

FACULDADES INTEGRADAS

“ANTÔNIO EUFRASIO DE TOLEDO”

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

A RETRATAÇÃO NO DIREITO PENAL

Gabriel Perozi Lopes

Presidente Prudente/SP

2011

FACULDADES INTEGRADAS

“ANTÔNIO EUFRASIO DE TOLEDO”

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

A RETRATAÇÃO NO DIREITO PENAL

Gabriel Perozi Lopes

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do Grau de Bacharel em Direito, sob a orientação do Professor Marcus Vinícius Feltrim Aquotti.

Presidente Prudente/SP

2011

A RETRATAÇÃO NO DIREITO PENAL

Trabalho de Curso aprovado como requisito parcial
para a obtenção do Grau de Bacharel em Direito.

Marcus Vinícius Feltrim Aquotti

Orientador

Antenor Ferreira Pavarina

Examinador

Reginaldo Antonio Borro

Examinador

Presidente Prudente, 21 de outubro de 2011.

Há quem se cala e é reconhecido como sábio, e há quem é odiado porque fala demais. Há quem se cala por não saber o que responder, e há quem se cala porque sabe qual é o momento certo. O homem sábio fica em silêncio até a hora oportuna, mas o falador e o insensato a deixam passar. Quem fala demais torna-se detestável, e quem procura se impor acaba sendo odiado.

Eccl 20, 5-8

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus pelo dom da vida e também aos meus pais dos quais me orgulho muito por serem pessoas de bem e por me darem sempre o melhor.

Também à minha irmã e a todos meus familiares e amigos pela amizade e admiração.

À minha namorada pelas opiniões, correções e, sobretudo, carinho e companheirismo durante todo o trabalho.

Por fim ao meu orientador pela consideração e estímulos dados.

RESUMO

Sumariamente, a presente monografia abrange sobre a retratação penal, que é causa extintiva de punibilidade, desde que realizada segundo os preceitos dispostos no ordenamento jurídico, cujo benefício da retratação foi estipulado pelo legislador para apenas determinados crimes do Código Penal, quais são, os crimes contra a honra, exceto a injúria, o crime de falso testemunho e falsa perícia, e também era prevista para os crimes contra a honra da Lei de Imprensa, lei esta que não foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988.

Posteriormente, estudou-se sobre as ações penais e sobre a retratação no âmbito processual que abrange a representação e a requisição nas ações penais públicas condicionadas.

Por fim, foi de bom grado lembrar-se do procedimento especial para os crimes contra a honra dos funcionários públicos no exercício de sua função e a retratação neste caso.

Palavras-chave: Retratação. Crimes contra honra. Falso testemunho e falsa perícia.

ABSTRACT

In summary, this monograph covers the withdrawal of criminal law, which is cause for cancellation of punishment, since it is done according to the precepts laid out in the legal system, whose portrayal's benefit was set by the legislator for only certain crimes of the Criminal Code, which are crimes against honor except the injury, the crime of false testimony and false expertise, and was also scheduled for crimes against the honor of the Press Law, this law has not been approved by the Federal Constitution of 1988.

Subsequently, we studied about the prosecution and the retraction procedural matters covering the representation and the request conditioned public from criminal prosecution.

Finally, we will gladly remember the special procedure for crimes against the honor of public officials in the exercise of its function and retraction in this case.

Keywords: Retraction. Crimes against honor. False testimony and false expertise

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
2 PREVISÃO LEGAL E CONCEITO	11
3 HIPÓTESES LEGAIS	15
3.1 CRIMES CONTRA A HONRA	15
3.1.1 CALÚNIA.....	16
3.1.2 DIFAMAÇÃO	18
4 INJÚRIA	21
4.1 RETRATAÇÃO NO DELITO DE INJÚRIA.....	22
5 FALSO TESTEMUNHO E FALSA PERÍCIA	26
6 AÇÃO PENAL	31
6.1 CLASSIFICAÇÃO DA AÇÃO PENAL	33
6.1.1 AÇÃO PENAL PÚBLICA	33
6.1.1.1 AÇÃO PENAL PÚBLICA INCONDICIONADA.....	34
6.1.1.2 AÇÃO PENAL PÚBLICA CONDICIONADA	38
6.1.2 AÇÃO PENAL PRIVADA.....	46
7 PROCEDIMENTO ESPECIAL	51
8 CRIMES CONTRA A HONRA DO FUNCIONÁRIO PÚBLICO	54
9 CONCLUSÕES	58
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	61

1 INTRODUÇÃO

A presente monografia tem como escopo buscar o entendimento sobre o que é a retratação e sua aplicação no direito penal. As discussões doutrinárias e jurisprudências acerca da possibilidade de se conceder o benefício a determinados crimes causa reflexos em casos concretos e, por essa razão, merecem atenção e estudo específico.

Conforme conceito trazido pela doutrina e jurisprudência brasileira, a retratação consiste em um pedido de desculpas cabal, inequívoco e incondicional que deve, principalmente, ser absolutamente voluntário. Em razão de o Processo Penal buscar, de forma primordial, a verdade real dos fatos, busca-se com a retratação não somente o pedido de desculpas, como também a manifestação da verdade após a consumação do delito.

Além disso, a doutrina majoritária traz o ensinamento, que basta o preenchimento dos requisitos autorizadores da concessão do benefício, não precisando haver a concordância do ofendido, pois se trata de ato unilateral de vontade.

Importante ressaltar que a retratação é cabível tão somente naqueles casos especificados em lei e estes estão devidamente previstos nos artigos 143, que faz menção aos artigos 138 (calúnia), 139 (difamação) e o parágrafo segundo do artigo 342 (falso testemunho ou falsa perícia), todos do Código Penal Brasileiro.

O presente trabalho científico busca estudar cada um desses delitos, analisando como se dá, em cada caso, a aplicação da retratação.

Tanto a difamação, quanto a calúnia têm como bem jurídico tutelado a honra objetiva do sujeito passivo e a retratação terá o condão de extinguir a punibilidade do sujeito ativo da ofensa. Já o falso testemunho e a falsa perícia têm como bem jurídico penalmente protegido a administração da justiça e, conforme será visto de forma pormenorizada, deve ser realizada antes de proferida a sentença de primeiro grau para que extinga a punibilidade do autor, além de existir a

possibilidade, para determinados doutrinadores, também, de se comunicar entre os co-autores.

Todavia, a omissão, pelo legislador penal, quanto à possibilidade de retratação no crime de injúria (artigo 140 do Código Penal) merecerá um tópico em separado neste trabalho. Isso porque, apesar de grande parte da doutrina e jurisprudência já se posicionarem tranquilamente sobre o assunto, ainda há divergência científica acerca dessa omissão, pois esta entra em confronto com a possibilidade de retratação para o referido crime prevista na Lei de Imprensa que, porém, não foi recepcionada pela atual Constituição Federal.

O entendimento majoritário é de que, no caso da injúria, a retratação macularia ainda mais a honra subjetiva do ofendido, além do fato de que, caso o legislador penal desejasse a possibilidade de concessão do benefício, o teria previsto, mas não o fez. Ocorre que, ainda há uma pequena parcela da doutrina que aceita a retratação no crime de injúria, tomando por base princípios legais, a previsão da extinta Lei de Imprensa e o entendimento de que não há grandes conseqüências em se reconhecer a diferença entre honra objetiva (atacada nos crimes de calúnia e difamação) e honra subjetiva (presente no crime de injúria). Essa problemática é tratada separadamente justamente por trazer diversas discussões no âmbito científico do Direito Penal, discussões estas que sempre acabam por refletir no campo prático de atuação da Lei Penal.

Também houve a preocupação em dissertar acerca da ação penal, que pode ser definida basicamente como o direito subjetivo de se invocar a tutela jurisdicional do Estado. Tratou-se de cada uma das diferentes espécies de ação penal, posto que neste instituto também existe a figura da “retratação”, referindo-se também às regras e princípios de cada uma dessas espécies.

A ação penal pública incondicionada, regra no Direito Penal, é aplicável ao delito tipificado no artigo 342 do Código Penal, presente como um dos crimes tratados neste trabalho.

Já a ação penal pública condicionada à representação traz consigo a figura da retratação da representação, bem como da retratação da retratação, e aqui ficou demonstrada as peculiaridades tanto nos casos de crimes submetidos ao Juizado Especial Criminal, quanto aos crimes abrangidos na Lei Maria da Penha.

No tocante à ação penal pública condicionada à requisição, a figura da retratação dessa requisição veio demonstrada no presente trabalho com diversas divergências doutrinárias, por se tratar de um ato administrativo do Poder Público.

Frisou-se, com coerência, que a retratação prevista no Código Penal não pode ser confundida com a retratação do Código de Processo Penal, posto que são figuras completamente distintas, sendo que a primeira é realizada pelo autor do fato, e a segunda é realizada pelo ofendido.

Tratou-se, também, da ação penal privada, que é a ação aplicável, em regra, aos crimes contra a honra, tratados nesta pesquisa e aos quais são previstos procedimentos especiais, e também sobre as inúmeras e crescentes críticas sobre essa espécie de ação, que tende a extinção.

Por fim, em tópico autônomo foi estudado acerca do procedimento adotado nos casos de crimes contra a honra de funcionários públicos. Explanou-se acerca das divergências doutrinárias no que diz respeito à legitimidade concorrente para ingressar com a ação penal nesses crimes, legitimidade esta trazida por Súmula do STF. Tratou-se também das divergências doutrinárias acerca da possibilidade de retratação quando a ação penal não for intentada exclusivamente pela vítima, mas por meio de representação ao Ministério Público.

São estes os pontos que serão tratados neste trabalho científico de forma mais específica, conforme se verá nos tópicos que se seguem

2 PREVISÃO LEGAL E CONCEITO

“Por trás do instituto da retratação há uma das principais virtudes que o ser humano pode ter, qual seja, a de perceber, por sua consciência e após uma reflexão sobre a conduta praticada, que agiu incorretamente.” (ALBECHE, 2009, p. 23)

O atual Código Penal Brasileiro (Decreto-Lei 2.848 de 07/12/1940) prescreve no artigo 107 algumas causas de extinção de punibilidade, dentre elas temos, no inciso VI, a previsão da retratação.

Art. 107 - Extingue-se a punibilidade:

VI - pela retratação do agente, nos casos em que a lei a admite

Retratar-se, segundo o dicionário online *Michaelis* é “confessar que fez uma afirmação ou acusação falsa; desdizer-se de; retirar (o que disse)”.

Tendo como base as definições supracitadas, seja de cunho doutrinário, legal, ou meramente conceitual, parece-nos, de forma equivocada, que a nossa retratação penal é o simples fato de desdizer uma coisa que havia dito ou feito e já estar isento de punição.

Todavia não é dessa forma que se procede.

A retratação é um direito subjetivo do réu e tanto a doutrina como a jurisprudência, majoritariamente, afirmam ser essa retratação não um simples pedido de escusas, mas sim um pedido cabal, inequívoco e incondicional de desculpas, sendo “irrelevante a espontaneidade da declaração, bem como os motivos que a fundaram, mas é imprescindível a sua voluntariedade.” (PRADO, 2010, p. 218)

É como pode ser demonstrado pelo julgado:

TJSP: *RJTJSP* 129/459: “A retratação, para produzir efeito extintivo da punibilidade, deve ser clara, precisa, completa, sem reticências ou tentativas de explicações amenizadoras”.

É por essa razão que dizer pura e simplesmente que a retratação é um desdizer que acaba por culminar em uma extinção da punibilidade do agente é um conceito um tanto vago e impreciso. A retratação deve ser completa, nítida, inequívoca e trazer consigo a verdade dos fatos, pois visa, antes de simplesmente isentar o réu de pena, proporcionar a justiça a todos os envolvidos.

No mesmo sentido é o que leciona o professor Tourinho Filho (2011, p. 693):

Logo, a retratação – o *retractare dicta* – deve ser plena, perfeita, completa, satisfatória. Pouco importa que o querelante a recuse. Ela independe do seu *placet*. “Basta que o Juiz a tenha por cabal reparação do mal causado, para que o Estado se desinteresse da punição do querelado”. Nem teria sentido que a eficácia da retratação dependesse da boa ou má vontade do querelante

Ensina também Thiago Solon Gonçalves Albeche (2009, p.23):

A retratação é o reconhecimento pelo próprio indivíduo de que se desviou do comportamento aceito pela sociedade e por isso deve e está pedindo desculpas. O ofensor reconhece sua culpa, de um lado, mas externa o desejo de, por si só, voltar a adequar-se socialmente, sem a necessidade da imposição de uma pena pelo Estado.

Silvio Ranieri apud Luiz Regis Prado (1994, p. 141) traz uma definição que bem representa o acima exposto, sendo a retratação, nas palavras do penalista, a “declaração feita, depois da consumação do delito, mediante a qual o sujeito reconhece haver dito o falso e manifesta o verdadeiro”. Isso quer dizer que, além de pedir desculpas, o agente deve manifestar a verdade.

A verdade é o interesse superior que a Justiça busca, tanto que o Processo Penal é pautado no Princípio da Busca da Verdade Real, o qual se pode extrair do artigo 156 do Código de Processo Penal, que apregoa que ao magistrado é dado o poder diligenciar, buscar as provas para o seu convencimento sobre a lide, deixando assim de ser inerte e expectador da verdade formal valendo-se apenas das provas apontadas pelas partes como é vigente no processo cível.

Para a maioria doutrinária a retratação trata-se de um ato unilateral, ou seja, independe de aceitação daquele que foi ofendido no seu direito, bastando cumprir seus requisitos ao promovê-la, sendo neste sentido, como bem ressalta, o entendimento do ilustre doutrinador Luiz Regis Prado (2008, p. 742), afirmando que a retratação “cuida-se de ato unilateral – independe de aceitação por parte do ofendido – que tem por escopo buscar e resguardar a verdade – interesse superior da justiça.”

Diferentemente é o que acontece com o consentimento do ofendido, que, se observado este, não há que se falar em existência do delito. É o que explica para nós Nelson Hungria (1955, p. 57), “se procede o consentimento do ofendido, inexistente crime.”

Interessante salientar também a opinião do professor Damásio de Jesus que, mesmo com o próprio ordenamento jurídico relatando que a retratação é causa extintiva de punibilidade, entende que não poderia ser além de uma causa de diminuição da pena.

Por fim vale ressaltar que em crime contra a honra e também contra a fé pública praticado por mais de um agente, a retratação de um deles não exime os outros da punibilidade pela conduta.

Ora, a vontade manifestada por um dos agentes não pode alcançar os demais. Apenas uma pessoa manifestou sua vontade de se ver isento de pena e com isso também auxiliar a Justiça na busca pela verdade. Os demais agentes, no caso de um concurso de pessoas, ficaram inertes e em nada colaboraram, ficando, por essa razão, sujeitos a responsabilização penal.

Ademais, trata-se de ato pessoal e, conforme nos mostra o artigo 30 do Código Penal, as circunstâncias subjetivas não serão comunicáveis aos coautores e partícipes.

Em conclusão, a retratação consiste, basicamente, em um pedido de desculpas à vítima (e à Justiça), de maneira completa, inequívoca e cabal, complementada pela manifestação da verdade dos fatos. Constitui também ato unilateral, independendo da aceitação do ofendido para que ocorra satisfatoriamente, e ato pessoal, não alcançando os demais agentes do ilícito que

permaneceram inertes. Sua natureza jurídica corresponde a uma causa de extinção da punibilidade do agente, isentando-o de pena.

3 HIPÓTESES LEGAIS

Como verificado através da leitura do inciso VI do artigo 107 da Parte Geral do Código Penal Brasileiro, a retratação só é permitida para os casos em que a própria lei a autoriza.

Desta forma a retratação é assim admitida para os casos previstos nos crimes de calúnia (artigo 138), difamação (artigo 139) e falso testemunho (artigo 342), todos previstos no Código Penal Brasileiro.

Consta também, no artigo 26 da antiga Lei de Imprensa (Lei 5250/1967), que não foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988 (ADPF 130-7), o instituto da retratação.

Passa-se, então, ao estudo pormenorizado dos crimes em que se admite essa causa de extinção da punibilidade.

3.1 Crimes Contra a Honra

O Capítulo V do Título I do Código Penal Brasileiro traz para o ordenamento os crimes contra a honra, quais sejam: Calúnia, Injúria e Difamação.

São chamados de crimes contra a honra em razão de o bem jurídico tutelado pelo direito ser a honra, bem jurídico este que é definido genericamente pelo Dicionário online *Michaelis* como o “sentimento que leva o homem a procurar merecer e manter a consideração pública. Pundonor.”

Sendo assim, os crimes contra a honra são aqueles que atentam à integridade moral que cada indivíduo possui.

Esse bem jurídico costuma ser subdividido pela doutrina, o que ajuda para o melhor entendimento dos delitos supracitados, em: honra subjetiva e honra objetiva.

A honra subjetiva é o sentimento que a pessoa tem de si mesma. Em outras palavras, “é a estima que cada qual tem por si próprio, sentimento pessoal da própria dignidade [...]” (FERREIRA, 2000, p. 21) que abrange tanto os atributos morais – também chamada de honra dignidade – quanto os atributos físicos de cada um – também chamada de honra decoro.

Por sua vez a honra objetiva é aquela visão que a sociedade tem do indivíduo, “seria a reputação que o indivíduo desfruta em determinado meio social, a estima que lhe é conferida”. (PRADO, 2010, p. 189)

A diferenciação entre as duas espécies de honra torna-se essencial quando da distinção entre um crime e outro, pois, como se verá posteriormente, esses diferentes tipos de honra permitem distinguir os crimes de calúnia e difamação (que atingem a honra objetiva) do crime de injúria (que atinge a honra subjetiva do sujeito), sendo que esses crimes possuem penas e regimes de cumprimento destas penas bem diferentes.

No artigo 143 do Código Penal, que está inserido dentro do mesmo título supracitado, está a previsão legal da retratação para tais condutas típicas, posto que a honra é um bem jurídico disponível.

Porém, o legislador, ao redigir o texto legal, excetuou o benefício, ou “espécie de prêmio”, como explica o professor Luiz Régis Prado (1994, p. 141), da conduta prevista no artigo 140, tipificado como crime de injúria.

Para melhor entendimento, versaremos sobre as três espécies de delitos contra a honra, com um capítulo à parte para o delito de injúria, e o porquê da aplicação ou não da retratação.

3.1.1 Calúnia

Art. 138 - Caluniar alguém, imputando-lhe falsamente fato definido como crime:

Pena - detenção, de seis meses a dois anos, e multa.

A conduta típica do delito se constitui em imputar a alguém falsamente fato definido como crime pela lei.

Aqui o bem jurídico tutelado é a honra objetiva, ou seja, o que se busca lesionar pelo sujeito ativo é a visão que a sociedade tem em relação ao sujeito passivo.

O sujeito ativo, que pode ser qualquer pessoa, imputa ao sujeito passivo, que pode ser qualquer pessoa física, o cometimento de crime que não ocorreu, ou então atribui falsamente a autoria de crime ao indivíduo sabendo que não foi ele o autor do referido crime, isto é, “a falsidade pode recair, alternativamente, sobre o próprio fato ou sobre sua autoria”. (PRADO, 2010, p. 191)

A falsa imputação deve recair sobre crime – fato típico, ilícito e culpável – não sendo responsabilizado por calúnia aquele que imputa a outrem fato definido como contravenção penal. Isso porque, se o legislador pretendesse incluir no referido dispositivo também as contravenções penais, teria usado o termo “infração penal” ou “ilícito penal”, e não a expressão explícita de “crime”.

Além disso, o fato imputado deve ser determinado, não significando que o agente deve descrever todos os fatos que ocorreram de forma detalhada, mas sim que se trate de uma imputação clara para individualizar um crime específico.

É como bem ensina o mesmo Nelson Hungria (1955, p. 61):

[...] para determinar um fato, não é preciso narrá-lo com todas as suas circunstâncias: basta que se dê a impressão de certo acontecimento concreto ou específico. Se digo de alguém que é amigo do alheio, certamente não individualizo fato algum e, portanto, ao invés de calúnia, o que se apresenta é uma injúria (genérica atribuição de qualidades deprimentes); mas, se afirmo, por exemplo, que essa pessoa já se apropriou indebitamente de valores que lhe foram confiados por um amigo, ter-se-á, iniludivelmente, o material da calúnia, embora omitidos detalhes quanto ao tempo, lugar, modo e sujeito passivo.

O elemento subjetivo do crime de calúnia é o dolo genérico, incluindo o dolo eventual, além do elemento subjetivo do injusto com o fim de ofender (*animus calumniandi*).

A calúnia se consuma quando um terceiro toma conhecimento do fato imputado ao sujeito passivo. Por se tratar de um delito que tem como bem jurídico afetado a honra objetiva, não se consumará quando tão somente o ofendido tomar conhecimento da falsa informação, mas sim quando outra pessoa souber do fato praticado e, com isso, a honra do ofendido perante a sociedade for afetada.

Por ser um delito que tem vários meios de execução (delito de forma livre), admite-se a forma tentada nos casos em que é praticada de forma escrita. Por exemplo, o agente escreve uma carta que contém a imputação falsa de fato criminoso contra o sujeito passivo, e esta carta é interceptada pelo próprio sujeito passivo antes que um terceiro tome conhecimento de seu conteúdo. Deve ser interceptada pelo sujeito passivo, pois se um terceiro chegar a tomar conhecimento da informação, já estará consumado o crime.

Faz-se oportuno ressaltar que, para este crime em questão, o legislador, no artigo 143 do supracitado *codex*, admitiu a retratação como meio de extinção da punibilidade. Porém, essa retratação deve ser realizada até antes da prolação da sentença de primeira instância pelo juiz, pois quando proferida já não há mais lugar para a retratação, ocorrendo o fenômeno da preclusão.

3.1.2 Difamação

Art. 139 – Difamar alguém, imputando-lhe fato ofensivo á sua reputação:

Pena – detenção, de três meses a um ano, e multa.

A conduta típica “consiste na imputação de fato que, embora sem revestir caráter criminoso, incide na reprovação ético-social e é, portanto, ofensivo à reputação da pessoa a quem se atribui”. (FERREIRA, 2000, p.47)

Este fato alegado, diferentemente da calúnia, não precisa ser necessariamente falso, pois a prova da veracidade não é exigida pelo tipo penal.

Interessante aqui é que a imputação de um fato definido em lei como contravenção penal pode configurar uma eventual difamação punível, por exemplo,

no caso do agente afirmar que determinada pessoa explora jogo de azar, contravenção descrita no artigo 50 da Lei de Contravenções Penais.

O bem jurídico tutelado pelo legislador também, assim como para a calúnia, é a honra objetiva e tanto o sujeito passivo, quanto o sujeito ativo podem ser qualquer pessoa.

O sujeito ativo, entretanto, deve agir com dolo (direto ou eventual), além de possuir a finalidade de infamar a reputação alheia, o que chamamos de *animus diffamandi*. “O desvalor da ação não se esgota no dolo: deve concorrer também no autor o propósito de ofender.” (PRADO, 2010, p. 203)

O fato imputado também deve ser determinado, mas isso não quer dizer que devem ser pormenorizadamente narrados os fatos, mas com as mesmas ressalvas já feitas para o crime de calúnia. Este fato ofensivo à sua reputação, ou fato desonroso deve causar um olhar de desprezo, de reprovação pela conduta que foi atribuída ao sujeito passivo, por aqueles terceiros (o crime de difamação, assim como o de calúnia, tem a sua consumação com o conhecimento da imputação do fato por terceira pessoa, sendo admissível a tentativa em casos que a conduta típica foi executada de meio escrito) que a souberam através do sujeito ativo.

O fato “deve ser endereçado a pessoa determinada, ou a grupo determinado de pessoas, desnecessária a designação nominal do ofendido, se possível sua identificação.” (PRADO, 2010, p. 201)

Como será verificada a seguir, a linha imaginária que separa a imputação de difamação ou injúria é muito tênue, sendo assim tomamos por base o ensinamento do professor Nelson Hungria (1955, p. 82):

Se digo, por exemplo, de uma mulher solteira que ela já deu à luz um filho, estou cometendo difamação, embora omita os detalhes sobre a data, local, nome do sedutor, etc. Do mesmo modo, se afirmo de um indivíduo que já foi expulso de um sodalício de homens de bem, pouco importa que eu deixe de citar o nome do grêmio, a época ou os motivos da expulsão: incido nas penas de difamação, pois estou a mencionar um fato específico, um episódio que teria ocorrido realmente. É certo que, algumas vezes, na prática, apresenta-se difícil a distinção entre a difamação e a injúria, que é a simples atribuição genérica de vícios, defeitos ou más qualidades. [...] Nos casos duvidosos, a solução deve ser no sentido de reconhecimento da injúria, que é menos severamente punida que a difamação (*in dubio pro reo*).

Vemos então a aplicação do princípio penal que, na dúvida, aplica-se o mais favorável ao réu já que o Direito Penal é um direito de *ultima ratio*.

Por fim, o legislador também dá o direito ao ofensor de retratar-se da conduta praticada, ficando assim isento de punibilidade, sendo o momento oportuno para tanto até antes da prolação da sentença de primeiro grau pelo juiz, pois quando proferida ocorrerá a preclusão e não há mais lugar para a retratação

4 INJÚRIA

Art. 140 - Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro:

Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa.

§ 1º - O juiz pode deixar de aplicar a pena:

I - quando o ofendido, de forma reprovável, provocou diretamente a injúria;

II - no caso de retorsão imediata, que consista em outra injúria.

§ 2º - Se a injúria consiste em violência ou vias de fato, que, por sua natureza ou pelo meio empregado, se considerem aviltantes:

Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa, além da pena correspondente à violência.

§ 3º Se a injúria consiste na utilização de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião, origem ou a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência:

Pena - reclusão de um a três anos e multa

O delito de injúria merece um capítulo a parte devido a algumas diferenças importantes dos outros dois crimes contra a honra, as quais serão observadas adiante.

A conduta tipificada no *caput* do artigo 140 consiste em injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro.

Daqui já decorre uma primeira diferença, qual seja não se precisa imputar fatos precisos, bastando apenas a “atribuição genérica de qualidades negativas ou de fatos vagos e indeterminados” (PRADO, 2010, p. 210).

Cabe ressaltar que não é qualquer ofensa que tipifica a injúria. Há determinados fatores que devem ser levados em consideração para a caracterização do fato punível, como por exemplo, o meio social em que os sujeitos vivem, o grau de relacionamento entre eles, entre outros.

Assim, por exemplo, tem-se que, entre amigos que habitualmente se tratam com aspereza e com palavras de baixo calão, as palavras objetivamente ultrajantes perdem esse sentido; uma expressão pode assumir significado diverso em uma região ou ter seu sentido original ampliado, com o passar do tempo. (PRADO, 2010, p. 210)

A segunda diferença é em relação ao bem jurídico tutelado pelo tipo penal, qual seja aqui a honra subjetiva, isto é, o sentimento que a pessoa tem de si mesma.

O sujeito ativo pode ser qualquer pessoa assim como o sujeito passivo que pode ser qualquer pessoa física, sendo incabível a injúria contra as pessoas jurídicas e o tipo subjetivo é integrado pelo dolo e pelo elemento subjetivo do injusto que é o *animus injuriandi*.

O delito se consuma quando a vítima toma ciência da ofensa irrogada pelo sujeito ativo, sendo que essa ofensa pode ser executada de vários meios (escritas, imagens, oral, sinais...), cabendo também a tentativa na mesma modalidade que os outros delitos contra a honra.

Prevê também o legislador, para o crime em questão, a causa extintiva da punibilidade do perdão judicial descrita no parágrafo primeiro do artigo 140, na qual o Juiz profere o decreto condenatório, mas deixa de aplicar a pena.

Visto a parte geral do delito, cabe agora adentrar no tema principal e verificar a diferenciação que o legislador fez quanto ao não cabimento da retratação à injúria.

4.1 Retratação no Delito de Injúria

Com a leitura do artigo 143 do Código Penal e através de uma interpretação literal, indubitavelmente que é impossível haver retratação daquele que cometeu o delito de injúria, pois, como já dito, a retratação só é cabível quando o legislador a diz expressamente ser.

A doutrina, entretanto, tenta explicar o porquê do legislador não conceder o benefício ao autor do delito de injúria, e tem a maior explicação baseada no bem jurídico tutelado pelo tipo penal.

Como já dito, no delito de injúria, busca-se proteger a honra subjetiva do sujeito passivo e, sendo assim, a maioria doutrinária entende que se fosse

possível a retratação do ofensor poderia macular ainda mais a dignidade e o decoro da vítima.

Nesta linha segue o entendimento do professor Fernando Capez (2004, p. 275) que diz “não importa à vítima que o ofensor desdiga qualidades negativas, até porque a reconsideração poderá importar em prejuízos maiores.”

Basileu Garcia apud Amauri Pinto Ferreira (2000, p. 97), por outro lado, tem o entendimento de que se é possível para o caluniador e para o difamador, a retratação, assim também é possível ao injuriador.

Na mesma linha de Basileu Garcia, segue o entendimento do professor Julio Fabbrini Mirabete (2008, p. 419) de que “cabe a retratação nos crimes de calúnia e difamação (art. 143), não se justificando, porém, a exclusão do delito de injúria.”

Thiago Solon Gonçalves Albeche (2009, p.24) entende que essa diferenciação em honra objetiva e subjetiva é importante em dois aspectos:

(a) para delimitar o momento consumativo do delito de injúria – na medida em que é irrelevante que a ofensa chegue ao conhecimento do “grande grupo”, bastando que o ofendido tome conhecimento das declarações e com elas sofra o dissabor – e (b) para justificar a impossibilidade da exceção da verdade – pois desejar provar que a ofensa é verdadeira quando se refere ela a atributos negativos da pessoa, nada mais é do que reforçar a ofensa.

Ou seja, para ele não é um argumento plausível essa diferenciação que justifique a omissão do legislador ao não conceder o benefício da retratação ao injuriador.

A grande maioria doutrinária e jurisprudencial não abre sequer discussão quanto à aplicação da retratação à injúria, posto que o legislador expressou devidamente sua vontade em não cedê-la e é assim que se pode verificar através da jurisprudência abaixo:

PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. CRIMES CONTRA A HONRA. DIFAMAÇÃO. ABSOLVIÇÃO. CALÚNIA. RETRATAÇÃO. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. INJURIA. ANULAÇÃO PARCIAL DA SENTENÇA. PRESCRIÇÃO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. Apelação criminal interposta contra a sentença proferida em ação penal destinada a apurar a prática dos crimes descritos nos art. 138, 139 e 140 c/c 141, II, do CP.
2. Depreende-se da fundamentação do *decisum* que o apelante restou absolvido do crime de difamação, muito embora o dispositivo não faça menção a este delito, e condenado pelos crimes de calúnia e injúria, de cujas penas, não dosadas, foi isentado com fulcro no art. 143 do CP. Ocorre que o benefício contido no art. 143 do CP contempla apenas a retratação da calúnia e da difamação.
3. Extinção da punibilidade do apelante pelo crime do art. 138 do CP, nos termos do art. 107, VI, do mesmo diploma legal.
4. No tocante ao crime de injúria, a sentença comporta dois vícios insanáveis, ante a falta de recurso do querelante, e que justificam a anulação parcial do *decisum*. Além da pena não ter sido dosada, a retratação jamais poderia ter sido reconhecida, por disposição expressa do art. 143 do CP.
5. Anulada a sentença em relação à injúria, verifica-se que o último marco interruptivo da prescrição se deu com o recebimento da queixa-crime, em 29/05/2006. Considerando, então, que a pena máxima em abstrato para o delito é de 8 meses de detenção, em razão do aumento de 1/3 previsto no art. 141, II, do CP, ao teor do art. 109, VI, do mesmo diploma legal, ocorreu a prescrição da pretensão punitiva, pois da data do recebimento da queixa-crime já se passaram mais de 2 anos. 6. Recurso parcialmente provido para declarar extinta a punibilidade pelo crime de calúnia, nos termos dos art. 143 e 107, VI, do CP e anular a sentença no tocante ao crime de injúria, e, de ofício, retificar o dispositivo da sentença para fazer constar a absolvição pelo crime de difamação e declarar extinta a punibilidade pelo delito de injúria ante a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva, com fulcro nos art. 107, IV, e 109, VI, do CP e art. 61 do CPP.

(Apelação Criminal, 33049: ACR 14686 SP 2005.61.05.014686-4, rel. Des. Federal Johanson Di Salvo, TRF-3, j. 28/04/2009). (grifo nosso)

Entretanto uma minoria doutrinária que defende possível a retratação ao injuriador elenca inúmeros argumentos para essa aplicação, além daquilo que já foi falado.

Dentro desses argumentos tem-se que, na Lei de Imprensa, há a previsão legal para a retratação para a calúnia e injúria, ou seja, o legislador pátrio promulgou um tratamento diferenciado àquele que comete uma injúria, pois pode beneficiar-se de um instituto que lhe excluirá a punição estatal.

Em relação a essa diferenciação, Thiago Solon Gonçalves Albeche (2009, p. 32) levanta cinco questões:

A primeira: se o bem jurídico tutelado na injúria é a *honra subjetiva*, ela segue sendo subjetiva no delito de injúria previsto na Lei de Imprensa e, portanto, não deveria permitir retratação à injúria naquele diploma Legal.

Segunda: se for sustentado o fato de que a injúria da Lei de Imprensa, além atingir o sentimento íntimo do querelante, também chega ao conhecimento da sociedade, e que por isso deve ser admitida a retratação, então o argumento de que o conhecimento da imputação por terceiros é irrelevante para a consumação da injúria, paradoxo completo, não é verdadeiro.

Terceiro: com a admissão da retratação à injúria prevista na Lei de Imprensa, o que em verdade estar-se-á fazendo é atribuir à honra tutelada na injúria prevista nesse diploma legal, a *objetividade* do bem jurídico tutelado nos crimes de calúnia e difamação do CP, e então, deverá estender-se essa possibilidade à injúria prevista no CP. Nela, também é possível a ofensa da honra com amplo conhecimento pelo grande grupo. Basta citar com exemplo a ofensa proferida em um “shopping center”, um bar ou em uma praça pública.

Quarto: na Lei de Imprensa, a pena cominada ao delito de injúria é de detenção de 1 (um) mês a 1 (um) ano, ou multa de 1 (um) a 10 (dez) salários mínimos da região; já na injúria prevista no art. 140, caput do Código Penal (que equivale ao mesmo tipo penal), a pena prevista é de detenção de 1 (um) a 6 (seis) meses, ou multa. Se na injúria da Lei de Imprensa, em que a pena é mais grave, é admitida a retratação, qual o motivo para não admiti-la na injúria do Código Penal que, com base nesses critérios, revela um conteúdo injusto mais brando?

Por fim, quinto: não há falar-se que a Lei de Imprensa é lei especial em relação ao CP e por isso a aplicação da retratação à injúria deve ficar adstrita ao âmbito exclusivo da Lei 5.250/67, pois não é a especialidade ou generalidade da norma que modifica a natureza do bem jurídico tutelado. Assim, o art. 26 da Lei 5.250/67 deve ser utilizado em *analogia in bonam partem* aos crimes de injúria no CP.

Diante disso, é incoerente o legislador diferenciar duas causas que são basicamente idênticas dentro do ordenamento jurídico, todavia como já dito anteriormente, a Lei de Imprensa foi declarada inconstitucional pela ADPF 130-7, mas não deixa de ser um argumento para a aplicação da retratação à injúria, pois por um lapso temporal as duas normas coexistiram no ordenamento jurídico mesmo sendo controversas.

5 FALSO TESTEMUNHO E FALSA PERÍCIA

Art. 342. Fazer afirmação falsa, ou negar ou calar a verdade como testemunha, perito, contador, tradutor ou intérprete em processo judicial, ou administrativo, inquérito policial, ou em juízo arbitral:

Pena - reclusão, de um a três anos, e multa.

§ 1º As penas aumentam-se de um sexto a um terço, se o crime é praticado mediante suborno ou se cometido com o fim de obter prova destinada a produzir efeito em processo penal, ou em processo civil em que for parte entidade da administração pública direta ou indireta.

§ 2º O fato deixa de ser punível se, antes da sentença no processo em que ocorreu o ilícito, o agente se retrata ou declara a verdade.

Historicamente o delito supracitado já foi doutrinariamente classificado como um delito contra a fé pública, contra os meios de prova e até como pertencente aos crimes de falsidade.

Entretanto, “foi-se impondo, gradativamente, na doutrina e na legislação dos diversos países, a tendência mais correta de considerar o falso testemunho como delito contra a administração da justiça”. (PRADO, 2010, p. 612)

“Fica assentado, portanto, que o falso testemunho atinge a instituição da justiça e, mais especificamente, sua atividade ou função”. (PRADO, 1994, p. 82)

O delito de falso testemunho e falsa perícia tem como sujeito ativo qualquer pessoa que figura como testemunha, perito, contador, tradutor ou intérprete e que age na maneira descrita no tipo penal, ou seja, trata-se de um delito próprio e de mão própria como explica o professor Luiz Regis Prado (2010, p. 613):

É um delito especial próprio, porque só pode ser sujeito ativo quem tenha qualidade de testemunha, perito, contador, tradutor ou intérprete. Além disso, é também um delito de mão própria, visto que a tipicidade exige um ato corporal da testemunha, do perito, do contador, do tradutor ou do intérprete. Nesses delitos – próprios e de mão própria – somente podem ser autores ou coautores aqueles portadores de uma qualidade especial que realizem o fato punível pessoalmente.

Destarte que não é possível a coautoria no delito de falso testemunho e falsa perícia, entretanto a participação secundária, ou seja, induzir ou ser cúmplice do autor são penalmente relevantes, porém o legislador, excepcionalmente, para este caso, utilizou-se da teoria pluralística, ou seja, por ser crime de mão própria, o delito inculcado no artigo 342, só aquelas pessoas descritas no tipo que podem cometê-lo, sendo assim, foi-se constituído no artigo 343 do mesmo ordenamento o delito referido ao partícipe excetuando-se da regra da teoria monista e da teoria da acessoriedade limitada em que ao partícipe adequa-se o crime cometido pelo autor por interpretação extensiva junto do artigo 29 do Código Penal.

Neste sentido pronunciou o STJ:

Resp - penal - falso testemunho - testemunha - influência de advogado - mera orientação do testemunho - inexistência de oferta de dinheiro ou outra vantagem – 'participante' é qualquer pessoa que atua no "iter criminis". 'Autor', quem realiza o ato de execução. O 'co-autor' co-participa da execução ou concorre para que o autor o faça. O falso testemunho é crime de mão própria. Só o agente indicado no tipo pode ser 'autor'. Tal delito não se confunde com o crime próprio. Em tese, porém, é admissível a participação, de que é exemplo orientar testemunha para fazer afirmação falsa, negar ou calar a verdade. O código penal do Brasil, em alguns casos, seccionou a unidade jurídica, resultante do concurso de pessoas (cp, art. 29). Exemplos o aborto consentido (art. 124) e o aborto praticado por terceiro com o consentimento da gestante (cp, art. 126), a facilitação de contrabando ou descaminho (cp, art. 318) e o contrabando ou descaminho (cp, art. 334), a corrupção passiva (cp, art. 317) e corrupção ativa. (cp, art. 333). O mesmo ocorreu com o falso testemunho (cp, art. 342), e o art. 343 (sem "nomen iuris"). Há um crime para cada agente. O delito do partícipe é dar. Oferecer, ou prometer dinheiro ou qualquer vantagem à testemunha para fazer afirmação falsa, negar ou calar a verdade. A pena cominada, de outro lado, é a mesma para ambas as infrações. Logicamente, estabeleceu distinção entre a conduta de quem influencia oferecendo, ou não, dinheiro ou outra recompensa. Vale dizer, só incriminou o comportamento de terceiro que oferece a contraprestação resta, por isso, atípica, a conduta, sem dúvida, imoral, contraria a ética, do advogado que se restringe a solicitar que o depoimento se oriente no sentido favorável ao réu. (REsp, 9084 SP 1991/0004629-9, rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, sexta turma, j. 16/03/1992)

Além do mais, como se observa, o partícipe só será tipificado no artigo 343 do Código Penal se este oferecer contraprestação, restando-se atípica a conduta de mera instigação ou induzimento.

Por outro lado, o sujeito passivo do delito em questão é o Estado que é o possuidor do interesse protegido pelo tipo penal, além de, eventualmente, o particular que é ofendido pelo crime.

A conduta consiste em afirmar o falso, negar a verdade ou calar a verdade.

Afirmar o falso é dizer algo diferente daquela realidade, é o ato de inventar uma história, modificar o que realmente ocorreu. Negar a verdade consiste em dizer ser inverdade o fato que é verdadeiro. Por fim, calar a verdade é uma forma de omissão. A diferença entre negar a verdade e calar a verdade é que aquela é uma disformidade positiva entre a realidade e o dito, sendo que esta é uma disformidade negativa, ou seja, a testemunha simplesmente diz que nada sabe sobre o fato ocorrido, sendo que em seu íntimo ela o sabe.

A reticência não se confunde com o mero silêncio: o que silencia a verdade de um fato não declara e quando declara não há engano à autoridade, o qual se verifica naquela. O silêncio reticente só constitui falso testemunho quando equivale à expressão de um fato positivo contrário à verdade suscetível de causar erro no processo. Por isso, não constitui falso testemunho a negação em prestar depoimento. O falso testemunho exige antes de tudo um depoimento. Ora, a testemunha que simplesmente recusa não o presta. Na reticência diz-se algo de falso para embaiar a justiça, declarando ignorar o que conhece; enquanto na recusa se manifesta desobediência pura e simples ao imperativo legal, permanecendo íntegra a questão sob o julgamento. (PRADO, 2010, p. 614)

Além do dito, o falso que foi proferido por aquele que pode ser sujeito ativo do delito só será objeto do direito penal se caso for relevante juridicamente, podendo influir na decisão da causa, como explicita Luiz Régis Prado (2010, p. 619) “a falsidade que não tem influência na decisão da causa – potencialidade lesiva – não atinge a prova e, de conseguinte, carece de tipicidade.”

O tipo subjetivo consubstancia-se em agir dolosamente de acordo com o tipificado no artigo 342, consumando-se o delito quando há o encerramento do depoimento ou com a entrega do laudo pericial, da tradução ou com a realização da falsa interpretação, entendendo, ainda, grande parte da doutrina, ser impossível a tentativa.

No parágrafo primeiro há uma causa de aumento de pena e no parágrafo segundo há a causa de extinção da punibilidade que se busca apreciar, qual seja, a retratação.

Para a validade da retratação exige-se que seja voluntária, explícita, completa, incondicional e feita perante o órgão que recebeu as declarações falsas (no mesmo processo). Na retratação, deve o agente assinalar a declaração anterior como falsa e manifestar a verdade. Isto significa que a testemunha deve declarar o que conhece sobre os fatos – conforme sua percepção – no momento em que ocorreram. Não basta confessar a falsidade, há que dizer a verdade. (PRADO, 2010, p. 622)

Indispensável também que a retratação seja feita antes da sentença de primeiro grau a ser proferida pelo juiz, pois se feita posteriormente, poderá apenas ter o efeito de atenuante de pena (art. 65, III, “b”, CP). Entretanto há um ponto quanto a qual sentença quis expressar o legislador no parágrafo segundo do artigo 342 do Código Penal, se a sentença é a do processo em que foi proferida a falsidade, ou o processo em que se julga o falso propriamente.

Sendo assim, pondera o professor Tourinho Filho (2011, p. 697):

Se porventura for instaurado processo por falso testemunho antes do julgamento da causa em que aquele foi cometido, a retratação, para ser válida, deve anteceder à prolação da sentença na causa em que se praticou o falso. Por essa razão, deve o julgamento do falso testemunho aguardar a decisão da causa em que se praticou o crime a que se refere o art. 342. Nessa hipótese, a causa funciona como verdadeira prejudicial. Deve ser julgada antes, para depois ser apreciado o outro processo.

Por fim, sustenta Julio Fabrinni Mirabete (2008, p. 420) que “ao contrário do que ocorre nos crimes contra a honra, a retratação, nesta hipótese comunica-se aos co-autores”, no caso da falsa perícia e no caso do falso testemunho comunica-se aos partícipes, isso porque a retratação “é uma circunstância mista, porque embora pessoal do agente, reflete sobre a objetividade do crime e que, não havendo mais perícia, excluída pela retratação, não pode haver lesão à administração da justiça. (MIRABETE, 2011, p. 382)

Nesse sentido também tem o entendimento do Superior Tribunal de Justiça e que vai além dizendo ser possível estender a retratação também aos coautores:

Ementa - PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 342, § 2º, DO CÓDIGO PENAL. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. JUSTA CAUSA. RETRATAÇÃO DA TESTEMUNHA. EXTENSÃO À PACIENTE, DENUNCIADA POR ORIENTAR, INSTRUIR E INFLUENCIAR AQUELA.

I - É possível a participação no delito de falso testemunho. (Precedentes desta Corte e do Pretório Excelso).

II - A retratação de um dos acusados, tendo em vista a redação do art. 342, § 2º, do Código Penal, estende-se aos demais co-réus ou partícipes. Writ concedido (HC 36287 SP 2004/0087500-0, rel. Min. Felix Fischer, quinta turma, j. 16/05/2005)

Entretanto, diversamente, já houve o entendimento do Supremo Tribunal Federal:

Ementa - "Habeas corpus". Retratação. Crime de falsa perícia. A retratação, admitida no crime de falsa perícia, é causa de extinção de punibilidade, e tem caráter exclusivamente pessoal, pois só se justifica pelo arrependimento que encerra e pela índole honesta que manifesta o que faz com que a pena não mais tenha finalidade para seu autor. É, portanto, incomunicável. Denúncia que descreve outros delitos com relação aos quais não se admite a retratação. Recurso ordinário a que se nega provimento. (RHC 58483 SP, rel. Min. Moreira Alves, segunda turma, j. 20/02/1981)

E é nesse posicionamento que o professor Luiz Regis Prado (1994, p. 143) se adequa, ou seja, que o efeito da retratação é circunstância de caráter pessoal e não se estende aos partícipes, “diz respeito tão-somente àquele que se trata ou desdiz”, visto que não se é possível coautoria para o crime de falso testemunho e falsa perícia, ou seja, caso os partícipes quiserem eles também podem se retratar até o proferimento da sentença de primeiro grau pelo juiz.

Sendo assim, havendo a retratação, que não se comunica aos partícipes, antes do proferimento da sentença de primeiro grau no processo que julga o próprio falso, dar-se-á por extinta a punibilidade devendo ser trancado o respectivo processo.

6 AÇÃO PENAL

O Estado busca manter a pacificação e a ordem da sociedade regulamentando, por meio do ordenamento jurídico, os limites às condutas que o livre arbítrio proporciona a todos.

Desta forma foram criadas normas que tutelam determinados bens jurídicos de maneira severa que possuem como sanção aos transgressores uma pena.

Se a infração penal ofende gravemente a ordem ético-jurídica e sendo dever precípua do Estado defendê-la, deve ele proporcionar à sociedade a segurança indispensável para que possa desenvolver-se num clima de liberdade e justiça. (TOURINHO FILHO, 2011, p. 352)

Ou seja, é dever do Estado punir adequadamente e abstratamente (*jus puniendi*) e sem arbitrariedade aquele que transgredir uma imposição legal de acordo com a premissa *nullum crimen, nulla poena sine lege*.

“Quando o direito de punir sai do plano abstrato para o concreto, diz-se que surgiu para o Estado a “pretensão punitiva”. (TOURINHO FILHO, 2011, p.353)

Dessa forma, para obter a pretensão punitiva, o Estado, como já dito, não se valerá arbitrariamente dos meios possíveis para punir o indivíduo, mas tudo deve ocorrer através de um devido processo legal, não podendo ser tal pena aplicada por qualquer outro meio.

“Portanto, qualquer lesão ou ameaça a direito deve ser levada ao conhecimento do Estado-Juiz.” (RANGEL, 2008, p. 212)

Dessarte, se o Estado não pode executar o seu direito de punir, deverá, se pretender fazê-lo, dirigir-se ao Juiz, invocando-lhe a aplicação da *sanctio júris*. E esse direito de se pedir a tutela jurisdicional, que também se assegura ao Estado-Administração para pedir a atuação do Direito Penal objetivo, outra coisa não é senão o direito de ação. (TOURINHO FILHO, 2011, p. 354)

Sendo assim essa ação, segundo Fernando da Costa Tourinho Filho (2011, p. 363):

[...] é um direito contra o Estado. Se o Estado aboliu a vingança privada como forma de composição de litígios e avocou o monopólio da administração da justiça, obviamente surgiu para o cidadão o direito de se dirigir a ele, exigindo-lhe a garantia jurisdicional.

Mesmo entendimento tem o professor Paulo Rangel (2008, p. 214) que define a ação “como sendo um direito subjetivo de se invocar do Estado a prestação jurisdicional, pois, havendo o Estado monopolizado a administração da Justiça, deve dar a cada um o que lhe é devido.”

Essa conceituação de direito de ação abrange tanto a ação penal quanto a civil, o que mais uma vez denota a unidade da disciplina do direito processual como um todo. A diferença entre uma e outra reside tão-somente na natureza da matéria alegada, ou seja, nas normas de direito material que servem de fundamento para o pedido veiculado em uma ou em outra. (Bonfim, 2008, p. 144)

Logo a ação penal nada mais seria do que a busca de uma solução de um litígio perante o Estado-Juiz de um fato que é tido como penalmente relevante, ou seja, deverá estar tipificado legalmente que aquela conduta comissiva ou omissiva é violadora do Direito Penal objetivo.

Nas palavras de Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar (2010, p. 141), a ação penal “é o direito público subjetivo de pedir ao Estado-Juiz a aplicação do direito penal objetivo ao caso concreto.”

Ou seja, como explica novamente o professor Fernando da Costa Tourinho Filho (2011, p. 370):

É um direito *publico subjetivo, determinado* (porque instrumentalmente ligado a um fato concreto); *autônomo* (porque distinto do direito que ele tende a tornar efetivo em juízo); *específico* (porque apresenta um conteúdo, e este nada mais é que a pretensão que se deduz em juízo); e, finalmente, *abstrato*, porque, embora instrumentalmente conexo a um fato concreto, o

direito de ação existe e se exercita, ainda naquelas hipóteses em que o Juiz julga o *petitum* improcedente ou infundado.

6.1 Classificação da Ação Penal

A ação penal, geralmente, é classificada tomando como base um critério subjetivo, ou seja, levando-se em conta o sujeito ativo da ação, aquele que possui a titularidade de promover a ação penal.

“Neste aspecto, as ações subdividem-se em ações penais públicas e ações penais privadas.” (TÁVORA e ALENCAR, 2010, p. 149)

“Assim temos a ação penal pública, promovida pelo Ministério Público; a ação penal privada, exercida pela vítima; a ação penal popular, cujo exercício fica a cargo de qualquer pessoa etc.” (TOURINHO FILHO, 2011, p. 375)

Entretanto, nos explica o professor Edilson Mougenot Bonfim (2008, p. 163) que “privada não é a ação, mas sim a qualificação do sujeito que irá exercê-la. A ação, seja enquanto direito, seja enquanto, seja enquanto poder, é pública mesmo quando exercida por um acusador que não atue em nome do Estado.”

6.1.1 Ação penal pública

A ação penal pública está prevista no ordenamento jurídico no Código Penal em seu artigo 100 e no artigo 24 do Código de Processo Penal, que trazem as seguintes redações:

Art. 100 - A ação penal é pública, salvo quando a lei expressamente a declara privativa do ofendido.

Art. 24. Nos crimes de ação pública, esta será promovida por denúncia do Ministério Público, mas dependerá, quando a lei o exigir, de requisição do

Ministro da Justiça, ou de representação do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo.

Entretanto não quer dizer que pelo fato de estar prevista no Código Penal ela seja de natureza jurídica material ou mista. É o que ensina o professor Paulo Rangel (2008, p. 215):

O fato de a ação estar prevista no Código Penal como no de Processo Penal (cf. arts 100 do CP e 24 do CPP) não pode levar o intérprete a pensar em uma natureza mista. Não. Pois, na medida em que demonstramos a autonomia e a abstração do direito de agir, inclusive que este direito preexiste à prática do delito, claro nos parece que a natureza da norma é, exclusivamente, processual.

Como dito anteriormente, o critério de classificação das ações penais é o critério subjetivo, levando-se em conta o titular da ação penal.

Aqui na ação penal pública o titular desse direito é Ministério Público, que através de seus membros terão o papel de acusadores oficiais do Estado.

Por sua vez a ação penal pública também é subdividida em ação penal pública incondicionada e ação penal pública condicionada.

6.1.1.1 Ação penal pública incondicionada

É a previsão da primeira parte do artigo 24 do Código de Processo Penal.

“A ação penal pública incondicionada é aquela titularizada pelo Ministério Público e que prescinde de vontade da vítima ou de terceiros para ser exercida.” (TÁVORA e ALENCAR, 2010, p. 149)

A ação pública incondicionada é a regra geral em nosso ordenamento jurídico, pois quando observados os tipos penais do direito material, o legislador diferenciou aqueles que seriam procedidos mediante ação penal condicionada ou

ação penal privada, e assim, aqueles outros crimes, então, são procedidos mediante a ação penal pública incondicionada.

Como ensina o professor Fernando da Costa Tourinho Filho (2011, p. 388), “sempre que a lei quer que a ação penal seja promovida pelo Ministério Público, sem qualquer alheia interferência, silencia a respeito.”

A ação é promovida mediante o oferecimento de uma petição que, no caso da ação penal pública incondicionada, essa petição recebe o nome de denúncia.

Qualquer pessoa do povo, nos casos da ação penal pública, poderá provocar a iniciativa do Ministério Público, fornecendo-lhe, por escrito, informações sobre o fato e sua autoria, e indicando o tempo, o lugar e os elementos de convicção (art. 27, CPP). De posse desses dados, o órgão do Ministério Público poderá oferecer a denúncia, que hodiernamente é o único instrumento apto à propositura da ação penal [...] (PRADO, 2007, p. 763)

A denúncia por ser a peça acusatória que dá início ao processo penal deve atender a requisitos formais, pressupostos processuais e condições da ação e tais requisitos formais são encontrados no artigo 41 do Código de Processo Penal e analogicamente os do artigo 282 do Código de Processo Civil.

Os princípios informadores da referida ação são:

- a) **Princípio da obrigatoriedade ou legalidade:** o membro o Ministério Público está obrigado a oferecer a denúncia quando presentes os requisitos do artigo 41 do CPP, não cabendo a ele um “juízo de conveniência ou oportunidade” (TÁVORA e ALENCAR, 2010, p.150), salvo nos casos em que é possível a aplicação da transação penal (art. 76 da Lei 9.099/1995) que visa mitigar o princípio da obrigatoriedade.
- b) **Princípio da indisponibilidade:** uma vez oferecida a denúncia e iniciada a ação penal, não pode o membro do Ministério Público dela dispor ou abandoná-la, conforme o artigo 42 do CPP. “Não pode o órgão ministerial, sequer, desistir do recurso interposto (art. 576, CPP), afinal, a fase recursal é um

desdobramento do direito de ação.” (TÁVORA e ALENCAR, 2010, p.150)

Isso ocorre porque a ação penal não pertence ao Ministério Público. Ele tem apenas o exercício de agir em nome da sociedade buscando a pacificação social.

Não quer dizer que o Ministério Público busque somente a condenação do réu, mas, muito pelo contrário, ele é um órgão que visa a justiça, e pode, assim pleitear pela absolvição do réu.

Entretanto há uma exceção a esse princípio que está prevista na Lei 9.099/1995 no artigo 89, um benefício chamado de suspensão condicional do processo.

- c) **Princípio da oficialidade:** o Estado avocou para si o direito de punir o transgressor da lei, ou seja, é estatal a pretensão punitiva, e dessa forma “a persecução penal *in juízo* está a cargo de um órgão oficial, qual seja, o Ministério Público.” (TÁVORA e ALENCAR, 2010, p. 151)
- d) **Princípio da autoritariedade:** o membro do Ministério Público é autoridade pública.
- e) **Princípio da oficiosidade:** o membro do Ministério Público deve atuar *ex officio*, ou seja, independe de autorização para instaurar-se.
- f) **Princípio da indivisibilidade:** entende-se que o a ação penal deve ser proposta em face de todos aqueles que figuraram como sujeitos ativos do delito, ou seja, o membro do Ministério Público deve ofertar denúncia em face de todos envolvidos.

Entretanto há uma posição doutrinária que é adepta ao princípio da divisibilidade entendendo que o promotor pode oferecer denúncia em face daqueles que já houver indícios de autoria, enquanto aos outros, após reunir provas com a continuidade das investigações, poderia aditar a denúncia e incluí-los no pólo passivo da ação.

É esse o entendimento que vem prevalecendo no Superior Tribunal de Justiça e no mesmo sentido é o entendimento do professor Edilson Mougenot Bonfim (2008, p. 168):

A posição do tribunal superior chancela a majoritária da jurisprudência, que reconhece ser a ação penal pública regida pelo *princípio da divisibilidade*. Dessa forma, especialmente em casos complexos em que estejam envolvidos diversos investigados, o Ministério Público poderá oferecer denúncia em face daqueles acerca dos quais houver reunido indícios suficientes de autoria. Com a continuidade das investigações, poderá, mais tarde, aditar posteriormente a denúncia para a inclusão de co-réu(s), ou mesmo propor, separadamente, nova ação penal contra os indivíduos cuja autoria somente venha a ser suficientemente esclarecida em ocasião posterior.

Todavia é pacífico que o membro do *Parquet* não pode, discricionariamente, escolher contra quem deixar, ou não, de oferecer a denúncia.

- g) **Princípio da intranscendência:** a ação penal só pode ser promovida em face daquele que infringiu uma norma do direito material. “Sendo a responsabilidade criminal essencialmente subjetiva, a demanda não pode prejudicar terceiros que não tenham concorrido de alguma forma para o cometimento da infração.” (TÁVORA e ALENCAR, 2010, p. 152)

Sendo assim, voltando para os crimes que foram citados anteriormente e que são passíveis de retratação, tem-se que o crime elencado no artigo 342 do Código Penal, de acordo com o estudado, é um crime de ação penal pública incondicionada, visto que o legislador silenciou sobre a modalidade de ação penal a ser promovida quando da ocorrência do delito de falso testemunho ou falsa perícia. Também o crime de injúria real, previsto no artigo 140, parágrafo segundo do Código Penal, e subespécie do delito de injúria, a ação penal é pública incondicionada caso resulte alguma lesão de natureza grave, entretanto se tal lesão, ou lesões, for de natureza leve, a ação se procederá somente mediante a representação do ofendido, e se não houver lesão alguma, apenas as vias de fato (artigo 21 do Decreto-lei 3.688/41) a ação penal será privada.

6.1.1.2 Ação penal pública condicionada

É a previsão da segunda parte do artigo 24 do Código de Processo Penal.

Tal ação também tem como titular o Ministério Público, mas aqui não pode agir *ex officio* sob pena de nulidade se assim proceder a denúncia.

Nas palavras dos professores Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar (2010, p. 152):

A ação penal pública condicionada é também titularizada pelo Ministério Público; afinal, trata-se de ação pública. Entretanto há uma ofensa à vítima em sua intimidade, para o seu exercício válido, o legislador optou por condicioná-la a um permissivo externado por esta ou seu representante legal, permissivo este tecnicamente denominado representação. Pode, ainda, a permissão, ser dada na forma de requisição oriunda do Ministro da Justiça, por uma opção cabalmente política, a exemplo das ações deflagradas com o propósito de apurar crime cometido contra a honra do Presidente da República e de chefe de governo estrangeiro (art. 141, inciso I, c/c art. 145, parágrafo único, CP).

Sendo assim, a ação penal pública condicionada é uma exceção no Código, pois, como já visto anteriormente, a regra é que as ações penais sejam públicas incondicionadas, que serão aplicadas sempre que o legislador silenciar a respeito.

Por sua vez quando o legislador expressar no tipo penal “mediante representação”, como, por exemplo, no parágrafo único do artigo 147 do Código Penal, ou então “mediante requisição”, como, por exemplo, no parágrafo único do artigo 145 do Código Penal, está querendo dizer que a ação a ser aplicada nesses casos é pública condicionada.

Aqui a ação permanece nas mãos do membro do *Parquet*, todavia esse não poderá promovê-la enquanto não houver a condição de procedibilidade imposta, quais sejam: a representação ou a requisição; e “diante da representação, analisa se

estão presentes os requisitos legais, para só então oferecer denúncia.” (TÁVORA e ALENCAR, 2010, p. 156)

É o que salienta o professor Luiz Regis Prado (2007, p. 765) que a representação é uma “figura de direito processual, que pode ser inserida entre as condições de procedibilidade, ou condições específicas da ação penal” e sem ela a persecução penal não se inicia, ou seja, a representação é uma autorização do ofendido ao Ministério Público para que se proceda à investigação de um fato criminoso.

“Não pode haver a propositura da ação, e também não pode sequer ser iniciado o inquérito policial, afinal o legislador conferiu à vítima a faculdade de autorizar ou não o início do procedimento.” (TÁVORA e ALENCAR, 2010, p. 153)

Entende-se que a condição de procedibilidade visa tornar possível a ação penal contra o transgressor da lei.

Entretanto “a norma que disciplina a representação é de direito processual, mas a ela se aplicam as regras de Direito Penal intertemporal, em razão da sua profunda vinculação ao direito de punir.” (PRADO, 2007, p. 766)

Isso ocorre porque se a representação, caso não feita em tempo razoável, que é no prazo de seis meses a partir da data do conhecimento da autoria do crime, levará à decadência, que, de acordo com o artigo 107 do Código Penal, é uma causa de extinção da punibilidade.

O legislador deu essa opção ao ofendido para que não tenha ferida a sua intimidade em razão da ação penal, já que “muitas vezes o constrangimento de reconstruir os fatos e expor a intimidade em juízo ou na delegacia é mais desgastante do que a própria impunidade do criminoso.” (TÁVORA e ALENCAR, 2010, p. 153)

Importante ressaltar que a representação é uma peça sem rigor formal e poderá ser destinada à autoridade policial, ao Ministério Público, ou ao próprio juiz de acordo com o artigo 39 do Código de Processo Penal.

De acordo com o STJ, caso a vítima apresente queixa-crime por equívoco, imaginando tratar-se de crime de iniciativa privada, esta pode validamente ser tomada como representação, havendo a constatação de que na verdade

se trata de crime de ação pública condicionada. Tal é o desapego ao formalismo, nitidamente desnecessário. (TÁVORA e ALENCAR, 2010, p. 153)

Também conforme o artigo 39 do Código de Processo Penal Brasileiro, a titularidade da representação pertence tanto ao ofendido, como a quem o possa representar por meio de procuração com poderes especiais.

Importante se faz ressaltar que, caso a vítima não tenha ainda completado sua maioridade, seu representante legal poderá apresentar a representação. Porém, se durante o prazo decadencial de seis meses a vítima completar os 18 anos de idade, terá de volta esse prazo em sua integralidade, isto é, o prazo de seis meses voltará a correr do início, sem importar o tempo já decorrido quando da representação de seu representante legal.

Nestes termos, preceitua Edilson Mougnot Bonfim (2008, p. 170-171):

Há certa discussão, entretanto, no caso da completação de 18 anos pelo menor após transcorrido o prazo de seu representante legal.

Parcela da doutrina, com fulcro na Súmula 594 do STF, sustenta que não há deflagração do prazo para o menor até que atinja a maioridade civil, existindo, portanto, dois prazos decadenciais – o primeiro, do representante legal, contado da data do conhecimento da autoria; o segundo, do menor, após o atingimento da maioridade civil.

Todavia, o próprio autor supracitado entende de maneira diversa. Transcorrendo o prazo decadencial de seis meses sem qualquer manifestação do representante legal do menor, o dever de punir do Estado deixa de existir, sendo extinta, em razão disso, a punibilidade do autor do delito. Permitir que a vítima, ao completar 18 anos pudesse ter novamente o prazo para representação, acarretaria em insegurança jurídica (MOUGENOT, 2008, p. 171)

Com base no artigo 24, §1º do Código de Processo Penal, se a vítima vier a falecer posteriormente ou em consequência do próprio delito, o direito de representação passará a ser de seu cônjuge, descendente, ascendente ou irmão, respectivamente. Já se a vítima for absolutamente incapaz e não puder ser representada por seu representante legal, ser-lhe-á nomeado curador especial para que este realize, caso seja conveniente, o direito de representação em favor

daquela. Essa regra está descrita no artigo 33 do Código de Processo Penal, referente à ação penal privada, mas aplicada por analogia no presente caso.

“É sempre bom frisar que o curador não está obrigado a representar. Cabe a ele ponderar a conveniência ou não da representação em face dos interesses da vítima.” (TÁVORA e ALENCAR, 2010, p. 155)

Em decorrência do princípio da indivisibilidade da ação penal, caso a representação seja feita apenas contra um dos autores do delito, o Ministério Público tem o dever de denunciar todos os integrantes da conduta criminosa, como exemplifica e explica o professor Fernando da Costa Tourinho Filho (2011, p. 426):

Assim, se Mévio, funcionário público, foi caluniado em razão de suas funções por A e B, a representação feita apenas em relação a A deve abranger a ambos. Se, entretanto, no prazo legal (CPP, art. 25), quem fez a representação vier a se retratar, não será oferecida denúncia contra nenhum. Aplica-se, por analogia, o disposto no art. 49 do mesmo diploma processual. Mas, não havendo a retratação por quem de direito, lícito será ao Promotor oferecer denúncia contra ambos. Não fosse assim, permitir-se-ia aos ofendidos um direito de vingança. Tratando-se de ação penal privada, há texto expresso a respeito da indivisibilidade da ação penal. É o art. 48. No que tange à ação penal pública incondicionada, ou condicionada (desde que satisfeita a condição), não havia, como não há, necessidade de texto semelhante. O princípio da indivisibilidade é consectário lógico da ação pública.

Logo, lendo a explicação do professor Tourinho Filho, observa-se que há a possibilidade de retratação da representação, isso porque a “representação está adstrita à conveniência do ofendido, uma vez apresentada, é possível que ele se arrependa, volte atrás.” (TÁVORA e ALENCAR, 2011, p. 157)

Entretanto a representação só pode ser feita, como preceitua o artigo 25 do Código de Processo Penal, até o oferecimento da denúncia pelo Ministério Público, mesmo que o juiz não a tenha recebido ainda.

A exceção a essa regra vem da Lei dos Juizados Especiais (Lei 9.099/95) conforme o entendimento do professor Tourinho Filho (2011, p. 422):

[...] se o crime for de menor potencial ofensivo, não tendo havido a composição dos danos na audiência preliminar de que trata o art. 72 da Lei 9.099/95, feita a representação e ofertada a denúncia, ainda será possível a transação, nos termos do art. 79 desse diploma. Logo, esse acordo (*rectius*:

essa transação) na fase do procedimento sumaríssimo, mesmo tendo sido feita a representação e promovida a ação penal, funcionaria como “excepcional retratação após a denúncia” e ao mesmo tempo como exceção ao princípio da indisponibilidade da ação penal pública de que cuida o art. 42 do CPP.

A maioria doutrinária entende também que é possível a retratação da retratação, ou seja, em simples palavras, quem realizou a representação e posteriormente retratou-se, pode novamente rerepresentar a representação, quantas vezes quiser desde que não exceda o prazo decadencial de seis meses que começa a correr a partir da data do conhecimento da autoria do fato típico, ilícito e culpável.

Divergentemente tem-se o entendimento do professor Tourinho Filho que sustenta ser a retratação semelhante à renúncia e apresenta consequência idêntica às causas extintivas de punibilidade.

A retratação na hipótese assemelha-se, em tudo e por tudo, à renúncia, e, assim, devem os autos ser arquivados, em face da ausência de representação, condição a que se subordina, às vezes, o *jus accusationis*. Permitir a retratação da retratação é entregar ao ofendido arma poderosa para fins de vingança ou outros inconfessáveis. (TOURINHO FILHO, 2011, p. 423-424)

Inovação legislativa trouxe a Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006) que tratou especificamente sobre a retratação da representação aos crimes ocorridos no âmbito doméstico e familiar em face da mulher.

“Prevê que só será admitida a renúncia à representação perante o juiz, em audiência especialmente designada com tal finalidade, antes do recebimento da denúncia e ouvido o Ministério Público.” (TÁVORA e ALENCAR, 2010, p. 157)

Além da representação, a ação penal pública condicionada também pode estar adstrita à requisição do Ministro da Justiça.

A ação penal continua sendo pública, já que é promovida pelo Ministério Público, entretanto a condição de procedibilidade é que o Ministro da Justiça requisite a instauração do processo ao membro do *Parquet*.

Nos dizeres de Mougenot (2008, p. 175):

A requisição é prevista como condicionante para o exercício da ação penal em certos crimes de cunho eminentemente político (crimes contra a honra praticados contra o Presidente da República, ou contra chefe de governo estrangeiro, por exemplo), motivo pelo qual se justifica que a persecução penal fique condicionada ao prudente arbítrio do Ministro da Justiça, que julgará a conveniência e oportunidade de que seja ajuizada ação penal para cada caso que se lhe apresente.

Ao contrário do que existe para a representação, não existe prazo decadencial para apresentar a requisição, já que a lei silenciou sobre o assunto e assim leva ao entendimento que enquanto não ocorrer a extinção da punibilidade do crime que é passível de requisição do Ministro da Justiça, esta poderá ser exercida a qualquer tempo, sendo endereçada ao Ministério Público na pessoa de seu Procurador Geral.

A requisição como a representação não exige formalidades excessivas já que o próprio Código de Processo Penal não impôs nada, todavia é natural que “deva indicar a qualidade da vítima, a qualificação, se possível, do autor da infração penal e a exposição do fato.” (TOURINHO FILHO, 2011, p. 460)

Quanto à retratação da requisição, a doutrina acaba divergindo-se em duas correntes.

A primeira corrente tem o entendimento de que se é possível a retratação da representação, também deve ser estendido, analogicamente, o entendimento do artigo 25 do Código de Processo Penal e pode ser aplicada a retratação da requisição ministerial.

Jorge Alberto Romeiro apud Fernando da Costa Tourinho Filho (2011, p. 461) tem esse entendimento e acentua:

Os motivos de relevante interesse público que vinculam à conveniência do governo a ação penal nos casos especificados em lei, podem ocorrer ou ser vislumbrados após a requisição do Ministro da Justiça, mas antes de se haver iniciado a ação penal pela denúncia do Ministério Público.

Por outro lado o professor Fernando da Costa Tourinho Filho (2011, p. 461) dissente do jurista acima, ensinando:

Ora, se o legislador quisesse, também tornar retratável a requisição ministerial, tê-lo-ia feito no próprio corpo do art. 25 ou em seu parágrafo. Silenciou a respeito, numa demonstração inequívoca de considerar a requisição irrevogável, irreatável, uma vez encaminhada ao Ministério Público. Fosse ela retratável, não se compreenderia que, no art. 24 do CPP, falasse o legislador em requisição e representação como condições para o exercício da ação penal nos casos expressos em lei e, no art. 25, vale dizer, imediatamente em seguida, se houvesse limitado, estritamente, à retratação da representação. Tal circunstância constitui prova eloqüente de não ter querido o legislador estender a retratação à requisição.

Ademais, a requisição não se subordina a qualquer prazo, podendo ser encaminhada ao Ministério Público enquanto não esteve extinta a punibilidade pela prescrição ou por outra qualquer causa, tendo, assim, o Ministro da Justiça tempo suficiente para sopesar a conveniência ou inconveniência da propositura da ação.

Outro argumento que a posição que entende ser possível a retratação utiliza é que a requisição é “um ato administrativo de cunho político, admitindo-se o seu desfazimento (retratação)” (TÁVORA e ALENCAR, 2010, p.158), entretanto, novamente o professor Tourinho Filho (2011, p.462) discorda e ensina:

Um ato administrativo, como é a requisição, partindo do governo por meio do Ministro da Justiça, há de ser, necessariamente, um ato que se reveste de seriedade. Dispondo de larga margem de tempo para encaminhá-lo ao Ministério Público, de certo terá oportunidade para julgar suas vantagens e desvantagens, da sua conveniência ou inconveniência.

A revogação ou retratação demonstraria que a prematura requisição foi furto de uma irreflexão, de uma leviana afoiteza, o que não se concebe, não só porque o ato proveio do governo, como também pelo dilatado espaço de tempo que dispôs para expedi-lo.

A requisição, assim como a retratação não passa de uma condição de procedibilidade, como já visto anteriormente e sendo assim, após ofertada ao Ministério Público não quer dizer que será oferecida denúncia pelo membro do *Parquet*, isto é, a *opinio delicti*, não será feita apenas com base na requisição ou na própria representação, cabendo ao órgão do Ministério Público agir das seguintes maneiras:

- a) Oferecer a denúncia;
- b) Requerer a decretação da extinção da punibilidade;
- c) Requerer o arquivamento;

- d) Requerer à polícia ou a quem de direito diligências que entenda imprescindíveis para oferecer a denúncia de acordo com o artigo 47 do CPP;

Novamente em decorrência do princípio da indivisibilidade da ação penal, caso a requisição seja feita apenas contra um dos autores do delito, o Ministério Público tem o dever de denunciar todos os integrantes da conduta criminosa.

Assim como a representação, o entendimento majoritário é no sentido de que a requisição ministerial também goza de eficácia objetiva, e por consequência, se não forem contemplados todos os criminosos, poderá o Ministério Público, de pronto, denunciar os que não foram enquadrados, sem a necessidade de aditamento pelo Ministro da Justiça. (TÁVORA e ALENCAR, 2010, p.159)

Vale a pena observar que a retratação que foi tratada neste tópico não é a mesma retratação que é referida no inciso VI do artigo 107 do Código Penal como salienta o professor Tourinho Filho (2011, p. 423):

Insta acentuar, por último, que a retratação a que se refere o art. 25 do CPP não é aquela de que cuida o inc. VI do art. 107 do CP. Aqui, é o *agente* quem se retrata, é o autor do crime quem se desdiz, e tal retratação, nos casos permitidos em lei, constitui, expressamente, causa extintiva de punibilidade.

Logo, divergindo, na hipótese do artigo 25 do Código de Processo Penal, a retratação que se é permitida é feita por quem fez a representação, ou seja, a retratação é feita pelo próprio ofendido ou por seu representante legal.

O crime de injúria discriminatória, uma subespécie do crime de injúria, tipificado no artigo 140, parágrafo terceiro do Código Penal a ação penal é pública condicionada à representação, visto o disposto no parágrafo único do artigo 145 do mesmo ordenamento jurídico.

6.1.2 Ação penal privada

Como já vimos em regra a ação penal é pública e incondicionada e sempre exercida pelo Ministério Público, porém, em certos casos, a própria lei reserva o exercício da ação ao particular.

Essa reserva é a chamada ação penal privada cuja diferença única e exclusiva em relação à ação penal pública é quanto a legitimidade de ação que é conferida ao ofendido (*jus accusationis*), restando ainda ao Estado o direito de punir (*jus puniendi*).

Mougenot (2008, p. 178) retrata que a denominação – ação penal privada – pode nos induzir a erro, pois “a ação penal, seja de iniciativa pública, seja a de iniciativa privada, é sempre direito público, uma vez que exercido perante um poder público”, ou seja, o *jus puniendi* não se é transferido ao particular, somente a titularidade de promover a ação, tanto assim que o exercício arbitrário das próprias razões é tipificado penalmente no artigo 345 do Código Penal.

Por isso se diz que, nas hipóteses de ação privada, o particular é parte extraordinária legítima para agir, porquanto comumente, ordinariamente, a parte legítima para intentar a ação penal é o titular do interesse em litígio, vale dizer, o Estado. (TOURINHO FILHO, 2011, p. 518)

A ação penal privada é norteada pelos seguintes princípios informadores:

- a) **Princípio da oportunidade ou conveniência:** diferentemente do princípio da obrigatoriedade que rege a ação penal pública, na ação penal privada, em contraposição, vige o princípio da oportunidade ou conveniência, isto é, à vítima do delito é conferida a faculdade em promover ou não a ação penal, o processo só será iniciado caso julgar conveniente para si o ajuizamento da ação penal.

Caso a vítima ou seu representante não desejar ajuizar a ação penal poderá, então, ocorrer os efeitos do prazo decadencial de seis meses para ofertar a queixa.

Além da decadência pode haver a renúncia, tácita ou expressa, da vítima do seu direito de ação contra o seu ofensor que terá então, por consequência, uma causa extintiva de punibilidade, e quando renunciado o direito contra um dos autores aos outros será estendido o benefício de acordo com o artigo 49 do Código de Processo Penal.

- b) **Princípio da disponibilidade:** em contrapartida ao princípio da indisponibilidade da ação penal pública, aqui, na ação penal privada, vige o princípio da disponibilidade, ou seja, mesmo depois de intentada a ação penal contra o ofensor, o ofendido poderá dela dispor e desistir da lide, quer perdoadando-o ou abandonando a causa dando lugar à perempção.

Ensina-nos o professor Tourinho Filho (2011, p. 524):

Antagônico a tal princípio é o da indisponibilidade, que rege a ação penal pública. Nesta, o órgão do Ministério Público dela não pode dispor, porquanto ela não lhe pertence, e sim ao Estado. Ora, o órgão do Ministério Público não pode dispor de algo que não lhe pertence. Incisivo, a respeito, o art. 42 do CPP.

Tratando-se de ação penal privada, esta pertence ao ofendido ou a quem legalmente o represente, e, assim, poderá o seu titular usá-la se quiser e, mesmo iniciada, dela poderá dispor, seja pelo perdão, seja pela perempção.

Além disso, de acordo com o artigo 106, parágrafo segundo do Código Penal, pode, o perdão, ser dado ao réu pelo titular da ação mesmo depois de proferida a sentença desde que não tenha sido transitada em julgado.

- c) **Princípio da indivisibilidade:** o titular da ação penal privada é o particular, sendo assim, tem o direito de escolher se ajuizará ou não a ação. Entretanto, uma vez decido pelo ajuizamento da ação, não poderá decidir em face de um autor em detrimento do

outro, devendo, portanto, ajuizar a ação contra todos os autores, pois está expressamente no Código de Processo Penal, em seu artigo 48, o reconhecimento do princípio da indivisibilidade da ação penal privada.

Todavia se o particular não promover a queixa contra todos os autores do fato criminoso, como se procederá? Em relação a isso a doutrina e a jurisprudência possuem três entendimentos divergentes:

O primeiro entendimento é que quando for oferecida queixa contra apenas um em detrimento dos demais autores do fato típico, poderá o membro do *Parquet*, cumprindo seu dever de fiscal da lei, aditar a queixa incluindo os outros que foram omitidos. Nesse sentido é o entendimento do professor Tourinho Filho (2011, p. 525):

Se A, por exemplo, teve seu veículo danificado por X, Y e Z, a ação penal privada poderá ser promovida pelo ofendido contra todos. O ofendido, é certo, proporá a ação penal, se quiser, do contrário os danificadores ficarão absolutamente impunes. O que não se concebe, sob pena de serem desvirtuados aqueles motivos de política criminal que determinaram a adoção da ação penal privada, é poder o ofendido processar somente um dos culpados. Se o ofendido oferecer queixa apenas contra um, cumpre ao órgão do Ministério Público, velando pelo princípio da indivisibilidade da ação penal, aditar a queixa, isto é, nela incluir os que haviam sido excluídos.

Há também aqueles que entendem não ser possível ao Ministério Público aditar a queixa, pois não é parte legítima para tanto na ação penal privada, atuando apenas como fiscal da lei. Sendo assim, a omissão do particular em promover a queixa contra todos os autores do delito importaria em renúncia contra eles por força do artigo 49 do Código de Processo Penal, ou seja, se acaso apenas um for relatado na queixa e outro autor não, a renúncia será estendida aos dois.

Por fim tem-se uma terceira corrente que é, de certa forma, uma teoria mista das duas outras correntes apresentadas.

Para essa corrente, embora seja vedado ao membro do Ministério Público aditar a queixa incluindo os autores que foram omitidos pelo ofendido, poderia nesse caso então o *Parquet* abrir oportunidade ao titular da ação para aditar sua queixa e caso de não aditá-la incorrerá em renúncia em face de todos os autores. Nesse sentido é o que retrata Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar (2010, p. 164):

O Ministério Público, como fiscal do princípio da indivisibilidade, não pode aditar a queixa crime, lançando novos réus no processo, pois lhe falta **legitimidade ativa *ad causam***. Tendo o Ministério Público vista dos autos na ação de iniciativa privada (art. 45, CPP), e percebendo o órgão ministerial que o particular omitiu-se dolosamente em processar todos os envolvidos, resta, em parecer, manifestar-se pela extinção da punibilidade, afinal, quando o querelante ajuíza a ação lançando no pólo passivo apenas parte dos envolvidos, mesmo sabendo da existência de outros e tendo elementos para processá-los (justa causa), estará renunciando ao direito de ação quanto àqueles que deixou de processar, e como já visto, a renúncia beneficia todos os envolvidos.

Já se a omissão do querelante foi involuntária, resta ao MP, ainda em parecer, manifestar-se para que o querelante se posicione quanto a sua omissão, cabendo a ele a opção entre aditar ou não a queixa crime. Promovendo o aditamento, o processo segue seu curso regular. Não fazendo, incorrerá em renúncia, o que desaguará na extinção da punibilidade (art. 107, V, CP).

Outro caso em que a doutrina teve que propor uma solução é quando não se sabe quem são todos os autores do crime. Nesse caso não se pode esperar que o querelante fique aguardando toda a investigação, correndo o risco de perder o prazo de seis meses para promover a queixa, até que se saiba quem são todos os autores. Sendo assim a solução ensejada seria, nas palavras de Mougenot (2008, p. 181):

[...] a queixa seja oferecida, tão logo o deseje o querelante, em face daqueles acerca de quem já existam indícios suficientes de autoria. Mais tarde, a queixa poderá vir a ser aditada para que constem os demais autores da prática delituosa, conforme venham estes a ser conhecidos. Se já iniciada a instrução, deverão ser novamente realizados os atos a ela referentes, ao menos com relação aos novos querelados. Se, no entanto, já houver sido prolatada sentença, somente restará a possibilidade de que se

ajuíze nova ação, que deverá tramitar perante o mesmo juízo que houver julgado os demais querelados.

- d) **Princípio da intranscendência ou da pessoalidade:** por este princípio, que é comum a todas as ações penais, tem-se que a ação só pode atingir aos autores do fato criminoso, não podendo alcançar, desse modo, terceiros, bem como familiares.

Sendo assim podem propor a ação penal privada o ofendido ou seu representante legal, de acordo com o artigo 30 do Código de Processo Penal, e em caso de morte do ofendido aplica-se a regra do artigo 31 do mesmo diploma, ou seja, praticamente tudo que foi dito em relação à titularidade para representar, também se aplica para a apresentação da queixa crime.

A queixa crime é a inicial acusatória para os delitos que o Código Penal determinar e que serão processados mediante a ação penal privada e também deve respeitar o artigo 41 do Código de Processo Penal, mas não está sujeita a uma formalidade extrema, devendo ser ofertada dentro do prazo decadencial de seis meses contados a partir do conhecimento sobre a autoria do fato criminoso e não sendo a instauração de inquérito policial fato que interrompe o decurso desse prazo.

Os crimes contra a honra, os quais foram tratados anteriormente, são, em regra geral, de ação penal privada tendo em vista do bem jurídico que é tutelado pelo direito e, como já dito, o legislador permitiu ao ofendido a faculdade de intentar a ação penal ou não tendo em vista o *strepitus iudicii*, ou seja, o escândalo que a ação pode causar perante a sociedade ser muito maior que o próprio crime que lhe fora cometido, objetivando, assim a proteção da vítima.

7 PROCEDIMENTO ESPECIAL

Além de tudo que já foi observado sobre a ação penal, os crimes contra a honra do Código Penal, de ação penal privada, possuem um procedimento especial, diferenciado que se inicia no artigo 519 do Código de Processo Penal e vai até o artigo 523 do mesmo diploma legal.

Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar (2010, p. 727) nos ensinam que:

[...] o procedimento especial para os crimes contra a honra do Código Penal – referidos como “de calúnia ou injúria” pelo CPP, incluindo-se também a difamação –, de competência do juiz singular, este rito se particulariza notadamente pela previsão de tentativa conciliatória que deverá preceder o recebimento da queixa, onde as partes serão ouvidas “separadamente, sem a presença dos seus advogados, não se lavrando termo” (art. 520, CPP). Verificando a probabilidade de conciliação, o juiz, depois de ouvi-los em separado, “promoverá entendimento entre eles, na sua presença” (art. 521, CPP). Neste caso, percebendo a viabilidade da harmonia, é de bom tom que admita o acesso dos advogados à audiência.

Caso então ocorra a conciliação, a queixa será arquivada e haverá extinção da punibilidade do querelado, entretanto se o querelante não comparecer nessa audiência de conciliação há dois entendimentos quanto ao decorrer ou não do processo. O primeiro entendimento é de que deve ser reconhecida a perempção como sanção ao querelante extinguindo-se, assim, a punibilidade do querelado. O outro entendimento é que não ocorre a perempção e o juiz receberá a queixa, como o julgado do STJ:

Ementa – PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. CRIMES CONTRA A HONRA. AUDIÊNCIA DE CONCILIAÇÃO. ART. 520 DO CPP. NÃO COMPARECIMENTO DO QUERELANTE. PEREMPÇÃO. INOCORRÊNCIA. O não comparecimento do querelante à audiência de conciliação prevista no art. 520 do CPP não implica na ocorrência da perempção visto que esta pressupõe a existência de ação penal privada em curso, o que se dá apenas com o devido recebimento da exordial acusatória. Recurso desprovido. (Recurso Especial nº 605871/SP, rel. Min. Felix Fischer, 5ª Turma, j. 14/06/2004)

Todavia quanto à ausência do querelado na audiência de conciliação o juiz pode designar a condução coercitiva do mesmo, ou então julgar de plano sobre o recebimento ou não da queixa crime. Se recebida a inicial acusatória (queixa crime) será procedido a citação do querelado para responder a acusação no prazo de dez dias, conforme o disposto no artigo 396 do Código de Processo Penal, podendo apresentar exceção da verdade, nos casos permitidos em lei (calúnia e difamação) nos termos do artigo 523 do Código de Processo Penal e após seguirá os ditames do procedimento sumário.

Entretanto, é crescente, dentro do mundo do direito, críticas à ação penal privada alegando que o que leva o particular a promover a ação penal não é a defesa social e nem uma reeducação do ofendido, mas sim um interesse de vingança ou então de um interesse pecuniário e, além disso, há alegações que o direito material ao qual tutelam é ramo de Direito Público e assim todas as ações deveriam ser públicas.

Por outro lado, contra esses argumentos rebate o professor Tourinho Filho (2011, p. 520):

Assim, conclui-se que os argumentos contrários não resistem a uma análise. Não somos partidários da ação penal privada, analisada sob o prisma da conveniência ou vantagem para uma melhor defesa social. Deveria ela ser reservada a umas pouquíssimas infrações, como ocorre no Direito argentino e no Direito alemão, ou, então, nesses pouquíssimos casos, condicionar a propositura da ação à representação, à maneira do Direito francês e do Direito italiano.

Continua, também, o professor Tourinho Filho (2011, p. 521):

Na verdade, se levarmos as nossas abstrações às última consequências, concluiremos que toda ação penal é pública, não porque o Direito que se pretende realizado seja o Penal, ramo do Direito Público, mas sim porque o direito de ação nada mais é senão um direito público, subjetivo, posto que destinado a provocar a atividade do Estado-Juiz.

Ora, sendo a ação penal um direito público subjetivo do particular ou do próprio Estado em face do próprio Estado, não se lhe pode negar o caráter publicístico.

Atualmente há em tramitação no Senado Federal o projeto de Lei 156 de 2009 que visa alterar o Código de Processo Penal extinguindo-se assim a ação penal privada e transformar aqueles crimes em crimes de ação penal pública condicionada à representação.

8 CRIMES CONTRA A HONRA DO FUNCIONÁRIO PÚBLICO

Através da leitura do parágrafo único do artigo 145 do Código Penal, temos que os crimes contra a honra cometidos em face de funcionário público são processados mediante ação penal pública condicionada à representação ao Ministério Público.

Contudo o Supremo Tribunal Federal, visando uma maior tutela à honra do funcionário público, firmou um entendimento que a ação penal não será somente pública condicionada à representação, conforme o parágrafo único do artigo 145 do Código Penal, mas também poderá ser intentada exclusivamente pelo ofendido através da ação penal privada, havendo, então uma legitimidade concorrente.

Para tanto, foi editada a súmula 714 que prevê que “é concorrente a legitimidade do ofendido, mediante queixa, e do Ministério Público, condicionada à representação do ofendido, para a ação penal por crime contra a honra de servidor público em razão do exercício de suas funções”.

O professor Tourinho Filho (2011, p. 449), por sua vez, não vê essa possibilidade legislativa do judiciário como correta:

Não nos parece correto esse entendimento pela falta de respaldo legal. Com a devida vênia, tal posicionamento, a nosso juízo, implica colossal enormidade. O fato de a Magna Carta, no seu art. 5º, X, assegurar a inviolabilidade da honra das pessoas não colide com a regra do parágrafo único do art. 145 do CP ao admitir, para as hipóteses de crimes contra a honra de funcionário público em razão da função, a ação penal pública condicionada à representação. Pelo contrário até, apresenta dupla segurança: ao tempo em que resguarda a autoridade do Poder Público e a responsabilidade de seus agentes, como bem o disse o Min. Prado Kelly (*RTJ*, 41/36), de outra banda preserva a honorabilidade do ofendido, como cidadão.

A razão para que os crimes contra a honra cometidos em face do funcionário público no exercício de função sejam processados mediante ação pública condicionada à representação se dá porque há dois interesses, quais são,

de um lado a “dignidade individual, e, do outro, a respeitabilidade e o prestígio da função por ele exercida em nome e por delegação do Estado.” (TOURINHO FILHO, 2011, p. 450)

Caso seja dada ao funcionário público a titularidade da ação, esse prestígio da administração pública ficaria a sua disposição e também toda a disponibilidade que a ação privada possui, como por exemplo, a renúncia e a perempção.

Por outro lado, devido a súmula já mencionada acima do STF, essa questão não tem interesse algum visto que já está pacificado o sentido de que há uma legitimidade concorrente para esse caso.

Desta forma surgem algumas questões interessantes, como por exemplo, se acaso o funcionário público que teve maculada sua honra no exercício de sua função representar ao Ministério Público e este promover o arquivamento, ou então este deixar de oferecer a denúncia no prazo legal, poderá então promover a queixa crime, já que concorrentemente possui a titularidade da ação penal, desde que dentro do prazo decadencial de seis meses após o conhecimento da autoria do fato criminoso.

Nesse mesmo sentido tem-se o ensinamento de Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar (2010, p. 171):

Ao nosso sentir, a jurisprudência sumulada é clara quando professa ser a legitimidade concorrente e não subsidiária. Ao representar, o funcionário não se despiu de legitimidade, reservando-se neste caso, desde que atendido o prazo decadencial, a ofertar a ação privada, caso a manifestação ministerial pelo arquivamento seja contrária às suas pretensões.

Divergentemente a essa questão sobre a concorrência da titularidade, tem-se o entendimento do professor Tourinho Filho (2011, p. 451):

[...] feita a representação, se o Ministério Público deixar de ofertar a denúncia no prazo legal, o funcionário ofendido poderá, suprindo-lhe a inércia, ofertar queixa... mas queixa subsidiária, e, como tal, não admite perdão, não tolera desistência, tampouco perempção.

Contudo, conforme o próprio professor Fernando da Costa Tourinho Filho diz, essas questões não são mais relevantes para esse embate, já que o STF sumulou a respeito da própria concorrência.

Interessante também seria quanto à retratação que existe para os crimes de calúnia e difamação, pois, como já se sabe somente se pode retratar quando o próprio legislador expõe o benefício e, sendo assim, Amauri Pinto Ferreira (2000, p. 97) tem o entendimento, nesses casos, que “a retratação só cabe em ação penal privada, pois o Código se refere a querelado, réu na ação penal privada” não cabendo, portanto, na ação penal condicionada à representação.

Seguindo essa linha de pensamento, caso seja somente cabível em ação penal privada, se o funcionário público representar ao Ministério Público, o réu não terá como desdizer do que disse, e além do mais, por ser a ação penal pública, então regida pelo princípio da indisponibilidade, não se poderia dispor ou ser abandonada.

Por sua vez, se promovesse a queixa crime, então o querelado poderia apresentar a sua retratação cabal e inequívoca e ter assim extinta a sua punibilidade, ou seja, pelo fato da escolha da espécie de ação penal pelo ofendido este estaria beneficiando ou não o seu ofensor com o direito à retratação.

Sendo assim, em face do discutido, o melhor entendimento a ser observado é ser cabível a retratação independente de a ação penal ser pública condicionada à representação ou ser de ação privada, pois é inerente ao próprio tipo penal e não seria uma condição subjetiva do sujeito passivo.

Além do mais, a retratação é um benefício ao réu que se arrependeu do que fez, e o Direito Penal é um direito de *ultima ratio* no qual tem como princípio básico o da presunção da inocência que só será contraposto quando provada a tipicidade da conduta e sua autoria através do devido processo legal, sendo assim, também um benefício à própria Justiça, que está abarrotada de processos, e que não terá mais um tramitando por diversos meses custeados pela sociedade.

Por fim cabe ressaltar, novamente, o Projeto de Lei 156 de 2009 que está em tramitação no Senado Federal e que visa alterar o Código de Processo Penal convertendo as ações penais privadas em ações públicas condicionadas à

representação, ou seja, se acaso a lei for promulgada, então, a retratação (causa extintiva da punibilidade) se procederá da mesma forma nas ações públicas, assim como acontece no caso do crime de Falso Testemunho e Falsa Perícia. Enquanto isso, como está prevista a concorrência de titularidade, o melhor entendimento, é o da possibilidade da retratação independentemente da ação que for promovida.

9 CONCLUSÕES

Diante de todo o exposto no presente trabalho científico, foi possível chegar às conclusões que se seguem abaixo.

O Direito Penal brasileiro possui caráter fragmentário, atuando na proteção de certos bens jurídicos selecionados pelo legislador que, quando ofendidos, merecem a atuação dessa ciência do Direito, a qual participa de forma ativa impondo penas que restringem direitos do indivíduo transgressor, como a liberdade e outros direitos. Visando uma maleabilidade dessa aplicação do poder estatal externado na coerção e punição, o legislador por diversas vezes buscou situações em que esse poder deixa de ser colocado em prática.

Uma dessas circunstâncias reside no fato de o sujeito infrator reconhecer o seu erro e pedir escusas sinceras perante a sociedade ofendida e, também, perante a vítima direta de seu ato. É o que se denomina retratação do ofensor que é concebida somente aos delitos de calúnia, difamação e falso testemunho e falsa perícia.

É que não se deve, cegamente, aplicar a pena disposta no tipo penal que descreve a conduta praticada pelo indivíduo, fazendo atuar, dessa forma, o poder punitivo do Estado sem se analisar outras diversas circunstâncias. Quando um indivíduo se retrata, isto é, satisfaz todos os requisitos exigidos para a retratação, ou seja, escusa-se cabalmente, precisamente, incondicionalmente, o Estado lhe concede um “prêmio”, pois sua iniciativa de retratar e seu exame de consciência passam a representar uma nova concepção dos fatos perante o Estado e toda a sociedade. O Estado deixa de precisar que todo o seu poder punitivo se faça presente contra esse indivíduo.

A retratação não é apenas um benefício para o indivíduo que, muito embora tenha praticado um fato delituoso, pois não sofrerá a aplicação de uma pena. É, também, um grande benefício para toda a sociedade e para os poderes estatais. Isso porque, o Estado deixa de movimentar um processo moroso e extremamente custoso aos cofres públicos tendo em vista que o transgressor da

norma reconheceu o seu erro de forma inequívoca, e, além do mais, expressou a verdade dos fatos, sendo que isso pode representar uma maior resposta a toda a sociedade do que a própria aplicação de pena.

O supramencionado pedido de escusas não carece de aceitação daquele que foi ofendido (nos casos de crimes contra a honra), posto que o interesse superior da justiça está sendo resguardado, qual seja, a verdade sobre os fatos. Basta, portanto, comprovar ser cabal a retratação ao magistrado.

Trata-se de um direito subjetivo do réu e, por essa razão, a retratação de um agente que cometeu o delito não exime os demais agentes que participaram na conduta criminosa, sejam como coautores ou apenas partícipes, visto que as circunstâncias subjetivas não são comunicáveis e a retratação pode ser feita por cada um deles até o momento que antecede a prolação da sentença pelo magistrado em primeira instância.

Na doutrina é possível encontrar algumas discordâncias no que concerne à aplicação do instituto objeto desse trabalho. Pode-se citar como exemplo a omissão legislativa quanto ao delito de injúria. Essa desavença tem por base, conforme a doutrina majoritária, o simples fato de que o bem jurídico tutelado pelo direito penal é a honra subjetiva e que, se fosse concedido o benefício da retratação, a mácula ao decoro e à dignidade do ofendido seria muito maior. Todavia, não parece ser um critério coerente para a exclusão da retratação à injúria.

Outra questão relevante e que gera divergência doutrinária e jurisprudencial é, novamente, sobre a comunicabilidade da retratação no caso do crime de falso testemunho e falsa perícia. Isso porque, mesmo não sendo possível a coautoria, por ser crime próprio e de mão própria, a participação secundária é passível de punição. Neste caso específico, há uma peculiaridade: o legislador adotou a teoria pluralista, sendo que o partícipe ou cúmplice do autor da conduta criminosa serão punidos de forma autônoma. Ainda assim, há entendimentos que a retratação pode ser comunicada aos partícipes do delito. Entretanto, o melhor entendimento é no sentido da incomunicabilidade, por ter caráter exclusivamente pessoal.

Relevante também ressaltar as modalidades de ação penal que vigem em nosso ordenamento jurídico, pelo fato de que os crimes contra a honra, quando

processados mediante ação penal privada exclusiva, são submetidos a um procedimento especial que visa a conciliação prévia entre o ofensor e o ofendido. Também, em relação à ação penal pública condicionada, há a figura da retratação da representação ou retratação da requisição que é totalmente diferente da retratação no Direito Penal material, posto que a retratação do Direito Penal é realizada pelo ofensor e a retratação processual é realizada pelo ofendido.

Além do mais, há em tramitação no Senado Federal o projeto de Lei nº 156/2009, que visa extinguir a ação penal privada, fazendo com que aqueles crimes que são assim processados passem a integrar o rol dos delitos processados mediante ação penal pública condicionada à representação.

Por fim, ao funcionário público que tem sua honra maculada, segundo a Súmula 714 do Supremo Tribunal Federal, é conferida uma legitimidade concorrente para se intentar a ação penal privada ou pública condicionada. E aqui há uma divergência quanto a aplicação ou não da retratação, pois o legislador pátrio, no artigo 143 do Código Penal, fala em querelado e, por esta razão, há entendimento doutrinário que a retratação só seria possível quando o funcionário público promover a ação privada. Entretanto, este não é o melhor entendimento a ser aplicado no presente caso, pois a retratação cabal, inequívoca e completa deve promover a verdade e a verdade é o interesse superior da Justiça, independentemente de qual modalidade de ação seja processado o crime. Tanto é assim que se é possível retratar ao crime de falso testemunho e falsa perícia, também deve ser possível ao crime de calúnia ou difamação contra honra do funcionário público, pois se pode o mais, pode o menos e essa retratação é um benefício ao réu.

Deve-se ter como respaldo, portanto, que o Direito Penal é uma ciência de *ultima ratio* e de caráter extremamente fragmentário, atuando tão somente na proteção daqueles bens jurídicos penalmente relevantes e como última medida cabível, posto que a última conseqüência de sua efetiva aplicação será, inevitavelmente, a restrição de um direito fundamental do indivíduo penalizado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBECHE, Thiago Solon Gonçalves. **A retratação no delito de injúria**: possibilidades dentro de uma visão constitucional-penal. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2009. 62 p.

BONFIM, Edilson Mougnot. **Curso de Processo Penal**. 3ª ed., rev., atual., e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008.

BRASIL. **Código Penal – Decreto-Lei 2.848/40**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/decreto-lei/Del2848.htm>>

BRASIL. **Código de Processo Penal – Decreto-Lei 3.689/41**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/decreto-lei/Del3689.htm>>

BRASIL. **Lei de Imprensa – Lei 5.250/67**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5250.htm>

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus**. 36287 SP 2004/0087500-0. Min. Felix Fischer: Brasília, 20 de junho de 2005. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/84510/habeas-corpus-hc-36287-sp-2004-0087500-0-stj>>

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial**. 605871 SP 2003/0193020-0. Min. Felix Fischer: Brasília, 14 de junho de 2004. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19597970/recurso-especial-resp-605871-sp-2003-0193020-0-stj>>

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial**. 9084 SP 1991/0004629-9. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro: Brasília, 06 de abril de 1992. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/587260/recurso-especial-resp-9084-sp-1991-0004629-9-stj>>

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso em Habeas Corpus**. 58483 SP. Min. Moreira Alves: Brasília, 20 de fevereiro de 1981. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14692992/recurso-em-habeas-corpus-rhc-58483-sp-stf>>

BRASIL. Tribunal Regional Federal. Região 3. **Apelação Criminal**. 33049 ACR: 14686 SP 2005.61.05.014686-4. Des. Johonsom di Salvo: São Paulo, 28 de abril de 2009. Disponível em: <
<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/4106926/apelacao-criminal-33049-acr-14686-sp-20056105014686-4-trf3>>

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal: parte especial, dos crimes contra a pessoa a dos crimes contra o sentimento religioso e contra o respeito aos mortos (arts. 121 a 212)**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. v.2

FERREIRA, Amauri Pinto. **Calúnia, injúria e difamação**. 2. ed. aum. Rio de Janeiro: AIDE, 2000. 212p.

HONRA. In: Dicionário da língua portuguesa. Michaelis. Ed. Melhoramentos, 2009. Disponível em:< <http://michaelis.uol.com.br/>>.

HUNGRIA, Nelson. **Comentário ao código penal**. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1955. 401 p.

JESUS, Damásio de. **Direito Penal**. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, v.1.

MIRABETE, Julio Fabrinni. **Manual de direito Penal**. 24. ed., rev., atual., São Paulo: Atlas, 2008 v.1.

MIRABETE, Julio Fabrinni. **Manual de direito Penal**. 25. ed., rev., atual., São Paulo: Atlas, 2011 v.3.

PRADO, Luiz Regis. **Falso testemunho e falsa perícia**. 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. 199 p.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. 8. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. v.2.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. 6. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. v.3.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. 7. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. v.1.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 15ª ed., rev., atual., e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

RETRATAR. In: Dicionário da língua portuguesa. Michaelis. Ed. Melhoramentos, 2009. Disponível em:< <http://michaelis.uol.com.br/>>.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 4ª ed., rev., ampl., e atual. Salvador: JusPodivm, 2010.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 33. ed., rev., atual., São Paulo: Saraiva, 2011. v.1.