XXVII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI PORTO ALEGRE – RS

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO II

LUIZ GUSTAVO GONÇALVES RIBEIRO

MAIQUEL ÂNGELO DEZORDI WERMUTH

MIGUEL TEDESCO WEDY

Copyright © 2018 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais
Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI
Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina
Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo
Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)
Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará
Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM– Distrito Federal
Relações Internacionais para o Continente Americano
Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goías
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul)
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul Prof.
Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

---

D597

Direito penal, processo penal e constituição II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UNISINOS

Coordenadores: Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro; Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth; Miguel Tedesco Wedy. – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-716-8
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Tecnologia, Comunicação e Inovação no Direito

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVII Encontro Nacional do CONPEDI (27 : 2018 : Porto Alegre, Brasil).

CDU: 34

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

Universidade do Vale do Rio dos Sinos
Porto Alegre – Rio Grande do Sul - Brasil
http://unisinos.br/novocampuspoa/

XXVII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI PORTO ALEGRE – RS

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO II

Apresentação

O Grupo de Trabalho Direito Penal, Direito Processual Penal e Constituição II reuniu-se, na data de 16 de novembro de 2018, durante o XXVII Congresso Nacional do CONPEDI, sediado na Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), campus Porto Alegre, com o propósito de discutir questões emergentes e de vultosa importância no tocante às práticas penais, às leis penais brasileiras e ao tratamento dado aos assuntos tratados em cada qual dos artigos pela doutrina nacional e internacional.

De início, poderá o leitor perceber que os temas tratados são ecléticos e transitaram, com grande transdiciplinaridade, por outras grandes áreas do conhecimento, mais precisamente as ciências humanas e as ciências médicas, estas exploradas, notadamente, quando analisada a questão das medidas de segurança, bem como no tratamento da dimensão biopolítica da violência perpetrada contra a mulher no âmbito doméstico e carcerário e, por último, quando da análise das práticas reificantes na sociedade do controle.

O tema das medidas de segurança foi explorado pelo artigo intitulado "Medida (de segurança) cautelar: a herança do tradicionalismo penal-psiquiátrico no processo penal brasileiro", de autoria de Thayara Silva Castelo Branco e Antonio Eduardo Ramires Santoro, o qual aborda, a partir de uma perspectiva crítica, o ranço do positivismo criminológico que coloca a periculosidade como verticalizadora do Sistema de Justiça Criminal, análise realizada a partir da Lei nº 12.403/11, a qual reformou o sistema de cautelares no processo penal brasileiro, introduzindo, dentre elas, medidas diversas da prisão como a internação provisória de inimputável ou semi-imputável.

Por seu turno, o artigo de autoria de André Giovane de Castro e Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth abordou, a partir da filosofia agambeniana, a violência perpetrada contra as mulheres nas esferas doméstica e prisional, com base em dados de homicídios e encarceramento, à luz da Lei Maria da Penha e da Lei de Drogas, sob o título "Da casa ao cárcere: uma leitura biopolítica dos campos de violência contra a mulher".

Já o artigo de Elesandra Maria Da Rosa Costella, sob o título "As (possíveis) respostas da teoria do reconhecimento às práticas reificantes da sociedade do controle" abordou o tema da utilização do direito penal como instrumento de controle social das classes marginalizadas,

compostas por pessoas consideradas enquanto vidas dispensáveis, às quais se nega o reconhecimento e inclusão no sistema social, reificando-as, uma vez que a inclusão, na sociedade contemporânea, é condicionada à capacidade de consumo.

Importante destacar que os textos ora apresentados revelam o entendimento de pesquisadores das mais diversas partes do Brasil, de norte a sul e de leste a oeste, e externam parte da realidade prática vivenciada pela população de diversos Estados, desde o ponto de vista de questões prisionais até aquelas concernentes ao exercício de policiamento ostensivo realizado pelo exército brasileiro, nas chamadas práticas de Garantia da Lei e da Ordem (GLO).

Isso fica muito evidente a partir do artigo de autoria de Guilherme Rego Magalhães, o qual, sob o título "A resiliência da prisão especial como instituição jurídica e social", aborda o tema da prisão especial no direito brasileiro, da sua função em nossa estrutura social e de como ela foi racionalizada ao longo de sua história, a fim de apontar o seu anacronismo.

Por sua vez, o artigo intitulado "O princípio da sustentabilidade e a execução provisória da pena privativa de liberdade", escrito por Alan Peixoto de Oliveira e Cássia Daiane Maier Gloger, analisou a compatibilidade da norma constitucional, como redigida na Constituição da República com a execução provisória da pena privativa de liberdade, diante dos aportes do Princípio da Sustentabilidade, empreendendo uma reconstituição do sistema Global de Direitos Humanos previstos nos documentos internacionais do qual o Brasil é signatário.

Nesse bloco, situa-se, ainda, o artigo intitulado "O inadimplemento da pena de multa e a progressão de regime prisional sob o prisma do direito penal libertário", de Marcos Paulo Andrade Bianchini, que versa sobre a compatibilidade da decisão no Agravo Regimental da Execução Penal nº 16 – STF, que impediu a progressão de regime de condenado por inadimplemento da pena de multa, com a teoria do Direito Penal Libertário.

O artigo intitulado "A atuação das Forças Armadas nas Operações Ágata e o programa de proteção integrada nas fronteiras brasileiras no combate à criminalidade", elaborado por Andreia Alves De Almeida e Savio Antiógenes Borges Lessa, por seu turno, tem por foco a atuação das Forças Armadas na faixa de fronteira, analisando seu poder de polícia e atribuição subsidiária – a partir do novo Programa de Proteção Integrada de Fronteiras.

Outrossim, as discussões envolveram desde as práticas desenvolvidas no seio de um direito penal de ordem tradicional/individualista, até aquelas relativas à lida com os novos bens jurídicos de ordem transindividual, a exemplo do meio ambiente, para o que apresentadas foram algumas transformações dogmáticas capazes de dotar o direito penal de

empoderamento com vistas à realização de uma mais efetiva tutela do novel bem jurídico penal ameaçado ou agredido.

Nesse bloco, cumpre destacar o texto de autoria de Linia Dayana Lopes Machado e Viviane Aprigio Prado e Silva, o qual, sob o título "Tutela ambiental na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça: a necessidade de uma teoria da decisão judicial", empreendeu uma discussão sobre os desafios colocados pelo Direito Ambiental ao Poder Judiciário, considerando a existência do que pode ser considerado como lacunas legislativas no que diz respeito às práticas lesivas ao meio ambiente.

Também sobre o tema da tutela penal do meio ambiente, o artigo de Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro e Aflaton Castanheira Maluf analisou a evolução da legislação ambiental no Brasil, especialmente a legislação penal, com foco na questão penal ambiental atual e futura, com ênfase no PLS 236/2012, em texto intitulado "O Direito Penal ambiental no PLS 236/2012 – Novo Código Penal."

De resto, verá o leitor que os textos também envolveram discussões concernentes ao processo de expansão do Direito Penal e da flexibilização de garantias na seara processual penal, demonstrando a necessidade de uma leitura transdisciplinar das Ciências Criminais. Essa preocupação assume centralidade no artigo de Daniel Angeli de Almeida, o qual, sob o título "A instauração de um novo paradigma do direito penal ante o advento da sociedade de risco: um necessário reexame da teoria do bem jurídico", discute a entrada na era pós-industrial, a qual impõe mudanças em diversas áreas do conhecimento, sobretudo no Direito Penal, que se vê obrigado a rever seus princípios clássicos, a abandonar velhas verdades e adaptar-se para responder aos novos desafios da sociedade de risco.

Por sua vez, o artigo "O transtorno punitivo compulsivo e a banalização da cautelaridade processual", escrito por Jéssica de Souza Antonio e Ana Paula Motta Costa, propõe uma reflexão crítica acerca da prática encarceradora cautelar que vem acometendo o Processo Penal, contrastando-a com uma racionalidade punitiva dentro do processo penal democrático.

No mesmo sentido, o artigo "Denunciação criminosa contra inimputáveis: senso ou contrassenso?", de Sebastian Borges de Albuquerque Mello e Rafaela De Oliveira Alban, examina o crime de denunciação caluniosa, com a finalidade de verificar a possibilidade ou não do inimputável ser vítima dessa modalidade delitiva em face da previsão da elementar típica de imputação de "crime".

Essa discussão – acerca do expansionismo penal e suas consequências – também permeia o artigo de Leonardo Pozzi Loverso e Greice Patricia Fuller, o qual aborda a possibilidade do acesso de dados em smartphones do investigado, o que tem se revelado controverso quando diretamente realizado pela polícia, a partir das recentes decisões proferidas pelo STJ e STF sobre o assunto. Trata-se do texto intitulado "Acesso de dados pessoais pela polícia em smartphones de suspeitos na investigação criminal".

As novas tecnologias também ocupam espaço central no artigo "A tecnologia a serviço da criminalidade: meios de combate à lavagem de dinheiro em criptomoedas", de Hamilton Calazans Câmara Neto e Romulo Rhemo Palitot Braga, que realiza uma ordem cronológica de criação e posterior valorização das criptmoedas, associando-se à análise da efetivação do crime de lavagem de dinheiro e sua respectiva Lei 9.613/98 e 12.683/2012.

A preocupação com o direito penal em face das novas tecnologias também está presente no artigo "Os aspectos penais da exposição pornográfica não consentida na internet", no qual Osmar Fernando Gonçalves Barreto e Wagner Seian Hanashiro salientam que a exposição pornográfica não consentida na internet é uma violação e traz suas repercussões na esfera criminal, de maneira a ser enquadrada nas condutas já tipificadas no Código Penal, porém como um desdobramento da violência sexual, mas neste caso praticada no ambiente virtual, e, portanto, denominada como: estupro virtual.

O tema das garantias processuais e suas relativizações também ocupa espaço central no texto "A condução coercitiva da testemunha no processo penal e as garantias constitucionais", escrito por Tatiane Gonçalves Mendes Faria e Maria Laura Vargas Cabral, e que investiga a condução coercitiva de testemunhas no processo penal e seus direitos fundamentais, principalmente o direito à locomoção e ao silêncio, a partir do entendimento exarado no julgamento da ADPF 395.

A preocupação com a temática das garantias e sua vulneração contemporânea também se evidencia no artigo "Conflitos entre o Direito Penal moderno e o garantismo à luz constituição federal de 1988", de Jussara Maria Moreno Jacintho e Jorge Flávio Santana Cruz, que aborda as constantes reformas legislativas no âmbito penal e processual penal, que acabam interferindo nos direitos e garantias fundamentais, na medida em que suprimem ou reduzem as garantias por não respeitarem os limites impostos pelo legislador constituinte originário.

Esta temática também serve de fio condutor do artigo de Henrique Gaspar Mello de Mendonça e Carlos Alberto Menezes. Sob o título "A trajetória do Direito Penal:

Modernidade; Garantismo e Constituição", os autores relacionam a modernidade, o garantismo e a Constituição, a fim de detectar uma normatividade e meios efetivos para evitar arbítrios do Estado na sua missão de proporcionar segurança à coletividade.

Em face do contexto exapansionista delineado, alternativas são apresentadas. Nesse sentido, Marilande Fátima Manfrin Leida, no texto intitulado "Justiça Restaurativa e Justiça Retributiva: diferentes métodos à administração de conflitos e violência", apresenta as diferenças entre a justiça restaurativa e a justiça retributiva na resolução de conflitos criminais, evidenciando a preponderância do sistema de justiça penal retributivo, cada vez mais punitivista e inquisitorial, imposto por um terceiro alheio ao fato, que define a residualidade da competência da justiça restaurativa.

Por fim, o texto de Valdir Florisbal Jung, intitulado "Tribunal do Júri: a influência do perfil do réu e da vítima nas decisões do conselho de sentença", volta-se para o tema da influência do perfil do réu e da vítima nas decisões no Tribunal do Júri, salientando o quanto informações extraprocessuais, como a conduta e os antecedentes do réu e da vítima, influenciam suas decisões.

Enfim, diante de um cenário nacional de grande turbulência política e econômica e diante de práticas justificadas pelo neoconstitucionalismo e que ganham, com grandes efeitos colaterais, dimensões populistas em face das decisões proferidas por tribunais superiores em assuntos de extrema relevância no dia a dia das pessoas, os textos ora apresentados contribuem, de alguma forma, para iluminar o paradigma crítico do atual momento.

Boa leitura a todos, é o que desejam os apresentadores!

Porto Alegre, novembro de 2018.

Profa. Dra. Miguel Tedesco Wedy – UNISINOS

Prof. Dr. Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth – UNIJUÍ

Prof. Dr. Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro – ESDHC

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

DENUNCIAÇÃO CRIMINOSA CONTRA INIMPUTÁVEIS: SENSO OU CONTRASSENSO?

CRIMINAL DENUNCIATION AGAINST INIMPUTABLE: PLAUSIBLE OR NONSENSE?

Sebastian Borges de Albuquerque Mello
Rafaela De Oliveira Alban

Resumo

O trabalho visa examinar o crime de denunciação caluniosa, a fim de verificar a possibilidade ou não do inimputável ser vítima dessa modalidade delitiva em face da previsão da elementar típica de imputação de “crime”. Estabelece-se uma interpretação sistêmica do Código Penal para afirmar a possibilidade de denunciação caluniosa contra inimputável

Palavras-chave: Denunciação caluniosa, Inimputabilidade, Crime, Adequação sistêmica

Abstract/Resumen/Résumé

The aim of this study is to examine the crime of slanderous denunciation, in order to verify whether or not the unimputable person is a victim of this delict considering the prediction of the typical elemental imputation of "crime". It establishes a systemic interpretation of the Brazilian Penal Code to affirm the possibility of slanderous denunciation against unimpeachable

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Slanderous denunciation, Unimputability, Crime, Systemic adequacy

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem o escopo de analisar o artigo 339 do Código Penal, que tipifica a denunciação caluniosa – consubstanciada na conduta de "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" –, a partir de um exame crítico acerca do termo "crime" adotado pelo legislador.

O objetivo aqui é claro: ultrapassando a discussão acerca da localização sistemática da culpabilidade na teoria do delito, verificar se a utilização do termo "crime", como elementar da denunciação caluniosa, inviabiliza ou não a consideração do inimputável, não detentor de culpabilidade penal, como sujeito passivo desta infração penal.

Para isso, no primeiro capítulo é efetuada uma análise do artigo 339 do Código Penal, para identificação das elementares típicas e finalidade da tutela penal. Em seguida, são apresentados os posicionamentos existentes acerca da tipicidade ou atipicidade da conduta praticada contra inimputáveis. Ao final, é estabelecida uma interpretação sistêmica acerca da utilização do termo "crime" no Direito Penal e indicada proposição que pode solucionar a questão.

Como se nota, não se almeja retomar debates ultrapassados ou defender uma interpretação literal da norma, mas instigar um debate acerca da falta de coerência de posicionamentos dominantes e da necessidade de adoção de uma solução que equilibre taxatividade e proporcionalidade, princípios penais reitores de um Direito Penal Democrático. Para tanto, deve-se analisar a questão levando-se em conta a tensão entre lesividade e legalidade, bem como adequar normativamente expressões como "crime" e "injusto penal", necessárias à configuração de determinados delitos.

1 O CRIME DE DENUNCIAÇÃO CALUNIOSA: PREVISÃO TAXATIVA DO ART. 339 DO CÓDIGO PENAL.

A denunciação caluniosa, prevista no art. 339 do Código Penal, pode ser vista como uma forma qualificada de calúnia, praticada com ciência da inocência da pessoa acusada e que provoca, como consequência, a instauração de um determinado procedimento policial, administrativo ou judicial em relação à pessoa contra a qual se fez a falsa imputação de um fato criminoso.

Portanto, ao invés de se tratar de um mero delito contra a honra – em que a ação penal é, em regra, de iniciativa privada –, a denunciação caluniosa acaba sendo um delito contra a própria Administração da Justiça, de ação penal pública incondicionada, com pena cominada substancialmente superior àquela cominada ao delito de calúnia.

Na denunciação caluniosa, ainda que o propósito do sujeito ativo seja ofender a honra da pessoa acusada, o que se atinge com a conduta é algo mais do que isso. Quando se quer promover ou instaurar determinado procedimento de natureza criminal ou administrativa contra a vítima, sabendo-se da inocência da mesma, termina-se atingindo as próprias instituições do Estado. A polícia, a justiça ou, até mesmo, as instâncias administrativas, destinadas a proteger o Direito e a legalidade, transformam-se, com a denunciação caluniosa, numa verdadeira ameaça para um inocente.

A questão é que a deflagração de que um processo criminal – e porque não dizer, um inquérito policial ou algum tipo de investigação administrativa – constitui-se numa pena em si mesma**,** já que atinge o próprio *status dignitatis* da pessoa acusada (JARDIM, 2001, p.313), e se torna uma medida ainda mais aviltante quando deliberadamente provocada contra pessoa inocente.

Como preleciona Maggiore (1955, p.332), trata-se de uma acusação sobre um inocente, que se revela nos planos objetivo e subjetivo. Objetivamente, é imprescindível que a infração penal não tenha sido cometida pela pessoa denunciada, sendo possível, inclusive, a referência a um fato imaginado ou hipotético, já que a inocência pode ser referir à própria materialidade delitiva, ou então, quando tratar-se de crime existente, a pessoa acusada não é autora ou partícipe do fato. No plano subjetivo, por sua vez, deve haver ciência da inocência da pessoa a quem se imputa o fato criminoso.

No que tange ao referido aspecto, Hungria (1959, p.463) pondera ser indispensável a certeza moral da inocência da pessoa acusada, pois a mera assunção de risco ou a dúvida sobre a inocência da pessoa acusada não poderia justificar a responsabilização do acusador. Isso porque, se assim fosse, até alguém que tem fundadas suspeitas sobre a prática de uma infração, sem certeza da autoria, deveria calar-se, sob pena de responder pelo referido delito.

Isso significa que o tipo penal exige a ocorrência do chamado dolo direito, caracterizado pela intenção delituosa. Torna, por conseguinte, insuficiente a existência do dolo eventual – representado pela assunção de risco relacionada a um resultado subjetivamente previsível –, situação fática atípica por falta de subsunção do fato à norma.

A definição típica da denunciação caluniosa faz ainda referência expressa à imputação de crime. Deste modo, é elementar do tipo que o sujeito ativo do delito faça uma imputação de

fato criminoso contra alguém. Deve-se considerar que esta imputação deverá ser de crime, situação que configura a prática do *caput* do dispositivo. Logo, não haverá denunciação caluniosa caso o fato imputado constitua um ilícito civil ou administrativo, ainda que o ilícito seja idôneo para instaurar inquérito civil, investigação administrativa e ação de improbidade administrativa. Quando muito, tais condutas podem consistir em difamação, se ajustadas às elementares do art. 139 do Código Penal. O mesmo pode se dizer da imputação relativa à prática de atos imorais.

Nada impede, inclusive, que haja denunciação caluniosa de denunciação caluniosa, quando alguém, efetivamente culpado pela prática de uma infração penal, dá início a uma instauração de processo ou investigação contra o sujeito que o acusou, imputando-lhe a prática de denunciação caluniosa.

Outro ponto incontroverso é que a imputação deverá recair sobre pessoa determinada, pois a mera comunicação de crime, sem que haja a imputação de tal fato a qualquer pessoa, poderá, no máximo, caracterizar o delito previsto no artigo 340 do Código Penal (comunicação falsa de crime), pois não pode haver denunciação caluniosa se não existe pessoa alguma sobre a qual vai se imputar a acusação falsa. É necessário, para haver denunciação caluniosa, a imputação da autoria do delito, o que, por outro lado, não existe no delito de comunicação falsa de crime.

Obviamente, o fato criminoso imputado pode ser doloso ou culposo, consumado ou tentado, consoante a lei do tempo em que teria ocorrido a infração e vigente na atualidade (FARIA, 1943, p.588). Isso significa que a acusação falsa tem que ser, simultaneamente, de crime: a) previsto pela lei vigente no momento em que a suposta infração penal teria sido praticada; b) tipificado e vigente pela lei do momento em que a acusação é feita, para que seja possível a instauração do procedimento. O motivo é óbvio: se o fato fora criminoso no passado e já não mais o era no momento da acusação falsa, houve *abolitio criminis* e não será possível a instauração de qualquer procedimento. Se a acusação fora de fato que, na época em que teria ocorrido, não constituía crime, da mesma forma, em face do princípio da irretroatividade da lei penal, não será possível instaurar qualquer procedimento e não haverá, por conseguinte, denunciação caluniosa.

De igual forma, não é possível alguém cometer denunciação caluniosa de si mesmo. A pessoa que se autoacusa pela prática de crime inexistente ou praticado por outra pessoa não comete denunciação caluniosa, mas sim autoacusação falsa, prevista no artigo 341 do Código Penal.

Diferencem-se as referidas modalidades delitivas, portanto, porque, na denunciação caluniosa, há uma acusação de crime contra pessoa determinada; na comunicação falsa de crime, provoca-se a ação da autoridade pela falsa notícia do crime, sem que seja apontada a autoria; e, na autoacusação falsa, o sujeito ativo acusa a si mesmo.

Entretanto, em todos os casos, a acusação pode ser feita diretamente perante a autoridade policial, judiciária, Ministério Público ou autoridade administrativa; como também pode ser feita de modo indireto, quando a pessoa dá causa por qualquer meio, seja através de correspondência anônima ou por intermédio de interposta pessoa que esteja de boa fé (para que esta leve o fato a conhecimento da autoridade competente).

De fato, não existe nenhuma forma predeterminada para cometimento do delito, podendo ser feita a denunciação por escrito, palavras, gestos, autolesão, documentos falsos, colocação de uma prova da infração nos pertences da vítima, meios eletrônicos, enfim, por qualquer forma idônea a provocar a instauração, contra a vítima, de um dos procedimentos previstos no tipo do artigo 339 do Código Penal. Flávio Queiroz de Moraes sustenta, inclusive, que o silêncio pode ser meio da prática de denunciação caluniosa (1944, p.53), quando, por exemplo, o testemunho de alguém é invocado como álibi ou justificativa e a pessoa, instada a manifestar-se, silencia.

Se o crime for cometido por interposta pessoa, é indispensável que o sujeito ativo atue maliciosamente, isto é, que ele comunique um fato a um terceiro de boa-fé, com o intuito de que este leve ao conhecimento do fato à autoridade. Não havendo tal astúcia, subsistirá somente o delito de calúnia. De igual sorte, se o terceiro tiver conhecimento da falsidade da imputação e fizer a comunicação à autoridade, responderá por denunciação caluniosa em concurso com aquele que fez maliciosamente a imputação inicial.

O que importa é que é indispensável que a imputação feita pelo sujeito ativo dê origem a um dos procedimentos previstos no artigo 339 contra a vítima. Assim, não é preciso que a acusação esteja acompanhada de provas (MALULY, 2007, p.66), desde que seja idônea a provocar a ação da autoridade, que, legalmente, apesar da discricionariedade em alguns casos, tem o dever de apurar os fatos imputados pelo sujeito ativo.

Como é indispensável que o sujeito provoque, origine, motive, a instauração do procedimento, não haverá crime se a acusação ocorre num inquérito ou processo que esteja em curso. Se o procedimento já existe, não há, em princípio, denunciação caluniosa, podendo, conforme o caso, configurar outro crime. No entanto, se a investigação policial existe sobre um determinado fato criminoso, com autoria ignorada, sem indiciamento ou suspeita, e um sujeito,

no curso do inquérito, aponta alguém inocente como autor da infração penal, configura-se a denunciação caluniosa.

Como se pode notar, muitos são os pontos incontroversos acerca do artigo 339 do Código Penal. Todavia, como o tipo penal faz referência expressa à imputação "*de crime*", deve-se investigar qual a sua efetiva compreensão para que se delimite, efetivamente, a elementar típica de denunciação caluniosa.

De fato, o artigo 339 não é claro acerca do que deverá ser considerado como crime, embora esclareça, no parágrafo segundo, que nos casos de imputação de contravenção penal, também se caracterizará denunciação caluniosa, mas a pena será reduzida da metade.

Não se pode negar que a Parte Geral do Código Penal de 1984, assim como fez o Código Penal de 1940, não traz propriamente uma definição legal de crime. É encontrada apenas, como definição formal, aquela constante no art. 1º do Decreto-Lei 3.914/41, segundo o qual crime seria a "a infração penal que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa"[1]; enquanto a contravenção penal seria a "a infração penal a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente".

Ocorre que, como amplamente reconhecido, essa definição formal é absolutamente insuficiente, na medida em que, fazendo alusão apenas ao preceito secundário das normas penais incriminadoras (sanção), limita-se a referir-se à previsão típica, formal, legal, da conduta. Por isso, considerando a inexistência de um conceito material na lei e a insuficiência da definição formal – atreladas ao fato de que, tecnicamente, imputáveis violam normas que estabelecem penas de reclusão, detenção, prisão simples e/ou multa – há ainda fundadas dúvidas sobre a possibilidade (ou não) de denunciação caluniosa contra inimputáveis, especialmente os menores de 18 anos, os quais, por lei, estão sujeitos às normas do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA).

---

[1] Não se ignora, aqui, a discussão sobre a possibilidade de existência de crime mesmo quando a pena cominada não for de reclusão ou de detenção. Tal discussão ganhou relevo em face do art. 28 da Lei n. 11.343/06, ao não prever pena privativa de liberdade para a aquisição, guarda, depósito, transporte de drogas para consumo pessoal. No entanto, considerado como uma modalidade ao menos "anômala" de infração penal, prevalece o entendimento de que o referido art. 28 refere-se a um crime. Pondera-se, nesse sentido, que o art. 1° da Lei de Introdução ao Código Penal (Decreto-Lei 3.914/1941) traz apenas uma diferenciação entre crime e contravenção, não impossibilitando, dessa forma, estabelecer crimes sem penas de reclusão ou detenção. Ademais, o artigo 12 do Código Penal dispõe expressamente que "as regras gerais deste código aplicam-se aos fatos incriminados por lei especial, se esta não dispuser de modo diverso", permitindo, assim, previsões legais esparsas de crime desassociadas ao insuficiente conceito do art. 1° da Lei de Introdução ao Código Penal (Decreto-Lei 3.914/1941). Neste sentido, RE 430105 QO/RJ, rel. Min. Sepúlveda Pertence, 13.2.2007. Informativo n. 456. Brasília, 12 a 23 de fevereiro de 2007.

2 DENUNCIAÇÃO CALUNIOSA CONTRA INIMPUTÁVEIS: POSICIONAMENTOS EXISTENTES

De fato, não há doutrina ou jurisprudência pacífica sobre a possibilidade de se cometer denunciação caluniosa contra menores ou portadores de doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado. Sobre o assunto, são identificados dois posicionamentos bem claros e diametralmente opostos: o primeiro deles adota o entendimento de que estes são penalmente inimputáveis, não estando sujeitos a processo-crime ou a uma pena, de modo que não poderiam ser sujeitos passivos do crime de denunciação caluniosa. O segundo, por sua vez, admite a possibilidade de que haja denunciação caluniosa contra inimputáveis, já que lhes estaria sendo falsamente imputado um injusto penal, provocando-se uma investigação policial, procedimento administrativo ou processo judicial.

A questão central do debate, e não poderia deixar de ser, é se a expressão "*crime* de que o sabe inocente", contida expressamente como elementar típica no artigo 339 do Código Penal, pode estender-se aos atos infracionais praticados por menores de 18 anos e aos injustos penais praticados por portadores de doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, sem que isto implique em analogia *in malam partem* e consequente violação à legalidade/ taxatividade.

Jorge Assaf Maluly (2006, p.65), defensor da primeira corrente, argumenta que, neste caso, o objeto da investigação policial não seria de uma infração penal. Logo, não haveria a caracterização da imputação de crime ou contravenção, mas sim de um ato infracional, de modo que somente poderia haver responsabilidade penal do autor do fato pelo crime de calúnia. A seu favor, pode-se argumentar, inclusive, que há uma distinção na descrição da figura típica da calúnia, na medida em que nesta há referência à imputação falsa de *"fato definido como crime"*, ao invés de imputação de *"de crime"*, como previsto na denunciação caluniosa.

Por este raciocínio, menores de 18 anos e portadores de doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, não obstante pratiquem fatos típicos e antijurídicos, não poderiam ser punidos de acordo com as regras do Código Penal, já que o artigo 103 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) afirma que "considera-se ato infracional a conduta descrita como crime ou contravenção penal" e o art. 97 do Código Penal determina a imposição de medida de segurança para inimputável.

Assim, já que fatos típicos e antijurídicos são considerados atos infracionais ou injustos penais ensejadores de medidas de segurança, sob o argumento da legalidade estrita e

da proibição da analogia *in malam partem*, não seria possível, nessa linha de intelecção, incluir na definição de "crime" a prática de um ato infracional praticado por menor de idade ou de injusto praticado por portador de doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, a fim de imputar, ao falso acusador, a denunciação caluniosa.

Por outro lado, um segundo posicionamento considera que menores e inimputáveis também podem ser sujeitos passivos de denunciação caluniosa. Rogério Sanchez (2009, p.439) pondera, no aspecto, que essa interpretação guarda coerência com o entendimento de que menores de 18 anos e inimputáveis em geral sejam sujeitos passivos de calúnia.

É dizer, se a denunciação caluniosa é uma espécie de calúnia qualificada, em que há uma dupla ofensividade a bens jurídicos penalmente tutelados – honra e administração da justiça –, não haveria sentido para a restrição legal.

Nesse sentido, há precedente do Superior Tribunal de Justiça, em acórdão do ano de 1998, considerando ser típica a conduta de alguém que dá causa à instauração de procedimento quando imputa fato criminoso a menor de idade[2]. O voto do relator, acolhendo o parecer do Ministério Público, considerou que o artigo 103 da Lei n. 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente) define o ato infracional como ação típica configuradora de crime ou contravenção, entendida como fato típico e antijurídico. Deste modo, a instauração de ação socioeducativa pública contra menor, sabidamente inocente, se amoldaria ao conceito de procedimento judicial e, por conseguinte, consumaria a denunciação caluniosa.

Isso significa que, nada obstante a carência de culpabilidade, haveria a configuração de um injusto penal, um ato infracional, que provoca a atuação das instâncias investigativas, administrativas ou judiciais, ofendendo, portanto, honra e administração da justiça.

Qual das teses há de prevalecer? Para responder a essa indagação, não se deve retomar a ultrapassada discussão acerca da justaposição da culpabilidade no conceito analítico de crime. Ou seja, obviamente, não se deve ter em conta a concepção já defendida por autores como Damásio de Jesus (2010, p.193) e Júlio Fabbrini Mirabete (2007, p.84), de que o crime é fato típico e antijurídico, e a culpabilidade seria mero pressuposto da pena. Por outro lado, também não se pode recorrer ao princípio da proteção integral à criança e ao adolescente para, ao arrepio do princípio da legalidade, incluir na descrição típica de crime um conceito que não está ali presente.

A questão central aqui considerada é, portanto, tão somente sobre a extensão do conceito de crime, materialmente considerado e referido como elementar do tipo de

---

[2] STJ REsp 160988/RS Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, 5ª Turm, DJ 05/10/1998.

denunciação caluniosa no art. 339 do Código Penal. A questão é responder à seguinte pergunta, que sintetiza o problema da presente pesquisa: é possível considerar que o artigo 339 do Código Penal, ao utilizar a expressão "imputando-lhe *crime*", inseriu naquele conceito os injustos penais praticados por não-culpáveis, como nos casos dos menores e inimputáveis?

Antes de responder essa pergunta, insta observar que não há dúvida de que é possível a instauração de uma investigação policial ou processo judicial contra um menor ou portador de doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado. Ademais, não há necessidade, sobretudo depois do advento da Lei n. 12.028/00 – que modificou o tipo penal do art. 339 do Código Penal –, que esse procedimento seja formalmente de natureza penal, haja vista existir denunciação caluniosa quando houver instauração de investigação administrativa. Aliás, no caso dos portadores de doença mental, o procedimento é estritamente penal e, no caso dos menores, mesmo que não seja um procedimento formalmente penal, não se pode negar que existe um caráter penal na ação e na medida socioeducativa, não sendo poucos que se referem a esse microssistema como *Direito Penal Juvenil*[3].

Todos esses fatores justificam a necessidade de adoção de uma interpretação sistemática da norma, a fim de apresentar a solução mais razoável, que compatibilize legalidade e proporcionalidade, sem qualquer apego à limitada interpretação literal e ao legalismo exacerbado, que ignoram, inclusive, a atecnia do legislador ordinário no enfrentamento de diversas questões atinentes ao sistema jurídico-penal.

3 O CONCEITO DE CRIME E A TAXATIVIDADE PENAL: O (CONTRA)SENSO LITERAL E A VISÃO SISTEMÁTICA DA NORMA.

Após os esclarecimentos anteriores, o cerne do problema aqui delineado já está claro: o que o legislador queria dizer ao incluir, como elementar típica do artigo 339 do Código Penal, a expressão imputação "de crime"? Ele buscou referência ao fato criminoso (injusto penal) ou ao crime analiticamente definido como o fato típico, antijurídico e culpável?

Não há dúvida de que a interpretação restritiva e imediata da norma justifica a seguinte conclusão: só haverá denunciação caluniosa se a falsa imputação for de um fato típico, antijurídico e culpável; ou seja, se o injusto penal for falsamente imputado a alguém capaz de

[3] SPOSATO, Karyna Batista. *O Direito Penal Juvenil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006; SARAIVA, João Batista Costa. *Adolescentes em conflito com a lei – da indiferença à proteção integral*. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2003.

ser pessoalmente reprovável por ele. Isso porque, internalizou-se que o ordenamento jurídico brasileiro adotou – de forma acrítica e atemporal – o modelo finalista de Hans Welzel, segundo o qual a fórmula tripartida do conceito analítico estabelece a culpabilidade como elemento do crime, exigindo, entre outros requisitos, a imputabilidade do agente.

Ocorre que, observando-se crítica e detidamente, a realidade prática, é possível verificar um tímido abandono ao ultrapassado modelo que, desde 1970, só faz parte da história do Direito Penal mundial. Ademais, fazendo uma interpretação sistemática, há que se reconhecer que, na quase totalidade das vezes, o Código Penal, quando menciona a prática "*de crime*", acaba fazendo referência ao injusto penal e não ao resultado da famigerada conduta típica, antijurídica e culpável. Isto é, na realidade, ao usar a expressão "*crime*", o Código Penal refere-se à própria ação típica e ilícita, ao objeto de valoração da ilicitude do fato, que reúne ação, tipicidade e antijuridicidade[4].

Isso é perceptível, por exemplo, quando se observa o crime de receptação (art. 180, CP[5]), que faz referência às condutas de adquirir, receber, transportar, conduzir ou ocultar coisa que sabe ser produto "*de crime*", ainda que seja praticada por pessoa inculpável ou isenta de pena, como nos casos do artigo 181 do Código Penal (escusas absolutórias).

Nesse sentido, afirma Guilherme de Souza Nucci que é preciso apenas ter havido, anteriormente, um delito, não se admitindo a contravenção penal. Mas, a condenação do receptador independe da "prévia condenação pelo crime anteriormente praticado, bastando comprovar a sua existência, o que pode ser feito no processo que apura a receptação". Logo, "se por alguma razão o primeiro delito não for punido, permanece a possibilidade de se condenar o receptador" (NUCCI, 2018a, p.560).

Assim, segundo intelecção do artigo 180 do Código Penal e interpretação a ele conferida, quando um menor ou um portador de doença mental subtraem algum objeto, que vem a ser adquirido posteriormente por terceiro a preço irrisório ou em circunstâncias que façam presumir ser produto de crime, haverá receptação, nesse caso, na modalidade culposa.

Nota-se assim que, comprovada a origem ilícita do bem, não se questiona quem foi o autor do fato criminoso anterior, se o mesmo era imputável ou inimputável. Para a condenação do receptador, é suficiente, por exemplo, que o proprietário do bem tenha registrado ocorrência de ter sido vítima de furto e que o terceiro de má-fé tenha sido flagrado adquirindo o objeto sem

---

[4] ROXIN, Claus. *Derecho Penal: Parte General. Tomo I: Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito.* Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y Garcia Conlledo e Javier de Vicente Remesal, Madrid: Thomsom-Civitas, 2003, p. 557

[5] Art. 180 - Adquirir, receber, transportar, conduzir ou ocultar, em proveito próprio ou alheio, coisa que sabe ser produto *de crime*, ou influir para que terceiro, de boa-fé, a adquira, receba ou oculte.

nota fiscal, a preço ínfimo ou, até mesmo, de alguém que, pela sua condição, faça presumir que a coisa tenha sido obtida por meio criminoso.

O mesmo ocorre nos crimes de receptação de animal (art. 180-A, CP[6]), incitação ao crime (art. 286, CP[7]), apologia de crime ou criminoso (art. 287, CP[8]), comunicação falsa de crime ou de contravenção (art. 340, CP[9]) e autoacusação falsa (art. 341, CP[10]). Todos esses artigos do Código Penal vigente fazem menção ao "crime", mas, ao final, referem-se ao fato criminoso, ao injusto penal, e não exigem comprovação de culpabilidade associada à elementar típica.

O entendimento aqui apresentado pode ser apreendido de um exemplo simples: a incitação pública à prática de crime de homicídio – que caracterizaria o art. 286 do Código Penal, em que é indispensável que o agente instigue pessoas, determinadas ou indeterminadas, a praticar crimes específicos –, feita por um funcionário no pátio de um hospital psiquiátrico seria um indiferente penal? E a mesma conduta, feita por um professor na sua sala de aula para os seus alunos de ensino médio, seria atípica? Se a resposta é negativa, por que adotar uma interpretação literal para afirmar que não há denunciação caluniosa contra inimputável?

Em todas essas hipóteses, quando o Código Penal faz referência a "*crime*", não se exige investigação sobre a eventual culpabilidade do agente, não fazendo sentido, por conseguinte, exigir, tão somente na denunciação caluniosa, a existência de um fato culpável.

Observe-se, mais uma vez, que, apesar da acrítica incorporação do modelo finalista para o enfrentamento do fato punível, o Código Penal brasileiro não conceitua analiticamente o "*crime*", fazendo, inclusive, referência à culpabilidade como causa de "isenção de pena" no art. 26 (inimputáveis por doença mental) e no art. 28 (embriaguez involuntária); o que, como já assinalado, conduz alguns doutrinadores a defenderem a tese de adoção de um conceito bipartido de crime com transposição da culpabilidade para a seara da teoria da pena.

Apesar de não se concordar com esse posicionamento – mesmo porque, a culpabilidade, como exame da reprovabilidade pessoal de uma conduta, é essencial para o exame do caráter criminoso do fato –, não se pode ignorar a atecnia de muitos termos utilizados pelo legislador ordinário. Por isso, da mesma forma que a doutrina majoritária manifesta-se no

---

[6] Art. 180-A. Adquirir, receber, transportar, conduzir, ocultar, ter em depósito ou vender, com a finalidade de produção ou de comercialização, semovente domesticável de produção, ainda que abatido ou dividido em partes, que deve saber ser produto *de crime*.

[7] Art. 286 - Incitar, publicamente, a prática *de crime*.

[8] Art. 287 - Fazer, publicamente, apologia de fato criminoso ou de autor *de crime*.

[9] Art. 340 - Provocar a ação de autoridade, comunicando-lhe a ocorrência *de crime* ou de contravenção que sabe não se ter verificado.

[10] Art. 341 - Acusar-se, perante a autoridade, *de crime* inexistente ou praticado por outrem.

sentido do equívoco da referência à "isenção de pena" nas causas de inculpabilidade – posição à qual nos filiamos –, deveria reconhecer a inadequação também no caso da expressão "*crime*", disposta no artigo 339 do Código Penal.

Aliás, a expressão "é isento de pena", utilizada nos artigos 26 e 28 do Código Penal para fazer referência aos inimputáveis por doença mental e à embriaguez involuntária, em nada difere da expressão "é isento de pena", que aparece no artigo 20, §1º (que trata das discriminantes putativas - que, nesse caso, caracteriza erro de tipo e exclui a tipicidade penal); no artigo 143 (referente à retratação, causa de extinção de punibilidade); e nos artigos 181 e 348, §2º (que tratam das escusas absolutórias, que excluem a pena).

Isso significa que, ao revés de efetuar uma interpretação literal e limitada, é necessário enfrentar a questão a partir do todo, de uma visão sistêmica, sistemática, do ordenamento jurídico-penal. Afinal, concordar com o posicionamento doutrinário no sentido de que, pela literalidade do artigo 339 do Código Penal, não seria possível se falar em denunciação caluniosa contra inimputáveis, representaria um respeito cego ao princípio da taxatividade e, simultaneamente, uma absoluta ofensa à isonomia, dignidade e proporcionalidade.

Como cediço, a Constituição Federal de 1988, estabelece, no art. 5º, que "todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza". Erige-se, assim, a princípio constitucional de um Estado Democrático de Direito, o tratamento isonômico entre todos os cidadãos, imputáveis ou inimputáveis, na medida da sua desigualdade. Nesse diapasão, pergunta-se: por que apenas imputáveis seriam merecedores de uma tutela penal quando vítimas de uma falsa acusação que motiva a instauração de procedimento ou ação judicial em detrimento deles? Os inimputáveis não são portadores da mesma dignidade humana que se vê violada quando passam a ser investigados e processados injustamente? A máquina administrativa não foi movimentada ilegalmente do mesmo jeito?

Responder ao problema em atenção à objetiva taxatividade significa afirmar que provocar a instauração de procedimento investigativo contra um portador de doença mental ou um menor, para apuração de um fato criminoso sabidamente improcedente, não violaria a administração da justiça e a dignidade dos investigados. Note-se: também nesses casos, há imputação de um fato criminoso e há movimentação desnecessária da máquina estatal. Pode ser instaurado procedimento investigativo, decretada medida preventiva de urgência e há risco de restrição ao direito de liberdade individual, seja pela internação em Hospital de Custódia e Tratamento (HCT), seja em internação socioeducativa.

No mesmo sentido, fornecer ao problema resposta literalista e limitada, indicaria uma afronta ao princípio da proporcionalidade, o qual, como cediço, impõe uma tutela de penal de equilíbrio, proibindo, simultaneamente, excessos e proteções deficientes.

Segundo o professor espanhol Santiago Mir Puig, num Estado Social e Democrático de Direito, o Direito Penal deve proteger os direitos fundamentais e outros bens jurídicos básicos de que dependam a liberdade e igualdade, mediante a prevenção de delitos que não busque apenas a sua eficácia, mas também evitar a vulnerabilidade de certos direitos fundamentais do acusado – derivados da sua dignidade humana – e que a pena implique em sacrifício desproporcional de direitos fundamentais do acusado (MIR PUIG, 2011).

Isso significa que, nenhum dos deveres do Estado pode ser completamente sacrificado, devendo haver uma ponderação que atenda, concomitantemente, à "proibição de infraproteção" (*Untermassverbot*) e ao "princípio da proibição de excesso" (*Übermassverbot*) (MIR PUIG, 2011).

Diante dessa necessidade, é imperioso analisar criticamente a denunciação caluniosa. Como aduzido no primeiro tópico, a denunciação caluniosa é uma espécie de calúnia qualificada. Nessa condição, a pena é modificada pelo legislador de "detenção, de 06 meses a 02 anos" (pena da calúnia) para "reclusão, de 02 a 08 anos" (pena da denunciação caluniosa), exatamente porque, no último caso, há uma dupla ofensividade a bens jurídicos penalmente tutelados: a honra e a administração da justiça.

É dizer, mais do que a ofensa à honra objetiva individual (bem jurídico tutelado pelo art. 138, CP), na denunciação caluniosa há uma ofensa às instâncias públicas, que têm a sua atuação provocada, desnecessária e injustamente, para satisfação de escusos anseios pessoais; gerando prejuízos – de tempo e dinheiro – para a sociedade (além dos prejuízos à dignidade do inocente que se vê injustamente investigado ou processado). Quantas já foram as pesquisas acerca dos custos de um único processo (ou inquérito) para o Estado? Aliás, essas pesquisas já conduziram a jurisprudência a considerar como insignificante ofensas previdenciárias inferiores a R$ 20.000,00 (vinte mil reais).

É exatamente em decorrência da dupla ofensividade, atrelada à maior relevância do bem jurídico violado – qual seja, a administração da justiça –, que o legislador ordinário estabeleceu uma pena muito maior para o crime de denunciação caluniosa, afastando uma proteção deficiente derivada de uma eventual equiparação à calúnia e exortando, desta forma, o princípio da proporcionalidade.

Aqui, mais uma vez, faz necessária a retórica para fins de reflexão: seria proporcional afirmar que provocar dolosamente a instauração de investigação contra imputável caracteriza

denunciação caluniosa (punida com pena de reclusão, de 02 a 08 anos) e provocar instauração de investigação contra inimputável caracterizaria apenas calúnia (com pena de detenção, de 06 meses a 02 anos)? No último caso, não há qualquer ofensa à administração da justiça, que instaurou procedimento, ouviu inimputável, o submeteu a perícia técnica e/ou decretou sua internação cautelar? Não há qualquer violação à dignidade do injustamente investigado ou processado?

Difícil responder afirmativamente, principalmente porque, nesse caso, a fundamentação seria uma só: o tipo penal do art. 339 fala em "crime" e, segundo modelo finalista (criado em 1930 e superado em 1970), tecnicamente, crime é um fato típico, antijurídico e culpável, exigindo-se, para a culpabilidade, a imputabilidade penal do réu.

O que é necessário ter em mente é que a coerência é necessária, principalmente quando se defende racionalidade e democracia. Isso significa que a mesma pessoa que venha a adotar o posicionamento restritivo acima apresentado, deveria defender também que: a) é atípica a conduta do terceiro de *má-fé* que adquire um carro, roubado por um menor de idade, pagando 10% do valor de mercado e não recebendo DUT; b) é atípica a conduta daquele funcionário do HCT de incitar os portadores de doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado a cometer homicídio; c) é atípica a conduta daquele professor de ensino médio de, dentro de uma sala de aula, incitar seus alunos a matarem; entre tantas outras situações. O fundamento é um só: todos os tipos penais relacionados referem-se a "crime" e, tecnicamente, menores e portadores de doença mental não podem cometer "crime".

Aliás, se a questão é o apego exacerbado ao tal modelo finalista, essas mesmas pessoas que adotam o posicionamento restritivo não poderiam reconhecer a insignificância penal do fato e a adequação social como causa de atipicidade do fato, tampouco o consentimento do ofendido como causa permissiva supralegal, porque não está literalmente escrito e tampouco amparado na fatídica teoria welzeliana, de modo que, aquele que furta três chocolates de loja de departamento deve ir para a cadeia, assim como aquele que abre um bordel, que faz uma tatuagem ou coloca silicone em alguém para elevar a sua autoestima.

Ora, da mesma forma que se devem ser afastadas as tutelas desnecessárias, incompatíveis com a finalidade precípua do Direito Penal de tutela subsidiária dos bens jurídicos mais relevantes; não se pode defender a tutela deficiente, notadamente quando essa representa uma clara ofensa à isonomia e desrespeito à dignidade (*in casu*, dos inimputáveis), além de um flagrante contrassenso na interpretação do ordenamento jurídico, que se diz completo, uno e coerente.

Portanto, não obstante o entendimento divergente, delineado no tópico anterior, parece mais acertado defender que é possível sim a denunciação caluniosa contra inimputáveis, sejam esses menores ou portadores de desenvolvimento mental incompleto ou retardado.

CONCLUSÃO

Como se observou no presente trabalho, a existência de uma forte divergência acerca da possibilidade (ou não) de inimputáveis – menores de idade ou portadores de doenças mentais ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado – serem vítimas do crime de denunciação caluniosa (art. 339, CP), é inquestionável e justifica-se pela inclusão legislativa da expressão "imputando-lhe *crime*".

A partir dessa atecnia do legislador ordinário e da reconhecida inexistência de uma definição legal adequada acerca do crime, surgem dois posicionamentos doutrinários, fundamentados em métodos distintos de interpretação. Em primeiro lugar, adeptos de uma interpretação literal e legalista, defendem que não seria possível se falar em denunciação caluniosa contra inimputáveis, em face da taxatividade penal e da conceituação finalista de crime como um fato típico, antijurídico e culpável. Por outro lado, partidários de uma interpretação sistêmica, podem argumentar no sentido da possibilidade dessa forma de vitimização, na medida em que a expressão "crime" é usualmente utilizada pelo legislador ordinário para fazer referência ao injusto penal, não exigindo, portanto, o exame da reprovabilidade pessoal do sujeito.

Na linha de intelecção da segunda corrente doutrinária, defende-se, neste trabalho, a utilização de uma interpretação sistêmica para enfrentamento do problema, que seja capaz de compatibilizar legalidade, isonomia, dignidade e proporcionalidade, valores e princípios essenciais para um Direito Penal Democrático. Nessa ótica, assim como ocorre na receptação (art. 180, CP) e em outros tipos penais, o termo "crime" previsto no art. 339 deveria ser interpretado como um fato típico e antijurídico, capaz de injustamente movimentar as instâncias administrativas e ou judiciárias contra alguém sabidamente inocente.

Deste modo, defende-se a existência de denunciação caluniosa contra inimputáveis, sejam esses menores ou portadores de desenvolvimento mental incompleto ou retardado, uma vez que esses também podem ser investigados e processados, em suas respectivas instâncias, de natureza mista ou eminentemente criminal.

Ressalta-se, por fim, que o posicionamento ora defendido ampara-se na necessária interpretação sistêmica do ordenamento jurídico-penal, inserido num ordenamento jurídico que

se afirma ser completo, uno e coerente, nas linhas defendidas desde Hans Kelsen e reforçadas pela moderna e democrática doutrina de Eugenio Raul Zaffaroni, no âmbito da Teoria da Tipicidade Conglobante, que impõe um exame sistêmico do ordenamento jurídico para caracterização da tipicidade penal.

REFERÊNCIAS

BUSATO, Paulo César. **Fundamentos para um Direito Penal Democrático**. São Paulo: Atlas, 2015.

CUNHA, Rogério Sanches. **Direito penal**: Parte Especial, 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

FARIA, Bento de. **Código Penal Brasileiro**. Rio de Janeiro: Livraria Jacinto Editora, 1943, v.V.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959, v.XII.

JARDIM, Afrânio Silva. **Direito Processual Penal**, 10.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito Penal**: Parte Geral, 31.ed. São Paulo: Saraiva, 2010, v.1.

MAGGIORE, Giuseppe. ***Derecho Penal**: Parte especial.* Bogotá: Themis, 1955, v.III.

MALULY, Jorge Assaf. **Denunciação caluniosa.** 2.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

MIR PUIG, Santiago. ***Bases Constitucionales del derecho penal***. Madrid: Iustel, 2011.

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABRINNI, Renato N. **Manual de Direito Penal**. 24.ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MORAES, Flávio Queiroz de. **Denunciação Caluniosa.** São Paulo: Saraiva, 1944.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Penal**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018a, v.2.

_____. _____. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018b, v.3.

TAVARES, Juarez. Culpabilidade: a incongruência dos métodos. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, a.6, n.24, p.145-156, out/dez. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

_____. **Fundamentos de Teoria do Delito**. 1.ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. ***En torno de la cuestión penal***. Buenos Aires: B de F, 2005.

_____. ***Tratado de Derecho Penal***. Buenos Aires: EDISR, 1988, v.III.

_____. ***Tratado de Derecho Penal***. Buenos Aires: EDISR, 1988, v.IV.