

## O ART. 85 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL<sup>1</sup>

Como se sabe, 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.*”<sup>2</sup> Na calúnia, por sua vez, a possibilidade da **fides veri** é a regra, sendo inadmissível apenas nos casos do art. 138, § 3º. do Código Penal.

Dispõe o art. 85 do Código de Processo Penal que nos processos por crime contra a honra, em que forem querelantes as pessoas que a Constituição sujeita à jurisdição dos Tribunais de Justiça, a estes caberá o julgamento, quando oposta e admitida a exceção da verdade.

Este dispositivo comporta alguns esclarecimentos já enfrentados pelos nossos doutrinadores e, principalmente, pelo Supremo Tribunal Federal.

Com efeito, ainda que o referido artigo use da expressão *querelante*, é evidente a possibilidade de sua aplicação quando o processo por crime contra a honra iniciar-se mediante denúncia e não queixa. Outro entendimento, aliás, não seria possível, senão este: o art. 85 do Código de Processo Penal aplica-se nas ações penais de iniciativa privada e nas ações penais públicas.

É de Espínola Filho a seguinte opinião:

*“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*

---

<sup>1</sup> **RÔMULO DE ANDRADE MOREIRA** - Promotor de Justiça e Assessor Especial do Procurador-Geral de Justiça. Ex-Coordenador do Centro de Apoio Operacional das Promotorias Criminais do Ministério Público do Estado da Bahia. Professor de Direito Processual Penal da Universidade Salvador-UNIFACS na graduação e na pós-graduação. Pós-graduado, **lato sensu**, pela Universidade de Salamanca/Espanha (Direito Processual Penal). Especialista em Processo pela UNIFACS (Curso coordenado pelo Professor Calmon de Passos). Membro da Association Internationale de Droit Penal e do Instituto Brasileiro de Direito Processual. Associado ao Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCrim e ao Movimento Ministério Público Democrático.

<sup>2</sup> Fernando da Costa Tourinho Filho, Código de Processo Penal comentado, Vol. I, São Paulo: Saraiva, 6ª. ed., 2001, p. 243.

*vítima de crime contra a honra, opondo-lhe o agente a exceção da verdade, que tenha sido admitida.*”<sup>3</sup>

A propósito, Guilherme Nucci afirma que o termo querelante deve ser entendido “*como a vítima do crime contra a honra. Nem sempre, no entanto, o crime contra a honra terá, no pólo ativo, o ofendido. Pode ocorrer de o Ministério Público assumir a titularidade da causa, nos casos em que haja representação da vítima, funcionário público ofendido no exercício de suas funções (art. 145, parágrafo único, do Código Penal).*”<sup>4</sup>

Uma outra questão, no entanto, 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? Qual teria sido a verdadeira intenção do legislador ao estabelecer esta prorrogação obrigatória da competência?

Respondendo-se a tais indagações, observa-se, desde logo, ser posição tranqüila atualmente 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 dois dos nossos maiores processualistas, senão vejamos.

É de Frederico Marques esta lição:

*“Em se tratando, porém, do art. 85 do CPP, 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*

<sup>3</sup> Código de Processo Penal Brasileiro Anotado, Vol. II, Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 5ª. ed., 1959, p. 220.

<sup>4</sup> Código de Processo Penal Comentado, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 223.

*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 judiciários, 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 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.”<sup>5</sup>*

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.”<sup>6</sup>*

No STF, como se frisou, 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).*

<sup>5</sup> Elementos de Direito Processual Penal, Vol. I, Campinas: Bookseller, 1998, pp. 269/270.

<sup>6</sup> Tourinho Filho, obra citada, pp. 243/244.

Ainda que se admitisse, contrariamente à doutrina e à jurisprudência do Supremo Tribunal, a aplicação do art. 85 nos crimes de difamação, mesmo assim, caberia ao Tribunal de Justiça, 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 (...).”<sup>7</sup>*

Vê-se, portanto, que mesmo contrariando a posição da Excelsa Corte, ainda assim, caberia 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 (no caso de difamação). Assim, após a colheita das provas é que se deslocaria a competência para o Tribunal de Justiça, julgando-se procedente ou não a **demonstratio veri**. Este entendimento também é pacífico no STF, bastando conferir, por todos, 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, p. 17.742).

Apenas a título de ilustração, transcrevemos este julgado do STF, reafirmando que retrata uma posição tranqüila desta Corte em relação ao assunto:

*“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).*

---

<sup>7</sup> Tourinho Filho, *idem*, p. 244.