

**XXV CONGRESSO DO CONPEDI -
CURITIBA**

CRIMINOLOGIAS E POLÍTICA CRIMINAL I

GUSTAVO NORONHA DE AVILA

MARIA PAULA CASSONE ROSSI

Todos os direitos reservados e protegidos.

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

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

C929

Criminologias e política criminal I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UNICURITIBA;

Coordenadores: Gustavo Noronha de Avila, Maria Paula Cassone Rossi – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-291-0

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Congressos. 2. Criminologias. 3. Política Criminal. I. Congresso Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Curitiba, PR).

CDU: 34



XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

CRIMINOLOGIAS E POLÍTICA CRIMINAL I

Apresentação

É uma grande alegria poder introduzir, à comunidade acadêmica, os artigos apresentados durante o XXV Congresso do CONPEDI, em Curitiba. Nesta edição, foram organizados três Grupos de Trabalho “Criminologias e Política Criminal”, com aproximadamente sessenta apresentações. Este crescimento é representativo do crescimento desse importantíssimo campo de estudo no Brasil.

Importante, primeiramente, ressaltar o amadurecimento das discussões aqui encontradas. Neste terceiro ano de fundação do Grupo de Trabalho “Criminologias e Política Criminal”, que seria impossível sem o auxílio de Érika Mendes de Carvalho, Gisele Mendes de Carvalho e Nestor Eduardo Araruna Santiago, notamos um heterogêneo grupo de trabalhos amparados em uma tradição criminológico-crítica.

Mesmo sendo reflexões heterogêneas é possível identificarmos como traço comum, além do caráter crítico, textos fundados no real, no concreto. São aprofundadas as desigualdades estruturalmente colocadas em nosso país e seus impactos na produção estatal da criminalidade.

Estes debates trazem esperança, mesmo em um cenário desolador, de uma supressão gradativa de controles em nome de responsabilidades fundadas em uma ética comprometida com o outro. É um verdadeiro alento em meio ao notório aumento nos níveis de desagregação, o que nos leva ao incremento de violências e à emergência de autoritarismos.

Agradecemos ao CONPEDI pelo espaço concedido, bem como a cada um/a dos/as autores/as pelo excepcional nível de seriedade aqui demonstrado. Convidamos, então, nosso/a leitor/a a mergulhar neste universo de fraturas expostas do sistema penal. Boa leitura!

Prof. Dr. Gustavo Noronha de Ávila - UNICESUMAR

Profa. Dra. Maria Paula Cassone Rossi

A DESCRIMINALIZAÇÃO DOS CRIMES CONTRA A HONRA

THE HONOR CRIMES DESCRIMINALIZATION

Carlos Eduardo Gonçalves ¹

Resumo

Atualmente, os crimes contra honra (calúnia, difamação e injúria) são tutelados nos artigos 138, 139 e 140 do Código Penal Brasileiro e considerados delitos de menor potencial ofensivo. Sendo assim, entende-se que a sua criminalização não se coaduna com os atuais princípios constitucionais balizadores do Estado Democrático de Direito. Com isso, pretende-se analisar a possibilidade destas condutas deixarem de ser tipificadas como delito penal e passarem a ser considerado tão somente um ilícito civil, prezando-se desta forma pela efetiva aplicação do princípio da intervenção mínima e do caráter subsidiário do Direito Penal.

Palavras-chave: Crimes contra a honra, Descriminalização, Reforma penal

Abstract/Resumen/Résumé

The crimes against honor are protected in Articles 138, 139 and 140 of the Brazilian Penal Code and considered crimes of minor offensive potential. Thus, it is understood that the criminalization does not fit with the current benchmarks constitutional principles of democratic rule of law. With this, we intend to analyze the possibility of these behaviors are no longer typified as a criminal offense and pass to be considered as only in civil law, valuing in this way the effective application of the principle of minimum intervention and the subsidiary nature of criminal law.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Honor crimes, Descriminalization, Penal reform

¹ Mestre em Direito e Desenvolvimento pela Universidade Cândido Mendes/RJ.

1. INTRODUÇÃO

A honra é considerada um direito fundamental a ser protegido na forma do art. 5º, X da Constituição Federal de 1988. No mesmo sentido, os artigos 138, 139 e 140 do Código Penal Pátrio estabelece como condutas criminosas, a calúnia, difamação e injúria, respectivamente.

Entretanto, entende-se que, apesar da importância da honra para a sociedade, esta não deve ser interpretada a ponto de levá-la à *ultima ratio*, identificando-se prejuízos na solução das ofensas a ela no âmbito penal que podem ser resolvidas caso sejam solucionadas tão somente pela esfera cível.

A possível descriminalização dos crimes contra a honra se apresenta no atual contexto como necessária para fins de observância do princípio da intervenção mínima do Direito Penal, devendo este ser utilizado somente quando outros ramos do direito não conseguirem resolver determinado litígio.

Por isso, diante de um sistema carcerário absolutamente ineficiente e perante os princípios constitucionais da Constituição Federal de 1988 considera-se um equívoco continuar a analisar os crimes contra a honra como de natureza criminal, devido até ao fato de a privação de liberdade ser medida punitiva muito exagerada para punir condutas de menor potencial lesivo.

Recentemente, a matéria ganhou bastante repercussão com a condenação de um jornalista sergipano por crime contra a honra em texto fictício sobre a política em determinada cidade. Em maio de 2012, José Cristian Góes publicou em seu blog uma crônica denominada “Eu, o coronel em mim”. O texto, em primeira pessoa, traz a confissão de um fictício coronel que “manda e desmanda” na Cidade. Não há nome de pessoas, lugares e nem datas¹.

No entanto, o vice-presidente do TJ/SE, desembargador Edson Ulisses e o Ministério Público Estadual (MPE) entenderam que a crônica, quando dizia “coronel” era uma crítica ao então governador de Sergipe, Marcelo Déda (PT). E quando no texto

¹ O texto completo pode ser encontrado no blog: <http://bocaderua.com.br/?p=23691>. Acesso em 25 de setembro de 2016.

aparece “jagunço das leis”, o desembargador e o MPE julgaram que a expressão era a identificação clara do próprio Edson Ulisses, que é cunhado do governador e foi escolhido e nomeado para o cargo por ele.

O desembargador moveu dois processos contra o jornalista por conta da crônica: um criminal e um cível. Sem ter direito a ampla defesa e alegando uma série de irregularidades processuais, Cristian Góes foi condenado a 07 meses e 16 dias de prisão, em julho de 2013, convertidos em prestação de serviços. Na sentença, o juiz alega que mesmo sem citar nomes, lugares, datas, fatos “é possível que se faça a associação entre o Governador do Estado de Sergipe e seu cunhado, o Desembargador Edson Ulisses, tendo este sido tratado como jagunço das leis”².

O jornalista recorreu da decisão ao próprio TJ/SE e, apesar do relator do caso (juiz Hélio Neto) provar que o processo foi ilegal por ferir a Constituição Federal e outras leis, irregular e pedir a absolvição imediata de Cristian Góes, o tribunal, onde o desembargador Edson Ulisses é vice-presidente e um outro cunhado seu é o presidente (desembargador Cláudio Déda) manteve a sentença condenatória.

O caso foi levado até o Supremo Tribunal Federal e à Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH). No primeiro, em decisão surpreendente, o ministro Ricardo Lewandowski e a segunda turma do Supremo Tribunal Federal (STF) negaram seguimento ao Recurso Extraordinário com Agravo nº 811.162/SE, e na Reclamação nº 19.775 de Relatoria do Ministro Luiz Fux, julgada no início de Agosto de 2016, foi mantida a condenação do jornalista, apesar deste reconhecer que houve uma forma de censura, por não considerar a identidade material entre a decisão reclamada e o paradigma que teria sido violado. O ministro explicou que a condenação cível decorre de condenação penal pelo crime de injúria, limitando-se a ação a fixar o valor da indenização por este crime³.

Agora, resta apenas aguardar o julgamento do caso pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), ligada à Organização dos Estados Americanos (OEA).

² A íntegra da sentença está disponível em: <http://s.conjur.com.br/dl/sentenca-cristian-goes.pdf>. Acesso em 25 de setembro de 2016.

³ A íntegra do acórdão está disponível em: <http://s.conjur.com.br/dl/reclamacao-stf-censura-cristian-goes.pdf>. Acesso em 25 de setembro de 2016.

Os denunciantes alegam que a sentença viola o artigo 13 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos⁴ e pede a condenação do Estado Brasileiro com a consequente revogação da condenação criminal contra Góes, além de indenização pelos danos morais sofridos.

Ademais, também reivindicam que todos os crimes contra a honra, mais o crime de desacato, sejam retirados do Código Penal e que passem a ser discutidos na esfera civil. Nesse ponto, deve-se criticar o novo projeto de reforma do Código Penal (PL 236/2012), que não só mantém os crimes contra a honra em seu rol como aumenta significativamente as penas estabelecidas.

É verdade que a retirada do desacato da relação de crimes representa um fator positivo do projeto de novo Código. Todavia, o aumento considerável das penas previstas para os crimes contra a honra praticadas contra funcionários públicos prejudica esse “benefício”.

Tal perspectiva demonstra que, embora haja iniciativas esparsas de adequação aos preceitos internacionais de direitos humanos, a lógica que continua a orientar o legislador, assim como muitos juízes na aplicação de sanções, é descolada das noções de proporcionalidade e adequação das normas internacionais no sentido do equilíbrio de direitos fundamentais.

⁴ Artigo 13. Liberdade de pensamento e de expressão: 1. Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito compreende a liberdade de buscar, receber e difundir informações e idéias de toda natureza, sem consideração de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro processo de sua escolha. 2. O exercício do direito previsto no inciso precedente não pode estar sujeito a censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente fixadas pela lei e ser necessárias para assegurar: a. o respeito aos direitos ou à reputação das demais pessoas; ou b. a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas. 3. Não se pode restringir o direito de expressão por vias ou meios indiretos, tais como o abuso de controles oficiais ou particulares de papel de imprensa, de frequências radioelétricas ou de equipamentos e aparelhos usados na difusão de informação, nem por quaisquer outros meios destinados a obstar a comunicação e a circulação de idéias e opiniões. 4. A lei pode submeter os espetáculos públicos a censura prévia, com o objetivo exclusivo de regular o acesso a eles, para proteção moral da infância e da adolescência, sem prejuízo do disposto no inciso 2. 5. A lei deve proibir toda propaganda a favor da guerra, bem como toda apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitação à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso: 26 de set 2016.

Dessa forma, a liberdade de expressão acaba preterida, o que torna essencial uma decisão positiva por parte da CIDH no caso Góes, reforçando a pressão sobre o sistema brasileiro para que se adeque aos padrões internacionais de Direitos Humanos.

A legislação excessivamente ampla e carente de critérios objetivos, o caráter de criminalização, e a aplicação descabida, quando não arbitrária, de sanções mais severas funcionam como instrumento de censura dos cidadãos, situação bastante temerária em um Estado ao qual, em tese, as liberdades democráticas são caras.

Portanto, considera-se grande equívoco continuar a se estabelecer como condutas criminosas os crimes contra a honra, pois, quem sai prejudicados por esta medida punitiva exagerada não são somente os que perdem a sua liberdade, mas também as vítimas, já que não são devidamente reparadas pelo dano sofrido.

Isso ocorre porque a melhor forma do Estado reparar a vítima do delito é proporcionando à vítima uma indenização pecuniária, o que perfeitamente pode ser buscado na esfera cível.

2. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS PENAIS E A DESCRIMINALIZAÇÃO DE CONDUTAS

O crime é a forma mais grave de se considerar a transgressão de uma norma. Por isso, a solução encontrada para a proteção dos bens jurídicos que são instituídos pela Constituição Federal e considerados de grande valor para a vida social é através da incriminação dos comportamentos delituosos que ofendem esses bens tutelados.

Porém, a pena é a *ultima ratio* de um Estado Democrático de Direito, não podendo ser aplicada como primeira opção para repreender alguma transgressão, pelo contrário ela deve ser a última ação do Estado quando há uma violação a um bem jurídico (BATISTA, 2011).

A subsidiariedade é uma das características do princípio da intervenção mínima, que norteia a intervenção em abstrato do Direito Penal. Dessa forma, é imprescindível que o Direito Penal se manifeste apenas quando houver a insuficiência dos demais ramos do

direito, isto é, na ineficácia ao se aplicar uma medida sancionatória a algum tipo de conduta socialmente reprovável. É a sua atuação *ultima ratio*.

Outra característica da intervenção mínima é a fragmentariedade, onde para o direito penal, para que haja intervenção é imprescindível que tenha sido relevante e intolerável lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico tutelado (ZAFFARONI, 2006).

Com isso, torna-se possível enxergar a importância do princípio da intervenção mínima do Estado na esfera penal, punindo tão somente condutas que ofendam os bens jurídicos mais relevantes à sociedade.

Conforme se observa em Claus Roxin:

“A proteção de bens jurídicos não se realiza só mediante o Direito Penal, senão que nessa missão cooperam todo o instrumental do ordenamento jurídico. O Direito Penal é, inclusive, a última dentre todas as medidas protetoras que devem ser consideradas, quer dizer que somente se pode intervir quando falhem outros meios de solução social do problema – como a ação civil, os regulamentos de polícia, as sanções não penais, etc. Por isso, se denomina a pena como a ‘ultima ratio da política social’ e se define sua missão como proteção subsidiária de bens jurídicos” (ROXIN, 1981, p. 31).

A expressão “jaulas a deteriorar” é a escolhida por Eugênio Raul Zaffaroni ao definir as prisões, escolha esta baseada no fato das prisões não serem um método de ressocialização do culpado, mas um incentivo à novos crimes e violências, daí a importância de não se levar ao extremo condutas que podem ser facilmente solucionadas em outros ramos do Direito (ZAFFARONI, 1990).

Desse modo, temos, a princípio, três preocupantes consequências em não aplicar o princípio da *ultima ratio*: as custas de uma punição com privação da liberdade, logo gerando o ônus para o Estado, o efeito psicológico que gera na vida do punido e a superlotação dos tribunais penais com matérias de fácil resolução em outros ramos do Direito.

Enfim, ainda que possa haver o consentimento do Estado na intervenção punitiva, violando direitos, essa interferência deve ser a menor possível e feita de forma coerente. É a função do Estado interferir, o mínimo possível, na vida do cidadão, garantindo-se a máxima liberdade (BIANCHINI, 2002).

Não obstante, apesar de todo esforço em buscar a diminuição dos tipos penais, o legislador vem aumentando, ainda mais, a criminalização de condutas, dando a entender que esse aumento da tipicidade e das penas seja solução para resolver os problemas da sociedade.

A partir da década de setenta, foram se acentuando, no Brasil, as discussões sobre a mudança de rumos do Direito penal e, na década seguinte, houve uma consolidação acerca da política criminal a ser adotada, bem como de embates sobre a feição dogmática que o Direito penal deveria assumir, constituindo a nova parte geral do Código Penal, consubstanciada pela Lei 7.209/84, e que entrou em vigor em 11 de julho de 1985, o aproveitamento das discussões realizadas.

Poucos anos depois, com a Constituição de 1988, são albergados inúmeros direitos, garantias e princípios de cunho penal, processual e de execução penal, o que representa um reforço, ainda maior, às conquistas carreadas naquele período. Como visto, a mentalidade dos aplicadores do Direito não se abriu para esta nova perspectiva, empobrecendo, sobremaneira, a acomodação ideológica da matéria penal.

Assim sendo, a política criminal existe, porém a sua aplicabilidade é quase nula, havendo a necessidade de que seja readequada e colocada em prática, pois, a partir do momento em que existir a aplicação de uma política criminal buscando a redução da criminalidade junto à sociedade, a superlotação carcerária irá reduzir significativamente, porquanto com a redução da criminalidade menor será o número de condenações a penas privativas de liberdade.

Pierangeli e Zaffaroni assim assinalaram:

Se por política se entende a ciência ou arte de governo, por política criminal pode-se entender a política relativa ao fenômeno criminal, o que não seria mais que um capítulo da política geral. Política Criminal

seria a arte ou a ciência de governo, com respeito ao fenômeno criminal. A Política Criminal guia as decisões tomadas pelo poder político ou proporciona os argumentos para criticar estas decisões. Cumpre, portanto, uma função de guia e de crítica. Podemos afirmar que a Política Criminal é a ciência ou a arte de selecionar os bens (ou direitos), que devem ser tutelados jurídica e penalmente, e escolher os caminhos para efetivar tal tutela, o que iniludivelmente implica a crítica dos valores e caminhos já eleitos (PIERANGELI; ZAFFARONI, 2006, p. 117).

A partir de estudos que procuraram justificar a base dos movimentos de política criminal, há de se destacar aqueles que foram enfaticamente trabalhados pelos defensores desta nova Escola Criminológica e que encontram síntese precisa no trabalho do professor Gamil Föppel el Hireche:

1. O cárcere não educa – O encarceramento das pessoas, ao contrário do que deveria fazer, embrutece, dessocializa. Não há aprendizado, exercício de atividade laborativa, enfim, não há um processo gradual de reinserção no grupo social. Presos, milhares internos amontoam-se em condições subumanas, lembrando um inferno dantesco. Ao sair do presídio, na maioria das vezes, o indivíduo sai demente, impossibilitado de retornar à normalidade, ou sai revoltado, disposto a ‘retribuir’ à sociedade os seus anos de martírio;
2. Custo de manutenção dos presídios - Com o que se gasta para sancionar condutas, poder-se-ia investir na formação das pessoas e evitar que estas enveredassem pelo mundo da marginalidade (em conformidade, assim, com o modelo de prevenção primária);
3. Seletividade – O sistema penal seleciona suas vítimas nas classes mais humildes da sociedade. Estas, originariamente, possuem problemas familiares, financeiros e, ainda que se afastando do determinismo mesológico de Hipolit Taine, estão mais propensas a delinquir;
4. As Cifras ocultas – Este pensamento revela que, de todos os ilícitos cometidos, pouco chegam a ser sancionados. Há muitos inquéritos que não seguem adiante, muitas denúncias que não são oferecidas e muitos processos

que chegam, ao final, a sentenças absolutórias. Os poucos condenados seriam os ‘escolhidos’; 5. Estigmatizante – O egresso carregará, para o resto de sua vida, as marcas de ter sido preso. Sua vivência social será sempre prejudicada, para ele será muito mais difícil conseguir um emprego, retornar à escola, enfim retornar a sua vida normalmente. Cria-se nas pessoas a falsa idéia de que o egresso significa um perigo constante, que a qualquer momento poderá voltar a delinquir; 6. Violação dos direitos humanos – Em nome do Direito Penal, tortura-se, humilha-se, mata-se. É uma violência institucionalizada e ‘legitimada’, por todos aqueles que compõe a classe mais abastada da sociedade e pretendem ver eternizada sua dominação; 7. Consequencialidade – O Direito Penal age nas conseqüências e não nas causas do problema (HIRECHE, 2004, p. 116).

São estes movimentos que anunciam que o Direito Penal deveria sofrer uma diminuição em seu campo de atuação, isto é, passasse a se preocupar com as lesões mais sérias aos bens especialmente tutelados pelo Direito, solucionando-se crimes menos graves pela via cível ou ainda administrativa, a depender do caso concreto.

Na lição de Guilherme de Souza Nucci:

“O princípio da intervenção mínima ou da subsidiariedade significa a exigência de constituir o direito penal a ultima ratio, vale dizer, a última opção legislativa para regradar e compor conflitos, aplicando sanções. A paz social não se consegue simplesmente pelo direito da força (penal), mas pela força do conjunto de regras vigentes em sociedade (ordenamento jurídico). Por isso, paralelamente ao princípio da intervenção mínima, deve-se destacar o princípio da fragmentariedade, demonstrativo de ser o direito penal um dos fragmentos do ordenamento jurídico. Não deve ser considerado mais importante deles, nem o mais utilizado. Afinal, caso se eleja o fragmento direito penal como o ramo principal para disciplinar as relações sociais, todos os conflitos naturalmente existentes em comunidade tornar-se-iam casos de polícia, valendo a utilização da

violência estatal e dos instrumentos mais graves de sanção, como a prisão” (NUCCI, 2009, p. 12).

Ainda como pressuposto de sua validade, esta Teoria Minimalista do Direito Penal procura demonstrar que nas chamadas condutas não lesivas aos bens mais importantes e realmente carecedores de uma tutela penal, existem outras formas de inibição e/ou controle social do indivíduo, como a família, a Igreja, a comunidade local e a Escola, não sendo, portanto, necessária a intervenção do Direito Penal nesses casos.

Observe ainda o que leciona Rogério Greco:

“O Direito Penal do Equilíbrio tem como ponto central, orientador de todos os outros que o informa, o princípio da dignidade da pessoa humana. O Homem aqui, deve ocupar o centro das atenções do Estado, que, para a manutenção da paz social, deverá somente proibir os comportamentos intoleráveis, lesivos, socialmente danosos, que atinjam os bens mais importantes e necessários ao convívio em sociedade” (GRECO, 2009, p. 24).

Dessa forma, há consenso de que apenas bens juridicamente relevantes devam ser tutelados pelo Direito Penal, posto que a utilização de um direito que restringe a liberdade individual somente se justifica em face do grau de importância que o bem tutelado assume. É exatamente neste ponto que reside o cerne do presente estudo, no que tange à possibilidade da descriminalização dos crimes contra a honra.

Portanto, importunações de pequena monta, ou que causem insignificantes dissabores, são consideradas como desprovidas de relevância penal, ficando, em razão disto, a sua resolução relegada a outros mecanismos formais ou informais de controle social.

3. DOS CRIMES CONTRA A HONRA: CALÚNIA, DIFAMAÇÃO E INJÚRIA.

A honra sempre foi um bem jurídico protegido pelas sociedades. Na Grécia e Roma antigas já existiam punições às violações à honra dos seus cidadãos. Inclusive, na segunda civilização, a honra tinha caráter de Direito Público e toda ação que ofendia a

honra era enquadrada em um conceito de injúria, ou seja, todos os crimes eram classificados como injúria, independentemente de como fossem cometidos, pois, não existiam ainda outras definições. Na Idade Média, o Direito Canônico também se preocupou com a definição de crimes contra a honra, porém, este bem jurídico não era considerado um bem isolado, mas somente, quando violado na sua coletividade (GRECO, 2009).

O Código de Manu é a legislação mais antiga, a estabelecer um comportamento ilícito punido pelo direito, onde eram previstas sanções para todas as imputações difamatórias e as ofensas injuriosas. Neste, existia o capítulo ‘Das Injúrias’, que estabelecia penas cruéis como línguas cortadas, estilete de ferro em brasa, óleo fervendo pela boca e pagamento de multa. Diante das sanções impostas relativas à violação, verifica-se que a ofensa à honra, era considerada um ilícito grave (GALVÃO, 2011).

Hoje, a honra é definida como um conceito que se constrói durante toda vida e que pode, em virtude de apenas uma única acusação leviana, ruir imediatamente. Por isso, é considerado um direito da personalidade protegido pela Constituição Federal de 1988, sendo direito fundamental inviolável nos termos do art. 5º, X da Carta Magna (IBIDEM).

O Código Penal Brasileiro de 1940 apresenta três delitos contra a honra: calúnia, difamação e injúria. Os dois primeiros imputam fatos e, por isso, em princípio, admitem retratação e exceção da verdade, o que, na injúria não é aceitável, pois nesta não há do que se retratar, já que a ofensa é de imputar qualidades pejorativas à vítima.

A calúnia e difamação se assemelham pela ofensa à honra objetiva, ou seja, aquela que tem repercussão no meio onde vive, ou exerce sua profissão. Ambas são definidas como ofensa que impõe ao ofendido algum fato que tenha cometido e não uma qualidade desfavorável ou algum conceito que venha denegrir a imagem do ofendido tão somente pelo conceito. Não obstante, a diferença está na natureza do fato imputado, pois na calúnia, por exemplo, a informação divulgada é de um crime, ou seja, que a vítima da calúnia cometeu um ato que é considerado crime. Já a difamação, a informação divulgada é de fato ofensivo à reputação do ofendido, que o deprecia em seu apreço social, porém, diferentemente da calúnia, este fato não se refere a um crime (ARANHA, 2004).

Outra diferença entre a calúnia e difamação, baseia-se no elemento normativo, falsidade, que, na calúnia é imprescindível, imputando um crime que o ofendido não cometeu, todavia, na difamação, em regra, é irrelevante, exceto quando se trata de funcionário público na forma do parágrafo único do artigo 139 do Código Penal.

Em suma, para que seja tipificado no crime de calúnia, é necessário que o fato que o ofensor imputou à vítima deva ser considerado um crime pelo Direito Penal e precisa, necessariamente, que seja algo que o mesmo não cometeu. A difamação se diferencia pois essas duas exigências da calúnia não são necessárias (IBIDEM).

Quanto à injúria, não é necessário que terceiros tomem conhecimento para consumir-se, sendo necessário apenas a pessoa do ofendido tomar conhecimento. Trata-se da honra subjetiva.

Como se pode observar no disposto do artigo 145 do Código Penal, em regra, os crimes contra a honra são de ação penal privada. Isso quer dizer que o direito de ação deve ser exercido pela própria vítima ou, no caso dela não ter capacidade de ingressar com a ação, quem tenha qualidade legal para representá-la (art. 100, §4º do CP). A exceção está na ocorrência das injúrias real (art. 140, §2º, CP) – incondicionada – ou preconceituosa (art. 140, §3º, CP), onde será necessária a representação do ofendido para o exercício da ação penal pública.

Ainda assim, a previsão de injúria real como de ação penal pública incondicionada merece ser revista com o advento da Lei 9.099/95. Esta legislação prevê a modalidade de ação penal condicionada para o crime de lesão corporal leve. Dessa forma, considera-se desproporcional continuar considerando a injúria sem qualquer autorização da vítima, desde que não resulte em lesões graves.

Diante disso, pode-se constatar que a injúria, calúnia ou difamação não causam qualquer ameaça à sociedade. Ao revés, atingem o direito e a honra de um único ou um grupo de indivíduos. Assim, demonstra-se que a sanção recomendada deve ser a reparação do dano sofrido pela vítima, a título de indenização, e não a privação de liberdade ou restrição de direitos (ARANHA, *op. cit.*).

Por tudo isso, pode-se perceber que a honra é um bem jurídico disponível, ou seja, pode ser dispensada a tutela penal sobre tal bem diretamente pelo ofendido, através do seu consentimento válido. Ademais, há possibilidade de composição civil dos danos em sede de Juizado Especial, o que torna inócua a persecução criminal.

4. DESCRIMINALIZAÇÃO DOS CRIMES CONTRA A HONRA

Atualmente, a maioria esmagadora dos países que compõem a Organização dos Estados Americanos (OEA), que são, no total, 35, ainda criminaliza os delitos contra a honra⁵. Apenas 06 países já passaram por um processo de descriminalização ou nunca adotaram o campo penal como possível meio de reparação nas situações de ofensa: Argentina, Uruguai, México, El Salvador, Costa Rica e Nicarágua.

Como visto, no Brasil, os crimes contra a honra estão previstos no Código Penal entre os artigos 138 a 145. Nos casos da calúnia e da difamação, as penas são compostas por privação de liberdade e multa, enquanto na injúria, varia entre o encarceramento ou o pagamento da multa.

Para analisar o que se tem no ordenamento jurídico pátrio e defender a descriminalização faz-se necessária a sua conceituação. De acordo com Zaffaroni:

“A descriminalização é a renúncia formal (jurídica) de agir em um conflito pela via do sistema penal. Isto é o que propõe o Comitê Europeu para a descriminalização em relação a vários delitos: cheques, furtos em fábricas pelos empregados, furtos em grandes lojas etc. A descriminalização pode ser “de fato”, quando o sistema penal deixa de agir, sem que formalmente tenha perdido competência para isto, o que entre nós ocorre, por exemplo, com o adultério. Em alguns casos, com a descriminalização, propõe-se que o Estado se abstenha de intervir, como nos países que tem derogado as cominações penais contra a conduta homossexual adulta, que haviam permanecido como

⁵Brasil, Peru, Chile, Paraguai, Bolívia, Equador, Colômbia, Venezuela, Panamá, Guatemala, Jamaica, Trinidad e Tobago, República Dominicana, Antígua e Barbuda, São Cristóvão e Nevis, Guiana, Santa Lúcia, São Vicente e Granadinas, Haiti, Suriname, Porto Rico, Barbados, Granada, Honduras, Dominica, Belize e Bahamas. Argentina, Uruguai, México, El Salvador, Costa Rica e Nicarágua, Estados Unidos e Canadá.

um ranço em suas leis. Mas, na maioria dos casos, o que se propõe é que o Estado intervenha apenas de modo não punitivo: sanções administrativas, civis, educação, acordo etc.” (ZAFFARONI, 2011, p. 314).

Sendo assim, a intenção não é, de forma alguma, deixar de sancionar as condutas contra a honra, mas de inseri-las em outras esferas do Direito que sejam capazes de solucionar o problema com mais eficácia e, conseqüentemente, gerando mais segurança jurídica.

O Direito Penal na tutela dos crimes contra a honra tem se mostrado bastante ineficaz, visto que as demandas que são levadas à apreciação do Poder Judiciário, em sua maioria, redundam em composição civil dos danos, o que já poderia ter sido solucionado na seara extrapenal desde o começo.

Um triste fato que assola a sociedade é a falta de celeridade do Judiciário para a composição dos conflitos. Não é cabível, por ora, a discussão sobre os fatores que causam essa lentidão, mas não se pode negar que há demandas, principalmente de cunho criminal, que não deveriam ser levadas à apreciação do Juiz, podendo ser resolvida perante os auxiliares da Justiça, como é o caso dos conciliadores presentes nos Juizados Especiais Cíveis (SILVA, 2005).

A Constituição de 1988 traz em seu bojo, elencada como garantia fundamental, a razoável duração do processo, seja em qual esfera for, mas essa garantia tem que se fazer presente e o Estado deve disponibilizar mecanismos para que essa razoável duração seja efetivada na prática e não somente figure no papel.

Como as ações que violam a honra tem sua iniciativa através de ação penal privada, muito embora o *jus puniendi* pertença exclusivamente ao Estado, neste caso é transferida a capacidade de ingressar para o interessado, ou seja, o particular, se torna ainda mais fácil enxergar que o direito do Estado dado ao particular demonstra sobreposição do interesse da vítima ao interesse público, pois, interessa apenas à vítima o resultado.

Portanto, exceto em alguns casos, evidencia-se que, nos casos de crimes contra a honra, predomina o interesse da vítima, optando tão somente se irá interpor ou não uma

ação penal contra o agressor. Essa é uma das formas mais claras de salientar que a honra é um bem jurídico disponível que, embora tenha sua significância, não é a melhor opção se encontrar tutelado pelo Código Penal.

Sendo assim, a vítima passa a ter poder de decisão sobre agir ou não contra o violador da honra. Em consequência, vê-se ainda na ação penal três formas de extinguir a punibilidade, através da renúncia, perdão e a perempção, o que deixa ainda mais claro a disponibilidade desse bem jurídico na ótica do legislador brasileiro (PACELLI, 2008).

Como se pode observar, os delitos contra a honra não causam qualquer ameaça à sociedade. Muito pelo contrário, esses delitos ferem o direito, a moral e a honra de um indivíduo ou um grupo, não a sociedade, dessa forma, o que passa a ser mais coerente é que a sanção aplicada deva ser a reparação do dano sofrido pela vítima, a título de indenização e não a privação de liberdade do autor do fato.

Ademais, o próprio Código Civil prevê a responsabilidade civil pela ofensa a honra:

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.

No início do artigo é possível observar que deve haver indenização para crimes contra a honra, devendo o agente restituir a vítima em seu dano. Nesse sentido, havendo previsão legal na esfera cível da indenização nas condutas ofensivas à honra, demonstra-se ainda mais desnecessária a previsão estabelecida no Código Penal (SILVA, *op. cit.*).

Além disso, verifica-se ainda outra situação que gera grande insatisfação para manutenção da criminalização de condutas como os crimes contra a honra que é a incoerência em que encontramos o sistema carcerário brasileiro.

Existem diversos motivos que resultam na atual precariedade do sistema carcerário, desde a superpopulação prisional, aos maus-tratos e tratamentos desumanos

carcerários até o disparo da violência e o pleito para aumento da criminalização de condutas e aumento de penas (BITTENCOURT, 2014).

Porém, o desprezo, a falta de aplicação de crédito e a indiferença do Estado no decorrer dos anos, acabaram agravando ainda mais por agravar ainda mais a desordem chamada sistema prisional brasileiro. Dessa forma, a prisão, que inicialmente tinha a função de trazer uma substituição à pena de morte, torturas cruéis, hoje não é capaz de atingir o fim a que se destina, que é a correção pela pena cometida e ressocialização do indivíduo.

Com o excesso de indivíduos nas prisões, o sistema carcerário passa a não ser capaz de comportá-los, e como dita acima, o número de prisões não acompanha o ritmo acelerado do crescimento do número de presos, o que gera uma afronta aos direitos fundamentais insculpidos na Constituição Federal de 1988.

Dessa forma, todos aqueles que operam a sistemática penal devem entendê-la de forma mais racional na imputação das penas, pois algumas das condenações apenas aumentam as estatísticas e conseqüentemente o número de presos (IBIDEM).

Por isso, a descriminalização de condutas como os crimes contra a honra também viabilizam numa melhora da quantidade de apenados, visto que, se vierem a cumprir efetivamente a pena privativa de liberdade não estarão satisfazendo nem ao ofendido e nem à sociedade.

Dessa forma, uma situação negativa que salta aos olhos na análise de descriminalização dos crimes contra a honra é quanto à insatisfação da vítima. Isso ocorre porque esta se encontra em situação desfavorável, de total desamparo, tanto da máquina estatal quanto da sociedade no acontecimento dos fatos que ofendem a honra (MOLINA, 2000).

Como se não fosse suficiente o sofrimento que o ofendido passa tão somente pela situação ocorrida, o mesmo ainda sofre o desconforto do atendimento em Delegacias de Polícia, constrangimento de comparecer de comparecer ao Poder Judiciário e a preocupação e incerteza de ver o seu dano reparado.

Conforme analisado, o ordenamento jurídico brasileiro, confere maior importância à aplicação de pena do que a reparação do dano, o que demonstra a insatisfação da vítima com a sensação de que a justiça não foi efetivamente prestada.

Atualmente, verificam-se algumas leis editadas exatamente para buscar instrumentos e garantias à reparação do dano, como, por exemplo, a Lei 9.099/95. Isso demonstra a intenção do legislador em afastar a aplicação de pena privativa de liberdade em delitos como os contra a honra, em que se pode perfeitamente manter apenas uma reparação de dano, inclusive, na esfera cível.

Desse modo conclui-se pela ilegitimidade da intervenção penal quando alguns bens jurídicos poderiam ser tutelados por meios civis ou administrativos e não o são, frente às exacerbadas penas cominadas.

Partindo-se deste pressuposto, a partir do medo incutido na sociedade, de que é forçoso criminalizar ao máximo e com maior severidade, será necessária uma verdadeira reversão de expectativas, visando a legitimação do sistema penal não sobre um consenso obtido através do medo, mas sobre conceitos de dignidade penal e carência de tutela penal, pressupostos do movimento de descriminalização e, assim, as violações à honra serem expurgadas do seio do Direito Penal, conduzindo a um modelo de política criminal descriminalizadora baseada no Direito Penal Mínimo, condizente com a Constituição pátria.

5. CONCLUSÃO

Os crimes contra a honra estão previstos nos artigos 138, 139 e 140 do Código Penal. Todavia, a partir de inúmeras vantagens à descriminalização defende-se que os mesmos podem ser tratados de forma mais simples e eficaz, gerando, tão somente, a possibilidade de uma indenização ao ofendido no âmbito cível.

Portanto, compreende-se que apenas aos crimes que venham a violar um bem jurídico relevante à sociedade como a vida e liberdade devem ser levados a *ultima ratio*, conforme estabelece o princípio da intervenção mínima.

Para isso, seria necessária a modificação da estrutura do ordenamento jurídico brasileiro, de modo que se preserve e se interesse pela satisfação e bem estar daquele que sofreu as conseqüências do delito, aquele que teve afetado negativamente seu bem jurídico protegido.

Um dos princípios adotados pelo Direito Penal Brasileiro, a *ultima ratio*, define que a intervenção do direito penal se dará apenas quando insuficiente outros ramos do direito para proteger determinado bem jurídico tutelado.

Com isso, somando a todos os motivos alegados, a Constituição Federal não recebe os delitos contra a honra, já que em momento algum considera estes como uma questão jurídico-penal. Dessa forma, a omissão precisa ser interpretada de forma negativa. Isso quer dizer que a Carta Magna optou por não incluir a honra à matéria criminal.

Diante disso, a esperança é que, em breve, o legislador ordinário, também se volte ao interesse da retificação da criminalização dos crimes que violam a honra, revogando-os expressamente em Lei.

Todavia, enquanto isso não ocorre, cabe aos operadores do Direito, aplicar, na medida do possível, o princípio da intervenção mínima, de modo a não trazer a sanção desnecessária ao ofensor e a satisfação do ofendido.

6. REFERÊNCIAS:

ARANHA, Adalberto José Q. T. Crimes contra a Honra. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BATISTA, Nilo. Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BIANCHINI, Alice. Pressupostos materiais mínimos da tutela penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal: parte especial. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

GALVÃO, Fernando. Direito penal - parte geral. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

GRECO, Rogério. Direito Penal do Equilíbrio: uma visão minimalista do Direito Penal. 4. ed. Niterói: Impetus, 2009.

HIRECHE, Gamil Föppel el. A função da pena na visão de Claus Roxin. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

MOLINA, Antonio García-Pablos de. Criminologia. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

NUCCI, Guilherme de Souza. Crimes contra a dignidade sexual. Comentários à Lei 12.015, de 7 de Agosto de 2009. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

PACELLI, Eugênio. Curso de Processo Penal. 10ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

PIERANGELI, José Henrique, ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Manual de Direito Penal Brasileiro. 6. ed. São Paulo: RT, 2006. v. 1

ROXIN, Claus. Iniciación al derecho penal de hoy. Tradução Francisco Muñoz Conde e D. M. Luzón-Pena. Sevilha: Universidade de Sevilha, 1981.

SILVA, Américo Luis Martins da. O dano moral e sua reparação civil. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

ZAFFARONI, Eugênio Raul. En busca de las penas perdidas – deslegitimación y dogmática jurídico-penal. Bogotá: Temis, 1990.