

A RETRATAÇÃO NO DIREITO PENAL

Gabriel Perozi LOPES¹
Marcus Vinícius Feltrim AQUOTTI²

RESUMO: o presente artigo aborda a retratação, causa excludente de punibilidade prevista no artigo 107, inciso VI, do Código Penal, que se consubstancia no inequívoco pedido de desculpas feito pelo ofensor ao ofendido pela conduta penalmente tipificada que praticou.

Palavras chave: Retratação. Crimes contra a honra. Falso testemunho. Falsa perícia.

BREVES LINHAS INTRODUTÓRIAS

O presente artigo 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.

Uma das várias discussões trazidas pela doutrina diz respeito ao fato de ser a retratação um ato bilateral ou unilateral. A doutrina majoritária fica com o

¹ Discente do curso de Direito das Faculdades Integradas “Antônio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente São Paulo, cursando o 7º termo A, sob o RA de nº 001.008.042; e-mail: gabrielgpl@ig.com.br.

² Delegado de Polícia do Estado de São Paulo/SP; Mestrado em Direito Público; Professor De Direito Penal das Faculdades Integradas “Antônio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente-SP.

último entendimento, bastando que sejam preenchidos os requisitos autorizadores da concessão do benefício.

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 para que extinga a punibilidade do autor, além de existir a possibilidade, 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 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.

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

1 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)”.

Sendo assim, parece-nos, erroneamente, 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)

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

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. PRADO, 1994, p. 141) traz uma definição interessante para a retratação que em seus dizeres é a “declaração feita, depois da consumação do delito, mediante a qual o sujeito reconhece haver dito o falso e manifesta o verdadeiro”, ou seja, 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 podemos extraí-lo do artigo 156 do CPP em 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 do processo cível.

A retratação segundo o ilustre doutrinador Aloysio de Carvalho Filho (apud. FERREIRA, 2000, p. 96) é um ato bilateral, ou seja, “prescinde da aceitação do ofendido”. Entretanto para a maioria doutrinária 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, como ressalta o doutrinador Luiz Regis Prado (2008, p. 742) 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.”

Por fim vale ressaltar que em crime praticado por mais de um agente, a retratação de um deles não exime os outros da punibilidade pela conduta, pois se trata de ato pessoal e através do artigo 30 do Código Penal as circunstâncias subjetivas não serão comunicáveis aos coautores e partícipes.

2 HIPÓTESES LEGAIS

Como verificado através da leitura do inciso sexto 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 permitida para os casos previstos nos artigos 138 (calúnia), 139 (difamação) e 342 (falso testemunho e falsa perícia) do Código Penal Brasileiro, além de também constar no artigo 26 da antiga Lei de Imprensa (Lei 5250/1967) que não foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988 (ADPF 130-7).

2.1 Crimes Contra a Honra

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

São chamados de crimes contra a honra, pois o bem jurídico tutelado pelo direito é a honra, honra essa que é definida 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.

Tal honra costuma ser subdivida pela doutrina, o que ajuda para o melhor entendimento dos delitos contra a honra, em: honra subjetiva e honra objetiva.

A honra subjetiva é o sentimento que a pessoa tem que si mesma, “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)

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

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

Para melhor entendimento versaremos sobre os três delitos contra a honra e o porquê da aplicação ou não da retratação.

2.1.1 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 é 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 para com o 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, ou seja, “a falsidade pode recair, alternativamente, sobre o próprio fato ou sobre sua autoria”. (PRADO, 2010, p. 191)

A falsa imputação deve ser de fato sobre crime – fato típico, ilícito e culpável – não sendo responsabilizado por calúnia aquele que imputa a outrem fato definido como contravenção penal.

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

[...] 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. (HUNGRIA, 1955, p. 61)

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, e por ser um delito que tem vários meios de execução (delito de forma livre) admite-se a forma tentada nos casos que é praticada de forma escrita, por exemplo, no caso da carta que contém a imputação falsa de fato criminoso e que é interceptada pelo sujeito passivo antes que um terceiro tome o conhecimento.

Para este crime em questão o legislador, no artigo 143, admitiu a retratação como meio de exclusão da punibilidade.

2.1.2 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.

3 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.

O sujeito ativo pode ser qualquer pessoa e o sujeito passivo pode ser também qualquer pessoa física, sendo incabível a injúria contra as pessoas jurídicas.

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.

3.1 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.

A doutrina 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. 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.

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.

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 Johonsom Di Salvo, TRF-3, j. 28/04/2009). “Grifo Meu”

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.

4 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.

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. (PRADO, 2010, p. 613)

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.

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 a ser proferida pelo juiz, pois se feita posteriormente, poderá apenas ter o efeito de atenuante de pena (art. 65, III, “b”, CP).

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.”

CONCLUSÃO

Dentro de todos os aspectos que foram mencionados, pode-se concluir que o legislador, mais uma vez, procurou uma maneira de ser maleável entre a aplicação do Poder Estatal em ser coercitivo contra aquele que transgredir o imperativo legal e restringir sua liberdade e aplicar uma pena de certa forma severa, sendo que esse transgressor pode reconhecer seu erro e pedir escusas sinceras perante a sociedade e perante aquele que foi maculado em seu direito.

Esse é o sentido de se conceder a retratação. O Estado não precisa demonstrar todo seu poder e apenas um indivíduo devido sua violação legal ser, de certo modo, não tão preocupante aos olhos da sociedade que necessite dessa resposta estatal. Tudo pode ser resolvido com um exame de consciência e o Estado concede esse “prêmio”, desde que preencha os requisitos desse pedido de desculpas.

Sendo assim a retratação é um grande benefício para toda a sociedade, pois o Estado não precisa gastar seu tempo com um processo moroso e

custoso, o transgressor reconhece inequivocadamente seu erro e o ofendido tem um pedido de desculpas, que na maioria das vezes serve como uma resposta muito maior do que se tivesse realmente ocorrido uma sanção estatal.

Todavia, há algumas desavenças sobre a aplicação desse instituto, como por exemplo, a omissão legislativa quanto ao delito de injúria.

Por fim deve ser feita uma ponderação de valores para dirimir essas dúvidas, em que não se pode ser legalista ao extremo e nem fugir totalmente dos imperativos legais para aplicar sempre o mais benéfico ao ofensor dos direitos.

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.

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>>

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal: parte especial, dos crimes contra a pessoa e 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.

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

MICHAELIS. **Dicionário online**. Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br>>

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

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.