com brilho e categoria invulgares, tendem a superar a questão da inconstitucionalidade do art. 85 do CPP, pois o que nele se faz é criar um novo caso de competência do STF, fora do quadro estabelecido pela Constituição. A exceção da verdade, como se tem entendido, prorroga a competência do foro especial (Hélio Tornaghi, *Instituições de Processo Penal*, II, 58; Frederico Marques, I, 261). Parece-nos, no entanto, que é essa a questão a ser reexaminada, para que se declare a inconstitucionalidade do citado dispositivo.

O julgamento quanto à veracidade da imputação não constitui julgamento do querelante, mas do querelado.

Parece-nos, em suma, *data venia*, que o julgamento da exceção não pode ser feito independentemente do julgamento da ação, havendo obstáculo processual intransponível à orientação do que prevaleceu no julgado. É que o artigo 85 do CPP é inconstitucional na parte em que amplia a competência originária do STF, por meio de lei ordinária. Como ensina *Pontes de Miranda (Comentários à Constituição de 1967, 1970, IV, 101)*, não pode o Tribunal "*conhecer originariamente onde não se lhe deu, por explícita regra jurídica constitucional, tal competência*". Incongruente será, no entanto, admitir que a regra fixada no art. 85 do CPP possa vigorar para o caso de competência dos Tribunais de Justiça e não para os casos, sem dúvida de maior responsabilidade, de competência do STF. Por isso mesmo, parece-nos que a jurisprudência do Pretório Excelso, na solução da controvérsia, continuará desprezando a questão da constitucionalidade, mesmo se eventualmente vier a seguir orientação diversa.

No julgamento do HC 48.134, relator o eminente Ministro Aliomar Baleeiro, a 1.<sup>a</sup> Turma decidiu, por unanimidade, que "*se no caso de calúnia opõe o acusado **exceptio veritatis** contra o queixoso, que goza de foro privilegiado por prerrogativa de função, desloca-se para esse foro, apenas, o julgamento da exceção. Se esta for julgada provada, encerra-se o processo. Em caso contrário, os autos voltam ao juízo competente para julgar o acusado, cessando a competência do foro privilegiado*" ("RTJ" 58/87 — cf. *Jurisprudência Criminal*, vol. I/114).

6. Já perfilhamos o ponto de vista do Prof. Heleno Fragoso. Hoje, contudo, meditando sobre a matéria, concluímos que a Suprema Corte agiu corretamente.

Como poderia a *lei ordinária* alterar regra de competência fixada na Constituição? Haveria uma subversão na hierarquia das leis.



Quanto à circunstância de o art. 85 do CPP deslocar para a Excelsa Corte o julgamento da exceção da verdade, não há nenhuma afronta à Lei Maior, pois, segundo esta, as pessoas elencadas no seu art. 119, I, a e b, nos crimes comuns e de responsabilidade, ressaltada a competência do Senado Federal, são processadas e julgadas pelo Excelso Pretório. Assim, a regra do art. 85 do CPP resguarda e preserva a prerrogativa de função que a Magna Carta conferiu àquelas pessoas. Pode dizer-se até que a regra daquele preceito processual está implicitamente contida no próprio corpo do art. 119 da Constituição Federal...

Assim, entendemos não poder o Supremo Tribunal Federal ou mesmo o Tribunal Federal de Recursos, processar e julgar outras pessoas além daquelas indicadas no texto constitucional. Apenas a exceção. Contudo, não há incongruência em ser mantida a regra do art. 85 do CPP em relação aos Tribunais de Justiça.

7. Pensamos, com a devida vênia, que a competência dos órgãos locais, inclusive dos de segundo grau, é fixada pelas leis federais e estaduais. Embora argüida, o Excelso Pretório jamais acolheu a tese da inconstitucionalidade do art. 87 do CPP e, por força do argumento, a regra contida no art. 85 do mesmo estatuto não pode merecer censura. Assim, se um comerciante caluniar um Juiz, oposta e admitida a exceção, o processo e julgamento caberão ao Tribunal de Justiça respectivo. Nada impede que a lei ordinária especifique os casos de competência originária dos Tribunais de Justiça. Ora, como está implícita tal competência no art. 85 do CPP, dúvida não há de que o comerciante, *in casu*, deverá ser processado e julgado pelo órgão superior da Justiça local. Por isso mesmo, o art. 106, III do Regimento Interno do Tribunal de Justiça de São Paulo, reza: "*Compete ao Pleno julgar os processos por crime contra a honra no caso previsto no art. 85 do CPP*".

Com bastante acerto, dispõe o art. 34, II, a do Código de Organização e Divisão Judiciárias do Estado de Mato Grosso do Sul (Lei n.º 39, de 18-12-1979).

*"Compete ao Tribunal Pleno:*

*II) Julgar:*

*a) os crimes contra a honra em que forem querelantes as pessoas enumeradas nas letras "a" e "b" do inciso I deste artigo, bem como avocar o processo de outros indiciados, no caso do art. 85 do CPP."*

Sem embargo, o Supremo Tribunal Federal esposou o ponto de vista de que o art. 85 do CPP permite, apenas, o julgamento da *exceptio veritatis* (cf. "RTJ" 57/474, 58/87 e 83/754).

Quer-nos parecer, entretanto, que o Excelso Pretório, no particular, descurou o bom direito. O argumento invocado é de que o art. 85 do CPP fala, somente, em *juízo*, dando a falsa idéia de que o órgão superior julgará, exclusivamente, a *exceptio veritatis*.

Ora, a vingar semelhante exegese, quando um membro do Ministério Público estadual cometer uma infração da alçada da Justiça local, por força do mesmo argumento, caberá ao Tribunal de Justiça, unicamente, o julgamento, em face da redação do art. 87 do CPP. *Verbis*:

*“Competirá originariamente aos Tribunais de Justiça o julgamento . . . dos membros do Ministério Público.”*

Evidente que a palavra *juízo*, aí como no art. 85 do mesmo diploma, compreende, também, o *processo*, mesmo porque não faz sentido deva o órgão inferior proceder à instrução e, finda esta, encaminhar os autos ao órgão superior para o julgamento exclusivo da exceção. Repita-se: se a *exceptio veritatis* fosse processada em autos apartados, poder-se-ia pensar que o julgamento a que se refere o artigo 85 do CPP se referisse unicamente a ela. Mas, não é assim. Oposta e admitida a exceção da verdade, observada a regra do artigo 523 do CPP, passa o Juiz à instrução e, nesta vai recolher, conglutinadamente, prova do fato imputado na queixa ou denúncia, e prova do fato imputado pelo querelado ou réu, objeto da *exceptio veritatis*.

8. Pensamos, pois, uma vez oposta e admitida a exceção da verdade, não se deva permitir — e essa é a razão de ser do art. 85 do CPP — que o órgão inferior inquiras as testemunhas sobre os fatos desabonadores — e criminosos — imputados na *exceptio veritatis*, ao querelante, e muito menos determine diligências para esclarecê-los . . . na fase do art. 499. E se quiser o querelante, pessoalmente, assistir à audiência? Aí, então, sofrerá ele o constrangimento de ver e ouvir um órgão inferior fazer perguntas às testemunhas sobre fatos mais ou menos ofensivos à sua honra . . . Claro que não foi essa a intenção do legislador. Da mesma forma como não pretendeu ele, também, que o Juiz processasse o membro do Ministério Público e . . . depois, fosse o processo remetido ao Tribunal de Justiça para julgamento . . .

Ademais, o artigo 85 é bastante claro: *“Nos processos por crime contra a honra . . . ao Supremo ou Tribunal de Justiça caberá o julgamento, quando oposta e admitida a exceção . . .”*

Se a redação do artigo 87, mais imperfeita, não autoriza pensar deva o Tribunal proférir apenas o julgamento, quanto mais a do artigo 85 . . .

Inobstante isso, se o querelante for uma das pessoas que devam ser processadas e julgadas pelo Supremo Tribunal Federal ou Tribunal Federal de Recursos, por aquela razão exposta por Pontes de Miranda, cumprir-lhes-á, uma vez oposta e admitida a exceção da verdade, fazer a instrução e julgar apenas a exceção. Já nos Tribunais de Justiça, processo e julgamento do feito ficarão a seu cargo. Incensurável, pois, a disposição daquele diploma matogrossense.

E se o Supremo Tribunal Federal ou Tribunal Federal de Recursos, apreciando apenas a exceção (tal como entende a Excelsa Corte); concluir que o excipiente tem razão, que efetivamente o fato imputado era verdadeiro, como proceder? Duas providências devem ser tomadas: a) a *extração de peças do processo para serem encaminhadas ao órgão do Ministério Público competente — Procurador-Geral da República ou Subprocurador-Geral — nos termos e para os fins do artigo 40 do CPP*; b) *remessa dos autos ao Juiz da causa*. E este, como deverá proceder? Como o Supremo Tribunal Federal entende que a sua competência, na hipótese do art. 85 do CPP, se restringe, única e exclusivamente, ao julgamento da *exceptio veritatis*, e, como esta não se processa em autos apartados, mas no próprio corpo do processo, juntamente com a ação, evidente que o Juiz, ao receber de volta o processo, limitar-se-á a proferir sentença absolutória, pois nada mais lhe restará a fazer. De fato. Se a Excelsa Corte entendeu que a *exceptio veritatis* era procedente, isto é, que o querelado ou réu não fizera imputação falsa, diluiu-se a calúnia ou difamação (se for o caso) e, desse modo, remanesce, apenas, para o Juiz, a função de proferir decisão absolutória.

E se entender o Supremo Tribunal Federal que a imputação feita pelo querelado ou réu era falsa? Neste caso, julgando a Excelsa Corte improcedente a *exceptio veritatis*, os autos retornam, também, ao Juiz da causa, para que este profira a sentença final que pode ser condenatória e, até mesmo absolutória. . . (por outra causa qualquer, menos com fundamento na procedência da exceção, em face da decisão do Tribunal).

9. Em face do posicionamento do Supremo Tribunal Federal em frente ao artigo 85 do CPP, tiram-se as seguintes conclusões:

a) a regra do artigo 85 é aplicável, apenas, nos crimes de calúnia, dès que admitida e oposta a *exceptio veritatis*;

b) somente poderá ser invocável quando, no crime de calúnia, for querelante pessoa que a Constituição sujeita à jurisdição do Supremo Tribunal Federal, Tribunal Federal de Recursos ou Tribunal de Justiça;

c) oposta e admitida a exceção da verdade, o processo tramitará, normalmente, perante o juízo que recebeu a queixa ou denúncia e, concluída a instrução, os autos serão remetidos ao Tribunal com-

petente para julgar apenas a *exceptio veritatis* (cf. "RTJ" 73/984, 69/1, 57/474, 58/87, "Jurispenal do STF", vol. 15/165, DJU de 06-06-1980, pág. 4.134);

d) se esta for julgada procedente, o Tribunal determinará a extração de peças, encaminhando-as ao Chefe do Ministério Público respectivo, nos termos e para os fins do artigo 40 do CPP e, ao mesmo tempo, devolverá os autos ao juízo de origem, para o julgamento da ação penal, ficando preclusa qualquer discussão quanto à *exceptio veritatis*;

e) se improcedente for julgada a exceção, os autos baixarão ao juízo de origem, para o julgamento da ação penal, e aquela não mais poderá ser apreciada, em face do seu anterior julgamento pelo Tribunal.

10. Inobstante o poder de persuasão que as decisões do Supremo Tribunal Federal, com luxo de linguagem e requintes de argumentos, exercem, delas ousamos discordar.

E a razão do nosso ousio repousa na circunstância de que o artigo 85 do CPP não pode nem deve sofrer as restrições pretendidas pela Excelsa Corte e, por tudo quanto dissemos, somos de opinião que:

1.º) O artigo 85 do CPP é aplicável aos crimes contra a honra, dês que oposta e admitida a exceção da verdade, para não se permitir ao órgão inferior o poder de investigar fatos depreciativos, ou criminosos, imputados a pessoas que, pela prerrogativa da função, têm o direito de vê-los examinados pelo Supremo Tribunal Federal, Tribunal Federal de Recursos, Tribunal Superior Eleitoral, Tribunal Regional Eleitoral ou Tribunal de Justiça, conforme o caso.

No nosso entendimento, o artigo 85 não se aplica exclusivamente à calúnia, mas, também, à difamação, quando permitida a *demonstratio veri*. Neste sentido, vejam-se Espínola Filho (*Código de Processo Penal Brasileiro Anotado*, vol. II/219, n.º 215) e Hélio Tornaghi (*Curso de Processo Penal*, Ed. Saraiva, 1980, vol. I/133).

2.º) O artigo 83 do CPP não é aplicável apenas quando querelantes as pessoas que a Constituição sujeita à jurisdição do Supremo Tribunal Federal ou Tribunal de Justiça. Também quando ela as subordina à jurisdição do Tribunal Federal de Recursos e, por força de compreensão, quando o querelante gozar da prerrogativa de ser processado e julgado pelo Tribunal de Justiça, seja por força do artigo 87 do CPP, seja em virtude de Constituição local, ou pelo Tribunal Superior Eleitoral ou Tribunal Regional Eleitoral, em face do Código Eleitoral.

Oportuna a lição de *Espinola Filho*: "... Impõe-se, a nosso ver, porque corresponde ao melhor entendimento teleológico do artigo (absurda sendo a limitação), a extensão do preceito, para alcançar ambas as hipóteses, que nada aconselha, em absoluto, a distinguir..." (cf. ob. cit., volume II/220).

3.º) Quando o querelante, ou vítima, for uma das pessoas sujeitas à jurisdição do Supremo Tribunal Federal ou Tribunal Federal de Recursos, oposta e admitida a *exceptio veritatis*, cumprirá ao Juiz da causa remeter os autos do processo àquele ou a este Tribunal, conforme a hipótese, para que, perante ele, se desenvolva todo o arco procedimental e se profira o julgamento tão-só da *exceptio veritatis*.

Por que não o julgamento da ação e da exceção? Pela simples razão de não haver a Magna Carta, implícita ou explicitamente, concedido poderes, quer ao Supremo Tribunal Federal, quer ao Tribunal Federal de Recursos, para julgar outras pessoas além daquelas elencadas nos seus artigos 119, inciso I, letras a e b e 122, inciso I, letra b.

A evidência, não pode a lei ordinária alterar regra de competência fixada na Lei Maior. Aliás, o Excelso Pretório chega ao extremo de determinar, na hipótese do artigo 85, que toda a instrução criminal se realize no juízo da causa, cabendo a este, finda aquela, remeter os autos ao Tribunal competente (STF, TFR ou TJ), que se limitará a julgar, apenas e tão-somente, a *exceptio veritatis* (cf. "RTJ" 57/474 e 58/87).

Não seria inconstitucional, também, o julgamento da *exceptio veritatis*, sem expressa autorização da Lei das Leis? A resposta negativa se impõe. Se cabe ao Excelso Pretório processar e julgar, privativamente, determinadas pessoas, há de se entender, por força de compreensão, que nenhum outro órgão pode examinar ou apreciar fatos desprimorosos, ou criminosos, que lhes sejam imputados e, por essa razão, a regra do artigo 85 do CPP, no particular, consona e harmoniza-se, entranhadamente, com a própria Constituição. Poder-se-á dizer, inclusive, que a regra do artigo 85 do CPP está implícita no texto constitucional, dando mais robustez ao princípio do Juiz natural.

Entendemos, até, não caber, ao órgão superior proceder, apenas, ao julgamento da *excção da verdade*. Toda a instrução, menos o julgamento da ação, deve tramitar perante ele.

Mas... aquelas razões de ordem prática, em boa hora lembradas pelo ex-Ministro Luiz Gallotti, no julgamento publicado na "RTJ" 57/481-82, e relembradas na decisão publicada na "RTJ" 58/90 e no julgamento do HC n.º 52.652-RJ (Cf. "RTJ" 71/691-694), convencem, pois, do contrário, o Excelso Pretório seria transformado em órgão de primeira instância...

4.º) Quando o querelante for uma pessoa sujeita à jurisdição do Tribunal de Justiça, oposta e admitida a *exceção da verdade*, deverá o Juiz encaminhar-lhe os autos, para o processo e julgamento, apesar de o Supremo Tribunal Federal entender que, mesmo neste caso, caberá ao Tribunal de Justiça apenas o julgamento da exceção.

Com o respeito que as decisões do Supremo Tribunal Federal merecem, ousamos, mais uma vez, no particular, dele divergir.

A competência do STF, ou do TFR, é fixada na Constituição. A do Tribunal de Justiça, na Lei Maior, nas Constituições locais e lei ordinária. Até hoje não se proclamou a inconstitucionalidade dessas regras de competência...

Não obstante o silêncio do artigo 144, § 3.º da Constituição Federal, é o Tribunal de Justiça quem processa e julga os membros do Ministério Público local, nos crimes de exclusiva alçada da Justiça comum estadual, em face da regra do art. 87 do CPP.

Ora, se a lei ordinária, no caso do CPP, pode atribuir ao Tribunal de Justiça competência para processar e julgar aquelas pessoas referidas no aludido artigo 87, nada impede que, na hipótese do artigo 85 do mesmo diploma, possa aquele processar e julgar outras...

Se a Constituição Federal impedisse, implícita ou explicitamente, o Tribunal de Justiça de poder processar e julgar outras pessoas além das elencadas no seu artigo 144, § 3.º, seria diferente. Entretanto, não o impede. A Constituição, estabelecendo a norma contida no § 3.º do artigo 144, apenas procurou evitar que o foro privativo dos Juizes ficasse na dependência de flutuações políticas do legislador ordinário. Nada, absolutamente nada, impede possam a lei ordinária e a Constituição Estadual atribuir-lhe o processo e julgamento de outras pessoas. O que não podem é subtrair os Juizes àquele foro.

E tanto é verdade que, tranqüila e remansosamente, a Excelsa Corte vem chancelando os julgamentos de membros do Ministério Público local, levados a cabo pelos Tribunais de Justiça.

Desse modo, se a lei ordinária pode conferir competência ao mais alto Tribunal do Estado para, dentro no seu âmbito jurisdicional, processar e julgar determinadas pessoas e, prescrevendo o artigo 85 do CPP que, nos processos por crime contra a honra em que forem querelantes as pessoas que a Constituição sujeita à jurisdição do Tribunal de Justiça, caber-lhe-á o julgamento, quando oposta e admitida a exceção da verdade, não há um argumento sério que proíba o referido Tribunal de processar e julgar o querelado, ou réu, quando verificada a hipótese do artigo 85 do CPP.

A vingar o entendimento de que, no caso enfocado, o Tribunal de Justiça julgará, apenas, a *exceção da verdade*, ante a ausência de regra, implícita ou explícita, na Constituição Federal, que o autorize a processar e julgar outras pessoas além daquelas arroladas no seu artigo 144, § 3.º, então, por força desse argumento, não poderia

processar e julgar, também, as demais pessoas referidas no artigo 87 do CPP e em textos constitucionais locais... o que saberia a despropósito.

Por outro lado, repita-se, dizer que o Tribunal de Justiça deve julgar apenas a *exceptio veritatis*, porque o artigo 85 do CPP fala, apenas, em julgamento, seria negar-lhe, por força do mesmo argumento, o poder de processar e julgar membros do Ministério Público local, pela simples razão de o artigo 87 do CPP falar, tão-somente, em julgamento... Então, os Promotores, nos crimes comuns, seriam processados na instância inferior e julgados na superior.

Absurdo. Claro, pois, que a expressão *julgamento*, a que se referem os artigos 85 e 87 do CPP, compreende, também, o respectivo processo. É que o legislador *minus dixit quam voluit*.

### O Problema na Lei de Segurança Nacional

11. Se, entretanto, os crimes de calúnia, difamação ou até mesmo injúria contra funcionário público, em razão de suas atribuições, puderem ser encartados na moldura do item V do artigo 42 da Lei de Segurança Nacional (e o serão se satisfeitos aqueles pressupostos a que se refere o art. 5.º da citada lei), serão de ação pública incondicionada e da alçada da Justiça Militar e, ante o silêncio da lei, parece ter sido proibida a *demonstratio veritatis*.

Nos momentos conturbados que vínhamos vivendo, entendeu, de bom alvitre, o legislador impedir uma liberdade de censura desenfreada e desbocada, punindo-a severamente, e, ao mesmo tempo, não admitindo a *exceção da verdade*. Talvez assim agisse para preservar e resguardar o prestígio da própria administração pública, não permitindo que atos e fatos desabonadores cometidos por funcionários públicos, em razão de suas funções, fossem levados, pela língua maledicente do desbridado, ao pelourinho da opinião pública, com o conseqüente dano moral da administração.

Quem souber de ato ou fato desabonador, cometido por funcionário público, que o leve ao conhecimento dos órgãos competentes para as prontas providências. O que não se admite é que a administração pública fique enxovalhada, desacreditada, pela boca desses pequeninos Demóstenes da honra alheia. Há, pois, interesse em resguardar o respeito à administração pública. Faz-se o resguardo, punindo-se severamente os maledicentes, como também não lhes tornando possível a *demonstratio veritatis*.

Não se diga que tal proibição conflita com a Constituição, que determina deva a lei assegurar aos acusados ampla defesa.

Cabe à lei indicar os meios de defesa, mas o acusado não pode exigir que se lhe dê este ou aquele. Do contrário, seriam inconstitucionais todas as normas, entre nós existentes, que proíbem a exceção da verdade.

78 Convém esclarecer que, se o crime for contra a honra ou dignidade das pessoas enumeradas no art. 33 da Lei de Segurança Nacional, pouco importa que o fato imputado diga ou não respeito às suas funções. A ação é pública incondicionada, não admite a exceção da verdade, e da alçada da Justiça Militar.

É que tais pessoas, em maior ou menor grau, representam a própria Nação e, com tal proibição, procura-se-lhes impedir que o prestígio "*fique exposto a investigações que possam comprometê-lo*". Ademais, a honorabilidade dessas pessoas, que ocupam os mais altos cargos da nossa Pátria, encarnando, por assim dizer, a própria Nação, deve ser preservada e respeitada, não só em atenção a esses dignitários, como também porque tais atos e fatos poderiam servir, no exterior, a escárnio e zombaria de nossa Pátria.