

A BANALIZAÇÃO DO DIREITO PENAL NOS CRIMES CONTRA A HONRA

Isaac Victor Oliveira de Souza¹

Alexander Correa Albino da Silva²

RESUMO:

O Direito Criminal se ergue como patrono das organizações sociais, tendo como finalidade proteger os institutos considerados mais importantes, como a vida, o patrimônio, a liberdade, etc., garantindo uma réplica severa ao indivíduo que atentar contra esses capitais mais precípuos. Evidencia-se ainda que o ordenamento penal pátrio julgou necessário salvaguardar o instituto da honra por meio desse domínio. O presente trabalho tem como objetivo, pois, estudar a aplicação da lei penal no âmbito dos delitos contra a honra, verificar a conformidade entre a criminalização dessas condutas e os princípios que regem o ordenamento jurídico, refletindo ainda de forma comparada com os ordenamentos jurídicos de países latinos.

Palavras-chave: Crimes contra a honra; Criminalização; Direito comparado.

ABSTRACT:

The Criminal Law stands as the protection of social organizations, with the purpose of securing the most important rights, such as life, property, freedom, etc., guaranteeing a severe retribution to the attacks against these most substantial assets. It is also evidenced that the Brazilian criminal law considered necessary to safeguard this institute. The main purpose of this study is to analyze the application of criminal law in the context of crimes against honor and to verify the conformity between the criminalization of these conducts and the principles that rules the legal system.

Keywords: Crimes against honor; criminalization; Comparative Law.

1. INTRODUÇÃO

A honra pode ser vista como um construto das relações humanas na qual evidenciou-se uma necessidade do homem de algo que o diferenciasse de seus pares, desenvolvendo assim um estabelecimento de estamentos sociais e padrões de conduta que seriam capazes de outorgar a um indivíduo um elevado *status*, caracterizando-o, pois, como uma figura honrada.

Desse modo, a honra materializou-se como um bem de grande

¹ Graduando em Direito pela Faculdade Raízes de Anápolis.

² Especialista em Direito Penal e Processual Penal, no Complexo Damásio de Jesus, Anápolis - GO (2014); Graduado em Direito pelo Centro Universitário de Anápolis – UniEVANGÉLICA (2010); Advogado.

importância, nutrindo no homem uma aspiração por ser integrante da exímia casta dos indivíduos honrados, sendo tal apreço pela honra capaz de gerar conflitos suscetíveis de violar outros bens jurídicos, como a vida, por exemplo.

No decorrer da história, podemos observar a presença desses conflitos nas mortes provocadas por duelos, rivalidades entre famílias, empreendimentos arruinados em virtude de calúnias e assassinatos inúmeros, praticados em defesa da honra, especialmente no que se refere aos praticados contra mulheres, por seus companheiros, nos chamados “crimes de honra”, perpetrados no ambiente familiar.

Desse modo, a criminalização dos crimes contra a honra auxiliou, inclusive, como inibidor de diversos crimes que violariam bens jurídicos objetivos, gerando o temor no agente em atentar contra a honra alheia, visto que, agora, existiria não apenas a possibilidade de uma retaliação privada e ilegal por parte do atingido, mas uma retribuição certa, legal, garantida e sancionada pelo Estado, se fosse de vontade da vítima.

Entretanto, com a evolução e desenvolvimento do pensamento humano, houve uma alteração na concepção de honra, não possuindo a mesma relevância que lhe era creditada em tempos longínquos e, não obstante, a legislação vigente é quase que idêntica à aplicada em uma época em que a desonra era capaz de provocar um número muito maior de danos, trazendo à baila: é fundamental a análise desses delitos sobre a égide do Direito Penal?

2. HISTÓRICO DA LEGISLAÇÃO PENAL

Desde o advento dos primeiros estatutos repressivos houve uma preocupação do legislador penal em proteger a honra de seus cidadãos, caracterizando-a como um bem de considerável importância que, se violado, seria passível de sanção pelo Estado e, com o avanço da legislação e a formação dos direitos fundamentais, esse conceito foi se tornando cada vez mais abrangente.

A Constituição Federal, em seu art. 5º, preconiza em seu inciso X que “**são invioláveis** a intimidade, a vida privada, a **honra** e a imagem das pessoas, **assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação**”. (grifo nosso)

O legislador foi enfático em abarcar o instituto da honra como um direito fundamental, inviolável, garantindo que o indivíduo pudesse procurar a prestação jurisdicional, de natureza cível, de modo a reparar o dano causado à sua moral ou ao seu patrimônio, pois a imagem costuma ser vista como um bem a ser construído no decorrer da vida, nascendo com o ser humano e enriquecendo ao longo do tempo, por meio de suas relações sociais (NUCCI, 2017, p. 239).

Contudo, não há previsão constitucional no sentido de aplicar uma sanção penal propriamente dita, visto que o legislador assegurou o “direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”, deixando clara a natureza meramente civil da retribuição, sendo uma tendência dos códigos penais elencarem os crimes contra honra em seu rol de infrações (GRECO, 2017, p. 362).

Destarte, a proteção à imagem esteve presente na legislação penal em uma miríade de formas, abordando diversas concepções de honra.

Consta do Código de Hamurabi, em seu artigo que “se alguém difama uma mulher consagrada ou a mulher de um homem livre e não pode provar se deverá arrastar esse homem perante o juiz e tosquiar-lhe a fronte”.

O intuito do dispositivo era unicamente proteger a honra da mulher ou de seu marido, configurando uma pena que, igualmente, teria o condão de ferir a honra do sujeito ativo do delito, estando de acordo com os preceitos retributivos contidos no texto do estatuto repressivo em comento.

Outrossim, o bem a ser protegido seria a honra de uma mulher considerada “consagrada” ou a honra do companheiro de uma mulher que fosse difamada, desde que aquele fosse livre, dando a entender que a concepção de honra naquela sociedade não abrangia as camadas menos abastadas, não configurando crime, pois, difamar quaisquer indivíduos não protegidos pelo dispositivo.

2.1. O Código Criminal do Império do Brasil (1830)

O primeiro código penal brasileiro, o Código Criminal do Império do Brasil³, de 1830, promulgado logo após a abdicação de Dom Pedro I, em sua

³ Código Criminal do Império do Brasil.

parte terceira (denominada Dos Crimes Particulares), Título II (Dos Crimes Contra a Segurança Individual), possui um capítulo denominado Dos Crimes Contra a Segurança da Honra que engloba os delitos de Estupro (definindo penas diversas quando a vítima fosse virgem, honesta ou prostituta), Rapto, Calúnia e Injúria.

Esse diploma deixava de nomear especificamente o crime de difamação, trazendo o referido delito como um desdobramento do crime de injúria, elencado no rol do art. 236 do Código.

A calúnia era caracterizada no art. 229 como “atribuir falsamente a algum um facto, que a lei tenha qualificado criminoso, e em que tenha lugar a acção popular, ou procedimento official de Justiça” (sic), ditando penas diversas para ocasiões em que o crime fosse cometido por meio impresso (art. 230), contra depositário, ou agente de autoridade pública em razão do ofício (art. 231) e contra pessoa particular ou empregado público sem ser em razão do ofício (art. 232), garantindo que, se o crime fosse cometido de forma diversa à estipulada no art. 230 (meio impresso), a pena seria reduzida pela metade.

A seguir, garantia também que, se o agente provasse que o fato atribuído se tratava da verdade, ficaria isento de pena, porém, se a acusação fosse proposta em juízo e “intentada de má fé” (art. 235), similarmente à denúncia caluniosa, que no atual ordenamento jurídico é crime contra a administração da justiça, a pena seria a mesma da do crime imputado, aplicada em grau mínimo, caracterizando-se uma verdadeira aberração, pois aplicar-se-ia uma sanção vinculada a outro crime e não sanção específica.

Já o crime de injúria (art. 236) estaria caracterizado se o agente imputasse crime diverso do previsto no art. 239, ou seja, que não fosse de ação popular ou procedimento de oficial de Justiça. Também estaria caracterizado na imputação de “vícios ou defeitos, que possam expôr ao odio, ou desprezo publico” (sic), bem como a imputação vaga de crime, sem que se especificasse fatos determinados.

Outras formas de injúria seriam o uso de discursos, gestos ou sinais percebidos como insultantes na opinião pública e, além disso, o §4º declara que caracterizar-se-á o delito toda e qualquer ação em que se pode prejudicar a reputação de alguém.

O Código Criminal do Império do Brasil vigorou até o golpe militar de

1889, que instaurou a forma de governo republicana e o sistema presidencialista, de modo que houve uma preocupação em reformar o ordenamento jurídico vigente e expurgar os resquícios do Império.

2.2 O Código Penal dos Estados Unidos do Brasil (1890)

Em 1890 foi promulgado o Código Penal dos Estados Unidos do Brasil⁴, que, ao menos no âmbito dos crimes contra a honra, constituiu uma inovação em relação ao seu antecessor.

Inicialmente, o conceito de calúnia (art. 315) passou a abranger a imputação falsa de qualquer delito qualificado como crime pela lei e não apenas aqueles de ação popular ou procedimento de oficial de justiça, como no diploma anterior, estando isento de pena o agente que provasse a veracidade dos fatos imputados

Ademais, foi introduzida a chamada prova da verdade ou notoriedade do fato imputado à pessoa ofendida, mas em forma de proibição, sendo unicamente permitida a exceção da verdade se a vítima se tratasse de funcionário público e o fato imputado se referisse ao exercício de suas funções, se a vítima houvesse sido condenada pelo fato em comento ou se esta permitisse a produção de provas.

Além disso, foi introduzida a reparação à imagem dos mortos, possibilitando que, se calúnia ou injúria fosse proferida contra a memória de pessoa já falecida, o direito de queixa transmitir-se-ia ao cônjuge, ascendente, descendente ou irmão do morto.

Outra inovação do diploma, que foi recepcionada pelo atual Código Penal brasileiro, foi o preceito contido no art. 322 que preconizava que, se as injúrias fossem recíprocas, se compensariam, estando os ofendidos proibidos de querelarem contra seus respectivos opositores.

2.3 O Código Penal de 1940

O Código Penal dos Estados Unidos do Brasil vigorou até 1º de janeiro

⁴ Código Penal dos Estados Unidos do Brasil.

de 1942, quando seu sucessor, promulgado por Getúlio Vargas em 1940, trouxe uma série de modificações referentes aos crimes contra a honra. Podemos destacar que houve uma cisão da entre os crimes de difamação e injúria, sendo esta primeira definida no art. 139 como “difamar alguém, imputando-lhe fato ofensivo à sua reputação” e o segundo definido no art. 140 como “injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro”.

Assim, por meio do §3º do art. 140, incluído pela Lei nº 9459/97, foi criada a figura da “injúria racial”, em respeito aos fundamentos (art. 1º, III, CF) e objetivos constitucionais (art. 3º, IV, CF) referentes ao combate ao racismo e discriminação, configurando pena maior se a injúria se baseasse em elementos relativos a raça, cor, etnia, religião ou origem, sendo que posteriormente, em 2003, o Estatuto do Idoso alterou o dispositivo para fazer incluir “condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência” na redação do parágrafo.

Destarte, o Código Eleitoral configurou crime próprio caluniar, difamar ou injuriar na propaganda eleitoral ou visando fins de propaganda, instituindo penas idênticas, porém, fixando multas específicas e, no mesmo sentido, a Lei de Segurança Nacional, por meio do art. 26, constituiu crime específico a calúnia ou difamação contra o Presidente da República, o do Senado, o da Câmara dos Deputados ou o do Supremo Tribunal Federal.

Além disso, nos termos no art. 145 do Código Penal, os crimes contra a honra somente procederão mediante queixa, configurando ação penal do tipo privada, sendo pública condicionada à requisição do Ministro da Justiça em caso de ofensa ao Presidente da República ou chefe de governo estrangeiro, condicionada à representação nos casos de ofensa à funcionário público em razão de suas funções e injúria racial ou preconceituosa e pública incondicionada no caso em que a injúria consista em violência ou vias de fato, chamado de injúria real, nos termos do art. 140, §2º do CP (GONÇALVES, 2016, p. 348).

Desse modo, o estatuto repressivo estabelece as seguintes causas de exclusão de tipicidade.

Art. 142 - Não constituem injúria ou difamação punível:

I - **a ofensa irrogada em juízo**, na discussão da causa, pela parte ou por seu procurador;

II - a **opinião desfavorável da crítica** literária, artística ou científica, salvo quando inequívoca a intenção de injuriar ou difamar;

III - o **conceito desfavorável emitido por funcionário público**,

em apreciação ou informação que preste no cumprimento de dever do ofício.

Parágrafo único - Nos casos dos ns. I e III, responde pela injúria ou pela difamação quem lhe dá publicidade. (Grifo nosso)

Ademais, os crimes de calúnia e difamação comportam retratação, isentando de pena o querelado que se retrata antes da sentença e admitem exceção da verdade, “consistente possibilidade jurídica dada ao querelado de provar que o fato que imputara a outrem é verdadeiro” (Escola Brasileira de Direito, 2017), sendo, no caso da calúnia, vedada em caso de crime de ação penal privada e o ofendido não foi condenado sentença irrecorrível, contra o Presidente ou chefe de governo estrangeiro ou caso o ofendido tenha sido absolvido em ação penal pública.

No caso da difamação, só será admitida a exceção da verdade se o ofendido é funcionário público e a ofensa é relativa ao exercício de suas funções, sendo o instituto absolutamente vedado ao crime de injúria.

O procedimento adotado para os crimes em comento, é o sumaríssimo, salvo no tipo injúria racial e preconceituosa (art. 140, 3º), visto que o máximo da pena cominada é de 3 anos de reclusão, além das possibilidades de aumento de pena do art. 141 (contra o Presidente ou chefe de governo estrangeiro; contra funcionário público em razão de suas funções; na presença de várias pessoas ou por meio que facilite a divulgação do crime; contra pessoa maior de 60 anos, salvo crime de injúria; ou mediante paga ou promessa de pagamento).

No mesmo sentido, o art. 519 e seguintes, estabelece o procedimento para os crimes de calúnia e injúria e, embora o referido artigo faça uma exclusão tácita à difamação, esse procedimento a ela se estende (MELO, 2011), dando-se da seguinte forma: antes do recebimento da queixa, o juiz marcará audiência de conciliação, ouvindo o querelante e o querelado separadamente, sem a presença dos advogados; se o juiz não achar provável a conciliação, promoverá o entendimento entre eles; havendo conciliação, a queixa será arquivada; não havendo reconciliação, adotar-se-á o rito comum.

Além disso, com o advento da Lei 9.099/95, a competência para o julgamento da maioria dos crimes contra a honra passou a ser do Juizado Especial Criminal (JECRIM), sendo que, existem algumas exceções, sendo elas: quando o crime em tela for cometido nos termos do Código Eleitoral; quando há

foro de prerrogativa de função; se a complexidade do fato impede o trâmite no JECRIM (art. 77, §§2º e 3º da Lei 9.099/65); quando há necessidade de citação via edital; e quando a pena máxima exceder à dois anos, no caso de injúria racial (ALVES, 2018, p. 422, apud TÁVORA; ALENCAR, 2009, p. 657).

Deve-se atentar para o fato de que, de acordo com o art. 38 do Código de Processo Penal, “o ofendido, ou seu representante legal, decairá no direito de queixa ou de representação, se não o exercer dentro do prazo de seis meses, contado do dia em que vier a saber quem é o autor do crime”, evidenciando-se o princípio da oportunidade ou da conveniência da ação penal de iniciativa privada, de modo que a representação (e conseqüente condenação) é faculdade do ofendido.

Ainda nesse sentido, além da conciliação (art. 520 do CPP), e do termo do prazo decadencial supracitado, há a possibilidade de renúncia ao direito de representar (art. 50 do CPP), podendo ser tácita ou expressa, da exceção da verdade ou notoriedade do fato imputado (art. 523 do CPP), bem como há a possibilidade de transação penal, contida no art. 76 da Lei 9.099/95, evidenciando que as penas cominadas no Código Penal, relativas aos crimes contra a honra, não são as únicas possibilidades decorrentes do deslinde de uma possível ação penal.

2.4 Dos Tipos De Honra e Suas Diferenciações

Outrossim, a doutrina mostrou uma preocupação em estudar a concepção de honra e tornou-se costumeira a divisão entre honra objetiva e subjetiva, cada uma explicando a incidência de determinado tipo de crime.

Segundo Capez, a honra objetiva é aquela que “diz respeito à opinião de terceiros no tocante aos atributos físicos, intelectuais, morais de alguém”, aquela que “se refere à conceituação do indivíduo perante a sociedade” (CAPEZ, 2015, p. 270). Para Greco, “ela diz respeito ao conceito que o sujeito acredita que goza no seu meio social” (GRECO, 2017, p. 363).

Contudo, a honra objetiva não pode ser interpretada como um instituto à parte do indivíduo, pois, apesar de esta ser um atributo externo, formado fora do íntimo da pessoa, exerce influência direta na honra subjetiva, bem como pode influenciar e gerar resultados negativos na vida do atingido.

Assim, a modalidade de honra em comento é atingida diretamente por meio do crime de calúnia e difamação, sendo o primeiro considerado pela doutrina como o mais grave dos crimes contra a honra, chegando inclusive a atingir os mortos. Nesse tipo, também é prescindível a presença do ofendido para que ocorra a consumação do crime, sendo que esta ocorre no momento em que terceiro possui contato com a informação que atente contra a honra objetiva.

Para Capez, a honra subjetiva “refere-se à opinião do sujeito a respeito de si mesmo, ou seja, de seus atributos físicos, intelectuais e morais; em suma, diz com o seu amor-próprio. Aqui não importa a opinião de terceiros” (CAPEZ, 2015, p. 270). Essa modalidade de honra é atingida pelo crime de injúria, sendo desnecessária a presença de terceiros para que o crime se reste consumado, visto que o processo ocorre no íntimo do sujeito passivo.

A diferenciação dos dois tipos de honra nos permite uma melhor análise do momento da consumação de cada crime e ainda a delimitação de cada tipo penal, todavia, não é possível dissociar completamente os dois conceitos, visto que:

[...] honra subjetiva e honra objetiva são conceitos que se interligam, gerando, na verdade, um conceito único. Embora possamos identificá-los levando em consideração a relação de precuidade, ou seja, onde a honra subjetiva, precipuamente, afeta o conceito que o agente faz de si mesmo, e a honra objetiva, também precipuamente, atinge a reputação do agente em seu meio social, não podemos considerá-las de forma estanque, completamente compartimentadas (GRECO, 2017, p. 363).

Levando o exposto em consideração, o código penal brasileiro tratou de elencar três tipos de delitos contra a honra: calúnia, injúria e difamação, cominando penas diversas para cada crime e estabelecendo suas peculiaridades.

É importante ressaltar que os crimes elencados são os mesmos descritos pelo Código Criminal do Império do Brasil, de 1830, com alterações na redação e em outras características, porém o instituto protegido é o mesmo.

3. DOS PRINCÍPIOS APLICÁVEIS AOS CRIMES CONTRA A HONRA

3.1 Do Princípio da Adequação Social

É notório que conceitos, costumes e valores não são estáticos,

estando em constante estado de mutação, sofrendo alterações à medida que são colocados diante de outras crenças e normas, especialmente em um contexto de onde há uma miscigenação de culturas, facilitada pelas novas formas de comunicação.

Nesse sentido, segundo o “Diccionario da lingua portugueza composto pelo padre D. Rafael Bluteau, reformado, e accrescentado por Antonio de Moraes Silva natural do Rio de Janeiro (Volume 1: A - K)”, considerado um dos primeiros compêndios da língua portuguesa e datado de 1789, honra é o “respeito, estimação, que se dá a algum objeto em razão de sua virtude, ou por motivo de religião; em razão de Ofício, Magistratura, dignidade ou merecimento”.

Certamente, houve um determinado período na história em que a honra era considerada uns dos maiores bens a serem guardados, não sendo defeso, portanto, confrontos por meio de duelos e a chamada legítima defesa da honra, em que se garantia a absolvição do réu que cometia crime passional, por meio do uso do art. 27, §4º do Código Penal dos Estados Unidos do Brasil, de 1890, que preconizava que não seriam criminosos os que “se acharem em estado de completa privação de sentidos e de intelligencia no acto de commetter o crime” (sic).

O conceito não só passou por alterações, como também se alterou a concepção do que seria desonroso. Os duelos em defesa da honra foram proibidos com a vigência do Código de 1890, bem como os crimes passionais são vistos com assombro, insuscetíveis de serem perdoados da mesma forma que eram antigamente.

A percepção da honra de 1940, sob o Estado Novo centralizador e autoritário de Vargas, é distinta da percepção atual, sob a égide do Estado Democrático de Direito, contudo, o dispositivo é basicamente o mesmo.

Entretanto, com a ascensão da sociedade contemporânea, “é possível que determinadas condutas que já foram entendidas como atípicas deixem de ser toleradas” (GOMES, 2011), bem como é possível que condutas tipificadas se tornem atípicas, em decorrência da sua reiterada inobservância pela sociedade, gerando um sentimento de conformidade entre as práticas ainda típicas e o contrato social.

O Código de 1890 preceituava no art. 279. A mulher casada que cometer adulterio será punida com a pena de prisão celular por um a tres anos (sic).

Todavia, a mesma pena não incidia sobre o homem que praticava o mesmo fato, sendo unicamente punido caso tivesse “concubina teuda e mantida”⁵ (sic).

Ora, a percepção social sob a prática de adultério, nos dias atuais, continua sendo moralmente reprovável, sendo vista, provavelmente, com os mesmos olhos da sociedade da época em comento, entretanto, houve uma alteração na aceitação da sociedade quanto à tipificação penal dessa conduta.

Assim, a conduta permanece socialmente repreensível, porém, não se admite que essa condenação se dê pelo Poder Público, sendo permitido apenas os danos morais decorrentes dessa prática.

Desta feita, torna-se claro que os avanços sociais permitiram a exclusão do referido dispositivo, bem como de muitos outros, vista a aplicação do princípio da adequação social, introduzida por Hanz Welzel, o qual assevera que “uma conduta socialmente adequada não pode ser típica, de sorte que não será criminosa” (AZEVEDO e SALIM, 2018, p. 42), tendo esse princípio dupla função, sendo a primeira limitar a abrangência do tipo penal e a segunda a orientação no legislador na escolha dos bens jurídicos tutelados (CUNHA, 2015. p. 79).

Entretanto, faz-se necessário precisar que o princípio da adequação social não é passível de, por si só, provocar alterações na aplicação da legislação, de modo a revogar tipos penais incriminadores, visto que, nos termos do art. 2º, caput, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, preconiza que a lei permanecerá em vigor até que outra a revogue ou modifique, sendo que o princípio referido atua como um norteador ao legislador (GRECO, 2017, p. 136).

3.2 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

No mesmo sentido, o princípio da dignidade da pessoa humana assegura que “a ninguém pode ser imposta pena ofensiva à dignidade da pessoa

⁵ Tida e mantida.

humana, vedando-se reprimenda indigna, cruel, desumana ou degradante” (CUNHA, 2015, p. 97), sendo fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º da Constituição Federal), devendo este princípio servir de norte para o legislador.

O princípio é intrínseco ao ordenamento jurídico, sobretudo na esfera penal, visto a gravidade do tipo sanção cominada aos ilícitos tipificados como crimes, assegurando a Constituição Federal diversos direitos, de forma a humanizar a pena, sobretudo no art. 5º, XLVII, que proíbe penas de morte, de caráter perpétuo, de trabalhos forçados, de banimento ou cruéis.

Em respeito a esse princípio, por exemplo, a Lei de Execuções Penais, apesar de sua reiterada inobservância, foi esculpida de modo a onerar o mínimo possível o corpo do condenado, de modo a proporcionar a devida aplicação do princípio, em respeito aos preceitos constitucionais, como no caso de seu art. 88, que prevê requisitos básicos da unidade celular, como salubridade e área mínima.

Assim, o princípio foi incorporado amplamente pela Constituição de 1988 como uma resposta direta às atrocidades cometidas no período de regime militar (1964) sofrido pelo Brasil, destacando que os comportamentos adotados pelo Estado, a partir daquele momento, não mais seriam tolerados.

Nesse sentido, princípios como o da reserva legal, da irretroatividade da lei mais severa e da bagatela formam um conjunto de prerrogativas decorrentes do princípio da dignidade humana.

3.3 Princípio da Proporcionalidade

Outro princípio de aplicação necessária no âmbito do direito penal é o princípio da proporcionalidade, que busca adequar a sanção à gravidade do ilícito cometido, aplicando penas mais gravosas aos crimes de maior potencial ofensivo, de modo a “equilibrar os direitos individuais com os anseios da sociedade” (RAMOS, 2011), visando a limitação do poder coercitivo do Estado.

O princípio em comento está presente na Constituição Federal, ao passo que esta determina sanções mais gravosas para crimes mais graves (art. 5º, XLIII e XLIV), individualiza a pena (art. 5º, XLVI), proíbe determinadas punições (art. 5º, XLVII) e cria mecanismo de coibição de crimes de menor potencial ofensivo (art. 91, I), tratando-se de uma “relação de custo-benefício” (CAPEZ,

2015, p. 37).

Outrossim, busca-se apenar de forma mais gravosa os delitos mais abjetos e de forma mais branda os delitos meramente indesejados visto como diminutos frente ao potencial lesivo de crimes contra a vida, por exemplo, merecendo, inclusive, caminhos alternativos à aplicação da pena privativa de liberdade, como a suspensão condicional do processo, a transação penal e a substituição por pena restritiva de direitos.

3.4 Princípio da Intervenção Mínima

Nessa discussão, notamos que o princípio mais pertinente seria o da intervenção mínima, que dita que “o Direito Penal, em decorrência de suas consequências gravosas, deve-se restringir sua atuação à proteção dos bens jurídicos mais importantes e necessários à vida em sociedade” (ALMEIDA, 2017).

O referido princípio é uma decorrência do art. 8º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, que preconiza:

A Lei apenas deve estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias, e ninguém pode ser punido senão em virtude de uma lei estabelecida e promulgada antes do delito e legalmente aplicada.

Portando, prevalece o entendimento de que há limites à sanção estatal, que só pode alcançar a liberdade do indivíduo em casos explícitos, nos quais há efetivamente um bem jurídico relevante sob risco, devendo o legislador apreciar quais fatos devem ser elencados como crime.

Assim, pode-se dizer que o princípio da fragmentariedade é um desdobramento da intervenção mínima, ao passo que “nem todas as lesões a bens jurídicos protegidos devem ser tuteladas e punidas pelo direito penal, pois este constitui apenas uma parte do ordenamento jurídico” (NUCCI, 2017, p. 144), ou seja, destaca que as infrações que não merecem ser vistas à luz do direito penal, devem ser punidas por meio de outras áreas do direito, como no caso das indenizações civis e administrativas.

Destarte, no âmbito dos delitos contra a honra, o Direito Civil se pôs a trata-los no art. 953 do Código Civil, dispondo que:

Art. 953. A indenização por injúria, difamação ou calúnia consistirá na reparação do dano que delas resulte ao ofendido.

Parágrafo único. Se o ofendido não puder provar prejuízo material, caberá ao juiz fixar, equitativamente, o valor da indenização, na conformidade das circunstâncias do caso.

Verifica-se, pois, que o direito penal é a *ultima ratio*, devendo ser utilizado com a máxima cautela, em decorrência da enorme lesividade do uso deste como forma de controle social, visto que o mesmo tem por característica a aplicação da sanção não sobre o patrimônio, mas sobre o próprio corpo do apenado, visto que a pena de prisão é regra quando tratamos dessa esfera.

Nesse sentido, faz-se necessário discutir o papel do direito penal na defesa à honra dos indivíduos particulares, pois é certo que tratamos de um direito fundamental, garantido pela Constituição e cuja concepção está profundamente inserida no conceito de dignidade humana, sendo dever do Estado garantir o respeito à honra de seus indivíduos.

Entretanto, como já explicitado, o constituinte se omitiu em determinar uma sanção penal, declarando apenas ser passível de uma sanção civil.

Destarte, Luiz Carlos Rodrigues Duarte, aponta para a ausência de recepção constitucional dos crimes contra a honra, ao passo que sustenta que:

O Direito Criminal foi alijado da disciplinação dessa matéria, a qual foi transferida para a égide do Direito Civil. O moderno Constituinte Brasileiro decidiu eliminar as Ciências Penais desse campo, por entender que as violações à honra pessoal possuem *natureza privada*, consistindo em *ultrajes personalíssimos* que só interessam aos titulares da honra objetiva ou subjetiva ultrajada. [...] Por isso, houve evidente *transformação dos ilícitos penais em ilícitos civis*. (BITENCOURT, 2014, p. 328 apud DUARTE, 1998, p. 8)

Todavia, ao analisarmos o preceito secundário do crime de injúria, constatamos que o mesmo é apenado com “detenção, de um a seis meses, ou multa”, ou seja, além de estar sujeito à reparação civil, o sujeito ativo da ofensa está sujeito à prisão de até seis meses, de modo que está sujeito à duas sanções distintas, intentadas pelo particular, à sua faculdade e conveniência, sancionadas pelo Estado.

Faz-se necessário ressaltar que a representação é derivada unicamente do juízo de conveniência e oportunidade da vítima, podendo esta desistir da representação, bem como perdoar o querelado, demonstrando assim a disponibilidade do instituto da honra.

Todavia, o *jus accusationis* está sob poder da vítima, mas o *jus puniendi* ainda se encontra sobre tutela do Estado, que poderá punir o querelado, fazendo incidir sobre ele todos os efeitos de uma possível condenação, podendo privá-lo de sua liberdade em detrimento da honra de particular interessado na sanção penal.

Assim segundo Alves (2013):

Diante do quanto dito, pode-se perceber que a honra é um bem jurídico disponível, ou seja, pode ser dispensada a tutela penal sobre tal bem pelo ofendido através do seu consentimento válido. Além disso, o ofendido pode renunciar ao seu direito de queixa se procede-se a recomposição dos danos da vítima. Assim, é de se ver que as normas penais que censuram as condutas lesivas à honra tornam-se inócuas, pois o manejo delas é vinculado ao desiderato e vontade do titular desse bem.

Podemos inferir, portanto, que há uma insegurança jurídica trazida pelo diploma penal, pois um crime contra a honra, mesmo que publicamente explícito, sem dúvidas quanto à autoria, sem a evidência de nenhuma causa de excludente de culpabilidade, poderia ou não ser punido, unicamente à critério da vítima.

Além disso, existem dúvidas quanto à eficácia reparatória sob a visão da vítima, visto que não há nenhuma finalidade de reparação na aplicação da pena privativa de liberdade, restando concluir que a finalidade do dispositivo incriminatório é tão somente a retribuição ao mal causado e a prevenção de novas condutas.

Contudo, ainda sob o prisma da vítima, a justiça cível teria o condão de, ao mesmo tempo, retribuir o dano provocado, causar temor no cometimento dessas práticas e reparar o dano causado à vítima, fazendo tudo isso de uma forma mais eficiente, eficaz, completa e humana do que o direito penal, afastando a sensação de uma mera vingança privada sancionada pelo Estado.

4. DO DIREITO COMPARADO

Nesse sentido, há uma certa movimentação internacional no sentido de discutir a aplicação da lei penal no âmbito dos delitos contra a honra, verificando-se uma tendência de descriminalização ou descarcerização desses

crimes, utilizando-se de argumentos relativos tanto à liberdade de expressão como discussões referentes à aplicação dos princípios anteriormente discorridos.

Destarte, podemos notar que os países da América Latina são pioneiros ao adotar alternativas à aplicação da pena privativa de liberdade, mas, todavia, sob o argumento principal de que, com o estabelecimento de sanção deveras grave, há o risco de provocar uma violação ao direito de liberdade de expressão, especialmente no que se refere ao exercício da imprensa.

Dentre os países da América Latina, apenas Argentina, Costa Rica, Nicarágua, El Salvador e México não aplicam a pena privativa de liberdade para os crimes contra a honra, sendo que Bolívia, Brasil, Chile, Colômbia, Cuba, Equador, Guatemala, Haiti, Honduras, República Dominicana, Uruguai, Venezuela, Panamá, Paraguai e Peru ainda utilizam esse tipo de sanção, entretanto, há situações em que a pena privativa de liberdade se aplicaria apenas em situações mais gravosas ou que há a possibilidade de aplicação tão somente de multa.

Com foco nos países que não utilizam a carcerização como sanção, passaremos a traçar um quadro da América Latina no âmbito da criminalização dos delitos contra a honra.

4.1 México

O México foi o primeiro país da América Latina a descriminalizar totalmente os crimes contra a honra, extirpando por completo de seu Código Penal Federal os crimes em tela, mostrando uma abordagem progressista em relação aos outros países do continente, deixando a tutela da honra quedar-se ao direito civil.

A medida foi adotada por meio do Decreto Legislativo publicado em 13 de abril de 2007, aprovado em 102 votos a favor e 1 abstenção, onde foram revogados os artigos 350, 351, 352, 353, 354, 355, 356, 357, 358, 359, 360, 361, 362 e 363, constituindo a totalidade do capítulo relativo aos crimes contra a honra, bem como houveram alterações no Código Civil Federal de modo a adicionar parágrafos que disciplinariam uma ação civil reparatória.

O Decreto foi uma resposta à Declaração de Princípios sobre Liberdade de Expressão, aprovada em 2000 pela Comissão Interamericana de

Direitos Humanos, que desdobra o art. 13 da Convenção Interamericana em 13 princípios, sendo que o de número 10 dita que “*la protección a la reputación debe estar garantizada sólo a través de sanciones civiles*”⁶, de modo a assegurar a liberdade de imprensa.

Destarte, o México ainda adota, em alguns estados, a sanção penal como forma de repressão aos delitos contra a honra, sendo que os referidos crimes ainda restam compreendidos por códigos penais estaduais determinados, como é o caso do estado de Michoacán, que criminaliza os “*ataques al honor*”⁷ (art. 192 e 193).

4.2 Argentina

A abordagem argentina, entretanto, demonstrou-se mais conservadora que a do México, ao passo que não ficou em descriminalizar os crimes contra a honra, mas sim, descarcerizá-los, ou seja, o Código Penal Argentino aplica pena diversa à prisão, ao passo que a sanção ainda é aplicada pelo juízo criminal, não sendo defeso a proposição de uma ação cível.

Tal medida foi implementada por meio da reforma dos delitos contra a honra, com a promulgação da Lei 26.551/2009, que substituiu o art. 109, 110, 111, 113 e 117 do Código Penal da Nação Argentina, bem como revogou o art. 112 do referido diploma, sendo que a lei foi apresentada pela então presidente, Cristina Kirchner.

O projeto de lei foi uma reação à advertência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, no sentido de que os delitos que foram alvo da reforma caracterizavam uma ofensa à liberdade de expressão.

Nesse sentido, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos submeteu, em 19 de abril de 2007 à Corte Interamericana de Direitos Humanos uma demanda contra a Nação da Argentina, na qual continha um pedido de condenação em decorrência à violação dos direitos humanos concernentes a Eduardo Kimel.

⁶ A proteção da reputação deve estar garantida apenas através de sanções civis. (tradução nossa)

⁷ Ataques à honra.

Renomado jornalista e escritor argentino, foi condenado a um ano de prisão e ao pagamento de 20.000 pesos por crimes de injúria, em decorrência da publicação de um livro intitulado *La Masacre de San Patricio* (1989), no qual denunciava a atos de crueldade praticados durante a última ditadura argentina.⁸

Na demanda a Comissão alegou que:

*Estado argentino ha incumplido sus obligaciones internacionales al incurrir en la violación de los artículos 8 (Garantías Judiciales) y 13 (Libertad de Expresión) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante "la Convención Americana" o "la Convención"), en relación con la obligación general de respeto y garantía de los derechos humanos y el deber de adoptar disposiciones de derecho interno establecidos en los artículos 1(1) y 2 de la Convención*⁹.

Assim, a Corte acatou às demandas da Comissão de forma a condenar a Nação Argentina a indenizar Eduardo Kimel por danos morais e materiais, tornar sem efeito a sentença condenatória imposta, retirar seu nome do rol dos culpados, publicar a decisão em diário oficial, ao reconhecimento público da responsabilidade e, por fim, estipulou, em seu parágrafo 11 dos Pontos Resolutivos (IX), que o Estado adequasse o seu direito interno às normas estabelecidas na Convenção Interamericana de Direitos Humanos, concernentes à liberdade de expressão.

Desse modo, acatando às determinações da Corte, por meio da Lei 26.551/2009, houve uma reforma do código penal, alterando diversos dispositivos, de modo que o crime de calúnia (art. 109) deixou de ser apenado com prisão de um a três anos e passou a ser cominada apenas uma pena de 3 mil a 30 mil pesos e, do mesmo modo, os crimes de injúria e difamação (art. 110) também passaram a ser penalizados unicamente por multa.

Vejamos que o motivo da reforma foi o entendimento da Corte Interamericana de que a aplicação da via penal caracterizar-se-ia uma violação à liberdade de expressão, especialmente no que diz respeito à imprensa e, sendo a Argentina uma signatária da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, seria seu dever adequar à norma interna à Convenção, de forma que a via

⁸ <https://www.lanacion.com.ar/1201576-es-ley-la-eliminacion-de-las-calumnias-e-injurias>

⁹ O estado argentino descumpriu suas obrigações internacionais ao incorrer nas violações dos artigos 8 (garantias judiciais) e 13 (liberdade de expressão) da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em relação a uma obrigação geral de respeito e garantia de direitos humanos e do dever de adotar disposições de direito interno estabelecidos nos artigos 1 (1) e 2 da Convenção.

adotada pelo país foi a descarcerização, ou seja, quedar-se-ia utilizando a via penal, todavia, aplicando-se exclusivamente sanção pecuniária.

Insta salientar que o Brasil é signatário da Convenção Interamericana Sobre Direitos Humanos, e, portanto faz-se necessária a observância de seus preceitos, com destaque aos concernentes à honra, como o direito à liberdade de expressão, que nos termos do art. 13, 2, não está sujeita à censura prévia, mas à responsabilidades ulteriores, desde que haja legislação previamente fixada.

Além disso, o referido diploma estabelece, em seu art. 11, a proteção à honra nos seguintes termos:

1. Toda pessoa tem direito ao respeito de sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade.
2. Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, na de sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação.
3. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais ingerências ou tais ofensas.

4.3 Costa Rica

A Costa Rica prevê em seu respectivo diploma penal, dos art. 145 a 155, a proteção à honra por meio da tipificação dos três tipos penais, caracterizados em injúrias (art. 145), difamações (art. 146) e calúnias (art. 147), estipulando de 10 a 150 dias-multa, de acordo com a gravidade da infração.

Da mesma, o direito penal pátrio, o costa-riquenho abrange à ofensa aos mortos (art. 148), com a diferença de que há a incidência de difamação e injúria, não fazendo menção direta à calúnia. Compreende também a prova da verdade (art. 149), entretanto, há um debate quanto à sua aplicação, visto que o artigo em tela é incompatível com o artigo 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos, de acordo com a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

De acordo com o referido diploma:

ARTÍCULO 149.- El autor de injuria o de difamación no es punible, si la imputación consiste en una afirmación verdadera y ésta no ha sido hecha por puro deseo de ofender o por espíritu de maledicencia¹⁰. Sin embargo, el acusado sólo

¹⁰ O autor de injúria ou de difamação não é punível, se a imputação consiste em uma afirmação verdadeira e esta não tiver sido feita por puro desejo de ofender ou difamar. (tradução nossa)

podrá probar la verdad de la imputación:

- 1) Si la imputación se hallare vinculada con la defensa de un interés público actual; y
- 2) Si el querellante pidiere la prueba de la imputación contra él dirigida, siempre que tal prueba no afecte derechos o secretos de terceras personas.

El autor de calumnia y de difamación calumniosa podrá probar la verdad del hecho imputado, salvo que se trate de delitos de acción o de instancia privada y que éstas no hayan sido promovidas por su titular. (grifo nosso)

Segundo a decisão da Corte, esse dispositivo viola o Convenção no que se refere à liberdade de expressão, visto que “*obliga al periodista a autocensurarse con el fin de evitar eventuales sanciones penales*”¹¹.

Da mesma forma, o art. 152 permite que o que publicar ou reproduzir as ofensas será punido como se o autor fosse, também foi declarado incompatível com a Convenção, visto que:

[...] restringe la libertad de información al imponer al periodista una sanción penal por difundir informaciones provenientes de una tercera fuente, aunque éste haya actuado en forma diligente, con apego a la veracidad y haya realizado las oportunas averiguaciones sobre la seriedad de la fuente.¹²

Todavía, apesar das controvérsias, o código penal costarriquenho se demonstra mais avançado em relação aos outros países, posto que persegue esses delitos unicamente com da aplicação de dias multa.

4.4 El Salvador

Em 7 de setembro de 2011, foi publicado, por meio do Diário Oficial da República de El Salvador, o Decreto N° 836, que estabeleceu uma série de reformas no código penal daquele país, principalmente no tocante à descarcerização dos crimes contra a honra, onde houve a substituição da pena privativa de liberdade unicamente por pena de multa.

¹¹ [...] obriga o jornalista a se autocensurar com o fim de evitar eventuais sanções penais. (tradução nossa)

¹² [...] restringe a liberdade de informação ao impor ao jornalista uma sanção penal por difundir informações provenientes de uma terceira fonte, ainda que este tenha atuado de forma diligente, com apego à veracidade e tenha realizado as oportunas averiguações sobre a seriedade da fonte. (tradução nossa)

Desse modo, a calúnia, por exemplo, tipificada no art. 177 daquele código, deixou de ser apenada com prisão, de um a três anos, e passou a ser punida com multa de 100 a 200 dias multa, que será estipulada entre, no mínimo, a terceira parte do salário mínimo diário vigente e no máximo cinco vezes o referido valor.

Assim, o decreto citado também foi pautado no entendimento de que, a matéria ainda deveria ser tratada por meio do direito penal, mas que a espécie de sanção aplicada não seria adequada para punir a prática desse tipo de infração.

Consta ainda, do referido decreto, em suas considerações, o referido texto:

III. Que para asegurar el equilibrio entre derechos y libertades fundamentales, es necesario la regulación de los delitos contra el honor, en lo atinente, en la proporcionalidad de sus penas, ya que siendo un delito de acción privada, no existe un interés público comprometido que justifique una sanción privativa de libertad¹³.

Afirma ainda que:

IV. Que para fortalecer la difusión del pensamiento, se considera conveniente cambiar el nivel de penalización de los delitos contra el honor, a efecto de sustituir las actuales penas de prisión por sanciones de carácter pecuniario¹⁴.

Por fim, também postula que:

V. Que asimismo, es necesario establecer criterios de ponderación cuando se presente un conflicto de los derechos de información y libertad de expresión con los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, con el objeto de armonizar el ejercicio de estos derechos¹⁵.

Dessa forma, apesar da revogação ainda ter como norte a proteção à liberdade de expressão, houve também, uma preocupação com a

¹³ Que para assegurar o equilíbrio entre direitos e liberdade fundamentais, é necessário a regulação dos delitos contra a honra, no que se refere, na proporcionalidade de suas penas, já que, sendo um delito de ação privada, não existe um interesse público comprometido em justificar uma sanção privativa de liberdade. (tradução nossa)

¹⁴ Que para fortalecer a difusão do pensamento, se considera conveniente trocar no nível de penalização dos delitos contra a honra, a efeito de substituir as atuais penas de prisão por sanções de caráter pecuniário. (tradução nossa)

¹⁵ Que, da mesma forma, é necessário estabelecer critérios de ponderação quando há um conflito de direitos de informação e liberdade de expressão com os direitos à honra, à intimidade pessoal e familiar e à própria imagem, com o objetivo de harmonizar esses direitos. (tradução nossa)

proporcionalidade da pena, visto que foi de entendimento do legislador que a pena privativa de liberdade figuraria com um caráter excessivo frente ao direito lesionado.

4.4 A questão da liberdade de expressão

No que se refere à liberdade de expressão, predomina o entendimento na Corte Interamericana de Direitos Humanos de que a carcerização teria o condão de provocar o temor no jornalista de boa-fé, que, munido de evidências, amedrontar-se-ia com a possibilidade de estar sujeito a uma pena privativa de liberdade em decorrência de uma sentença penal condenatória.

Dessa forma, é possível notar que esse foi o motivo principal que levou os países retromencionados a efetuarem as reformas em seus respectivos códigos penais.

Outrossim, é sabido que, no direito brasileiro, a liberdade de expressão não é direito absoluto, que não é só limitado como condicionado, que de acordo com TÔRRES (2013):

Esclarece-se que, quando se fala em regulação da liberdade de expressão, não se cogita somente de limites, mas inclui-se o conceito de condicionamentos de exercício. Os limites visam à resolução de conflitos de direitos constitucionalmente protegidos, ao passo que os condicionamentos viabilizam o exercício do direito, ou seja, são normas materiais, organizatórias e procedimentais que estruturam e disciplinam. Ambos são plenamente possíveis se condizentes com os princípios constitucionais.

Nesse sentido, entendemos que a criminalização dessas condutas, por si só, não é passível de se caracterizar como um atentado à liberdade de expressão, entretanto é evidente que a sanção utilizada pelo direito brasileiro é, sim, capaz de provocar temor no interlocutor de boa-fé, que se amedronta e faz uso de suas garantias fundamentais em virtude do receio do cárcere.

Assim, percebemos que a preocupação da comunidade latino-americana visa justamente a tutela da liberdade da expressão e a efetiva obediência à Convenção Interamericana de Direitos Humanos, o qual o Brasil é signatário, devendo, portanto, adequar sua legislação à convenção referida, instando salientar que a norma em tela possui *status* supralegal.

5. A BANALIZAÇÃO DO DIREITO PENAL

Tem-se por banalização do direito penal o fenômeno pelo qual Estado escolhe este para tratar de assuntos que não merecem atenção do poder público por meio da esfera criminal, mas por mecanismos mais eficazes, sejam civis ou administrativos, em virtude da gravidade da reprimenda estatal inerente aos fatos tipificados como crime.

Trata-se, portanto, do direito penal mínimo, no qual é missão do Estado punir criminalmente apenas em caráter excepcional, sendo que, de acordo com RASSI (2008):

O fim do Direito Penal é a proteção social e este não deve ser usado como instrumento simbólico ou promocional da política estatal em detrimento de bens jurídicos relevantes. O sistema penal é o método de controle estatal mais incisivo na vida dos indivíduos e deve ser utilizado em situações extremas em que a intervenção do Estado por outros meios se torne insuficiente para reparar o dano e garantir a harmonia da sociedade.

Da mesma forma, de acordo com os princípios e fundamentos penais, para se iniciar a persecução penal, é necessário que haja justa causa para o exercício da ação penal¹⁶, mais especificamente o interesse de agir do Estado, que, para NUCCI (2016, p. 738) apud GRINOVER, GOMES FILHO e FERNANDES (1994, p. 65) trata-se do princípio da economia processual, no qual o Estado declina sua autoridade sobre o tema “quando o provimento pedido não é adequado para atingir o escopo da atuação da vontade da lei”.

Assim, em respeito ao princípio da intervenção mínima, é necessário que o direito penal esteja adstrito aos atos que atinjam a coletividade de forma mais incisiva, prejudicando ou sendo capazes de prejudicar os direitos fundamentais mais importantes.

Dessa forma, mesmo que o intuito do Estado seja proteger a honra, como direito fundamental, o interesse de agir processual é exclusivamente de quem intenta a ação penal privada, por meio de queixa-crime, de forma que a continuidade da ação está à mercê, quase que exclusivamente, de seu juízo de conveniência e oportunidade.

Mesmo que o legislador crie vários mecanismos para impedir uma

¹⁶ Art. 395, III do Código de Processo Penal.

pena privativa de liberdade, como o perdão, a renúncia ao direito de representação, a transação penal, composição civil dos danos e a suspensão condicional do processo, há a garantia estatal da aplicação sanção mencionada.

Outrossim, a pena privativa de liberdade é o método mais gravoso de aplicação da lei, não só impedindo o cometimento de novos crimes e provocando temor, mas retirando o indivíduo de seu meio social, infligindo as mais diversas moléstias sobre o corpo e mente do aprisionado.

Ademais, a crise do sistema carcerário, marcada pela superlotação dos presídios e a reiterada violação dos direitos humanos, denotam uma falha profunda do Estado na manutenção das instituições carcerárias, transformando-as em mera barreira entre a sociedade e o infrator, configurando um Estado de Coisas Inconstitucional, no entendimento do Supremo Tribunal Federal, em sede de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental¹⁷.

Desse modo, permitindo-se a pena privativa de liberdade a esse tipo de infração é sobrecarregar o sistema carcerário e demandar uma maior receita do Estado, visto que eleva a demanda de recursos para satisfazer as necessidades de um maior número de encarcerados.

O judiciário, por sua vez, encontra-se gradativamente mais congestionado, fazendo com que a prestação jurisdicional se torne mais morosa, sendo que, conseqüentemente, procedimentos criminais que versem sobre crimes de menor potencial ofensivo e que não se tratem de réu preso tenham cada vez menos prioridade, fazendo com que o desenrolar das ações penais perdurem por anos.

Ainda, ao permitir uma sanção penal e cível, em concorrência, o legislador permite a instauração de um procedimento duplo, corrente nas duas esferas, onerando duplamente o judiciário, exigindo maior número de varas, magistrados e servidores para lograr na condução do fluxo e trâmite dos processos, sendo que, a esfera cível seria um meio mais célere de solução de conflitos, principalmente após o advento da Lei nº 9.099/65, que instituiu os juizados especiais.

Outrossim, sob um aspecto particular ao apenado, podemos verificar que este está sujeito não só à privação de sua liberdade, mas a privação de

¹⁷ Vide ADPF 347.

outros direitos fundamentais, que, de certo modo, configuraria um ataque direto à honra do encarcerado, permitindo uma vingança aos moldes da Lei de Talião, ferindo a honra do indivíduo que fere a honra de outro.

Outrossim, a aplicação das lei penal no âmbito dos crimes contra a honra, além de atentatória aos princípios penais e constitucionais, configura banalização do direito penal, ao passo que, ao nosso ver, trata de condutas efêmeras, que não demandariam atenção desta esfera, aplicando, por conseguinte, a mesma pena cominada nos crimes capitais, mas em menor grau, retirando do âmbito penal a credibilidade que lhe é devida.

Dessa forma, há que de discutir a descriminalização dos delitos contra a honra, bem como ampliação do Código Civil para que este regule a matéria de forma mais ampla, retirando, portanto, da competência penal, mais morosa, e restando a matéria exclusivamente à competência cível, visando a reparação de eventuais danos morais e patrimoniais.

Assim, a sanção indenizatória seria capaz de, ao mesmo tempo, provocar o temor social na prática do ilícito, retribuir o dano causado e trazer a reparação, ou seja, ao passo que a justiça penal focaria apenas nos dois primeiros, a cível teria uma perspectiva mais abrangente, com foco no ofendido, sendo, portanto, mais célere e eficaz.

Existe, entretanto, o caminho utilizado pela maioria dos países da América Latina, que, ao adotar uma postura mais conservadora, mantiveram as condutas como ilícitos penais, entretanto com pena cominada apenas em multa, bem como os efeitos da sentença penal condenatória, de forma a afastar a possibilidade de aplicação de uma pena privativa de liberdade.

Também, faz-se necessário ressaltar que uma possível descriminalização não poderia abranger os crimes descritos no art. 140, §3º do Código Penal, que trata da injúria racial, visto o racismo se tratar de crime inafiançável, punível com reclusão, tendo sua sanção necessária nos termos do art. 5º, inciso XLII da Federal.

Insta salientar que a Lei nº 7716, de 5 de janeiro de 1989, estabelece os “crimes resultantes de preconceito de raça e cor”, elencando as condutas típicas resultantes dessas condutas. Entretanto, a referida lei não protege a honra do indivíduo negro que tem a sua dignidade ferida por palavras de cunho racista, merecendo tal conduta permanecer no rol das típicas e ser punível penalmente.

Do mesmo ocorre na injúria preconceituosa, contida no mesmo dispositivo, visto ser obrigação do Estado punir as discriminações atentatórias dos direitos e liberdades fundamentais, nos termos do art. 5º, inciso XLI da Carta Magna, bem como por tratar-se de um objetivo fundamental da República Federativa do Brasil, nos termos do art. 3º, IV do referido diploma.

O direito penal é apenas uma das áreas do ordenamento jurídico, devendo ser utilizado em *ultima ratio*, servindo como bastião dos direitos fundamentais, regulando a atividade repressiva estatal, e, portanto, a descriminalização das referidas condutas se torna uma medida viável para as soluções dos problemas enfrentados pelo país na atualidade, bem como a aplicação tão somente da esfera cível demonstraria medida de efetiva justiça, visto o seu potencial reparatório e sua conformidade com os princípios norteadores do Direito.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Analisando o contexto histórico da criação das primeiras leis que criminalizavam os delitos contra a honra, podemos perceber que aquelas se adequavam ao seu momento, estando de acordo com os preceitos culturais da época.

Entretanto, houve um considerável avanço na cultura e legislação do país, existindo soluções mais eficientes, eficazes e práticas à coibição dessas infrações, restando, portanto, concluir que a descriminalização dos crimes contra a honra seria medida de direito e justiça, visto a necessidade da adequação do ordenamento jurídico aos princípios e ditames constitucionais, bem como a necessidade de que se faça uma justiça não voltada para a vingança privada sancionada, mas para a efetiva manutenção da ordem social, por meio da prevenção e reparação dos danos.

Considerando a ausência de previsão constitucional da persecução penal dos atentados à honra, bem como o fato de estes se tratarem de delitos personalíssimos, que interessam apenas aos titulares da mesma, além do fato de a honra ser um direito disponível, entendemos ser cabível a descriminalização integral dos referidos delitos, com exceção da injúria preconceituosa como mecanismo eficaz para a solução dos problemas evidenciados, consubstanciados

na superlotação dos presídios e congestionamento do judiciário, bem como adequação do ordenamento jurídico aos princípios e ditames constitucionais.

Entendemos ainda que a descriminalização dos referidos delitos possibilitaria a efetiva adequação da norma infraconstitucional à Convenção Interamericana de Direitos Humanos respeitando inclusive os limites estabelecidos dentro da Constituição, traduzindo em uma medida necessária ao alcance de uma sociedade calcada não em um judiciário voltado à punição, mas a um judiciário baseado na restauração, estabelecendo, assim, um verdadeiro Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Mayara. **Princípio Da Intervenção Mínima E O Direito Penal Simbólico**. 2017. Disponível em: <<https://juridicocerto.com/p/mayara-almeida/artigos/principio-da-intervencao-minima-e-o-direito-penal-simbolico-3732>>. Acesso em: 8 set 2018.

ALVES, LEONARDO BARRETO MOREIRA. **Processo Penal Para os Concursos de Técnico e Analista**. 7. ed. Salvador: JusPODIVM, 2018.

AZEVEDO, Marcelo André De e SALIM, Alexandre. **Direito Penal para os concursos de técnico e analista**. 7. ed. Salvador: JusPODIVM, 2018.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal, 2: Parte Especial: Dos Crimes Contra a Pessoa**. São Paulo: Saraiva, 2014.

BLUTEAU, D. Rafael e SILVA, Antonio de Moraes. **Diccionario da lingua portugueza composto pelo padre D. Rafael Bluteau, reformado, e accrescentado por Antonio de Moraes Silva natural do Rio de Janeiro (Volume 1: A - K)**. Lisboa: [s.n.], 1789. Disponível em: <<https://digital.bbm.usp.br/handle/bbm/5412>>. Acesso em: 8 set 2018.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. 15. ed. [S.l.]: Saraiva, 2015a. v. 2.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. 15. ed. [S.l.]: Saraiva, 2015b. v. 1.

Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica. Disponível em: <http://www.cor-teidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_107_esp.pdf>. Acesso em: 15 out 2018.

Codigo Criminal Do Imperio Do Brazil. , 1830. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM-16-12-1830.htm>. Acesso em: 15 out 2018.

Código de Hamurabi. Disponível em: < <http://www.cpihts.com/PDF/C%C3%B3digo%20hamurabi.pdf> >. Acesso em: 7 set 2018.

Código Eleitoral. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L4737.htm>. Acesso em: 7 set 2018.

Código Penal da Costa Rica. Disponível em: <http://www.pgr-web.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?nValor1=1&nValor2=5027>. Acesso em: 9 out 2018.

CODIGO PENAL DE LA NACION ARGENTINA. Disponível em: <<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16546/texact.htm#16>>. Acesso em: 9 out 2018.

CÓDIGO PENAL DE LA REPÚBLICA DE NICARAGUA. Disponível em: <https://www.oas.org/juridico/mla/sp/nic/sp_nic-int-text-cp.html>. Acesso em: 15 out 2018.

Código Penal de la República de Panamá. Disponível em: <http://www.wipo.int/wipolex/es/text.jsp?file_id=189273#LinkTarget_947>. Acesso em: 15 out 2018

Código Penal De La República Dominicana. Disponível em: <<http://www.camaradediputados.gov.do/masterlex/mlx/docs/1D/121E/1259.htm>>. Acesso em: 15 out 2018.

Codigo Penal de Paraguay. Disponível em: <<http://www.wipo.int/edocs/lex-docs/laws/es/py/py012es.pdf>>. Acesso em 15 out 2018.

Código Penal do Perú. Disponível em: <http://spij.minjus.gob.pe/content/publicaciones_oficiales/img/CODIGOPENAL.pdf>. Acesso em: 15 out 2018.

Codigo Penal Dos Estados Unidos Do Brazil. , 1890. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/D847.htm>. Acesso em 15 out 2018.

CÓDIGO PENAL PARA EL ESTADO DE MICHOACÁN. Disponível em: <<http://congresomich.gob.mx/file/CODIGO-PENAL-REF-18-DE-AGOSTO-DE-2017.pdf>>. Acesso em: 17 out 2018.

Constituição Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 15 out 2018.

Convencao Americana. Disponível em: <http://www.cidh.oas.org/Basicos/Portugues/c.Convencao_Americana.htm>. Acesso em: 9 out 2018.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal - Parte Geral.** 3. ed. Salvador: JusPODIVM, 2015.

Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_homem_cidadao.pdf>. Acesso em: 18 set 2018.

ESCOLA BRASILEIRA DE DIREITO. **A exceção da verdade nos crimes contra a honra no Código Penal**. 2017. Disponível em: <<https://ebradi.jusbrasil.com.br/artigos/451946163/a-excecao-da-verdade-nos-crimes-contra-a-honra-no-codigo-penal>>. Acesso em: 10 set 2018.

GOMES, Luiz Flávio. **O que se entende por princípio da adequação social?** 2011. Disponível em: <<http://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/121928188/o-que-se-entende-por-principio-da-adequacao-social>>. Acesso em: 8 set 2018.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito Penal Esquematizado: Parte Especial**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. v. 2.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 14. ed. Niterói: Impetus, 2017a. v. 1.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Especial**. 14. ed. Niterói: Impetus, 2017b. v. 2.

Lei nº 7.170/1983. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/Leis/L7170.htm>. Acesso em 10 set 2018.

MELO, Marciano Almeida. **Crimes contra a honra. Ação penal privada**. 2011. Disponível em: <https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=6858>. Acesso em: 10 set 2018.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Penal - Parte Especial**. Rio de Janeiro: Forense, 2017a. v. 2. (Curso de Direito Penal).

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Penal - Parte Geral**. Rio de Janeiro: Forense, 2017b. v. 1. (Curso de Direito Penal).

RAMOS, Diego da Silva. **O princípio da proporcionalidade**. 2011. Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/5865/O-principio-da-proporcionalidade>>. Acesso em: 18 set 2018.

RASSI, Patricia Veloso de Gusmao Santana. **Direito Penal Mínimo**. 2008. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=4498&revista_caderno=3>. Acesso em: 13 mar 2019.

TÔRRES, Fernanda Carolina. **O direito fundamental à liberdade de expressão e sua extensão**. 2013. Disponível em: <https://www12.sena-do.leg.br/ril/edicoes/50/200/ril_v50_n200_p61.pdf>. Acesso em> 18 set 2018.