

O NOVO CRIME ELEITORAL: DENUNCIÇÃO CALUNIOSA.

Luiz Carlos dos Santos Gonçalves

Procurador Regional Eleitoral de São Paulo

Mestre e Doutor em Direito do Estado

RESUMO

Objeto: O artigo examina o novo crime trazido ao Código Eleitoral pela Lei 13.384/2019, em relação ao bem jurídico tutelado, a sujeição ativa e passiva, a possibilidade de tentativa e a exigência da finalidade eleitoral da conduta. **Objetivo:** apresentar a nova figura criminosa e examinar suas semelhanças e diferenças em relação ao crime do artigo 339 do Código Penal. **Método:** análise da redação típica e da literatura e jurisprudência existentes sobre o crime do artigo 339 do Código Penal. **Resultado:** O artigo demonstra há significativas diferenças entre o artigo 339 do Código Penal e o artigo 326-A do Código Eleitoral.

Palavras-chave: crime eleitoral e denúncia criminosa eleitoral

ABSTRACT

The new electoral crime: false imputation

Object: The article exams the new crime introduced in Brazilian Electoral Code by the law number 13.384/2019, similar to an old figure of the Brazilian Penal Code. **Purpose:** to show up de new electoral crime and investigate its range and application. **Method:** Textual exam of the law, the literature and the judicial precedents about the false imputation on Brazilian Penal Code. **Result:** The text identifies the differences between both crimes and the most significative innovations. The paper analyses what the new crime seeks to protect, who can perform the conduct described, who can be its victim, and the topic about the electoral purpose of the crime.

Keyword: brazilian electoral crimes and electoral false imputation.

NOVO CRIME ELEITORAL: DENUNCIÇÃO CALUNIOSA.

Luiz Carlos dos Santos Gonçalves
Procurador Regional Eleitoral de São Paulo

Introdução

Há teses que defendemos e que, não raro, nos custam olhares - de esguelha - de gente que apreciamos. Defendi a “Revolução Constitucionalista de 1932”, ocorrida em São Paulo, perante amigos gaúchos e mineiros; falei contra os dois meses de férias num evento da magistratura e do Ministério Público. Disse que, em nenhuma hipótese, cabe pagar mais do que duzentos reais por uma garrafa de vinho - com exceção de um Pêra-Manca ou um Château Lafite - e que a maior revelação do Santos Futebol Clube em muitos anos foi o Paulo Henrique Ganso, e não aquele outro jogador, que vira e mexe cai.

A tese campeã de miradas enviesadas, todavia, foi outra: a de que há um papel constitucional, de proteção de direitos, a ser exercido pelo Direito Penal, o que pode levar à necessidade de previsão legislativa de novos tipos penais. Os amigos advogados, algo consternados, constatam que, afinal, sou um promotor, embora eleitoral. Os professores lamentam que não estudei tão a fundo as últimas tendências do Direito Penal Alemão. Ouço que, especialmente no campo do Direito Eleitoral, as sanções cíveis são suficientes, além de serem as mais temidas pelos políticos. Como eu insisto no papel de proteção proporcional de bens jurídicos, a ser exercido pelo Direito Penal, retiram-me, no plano da reprovação ocular, do mundo das pessoas sensatas e esclarecidas.

Minha esquisita opinião não significa, contudo, que eu seja a favor de qualquer novo crime ou que eu já não ache que estamos bem servidos nesse quesito, diante das mais de mil figuras típicas que temos na ordem jurídica brasileira. No caso dos crimes eleitorais, há tipos em excesso, muitos deles “contravenções eleitorais”, das quais poderíamos prescindir. Se enxergo uma lacuna, é em relação a um verdadeiro crime de caixa dois¹. No mais, mostro inconformismo com a brandura de algumas penas².

Eu não tinha me dado conta da necessidade de uma figura típica que proscrevesse a denúncia caluniosa para fins eleitorais, mas o sempre atento legislador se deu. A justificativa do projeto n. 1978, de 2011, do Deputado Félix Mendonça, falava em:

“reiterada a proliferação de atos irresponsáveis aplicados com finalidade eleitoral, com o fim de violar ou manipular a vontade popular e de impedir a ocorrência de diplomação de pessoas legitimamente eleitas, pela vontade do povo.”

O resultado foi a Lei 13.834, de 4 de junho de 2019, que alterou o Código Eleitoral para incluir o novo crime de denúncia caluniosa eleitoral.

A Lei 13.834/2019

A nova lei traz a seguinte previsão:

Art. 326-A. Dar causa à instauração de investigação policial, de processo judicial, de investigação administrativa, de inquérito civil ou ação de improbidade administrativa, atribuindo a alguém a prática de crime ou ato infracional de que o sabe inocente, com finalidade eleitoral:

¹ Como se deixou que uma fraude contábil, prevista no artigo 350 do Código Eleitoral, seja a única alternativa para punir penalmente a conduta de quem usa dinheiro ilicitamente numa campanha eleitoral?

² O artigo 346 criminaliza o uso de serviços e prédios públicos para fins de beneficiar partidos políticos. A pena é de detenção de até seis meses.

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos, e multa.

§ 1º A pena é aumentada de sexta parte, se o agente se serve do anonimato ou de nome suposto.

§ 2º A pena é diminuída de metade, se a imputação é de prática de contravenção.

§ 3º (VETADO)”

Já tínhamos o crime do artigo 339 do Código Penal:

“Denúncia caluniosa

Art. 339. 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 originalidade da Lei 13.834/2019 está meio escondida, mas presente. Ela diz que a imputação falsa pode ser de “ato infracional”, enquanto o art. 339 falava somente em crime, o que implica aumento na abrangência da conduta proibida. Além disso, a nova Lei diz que o comportamento deve ser praticado “com finalidade eleitoral”. Portanto, se o ânimo do agente é produzir algum efeito no mundo das eleições, o molde típico será o do artigo 326-A; se ele tiver qualquer outro intento, ficaremos com o 339.

Essas “cópias” realizadas pela legislação eleitoral, ao tempo em que transportam questões e debates feitos com os tipos originais, quase sempre demandam novas leituras, distantes das feitas na origem. Por exemplo, nem toda ofensa que, fora das eleições, caracterizaria injúria, pode, no ambiente eleitoral, receber essa moldura. Fazê-lo seria obstar de modo relevante a liberdade de debate e crítica, conquanto ácida, feita por um candidato ou seus apoiadores a outros candidatos.

No caso da denúncia caluniosa eleitoral, a interpretação deverá receber novos aportes. Não dá, por exemplo, para considerar que a objetividade jurídica e a sujeição passiva do artigo 326-A sejam as mesmas do seu “primo”, a denúncia caluniosa do Código Penal. Todo crime eleitoral tem, como objetividade jurídica, a lisura e a regularidade das eleições e não é diferente com a denúncia caluniosa eleitoral. Por essa razão, a vítima direta de todo crime eleitoral é a sociedade, o conjunto dos eleitores, ainda que as consequências do ato ilícito atinjam pessoa determinada. A comparação entre as denúncias caluniosas comum e eleitoral deve ser feita *cum grano salis*.

A utilidade prática de incluir esta figura no Código Eleitoral está em atrair a competência da Justiça Eleitoral. Se um crime, embora apto para estorvar o processo das eleições, não estiver previsto na legislação eleitoral, a competência para seu processo e julgamento será da Justiça Federal. Uma vez no Código Eleitoral, a infração passa a ser considerada “crime eleitoral próprio”, sendo levada a julgamento (salvo foro por prerrogativa de função) perante o juiz eleitoral.

Temos opinião favorável à competência da Justiça Eleitoral em temas, ainda que criminais, que tenham condão de repercutir nas eleições ou tenham sido objeto de prática com tal desiderato. A Justiça Comum, estadual ou federal, pode ter maiores dificuldades para correlacionar determinada conduta com o móvel eleitoral que lhe serviu de fundamento. Além disso, é comum que existam versões cíveis do ilícito criminal, sendo conveniente que as ações tramitem no mesmo ramo do Judiciário.

A imputação falsa objeto da denúncia caluniosa eleitoral não precisa ser de crime eleitoral. Pode ser de qualquer crime, eleitoral ou não. O que atrai a competência da Justiça Eleitoral e a responsabilização pelo art. 326-A não é a natureza do ilícito que se imputa falsamente ou a competência para julgá-lo, mas a finalidade eleitoral que presidiu a falsidade. O agente pode, por razões eleitorais, atribuir falsamente a terceiro um roubo, art. 157 do Código Penal, levando a formalização de uma denúncia do Ministério Público

perante a Justiça Comum Estadual. A competência para o art. 326-A será da Justiça Eleitoral; a do crime de roubo, não. A hipótese de reunião dos processos por conexão, na Justiça Eleitoral, por força do artigo 35 do Código Eleitoral existe (especialmente depois da decisão do STF no Inquérito 4.435) mas a entendemos, como será exposto, desnecessária e inconveniente.

Exame do novo tipo

Trata-se de figura dolosa (como todos os crimes eleitorais), de ação penal pública incondicionada (*idem*), que exige o chamado dolo direto (não vale o eventual: o agente precisa saber que se trata de uma imputação falsa, ver STF, Inquérito 3.133³) e, além do mais, específico (a finalidade da conduta é influenciar, em algum modo e grau, a disputa eleitoral).

A denúncia caluniosa eleitoral é uma versão qualificada⁴ dos crimes de calúnia⁵ e difamação eleitorais⁶, pois, em razão da imputação falsa, um resultado agravador - um procedimento de investigação ou responsabilização - é iniciado. Supõe a atribuição a alguém de um fato previsto em lei como crime ou contravenção penal (calúnia) ou desabonador (difamação) sabendo que os fatos não ocorreram ou que a pessoa imputada não foi a responsável por eles. Há uma ofensa à honra objetiva da pessoa imputada, não sendo suficiente imprecisar a alguém adjetivos como ladrão, corrupto ou homicida (o que levaria à injúria). Por essa razão, a conduta precisa vir revestida de um mínimo de credibilidade, para iludir quem tem legitimidade para iniciar procedimento ou processo. Se, em razão dela, nenhum procedimento ou processo for instaurado, tratar-se de calúnia ou difamação. Exige-se, ainda, que a denúncia tenha sido a causa eficiente da abertura do processo ou procedimento.

O dolo direto deve estar presente: não haverá ilícito se se tratar de alguém que tem razões para suspeitar que o crime ou a infração foram efetivamente praticados pelo imputado. É direito de toda a pessoa levar ao conhecimento das autoridades a suspeita da prática de irregularidades.

Se não houver imputação específica a alguém, poderá existir o crime de comunicação falsa de crime, art. 340 do Código Eleitoral, de competência da Justiça Comum.

Processos e procedimentos em razão de ilícitos criminais e administrativos podem ser abertos em instâncias variadas. Ações de improbidade, por exemplo, podem ser

³ “...A Turma consignou que o crime em comento exigiria, para sua configuração, que a instauração de investigação policial, processo judicial, investigação administrativa, inquérito civil ou ação de improbidade, tivesse como única motivação o interesse de se atribuir fato criminoso a pessoa que se soubesse ser inocente. Consignou, ademais, que não bastaria a desconformidade da denúncia em relação à realidade, e seria necessária a demonstração do dolo, elemento subjetivo do tipo. Acrescentou que o direito fundamental de petição (CF, art. 5º, XXXIV, a) seria causa justificante do oferecimento de “notitia criminis” e que a conduta do denunciante não se tornaria ilícita em razão do mero arquivamento de procedimento eventualmente instaurado.” - Rel. Min. Luiz Fux, j. 5.8.2014.

⁴ Em relação à calúnia, ver julgado do STJ no HC 339.782-ES, Relator Ministro Rogério Schietti Cruz.

⁵ Código Eleitoral: “Art. 324. Caluniar alguém, na propaganda eleitoral, ou visando fins de propaganda, imputando-lhe falsamente fato definido como crime: Pena - detenção de seis meses a dois anos, e pagamento de 10 a 40 dias-multa. § 1º Nas mesmas penas incorre quem, sabendo falsa a imputação, a propala ou divulga. § 2º A prova da verdade do fato imputado exclui o crime, mas não é admitida: I - se, constituindo o fato imputado crime de ação privada, o ofendido, não foi condenado por sentença irreversível; II - se o fato é imputado ao Presidente da República ou chefe de governo estrangeiro; III - se do crime imputado, embora de ação pública, o ofendido foi absolvido por sentença irreversível.

⁶ “Art. 325. Difamar alguém, na propaganda eleitoral, ou visando a fins de propaganda, imputando-lhe fato ofensivo à sua reputação: Pena - detenção de três meses a um ano, e pagamento de 5 a 30 dias-multa. Parágrafo único. A exceção da verdade somente se admite se ofendido é funcionário público e a ofensa é relativa ao exercício de suas funções.

promovidas por associações e sociedades de economia mista, nos termos da Lei 7.347/85⁷. O Ministério Público pode encetar investigações criminais (Resolução 181/2017, do Conselho Nacional do Ministério Público), instaurar inquérito civil⁸ e, no campo eleitoral, o Procedimento Preparatório Eleitoral, PPE (Portaria nº 692/2016 do Procurador Geral da República). Somente a autoridade policial pode instaurar inquérito criminal⁹.

A nosso ver, basta ter-se uma sindicância baseada na imputação falsa de crime ou infração, para que o crime se aperfeiçoe. A reunião de peças de informação não é suficiente para a configuração do crime: exige-se a formalização da investigação, processo e procedimento, com o devido termo de abertura e indicação do seu escopo.

O agente deve dar causa à abertura da investigação ou procedimento, o que supõe uma atuação direta e eficiente, a saber, uma comunicação a quem é legitimado para instaurar aqueles atos. A mera divulgação da imputação falsa, ainda que por meio da imprensa, configura o crime de calúnia ou difamação agravados (art. 324, § 1º, e 325, c.c o art. 327, III, Código Eleitoral), mesmo que, em razão dela, haja uma investigação ou processo.

A imputação falsa de ato infracional

Aqui se mostra uma das principais diferenças entre a denúncia eleitoral e sua congênera do Código Penal. Enquanto o art. 339 fala somente em “crime”, a denúncia caluniosa eleitoral fala em “crime” ou “ato infracional”. Não nos parece que a *mens legis* seja a de incluir condutas de menores de dezoito anos (nos termos do Estatuto da Criança e do Adolescente)¹⁰. No ambiente eleitoral, esse acréscimo seria de escassa valia, embora atenda a um sentido técnico da expressão “ato infracional”. Em acréscimo, ela não condiz com a exemplificação feita pelo tipo, tendo em vista que, para atos praticados por adolescentes menores de dezoito anos não há falar em inquérito civil ou ação de improbidade administrativa¹¹. A nosso ver, “ato infracional” refere-se a infração cível ou administrativa, que pode levar à instauração de sindicâncias e processos administrativos por faltas funcionais, disciplinares ou por improbidade.

⁷ Art. 5º Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar: I - o Ministério Público; II - a Defensoria Pública; III - a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios; IV - a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista; V - a associação que, concomitantemente: a) esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil; b) inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao patrimônio público e social, ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, aos direitos de grupos raciais, étnicos ou religiosos ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

⁸ Que pode ser instaurado pelo Ministério Público, nos termos da Lei da Ação Civil Pública, art. 8º: “§ 1º O Ministério Público poderá instaurar, sob sua presidência, inquérito civil, ou requisitar, de qualquer organismo público ou particular, certidões, informações, exames ou perícias, no prazo que assinalar, o qual não poderá ser inferior a 10 (dez) dias úteis”

⁹ Cabe lembrar que, nos termos da Resolução 23.396/2013 do Tribunal Superior Eleitoral, a autoridade policial não pode instaurar, de ofício, inquérito policial. Este só pode ser instaurado em caso de flagrante delito ou por requisição do juiz ou do órgão do Ministério Público. É o que diz seu artigo “Art. 8º: O inquérito policial eleitoral somente será instaurado mediante requisição do Ministério Público Eleitoral ou determinação da Justiça Eleitoral, salvo a hipótese de prisão em flagrante.

¹⁰ Essa é, contudo, a opinião de Rogerio Sanchez Cunha, para quem “a menção expressa ao ato infracional, inexistente na redação do art. 339 do CP. Assim, se no crime tipificado no Código Penal pode haver discussão sobre a possibilidade de que alguém cometa a denúncia caluniosa imputando falsamente um crime a alguém menor de dezoito anos (que, a rigor, não pode ter contra si um crime imputado), na denúncia caluniosa eleitoral a dúvida é absolutamente afastada.” - <https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2019/06/06/lei-13-83419-tipifica-o-crime-de-denunciacao-caluniosa-para-fins-eleitorais/>, consulta em 19.06.2019.

¹¹ Consultando a tramitação legislativa do projeto de lei n. 1978, de 2011, do Deputado Felix Mendonça, tem-se que o acréscimo dessa expressão foi objeto de emenda única, apresentada à Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados, pelo Deputado Mendonça Filho, em 16.04.2013.

Essa leitura faz da calúnia eleitoral figura qualificada tanto da calúnia, quanto da difamação eleitorais. Com efeito, a imputação falsa de um ato de improbidade ou falta funcional podem bem ser mais graves – atentos à “finalidade eleitoral” da conduta – do que a atribuição de um crime ou contravenção. É só imaginar alguém acusando falsamente um candidato de causar prejuízo ao erário e enriquecer ilícitamente na celebração de um contrato administrativo. A ação de improbidade que poderia ser instaurada, além de prejuízo à imagem do imputado, cria até o risco de inelegibilidade, nos termos das letras “g” e “l” do artigo 1º da Lei Complementar 64/90.

Apontam Glauber Guilherme Belarmino e Antonio Belarmino Junior, que o propósito do legislador ao introduzir o artigo 326-A no Código Eleitoral foi:

“proporcionar um ambiente propositivo para as eleições, excluindo o denunciismo do protagonismo do processo e permitindo uma maior segurança àquelas pessoas que se dispõem a participar, uma vez que muitos desistem de se candidatar em virtude da política rasteira, que de forma direta atinge a sua honra, liberdade e propósitos, por atos que agora serão tipificados como crime de denúncia caluniosa eleitoral.”¹²

Sendo assim, a interpretação que propomos para “ato infracional” é a que melhor condiz com a *mens legis*.

A finalidade eleitoral

A finalidade eleitoral implica na pretensão do sujeito ativo de influir, de algum modo e em algum grau, no processo eleitoral. Isso não significa que a imputação só possa ser feita a um candidato ou que tenha um marco temporal coincidente com a atividade dos candidatos – do registro à diplomação. A imputação pode ser feita para dificultar as chances de alguém ser escolhido na convenção partidária, por exemplo, ou como forma de buscar o ajuizamento de uma Ação de Impugnação de Mandato Eletivo. É só imputar ao candidato eleito, falsamente, a prática de fraude na tomada ou cômputo dos votos.

Não se pode olvidar que condenações colegiadas por certos crimes e por improbidade gerarão inelegibilidade, nos termos da Lei Complementar 64/90, o que pode sugerir finalidade eleitoral em comportamentos feitos em ano não-eleitoral.

Não nos escapa a dificuldade de demonstrar essa finalidade, nem a possibilidade de que seja invocada para, meramente, retirar o caso da Justiça Comum e trazê-la para a Eleitoral. É difícil perscrutar os escaninhos da mente e das motivações humanas, os motivos recônditos que levam alguém a agir de determinado modo. O que sugerimos é que o padrão de confirmação da finalidade eleitoral seja mais rigoroso e estrito para o período anterior ao das convenções partidárias e posterior ao prazo de ajuizamento das ações eleitorais fundadas na diplomação. Por igual, a militância política do imputante e do imputado deve ser considerada. Por que haveria finalidade eleitoral numa falsidade feita por quem não atua na política, em face de quem também não o faz?

Não se exige, para o aperfeiçoamento da denúncia caluniosa, efetiva influência na sorte dos pleitos eleitorais. É suficiente que a motivação do agente inclua essa perspectiva.

Bem jurídico tutelado

A versão do Código Penal da denúncia caluniosa tem como bem jurídico protegido o prestígio e a regularidade da administração pública, levada a empregar recursos humanos e materiais numa investigação ou processo sem lastro (seja pela inocorrência do fato, seja porque, o verdadeiro autor do crime é outro). A honra objetiva da pessoa objeto da imputação está incluída na proteção. No campo eleitoral, esses objetos materiais são acrescidos de outro, que ocupa o lugar principal, a saber, a lisura e

12 Consultor Jurídico, <https://www.conjur.com.br/2019-jun-17/opiniao-denuncia-falsa-finalidade-eleitoral-agora-crime>. Consulta realizada em 19.06.2019

legitimidade do pleito. A notícia de uma investigação, processo administrativo, criminal ou por improbidade em face de um candidato pode ter grande repercussão, levando o eleitor a formar convicção contrária ao voto naquela pessoa.

Sujeição ativa e passiva

O novo crime não exige condição ou qualidade especial do sujeito ativo, podendo ser praticado por qualquer pessoa. Assim, é crime comum. Pode ser praticado, inclusive, pela autoridade pública que deu início à investigação, denúncia ou procedimento sabendo inocente a pessoa increpada, delegados e membros do Ministério Público incluídos. Há debate sobre se um investigado ou réu, no exercício da autodefesa, comete crime se o imputa a terceiros, sabendo-os inocentes. Formamos opinião favorável. O direito à defesa inclui o silêncio e a mentira, mas não resguarda a imputação falsa de crime ou infração a inocentes. Admiti-lo implicaria ofensa aos bens jurídicos tutelados.

O advogado, se se limitar à representação de seu constituinte – formalizando, por exemplo, a petição dirigida a quem de direito - não responderá pelo crime; se o ajudar para além disso ou fizer a imputação em nome próprio, ainda que na defesa de alguém, responde.

Se o crime falsamente imputado for de ação penal privada ou sujeita a representação, somente a parte legítima poderá dar causa a instauração de inquérito, procedimento ou processo, perfazendo a conduta típica do art. 326-A. Embora a denúncia caluniosa eleitoral seja de ação penal pública incondicionada - como todos os crimes eleitorais - ela não exige que a imputação falsa seja de crime eleitoral.

Não se trata de crime de atuação pessoal: o autor pode agir diretamente ou por intermédio de terceira pessoa.

A vítima da denúncia caluniosa eleitoral, como indicado, é a coletividade, o que faz dela um crime vago. Em caráter secundário, estão na condição de prejudicados, ou vítimas secundárias, a pessoa que recebeu a imputação falsa e a autoridade, pessoa ou instituição que deu início ao procedimento ou processo. É erro grave considerar que a vítima primária do crime seja a pessoa que suportou a imputação falsa ou a administração pública. Isso pode ser verdade para a figura do Código Penal, não para o art. 326-A do Código Eleitoral. Até em razão disso, todo crime eleitoral é de ação penal pública incondicionada, entre eles a calúnia e a difamação que funcionam como tipos privilegiados da denúncia.

A vítima secundária, nominada na imputação, pode ser pessoa física ou jurídica. Para além da admissão da responsabilidade penal da pessoa jurídica, nos crimes contra o meio ambiente, cabe rememorar que a prática de “atos infracionais”, na interpretação que damos a esse conceito no presente estudo, não é exclusiva de pessoas de carne e osso.

Consumação e tentativa

Entendemos que não há falar em tentativa nesse crime do artigo 326-A, mesma solução que preconizamos para o artigo 339 do Código Penal. Não é a opinião majoritária da doutrina, para a qual o crime admite tentativa por ser material (conduta e resultado) e plurissubsistente, ou seja, a atuação pode ser decomposta em trechos, surgindo a possibilidade de que não se produza o resultado por circunstâncias alheias à vontade do agente. Nesse sentido: Guilherme de Souza Nucci¹³, Artur Gueiros e Carlos Eduardo Japiassú¹⁴, Luiz Regis Prado¹⁵, Damásio de Jesus¹⁶. Há uma peculiaridade, porém, na construção típica da denúncia, que é trazer um resultado qualificador – a instauração

13 “Manual de Direito Penal”, 13ª. Edição, Gen/Forense, 2017.

14 “Direito Penal”, Atlas/Gen, 2018.

15 “Comentários ao Código Penal”, 11ª. Edição, 2017, Revista dos Tribunais.

16 “Código Penal Anotado”, 23ª edição, Saraiva, 2016.

da investigação, inquérito, procedimento ou processo – que é dependente de uma avaliação jurídica de terceiros. Se a avaliação for positiva, levará a um único ato que consumará o delito. Caso não haja a instauração, por exemplo, mediante o arquivamento de peças de informação, diz-se que não houve crime (de denúncia) e não que ele não se consumou. Veja-se o acórdão do STJ, no REsp 680.919-SP, Rel. Min. Nilson Naves, julgado em 28/11/2006:

“Assim, para o Min. Relator, não há como se possa configurar a denúncia se nem a representação teve prosseguimento, porque foi arquivada e, em sendo arquivada, não chegou a haver investigação alguma.”

A inviabilidade da notícia ou representação não agrega o elemento qualificador que distingue a denúncia caluniosa eleitoral da calúnia e difamação simples, já aperfeiçoadas com a apresentação da imputação falsa. Esse aperfeiçoamento é impeditivo do reconhecimento do crime impossível, art. 17 do Código Penal. É solução favorável ao réu: as penas da denúncia caluniosa eleitoral, inobstante reduzidas de um a dois terços - art. 14,II, do Código Penal - serão mais severas do que as penas da calúnia (seis meses a dois anos, no Código Eleitoral) ou da difamação (três meses a um ano).

A inocência do imputado

Tema de relevo no crime de denúncia caluniosa é a necessidade de espera da investigação, processo ou procedimento instaurado em razão da denúncia do agente imputador, para só então se autorizar a persecução penal pela denúncia caluniosa.

É a opinião majoritária da doutrina. Falando do crime do Código Penal, temos a visão de Guilherme de Souza Nucci¹⁷, citando Nelson Hungria:

“Torna-se imprescindível, para que se julgue corretamente o crime de denúncia caluniosa, o término da investigação instaurada para apurar a infração penal imputada, bem como a ação civil ou penal, cuja finalidade é a mesma, sob pena de injustiças flagrantes. Recomenda Hungria que ‘conforme pacífica doutrina e jurisprudência, a decisão final no processo contra o denunciante deve aguardar o prévio reconhecimento judicial da inocência do denunciado, quando instaurado processo contra este. Trata-se de uma medida de ordem prática, e não propriamente de uma condição de existência do crime (Comentários ao Código Penal, v. IX, p. 465-466)’”.

É a compreensão de Jorge Assaf Maluly, tratadista do tema:

“... embora não exista no direito positivo uma norma sujeitando o resultado da persecução contra o denunciante, ao arquivamento do inquérito policial ou à absolvição no processo criminal do denunciado, é de bom alvitre aguardar-se essa conclusão, com o intuito de impedir a incidência de decisões judiciais antagônicas. Da mesma forma, cumpre observar o mesmo critério de dependência, isto é, aguardar-se o término da investigação administrativa, do inquérito civil ou da ação de improbidade administrativa”¹⁸

Nessa linha, faltaria justa causa para a investigação e ação penal por denúncia enquanto, no outro processo, não se obtivesse prova da inocência do imputado, seja pelo arquivamento da investigação ou improcedência do procedimento ou processo. Variação dessa interpretação permite a instauração do processo-crime pela denúncia caluniosa, mas não seu desfecho. Ele deveria ser suspenso, no aguardo das conclusões daqueles feitos instaurados a partir da falsidade.

Em viés distinto, a opinião de Julio Fabbrini Mirabete:

“Não é pressuposto da instauração de ação penal o arquivamento de inquérito policial aberto a pedido do indigitado autor do crime de denúncia caluniosa

17 “Manual de Direito Penal”, 13ª. Edição, Gen/Forense, 2017, p. 1171.

18 “Denúncia Caluniosa”, 2ª edição, Del Rey, 2006, p. 101.

para só então valer aquele como peça de informação à *persecutio criminis* do Estado.”¹⁹

É a interpretação que adotamos. A exigência típica da denúncia caluniosa eleitoral é a consciência que o agente deve ter da inocência do imputado. Ela deve se apresentar nos atos que resultarão na instauração de investigação, processo ou procedimento. A inocência é presumida, nos termos da Constituição Federal,²⁰ não ficando dependente de instância confirmatória. Não é elemento típico o arquivamento ou absolvição nos feitos instaurados em razão da imputação. Se a prova demonstrar que houve dolo direto na atribuição falsa do ilícito a alguém, que a persecução penal tenha lugar.

O ponto de vista majoritário traz condição de procedibilidade não prevista em lei, ainda que com o louvável escopo de evitar decisões contraditórias. A certeza da inocência do imputado é o requisito para a adequação típica. Se surgir prova, desconhecida pelo agente, da culpabilidade do imputado, isso não virá em seu apoio. A mentira é medida na cabeça do sujeito ativo – por difícil que seja prová-lo – e não na realidade fenomênica.

É solução mais adequada ao ambiente dos crimes eleitorais, pois evita que se tenha que aguardar o término de feitos que tramitam em outros ramos da Justiça, para só então iniciar a investigação, oferecer denúncia ou retomar o processo pelo art. 326-A.

Por idêntica razão, não vislumbramos a possibilidade de que se invoque a conexão para trazer, para a Justiça Eleitoral, todas as investigações e procedimentos criminais surgidos em razão dos crimes imputados. A prova pode ser útil, mas não é imprescindível, autorizando a separação dos processos como preconiza o artigo 80 do Código de Processo Penal²¹.

Se a imputação não lograr, ao menos, dar início a uma investigação, não haverá esse crime, como indicado no acórdão do STJ no REsp 680.919-SP, anteriormente citado.

O membro do Ministério Público Eleitoral, tomando conhecimento do fato e formando sua *opinio delicti* poderá promover a ação penal pública, que não se submete a condições especiais de procedibilidade.

Causas de aumento e diminuição

Consoante a redação do artigo 326-A:

“§ 1º A pena é aumentada de sexta parte, se o agente se serve do anonimato ou de nome suposto.

§ 2º A pena é diminuída de metade, se a imputação é de prática de contravenção.”

A Constituição Federal, quando assegura a liberdade de expressão, veda o anonimato²². Essa vedação se estende, em menor extensão, ao direito de petição²³, também de sede constitucional, apenas se há receio de que a exposição do nome do peticionário possa ensejar-lhe o temor de represálias. Há diversas restrições procedimentais e de suficiência probatória vindas de notícias anônimas, ainda que sirvam para dar início a investigações. O aumento de pena, da sexta parte, nos casos de anônima imputação falsa, calibra a resposta penal à solécia do denunciante. O temor de represália não produz efeito jurídico diante de uma denúncia sabida, de antemão, como falsa.

19 “Manual de Direito Penal”, v. III, Ed. Atlas, 1980.

20 “Art. 5º , “LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;”

21 Ver Douglas Fischer: “Crimes eleitorais e os eventualmente conexos diante do novo entendimento do Supremo Tribunal Federal”, in Revista do TRE-RS, ano 24, nº 46, janeiro/junho de 2019.

22 Art. 5º... IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;”

23 Art. 5º ... XXXIV - são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas: a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder; (...)”

Por sua vez, a diminuição de pena pela imputação de contravenção sugere menor gravidade da ofensa à honra objetiva do imputado, sugestão que nos parece equivocada, tanto para o art. 339 do Código Penal quanto para o 326-A do Código Eleitoral. Em primeiro lugar, porque esse bem jurídico não é o único, nem o principal, nos crimes em comento. Em segundo lugar porque a Lei das contravenções penais é obsoleta, vários de seus tipos são incompatíveis com a Constituição de 1988 e já deveria ter sido revogada. Mais versátil é o conceito de crimes de menor potencial ofensivo, da Lei 9.099/95. A imputação de certas contravenções pode ser, no ambiente eleitoral, bastante nociva²⁴. e a previsão taxativa da redução de pena retira do juiz sentenciante a possibilidade de verificar a concreta extensão da lesão ao bem jurídico no caso concreto.

Hipóteses de concurso aparente de normas

Nossa conclusão de que a imputação falsa pode ser de crime ou infração administrativa, impõe o exame de outras figuras delitivas previstas em leis especiais, para saber se há concurso de crimes ou se trata apenas de encontrar a adequada moldura típica. Há um tipo assemelhado ao do art. 326-A na Lei 8.429/92, que cuida da improbidade administrativa:

“Art. 19. Constitui crime a representação por ato de improbidade contra agente público ou terceiro beneficiário, quando o autor da denúncia o sabe inocente.

Pena: detenção de seis a dez meses e multa.

Parágrafo único. Além da sanção penal, o denunciante está sujeito a indenizar o denunciado pelos danos materiais, morais ou à imagem que houver provocado.”

Essa colisão aparente é resolvida pelos critérios cronológico e da especialidade. O tipo do art. 326-A é mais recente e traz, como elemento especializante, a finalidade eleitoral.

Outro conflito que se pode vislumbrar é com o único crime previsto na Lei das Inelegibilidades, Lei Complementar 64/90:

“Art. 25. Constitui crime eleitoral a arguição de inelegibilidade, ou a impugnação de registro de candidato feito por interferência do poder econômico, desvio ou abuso do poder de autoridade, deduzida de forma temerária ou de manifesta má-fé:

Pena: detenção de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa de 20 (vinte) a 50 (cinquenta) vezes o valor do Bônus do Tesouro Nacional (BTN) e, no caso de sua extinção, de título público que o substitua.”

É possível apresentar, mendazmente, fatos suficientes para sua instauração de uma Ação de Investigação Judicial Eleitoral, que pode resultar em inelegibilidade. O artigo 25, de sofrível construção, exige, como elementos subjetivos, uma motivação (interferência do poder econômico, desvio ou abuso do poder de autoridade) e o dolo eventual ou direto. Temos como prevalente o novo crime do artigo 326-A, por modernidade e especialidade, sem embargo de estar, a figura típica mais antiga prevista em lei complementar. Não é caso de revogação do artigo 25: nem toda impugnação temerária ou de má-fé será feita mediante a atribuição falsa de ato infracional ou criminoso. É possível impugnar uma candidatura ou pretender uma inelegibilidade com outros fundamentos, que nem precisam ser ilícitos (parentesco ou ausência de desincompatibilização, por exemplo).

Por fim, o novo tipo do art. 326-A terá aplicação em detrimento do previsto no artigo 19 da Lei das Organizações Criminosas (n. 12.850/2013):

²⁴ Por exemplo, a do Art. 62 do Decreto-lei 3.688/41: “Apresentar-se publicamente em estado de embriaguez, de modo que cause escândalo ou ponha em perigo a segurança própria ou alheia: (...)”, admitindo, por hipótese, tratar-se de figura recebida pela Constituição de 1988.

“[Art. 19.](#) Imputar falsamente, sob pretexto de colaboração com a Justiça, a prática de infração penal a pessoa que sabe ser inocente, ou revelar informações sobre a estrutura de organização criminosa que sabe inverídicas:

Pena - reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.”

É que essa conduta, em sua primeira parte, prevalece diante dos crimes de calúnia e difamação, por sua especialidade, mas nada diz sobre a instauração de procedimento investigativo ou processo. Em ocorrendo tal instauração, o crime será o do artigo 339 do Código Penal ou, se houver finalidade eleitoral do art. 326-A, do Código Eleitoral.

Veto

O autógrafo do texto do art. 326-A, enviado à sanção presidencial, incluía norma de extensão típica, para quem divulgasse o fato ou ato:

“§ 3º Incorrerá nas mesmas penas deste artigo quem, comprovadamente ciente da inocência do denunciado e com finalidade eleitoral, divulga ou propala, por qualquer meio ou forma, o ato ou fato que lhe foi falsamente atribuído.”

As razões do veto são as seguintes:

“A propositura legislativa ao acrescentar o art. 326-A, *caput*, ao Código Eleitoral, tipifica como crime a conduta de denúncia caluniosa com finalidade eleitoral. Ocorre que o crime previsto no § 3º do referido art. 326-A da propositura, de propalação ou divulgação do crime ou ato infracional objeto de denúncia caluniosa eleitoral, estabelece pena de reclusão, de dois a oito anos, e multa, em patamar muito superior à pena de conduta semelhante já tipificada no § 1º do art. 324 do Código Eleitoral, que é de propalar ou divulgar calúnia eleitoral, cuja pena prevista é de detenção, de seis meses a dois anos, e multa. Logo, o supracitado § 3º viola o princípio da proporcionalidade entre o tipo penal descrito e a pena cominada.”

Essas razões não nos convencem. A divulgação não seria da mera imputação falsa, mas incluiria o êxito desta em fazer instaurar investigação, processo ou procedimento, recheando-a com esse argumento de verossimilhança. O parágrafo exigia o mesmo elemento subjetivo, a saber, o conhecimento da inocência do imputado, o que não implicaria cerceamento da liberdade de imprensa e de expressão.

Considerações finais

O novo tipo penal veio para coibir a conduta de candidatos ou aliados que, ao longo da campanha eleitoral ou razão dela, procuram, com inverdades, forcejar investigações, procedimentos e processos contra adversários. No “vale tudo” que sói acontecer nas eleições, gente inescrupulosa procura Polícia, Judiciário ou Ministério Público com dossiês forjados, testemunhas peitadas, informações enganosas e narrativas especiosas, explorando o zelo profissional e a boa-fé de autoridades.

Surge o temor de que, como contramedida, se procure responsabilizar alguém por denúncia caluniosa eleitoral a cada vez que oferecer notícia ou representação contra determinado políticos e candidatos. O crime de denúncia caluniosa, nesse caso, ao invés da proteção dos bens jurídicos, servirá como *vendetta* diante da perspectiva da investigação de fatos que podem ser graves. Não é demais, para obviar tais males, observar que imputar a alguém a conduta de denúncia caluniosa, sabendo-o inocente, será igualmente crime de denúncia caluniosa. Esse aspecto deve ser considerado pelo *parquet* eleitoral diante de notícias crime que lhes sejam dirigidas.

Por igual, cabe lembrar que o Supremo Tribunal Federal, ao examinar questão de ordem no inquérito nº 4.435, concluiu pela aplicabilidade plena do artigo 35 do Código

Eleitoral, que diz competir ao juiz eleitoral o julgamento dos crimes eleitorais e de outros que lhes sejam conexos. Cabe zelar para que não se utilize desse expediente – uma notícia-crime em razão da suposta prática do novo crime do artigo 326-A – para, simplesmente, trazer para a competência eleitoral a apuração e o processo dos crimes que, até então, se davam na Justiça Comum.

Não teríamos incluído essa nova figura no Código Eleitoral. O rigor punitivo nela previsto destoaria do conjunto dos crimes eleitorais, sem falar que esse intervalo de pena – 2 a 8 anos – é muito largo. Oxalá o novo ilícito sirva para iluminar a urgente necessidade de reforma do sistema de crimes e penas eleitorais.

Junho de 2019

Referências

CUNHA, Rogério Sanchez. A Lei 13,843/2019 tipifica o crime de denunciação caluniosa eleitoral. Disponível em “<https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br>, consulta em 19.06.2019.

BELARMINO, Glauber Guilherme; BELARMINO JUNIOR, Antonio. *Denúncia falsa com finalidade eleitoral agora é crime*. Consultor Jurídico. Disponível em, <https://www.conjur.com.br/2019-jun-17>. Consulta realizada em 19.06.2019

JESUS, Damásio de. *Código Penal Anotado*, 23ª edição. São Paulo: Saraiva, 2016.

GUEIROS, Artur; JAPIASSÚ; Carlos Eduardo. *Direito Penal*. São Paulo: Atlas/Gen, 2018.

PRADO, Luiz Regis. *Comentários ao Código Penal*, 11ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017,

JAPIASSÚ, Carlos Eduardo; GUEIROS, Artur. *Direito Penal*. São Paulo: Atlas/Gen, 2018.

MALULY, Jorge Assaf. *Denunciação Caluniosa*, 2ª edição. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*, v. 3. São Paulo: Atlas, 1980.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal*, 13ª. Edição. São Paulo: Gen/Forense, 2017.

FISCHER, Douglas. Douglas Fischer: *Crimes eleitorais e os eventualmente conexos diante do novo entendimento do Supremo Tribunal Federal*”. Revista do TRE-RS, ano 24, nº 46, janeiro/junho de 2019.