

# A LEI 10.028/00 E O MAGISTRADO COMO SUJEITO PASSIVO SECUNDÁRIO DO CRIME DE DENUNCIÇÃO CALUNIOSA

Ricardo Sidi

Publicado no site do [Instituto Brasileiro de Ciências Criminais - IBCCrim](http://www.ibccrim.org.br) - Como citar: SIDI, Ricardo. *A Lei 10.028/00 e o magistrado como sujeito passivo secundário do crime de denúncia caluniosa*. [www.ibccrim.org.br](http://www.ibccrim.org.br), 03.04.2006.

O presente artigo visa a demonstrar a (im)possibilidade de formação do tipo de denúncia caluniosa (Art. 339, CP), na hipótese do agente noticiar crime contra magistrado, que sabe ser inocente.

A demonstração exige uma análise aprofundada do tipo e do teor da Lei 10.028/00 que ampliou as condutas tipificadas no Art. 339 do CP.

Com sua origem na litigância de má-fé, que se punia pecuniariamente, a denúncia caluniosa aparece pela primeira vez como crime na chamada *Lex Remmia* (90 a.C.), que previa, dentre suas penas, a de marcar o criminoso com ferro em brasa com a letra K, de *kalumnia*, para prevenir novas infâmias daquele agente<sup>1</sup>.

Após Constantino (319 d.C.), passou-se a aplicar a pena de talião<sup>2</sup>, ou seja, punia-se o caluniador com a mesma pena cominada ao crime falsamente imputado, o que chegou a ser herdado pelo direito penal pátrio no Código de 1890 onde o Art. 264 cominava: “*Pena – a do crime imputado*”<sup>3</sup>.

Já o atual Código Penal de 1940 cominou a pena de dois a oito anos, tipificando o referido crime no Art. 339 do CP: “*Dar causa à instauração de investigação policial ou de processo judicial contra alguém, imputando-lhe crime de que o sabe inocente*”.

A Lei 10.028, de 19 de outubro de 2000, veio a ampliar a abrangência do tipo, acrescentando três novas possibilidades de consumação: “*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*”.

Trata-se de crime contra a administração da justiça, comissivo, complexo (calúnia+comunicação à autoridade), que pode ser praticado por qualquer um (crime comum), tendo como sujeito passivo primário o Estado e, como sujeito passivo secundário, a pessoa atingida em sua honra.

É crime material que **só se consuma com a efetiva instauração** da “*investigação policial*”, “*investigação administrativa*”, “*inquérito civil*”, da “*ação de improbidade administrativa*” ou do “*processo judicial*”<sup>4</sup>. Assim, a tentativa, apesar de incomum, é possível quando, por exemplo, o agente denuncia o crime à autoridade

<sup>1</sup> NÉLSON HUNGRIA. *Comentários ao Código Penal*. v. IX. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 460.

<sup>2</sup> HELENO CLÁUDIO FRAGOSO. *Lições de direito penal*. v. 4 2ª ed. São Paulo: Ed. José Bushatsky, 1965, p. 1200.

<sup>3</sup> JOSÉ HENRIQUE PIERANGELI. *Códigos penais do Brasil: Evolução histórica*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2001, p. 302.

<sup>4</sup> CEZAR ROBERTO BITENCOURT. *Tratado de direito penal*. v. 4. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 531; LUIZ REGIS PRADO. *Curso de direito penal brasileiro*. v. 4. São Paulo: RT, 2001, p. 626; HELENO FRAGOSO, *Op. cit.* p. 1204; NÉLSON HUNGRIA. *Op. cit.* p. 465.

competente, que, por razões alheias à vontade do agente, não chega a iniciar a investigação em razão de imediata comprovação da inocência do acusado.

Para a consumação, portanto, é indispensável que a conduta do agente implique em **efetiva possibilidade penal e processual penal de gerar a instauração do procedimento** em questão<sup>5</sup>, de forma que carecerá de elemento essencial à formação do tipo se o fato falsamente noticiado, por exemplo, for atípico, ou se estiver extinta a sua punibilidade, ou se incidir alguma excludente de ilicitude ou culpabilidade, pois nessas hipóteses **inexistiria a possibilidade legal de instauração** de *investigação policial* ou *processo judicial*<sup>6</sup> ou dos outros procedimentos previstos no Art. 339 do CP.

Não se configura, portanto, a denúncia caluniosa se o agente noticia que A matou B em legítima defesa (Art. 23, II, CP), ou que alguém praticou furto contra seu pai (Art. 181, II, CP), ou que uma mãe ajudou seu filho, fugitivo, a esconder-se da polícia (Art. 348, §2º, CP), ou, ainda, que *Tício* matou *Caio* há mais de vinte anos (Art. 109, I, CP), posto que, nesses casos estaria a autoridade impedida de agir.

A solução da questão proposta, portanto, depende da real possibilidade de se instaurar algum dos procedimentos previstos no tipo (*investigação policial ou administrativa, inquérito civil, ação de improbidade* ou *processo judicial*), em decorrência de notícia-crime contra magistrado sabidamente inocente.

É percurso obrigatório do raciocínio considerarmos que a autoridade policial (ou de qualquer outra que receber a notícia-crime) tem por obrigação, na forma do parágrafo único do Art. 33 da Lei Complementar 35/79 (LOMAN), quando houver indício da prática de crime por magistrado, encaminhar os autos imediatamente ao Tribunal competente para eventual ação penal, para que lá prossigam as investigações a serem conduzidas pelo Procurador-Geral<sup>7</sup> ou pelo próprio Relator<sup>8</sup>, através de cartas de ordem: “Quando, no curso de investigação, houver indício da prática de crime por parte do magistrado, a autoridade policial, civil ou militar, remeterá os respectivos autos ao Tribunal ou órgão especial competente para o julgamento, a fim de que prossiga na investigação”.

Rumo à resposta da questão, vejamos que, se a falsa notícia-crime datar de antes da Lei 10.028/00, só haveria duas formas possíveis de se consumir uma denúncia caluniosa: quando o agente desse causa à instauração de “**investigação policial**” ou “**processo judicial**”.

Quanto à “*investigação policial*”, conclui-se que não existe a possibilidade legal de sua instauração quando o investigado for magistrado, já que, por imperativo constitucional<sup>9</sup> e por força do Art. 33, parágrafo único da LOMAN, o magistrado nunca poderá sofrer investigação **policial**, podendo, no máximo, sofrer a investigação conduzida pelo Procurador-Geral no âmbito do Tribunal

<sup>5</sup> GALDINO SIQUEIRA. *Tratado de direito penal*. 2ª ed. Rio de Janeiro: José Konfino editor, 1951, p. 615.

<sup>6</sup> NELSON HUNGRIA, *Op. cit.* p. 462.

<sup>7</sup> Sobre a impossibilidade de investigação direta pelo Ministério Público ver ANTONIO EVARISTO MORAIS FILHO – *As funções do MP e o Inquérito Policial*. In Tribuna do Advogado da OAB/RJ, 1996 e *O Ministério Público e o inquérito policial*. In Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano 5 – nº 19 – jul/set 1997; JUAREZ TAVARES - Parecer emitido no *habeas corpus* nº 96.02.35446-1 – TRF/2 – Rel. Des. Fed. Cruz Netto – DJU: 05/08/97; e SILVIO TEIXEIRA MOREIRA - Relator do HC 615/96 - TJ/RJ - 1ª C.Crim. - DOERJ: 01/10/96

<sup>8</sup> Sobre as teratológicas consequências da investigação promovida pelo magistrado ver GERALDO PRADO – *Sistema Acusatório: A conformidade constitucional das leis processuais penais* – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, pág. 152/156.

<sup>9</sup> CF: Art. 96, III; Art. 102, I, “b” e “c”; Art. 105, I, “a”; e Art. 108, I, “a”.

constitucionalmente competente ou pelo próprio Tribunal (ver notas 7 e 8). E, neste caso, não seria uma investigação **policia**l, fugindo aos limites da exegese do tipo, num direito penal que veda qualquer interpretação extensiva (Art. 5º, XXXIX e XL, CF).

Quanto a “*processo judicial*”, se o crime falsamente comunicado for de ação pública incondicionada, a configuração de denúncia caluniosa será plenamente possível, já que quando os autos chegarem ao Procurador-Geral, em havendo elementos, este poderá oferecer denúncia, mas enquanto esta não for recebida pelo Tribunal, marcando o início do “*processo judicial*”, haveria mera tentativa de denúncia caluniosa.

Já se o crime falsamente noticiado for de ação privada, a denúncia caluniosa só pode se materializar se for recebida a queixa-crime pelo Tribunal competente, marcando, igualmente, o início do “*processo judicial*”.

Desta forma, extrai-se que não é possível a configuração de denúncia caluniosa com o ato do agente que, antes da Lei 10.028/00, falsamente noticia crime comum de ação privada contra magistrado sem que chegue a oferecer a queixa tempestivamente e em condições de ser recebida.

Já após a chegada da Lei 10.028/00, se o agente noticiar o crime contra o magistrado sabidamente inocente, haveria três novas formas de se consumir a denúncia caluniosa, a saber, com a instauração de *investigação administrativa*, *inquérito civil* ou *ação de improbidade administrativa*.

Quanto a “*inquérito civil*” oriundo de uma notícia de crime, é possível a configuração do tipo se o caluniado for magistrado, mas sabe-se que só se consegue “*dar causa*” à sua instauração, quando, além das conseqüências criminais, o fato noticiado se enquadrar ao restrito rol de cabimento de ação civil pública (Art. 1º da Lei 7.347/85). Quanto à “*ação de improbidade*”, o fato comunicado teria que implicar, necessariamente, em crime cometido no exercício funcional.

A “*investigação administrativa*”, por sua vez, no contexto da Lei 10.028/00, abrange exclusivamente aqueles procedimentos administrativos oriundos de crimes de responsabilidade que antecedem ações de improbidade administrativa. Basta para tal constatação uma leitura integral da Lei 10.028/00 onde se vê claramente a intenção do legislador de criar dezenas de novos tipos penais exclusivamente funcionais<sup>10</sup>, tendo criminalizado tantas novas condutas funcionais, que se preocupou também em proteger os servidores que passariam a estar mais expostos a falsas acusações. E materializou tal “proteção” ampliando o rol do Art. 339 do CP com as novidades “*investigação administrativa*”, “*inquérito civil*”, e “*ação de improbidade administrativa*”.

Prova disso é que o texto original do projeto de lei não alterava o artigo 339, mas acrescentava o Art. 337-A no CP com o texto: “*dar causa à instauração de investigação administrativa, inquérito civil ou ação penal pela prática de crime de responsabilidade de que o requerente ou denunciante sabe ser o acusado inocente.*”<sup>11</sup> E, mesmo após o primeiro substitutivo ao projeto de lei, este já alterando o Art. 339, o parecer da Comissão de Constituição e Justiça inicia evidenciando a intenção do legislador: “*Entre os aspectos tratados, destacamos: - punição ao*

---

<sup>10</sup> A Lei 10.028/00 inseriu vinte e oito novos crimes de responsabilidade funcional, distribuídos entre a Lei 1.079/50 (crimes de **responsabilidade**), o Decreto-Lei 201/67 (crimes de **responsabilidade** de prefeitos) e o Código Penal, onde criou o capítulo *DOS CRIMES CONTRA AS FINANÇAS PÚBLICAS*.

<sup>11</sup> Diário da Câmara dos Deputados de 14/04/2000, p. 15883.

**denunciante de irregularidade administrativa, quando feita de má-fé; tipificação da contratação de operação de crédito...<sup>12</sup>**

Assim, o tipo não alcança a investigação contra magistrado por crime comum promovida no âmbito dos Tribunais, seja pelo Procurador-Geral seja pelo Relator (ver notas 7 e 8) por não ser “*investigação administrativa*” no sentido que lhe conferiu a Lei 10.028/00. Ressalte-se que o mesmo entendimento aqui aplicado aos magistrados se estende aos membros do Ministério Público em razão do Art. 41, § único da Lei 8.625/93.

Desta forma, conclui-se que o tipo de denúncia caluniosa tendo magistrado ou membro do Ministério Público como sujeito passivo secundário é impossível de se configurar através de instauração de “*investigação policial*”, podendo somente se consumir nas restritas hipóteses de (1) a notícia falsamente formulada ser relativa a crime no exercício funcional, com capacidade de ensejar “*ação de improbidade administrativa*” ou “*investigação administrativa*”; (2) o crime noticiado se enquadrar nas hipóteses de *inquérito civil público* (Art. 1º da Lei 7.347/85); ou (3) a conduta do agente levar efetivamente à instauração de um “*processo judicial*”, o que pode ocorrer de diversas maneiras, inclusive com a deflagração de uma ação penal pública, mas não se o crime falsamente noticiado for de ação privada e o agente deixar de apresentar a tempestiva queixa-crime.

Convém acrescentar que, segundo a perspicaz constatação de Augusto Thompson<sup>13</sup>, de que a Constituição de 1988 e as Leis 9.099/95 e 10.259/01<sup>14</sup> adotaram um sistema dicotômico de classificação onde passam a existir (1) crimes (com pena superior a dois anos) e (2) infrações de menor potencial ofensivo (esta última abrangendo a modalidade contravenção), as possibilidades de formação do tipo de denúncia caluniosa estão, ainda, condicionadas à exigência de que o fato falsamente noticiado seja, efetivamente, um *crime*, respeitando a exegese do tipo, ou, no caso do §2º do Art. 339<sup>15</sup>, uma contravenção constante da Lei de Contravenções Penais (DL 3.688/41). Se o fato noticiado à autoridade for uma infração de menor potencial ofensivo não pertencente ao subgrupo das contravenções penais, a conduta será atípica.

Derradeiramente, cabe destacar a desnecessidade de eventual criminalização das condutas não alcançadas pelo tipo, pois já há mecanismos legais mais do que suficientes para tutelar a honra do magistrado, a exemplo da justiça cível e do crime de calúnia (Art. 138, CP), com pena mais razoável. Tal advertência visa a nos prevenir contra perigo de nossos legisladores criarem mais leis penais, pois já há suficientes mecanismos para amparar a questão, devendo ser preservado o caríssimo princípio da *ultima ratio*.

<sup>12</sup> Diário da Câmara dos Deputados de 11/05/2000, p. 23965.

<sup>13</sup> AUGUSTO THOMPSON - *Crimes e infrações penais de menor potencial ofensivo: a nova dicotomia*.

Boletim IBCCRIM. São Paulo, v.10, n.122, p. 4-5, jan. 2003.

<sup>14</sup> CF: Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão: I - juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e **infrações penais de menor potencial ofensivo...**

Lei 9.099/95: Art. 61. Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta lei, **as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 1 (um) ano**, excetuados os casos em que a lei preveja procedimento especial.

Lei 10.259/01: Art. 2º / § único. Consideram-se infrações de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta lei, **os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a dois anos**, ou multa.

<sup>15</sup> CP: Art. 339 / § 2º. A pena é diminuída de metade, se a imputação é de prática de contravenção.

O que vem ocorrendo é que nosso legislador atual recorre sempre ao caminho das leis penais para enfrentar as questões sociais. Assim, como se viu no caso em exame, editou-se a nova lei (10.028/00), que veio para criminalizar dezenas de novas condutas funcionais, e, visando a proteger aqueles que poderiam sofrer falsas acusações, elevou-se a pena do agente (antes já censurável pelo Art. 138 do CP e Art. 19 da Lei 8.429/92<sup>16</sup>), de seis meses a dois anos para a absurda marca de dois a oito anos (Art. 339, CP), ferindo, inclusive, a razoabilidade e proporcionalidade da pena.

Nesse sentido, cabe lembrar as palavras do Ministro Zaffaroni<sup>17</sup>, em conferência realizada na Faculdade Nacional de Direito, em junho de 2004, ao advertir que nossos políticos, preocupados em promoções pessoais, transformam qualquer questão social em questão penal: “*Nada acontece sem que algum legislador faça um projeto de lei penal. Não vão fazer projetos de leis administrativas. É mais complicado. Mas, lei penal qualquer idiota faz ... é muito barato. A lei penal não custa. E o sujeito tem cinco minutos de televisão.*”

Frente a um Estado cada dia mais penal, onde se espera que tudo se solucione através de leis que aumentam penas, estabelecem regimes prisionais desumanos, criam novos tipos penais, quando outros ramos do direito dariam conta da questão, cabe aos juristas, os *detentores do poder do discurso*<sup>18</sup>, — ao menos aqueles comprometidos com o respeito às garantias constitucionais e com um direito penal e processual penal limitadores da intervenção estatal — a construção de uma doutrina e jurisprudência de resistência, capaz de conter a violência desmedida do poder punitivo.

**RICARDO SIDI** é advogado criminalista no eixo São Paulo-Rio de Janeiro. Diretor jurídico criminal da Federação Israelita do Estado do Rio de Janeiro. Pós-graduado em direito penal empresarial pela PUC-Rio. Graduado em direito pela UFRJ. Membro da Associação Internacional de Direito Penal - *AIDP-Brasil* e do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais - *IBCCrim*, onde tem artigos publicados.

---

<sup>16</sup> CP: Art. 138. Caluniar alguém, imputando-lhe falsamente fato definido como crime: / Pena - detenção, de seis meses a dois anos, e multa.

Lei 8.429/92: 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.

<sup>17</sup> **EUGÊNIO RAÚL ZAFFARONI**. Conferência realizada no Centro Acadêmico Cândido de Oliveira da Faculdade de Direito da URFJ em 16 e 17 de junho de 2004, transcrita na obra *Globalização, Sistema Penal e Ameaças ao Estado Democrático de Direito*. **MARIA LÚCIA KARAM** (org.). Rio de Janeiro: LumenJuris, 2005, p. 24.

<sup>18</sup> **ZAFFARONI**. *Op cit.* p. 32.