

**XXV CONGRESSO DO CONPEDI -  
CURITIBA**

**DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E  
CONSTITUIÇÃO I**

**GILBERTO GIACOIA**

**ROMULO RHEMO PALITOT BRAGA**

**RICARDO ALVES BENTO**

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 Napolini 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

---

D598

Direito penal, processo penal e constituição I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UNICURITIBA;

Coordenadoras: Gilberto Giacoia, Ricardo Alves Bento, Romulo Rhemo Palitot Braga – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-322-1

Modo de acesso: [www.conpedi.org.br](http://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. Direito Internacional. 3. Direito Penal. 4. Processo Penal. 5. Constituição. I. Congresso Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Curitiba, PR).

CDU: 34



# XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

## DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO I

---

### **Apresentação**

Integrando o XXV Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Curitiba, Paraná, de 7 a 10 de dezembro de 2016, na linha de extensão e circularidade do conhecimento, em seu desenvolvimento acadêmico-científico, como resultado das atividades de apresentação de artigos ligados pela vocação proposta pelo objetivo temático do Encontro, qual seja o de enfrentamento aos enormes desafios decorrentes dos avanços sociais globais ou locais, de modo a se reclamar cada vez mais a implementação concreta do conceito de sustentabilidade: “Cidadania e Desenvolvimento: o papel dos atores no Estado Democrático de Direito”, cumpre seu mister o Grupo de Trabalho “Direito Penal, Processo Penal e Constituição I”, trazendo a reflexão crítica do sistema penal em seu propósito meramente simbólico, de modo a buscar sua inserção no contexto da crise de efetividade do Direito e da Justiça que os dias atuais nos acomete.

Parte-se da renovada importância de manutenção deste espaço de incremento da pesquisa e da investigação acadêmica gestada nos programas de pós-graduação em Direito no Brasil, tão bem coordenada por seu Conselho Nacional, propiciando, crescentemente, o intercâmbio criativo de ideias e reflexões científicas, de modo a prosseguir contribuindo, decisivamente, ao aprendizado e difusão do conhecimento, por meio de uma produção cada vez mais qualificada.

Nesta perspectiva, os pesquisadores selecionados neste Grupo de Trabalho (“Direito Penal, Processo Penal e Constituição I”) visitam e revisitam temáticas variadas e inter-relacionadas que vão, a partir do viés crítico da constituição colonialista do sistema de justiça penal brasileiro em sua origem patrimonialista, desde a defesa da antecipação da tutela penal econômica por meio dos crimes de risco na sociedade pós-moderna, ora focando a delimitação do bem jurídico ambiental e a responsabilidade de empresas por danos ecológicos incluindo a consideração do ecoterrorismo, ou a honra nesta mesma tutela sempre permeada e inspirada pelo princípio da dignidade humana; assim transitando em direção a enfoques garantistas na produção, aplicação e execução da lei penal, seja no horizonte criminológico de tipificação de condutas como a do crime organizado ou da lavagem de dinheiro relacionada à exploração ilícita de jogos, ora do caráter simbólico do crime de sonegação de contribuição previdenciária; seja no processo cautelar com uma análise crítica ao instituto da inafiançabilidade; ou na fase execucional no que diz respeito ao caráter punitivo da medida de segurança ou ainda de um estudo da desinternação progressiva como

instrumento de reinserção social; bem como alcançando outras questões processuais relevantes de grande atualidade e importância, como a que compreende a colaboração premiada, o sistema penal aberto pelo olhar do Direito Penal dentro da força normativa da Constituição, como ainda a defesa das audiências de custódia em função dos seus resultados práticos; e, conceitualmente, desenvolvendo abordagens sobre o direito fundamental à segurança jurídica na linha do princípio da proteção deficiente, a recepção teórica do estado de coisas inconstitucional, o processo de impeachment nos aspectos supostamente autoritários da legislação processual penal, enfim, múltiplos focos, mas com o enredo comum de se tentar sustentar uma atuação menos romântica e mais eficiente, ideológica e efetiva da tutela estatal penal.

Conquanto em meio a um momento de crise institucional vivenciada na realidade social brasileira, prossegue o CONPEDI, ocupando seu lugar de destaque engajado na coordenação da política de pós-graduação na área do Direito, neste imenso Brasil de tantas contradições e contrastes, alimentando a esperança e o esforço de continuar inspirando a progressiva construção de uma sociedade melhor e mais justa.

É o que quer ensejar, como mais um contributo nesta direção, esta publicação.

Prof. Dr. Gilberto Giacoia - UENP

Prof. Dr. Romulo Rhemo Palitot Braga - UFPB

Prof. Dr. Ricardo Alves Bento

## **CRIMES CONTRA A HONRA E A TUTELA PENAL DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: ALGUMAS CONSIDERAÇÕES**

### **DELITOS CONTRA EL HONOR Y PROTECCIÓN PENAL DE LA DIGNIDAD: ALGUNAS CONSIDERACIONES**

**Gisele Mendes De Carvalho** <sup>1</sup>  
**Rafael Altoé** <sup>2</sup>

#### **Resumo**

O presente artigo tem por finalidade estudar os principais aspectos dos crimes contra a honra (calúnia, difamação e injúria) e sua relação com a tutela dos direitos da personalidade do homem, demonstrando a desnecessidade de divisão do bem jurídico honra em suas categorias objetiva e subjetiva, já que ambas dizem respeito à proteção da dignidade humana. Analisa a existência de lesão a esse bem jurídico em alguns casos e adentra no estudo de cada tipo penal em particular, demonstrando algumas polêmicas e contradições, como a tipificação da injúria preconceituosa ou discriminatória, a possibilidade de retratação e a inviolabilidade de parlamentares.

**Palavras-chave:** Crimes contra a honra, Direitos da personalidade, Dignidade da pessoa humana, Imunidades parlamentares

#### **Abstract/Resumen/Résumé**

Este artículo tiene como objetivo estudiar los principales aspectos de los delitos contra el honor y su relación con la protección de los derechos personales del hombre, demostrando que no hay necesidad de que el bien jurídico honor se divida en sus categorías objetiva y subjetiva, ya que ambos se refieren a la protección de la dignidad humana. Entra en el estudio de cada delito en particular, demostrando algunas controversias y contradicciones, como la tipificación de la injuria por prejuicio o discriminación, la posibilidad de retratación y la inviolabilidad de los parlamentarios que no cometen estos delitos por determinación constitucional.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** Delitos contra el honor, Derechos de la personalidad, Dignidad humana, Inmunidad parlamentaria

---

<sup>1</sup> Doutora e Pós-Doutora em Direito Penal pela Universidade de Zaragoza, Espanha. Mestre em Direito Penal pela Universidade Estadual de Maringá. Professora Adjunta de Direito Penal na Universidade Estadual de Maringá.

<sup>2</sup> Mestre em Direitos da Personalidade pelo Centro Universitário de Maringá. Juiz de Direito na Comarca de Sarandi-PR.

## INTRODUÇÃO

A honra é considerada um dos valores essenciais à tutela da personalidade, merecendo, por conta disso, especial proteção jurídica, sobretudo por integrar a integridade moral ou psíquica do indivíduo<sup>1</sup>. Nesta perspectiva, ao se apresentar como um dos elementos que compõem a dignidade humana<sup>2</sup>, também se faz merecedora da tutela penal, ainda que isso se legitime em situações de particular gravidade ante o princípio da intervenção mínima.

Por essa abordagem, não há como dissociar o estudo dos crimes contra a honra previstos no Código Penal (calúnia, injúria e difamação) da ideia de proteção jurídica aos direitos da personalidade. Por outro modo de dizer, o estudo próprio das referidas normas penais se vinculam, de maneira indissociável, da compreensão da ampla tutela jurídica a que se faz merecedora a complexidade humana.

Por isso, o propósito da presente investigação é analisar alguns fragmentos dos crimes contra a honra que importem para os atuais debates relativos à vasta – e intrincada – tutela dos direitos da personalidade. Há a intenção, então, de responder à seguinte pergunta: quais são os principais elementos da ampla tutela dos direitos da personalidade dentro dos crimes contra a honra previstos no Código Penal?<sup>3</sup>

Assim, amparando-se especialmente no método teórico e na análise jurisprudencial, foram elaborados três capítulos.

O primeiro deles promove uma breve abordagem sobre a honra como bem-jurídico penal, identificando-se o conteúdo de valor que justifica a excepcional intervenção do Direito Penal nessas lesões. Para tanto, leva-se em consideração a concretização da honra como um elementar valor da pessoa humana, reconhecido, inclusive, no plano dos direitos fundamentais (projeção pública) e da personalidade (projeção privada).

Já no segundo capítulo, realiza-se o estudo de alguns dos temas controvertidos que sejam próprios dos delitos de calúnia, injúria e difamação, e que tenham nos referenciais dos direitos da personalidade o ponto de debate. Cite-se, apenas como um exemplo, a questão

---

<sup>1</sup> BARROSO, Luís Roberto. *A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação*. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010, p. 23.

<sup>2</sup> REIS, Clayton. Relevância constitucional da honra em face do direito da personalidade. In: SIQUEIRA, Dirceu Aparecido; RUIZ, Ivan Aparecido (Coords). *Acesso à justiça e os direitos da personalidade*. Birigui: Boreal, 2015, p. 146.

<sup>3</sup> Logo se vislumbra que não há qualquer pretensão de esgotamento do tema, sobretudo ante os interessantes problemas que os crimes contra a honra apresentam. Em verdade, a exauriente análise de cada delito isoladamente considerado mereceria, por si, uma investigação própria. De tal modo, serão explorados somente aspectos pontuais de cada delito, cotejando-os com contemporâneas discussões que os direitos da personalidade levantam.

relativa à justificação da punibilidade da calúnia irrogada contra mortos, considerando, para fins de discussão, o entendimento (*aparentemente* conflitante) de que a morte põe fim à personalidade.

Por fim, o terceiro capítulo aborda pontuais questões que sejam comuns aos três delitos e que demandam indagações relacionadas aos já referidos direitos da personalidade. É o caso, por exemplo, da justificativa jurídica para o ofendido poder ou não dispor da ação penal (normalmente privada), mesmo quando se esteja diante, em tese, da tutela de um valor que não comporta disposição *absoluta*.

## **1 A HONRA COMO BEM-JURÍDICO PENALMENTE TUTELÁVEL E POSSÍVEIS IMPLICAÇÕES PARA A (IN)EXISTÊNCIA DE CRIME EM CERTAS HIPÓTESES**

Os delitos contra a honra, conforme se extrai da própria nomenclatura, voltam-se à tutela de um dos mais elementares direitos da personalidade, reconhecendo-se que a respeitabilidade (própria e objetiva) constitui-se, na forma já adiantada na introdução, em parte integrante da ampla tutela da dignidade da pessoa humana<sup>4</sup>. As mencionadas premissas indicam que a criminalização de determinados comportamentos atentatórios à honra das pessoas, desde que acompanhados de especial gravidade (entendida como a aptidão de gerar a tipicidade material, à luz do princípio da lesividade<sup>5</sup>), encontra sua legitimidade na ideia de que o bem-jurídico penalmente protegido, em tais casos, é revestido de valor suficiente a justificar a excepcional intervenção (mínima) que representa o Direito Penal<sup>6</sup>.

Se de um lado o poder punitivo não deve ser invocado para preservação de valores que sequer tenham alguma forma de correlação com os direitos fundamentais<sup>7</sup> (no plano público) ou com os direitos personalidade<sup>8</sup> (no plano privado)<sup>9</sup>, também é verdade que, em excepcionais situações, é a tutela penal que se apresenta capaz de gerar o âmbito de proteção

---

<sup>4</sup> SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*. 2a. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 79.

<sup>5</sup> ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal*. 2a ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 17-18

<sup>6</sup> BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao Direito Penal brasileiro*. 12a. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 89 e ss.

<sup>7</sup> PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico penal e constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 44.

<sup>8</sup> Sobre o valor dos direitos da personalidade: SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 80.

<sup>9</sup> Ainda sobre o valor dos direitos da personalidade, vide: CUPIS, Adriano de. *Os direitos da personalidade*. Tradução Afonso Celso Furtado Rezende. São Paulo: Quorum, 2008, p. 38.

esperado ao valor protegido, mormente quando os demais ramos jurídicos não se apresentam suficientes à tutela.

Por essa lógica, considerando que o próprio Direito Penal, como forma contundente de intervenção, atua a partir da sistemática da restrição da liberdade alheia (ainda que em escalas variáveis), apresenta-se como uma questão de proporcionalidade (e de coerência) concluir que somente se faz merecedor dessa potente intervenção algum valor que carregue, mesmo que de maneira reflexa, correspondência com o catálogo de direitos essenciais à tutela da pessoa humana<sup>10</sup>.

Logo se vê que a legitimação da tipificação de condutas violadoras à honra alheia se adequa à lógica apresentada, em especial porque já é bastante tranquilo o entendimento de que a tutela jurídica da pessoa não se restringe à sua acepção corporal, projetando-se, na verdade, para aspectos extracorpóreos como a *honra*<sup>11</sup>. A respeito do valor que a honra tem para a proteção da pessoa humana, cite-se a visão de Clayton Reis:

A honra foi inserida no artigo 5º, inciso X do texto da Constituição Federal de 1988 como um dos pilares dos Direitos e Garantias Fundamentais da pessoa humana. Não se pode dissociar o princípio básico da Norma Geral, representado pela dignidade do ser humano (art. 1º, inciso III, da CF/88), dos demais. O homem honrado é um homem que possui dignidade. Os valores são inseparáveis, ainda que constituam categorias diferenciadas com o propósito de identificar o elemento valorativo da pessoa na sociedade.<sup>12</sup>

Diante dessas características é possível constatar que o próprio constituinte originário<sup>13</sup>, com acerto, tratou a honra como bem único dentro da lógica da proteção da pessoa humana, não traçando diferenças expressas entre a chamada *honra objetiva* e a *honra subjetiva*. Ao assim agir, reconheceu a complexidade e a importância de aludido valor.

De toda forma, é salutar esclarecer que a maior parte da doutrina nacional estabelece que o bem-jurídico protegido nos delitos de calúnia, difamação e injúria não possui plena identidade entre si. Diz-se, em linhas gerais, que os dois primeiros buscam a preservação da *honra objetiva*, cujo valor é ligado à projeção da respeitabilidade da vítima perante o corpo

---

<sup>10</sup> OLIVÉ, Juan Carlos Ferré; PAZ, Miguel Ángel Núñez; OLIVEIRA, William Terra de; BRITO, Alexis Couto de. *Direito Penal Brasileiro, parte geral: princípios fundamentais e sistema*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 74

<sup>11</sup> REIS, Clayton. Relevância constitucional da honra em face do direito da personalidade. In: SIQUEIRA, Dirceu Aparecido; RUIZ, Ivan Aparecido (Coords). *Acesso à justiça e os direitos da personalidade*. Birigui: Boreal, 2015, p. 127.

<sup>12</sup> *Ibidem*, p. 128.

<sup>13</sup> Observa-se que a própria Constituição Federal de 1988 incluiu a proteção da honra no catálogo dos direitos fundamentais, indicando, com isso, que a referida tutela tem cunho essencial à proteção da pessoa humana. Conforme se observa do artigo 5º, X, “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”

coletivo (tutela-se, em tal caso, a honra a partir da preservação do respeito que terceiros terão em relação à pessoa do ofendido<sup>14</sup>). Já o crime de injúria, por seu turno, volta-se à tutela da *honra subjetiva*, que se liga ao conceito que a vítima tem sobre si mesma, isto é, a respeitabilidade própria.<sup>15</sup>

Conquanto essa visão conte, como já adiantado, com ampla aderência na doutrina nacional, não há como deixar de consignar a objeção formulada por Hans Welzel<sup>16</sup>, para quem a complexidade do conceito de honra não autorizaria a aludida separação. De acordo com suas lições, ainda que seja possível vislumbrar projeções concretas distintas em cada delito mencionado, o fato é que o bem-jurídico é, e sempre será, um só: a honra, que se apresenta como um conceito normativo único.

Em outras palavras, não há justificativa suficiente a indicar que a honra, como direito complexo que é, autorizaria a cisão ordinariamente operada. Todos os delitos contra a honra, em verdade, voltam-se à tutela da respeitabilidade da pessoa na perspectiva da proteção de sua personalidade e, por consequência, da própria dignidade humana, de modo que o bem-jurídico, em todos os tipos já mencionados, possui embasamento no mesmo núcleo de valores que se destinam, sem qualquer hierarquização, à preservação da personalidade na perspectiva da *honra*<sup>17</sup> (um de seus atributos mais destacados)<sup>18</sup>.

Por outro lado, embora a honra seja encarada como uma projeção da personalidade humana, é entendida como disponível na perspectiva do bem-jurídico penal. Isto significa, em linhas gerais, que à luz da teoria analítica do delito, onde se inclui a antijuridicidade como um dos elementos caracterizadores do crime<sup>19</sup>, é possível que o ofendido *consinta* com a ofensa contra si irrogada, de modo a retirar qualquer possibilidade de caracterização do ilícito penal.

Nessa ordem de ideias, mesmo que se entenda que a honra, como manifestação da personalidade, não possa ser renunciada em caráter *absoluto*, o fato é que havendo consentimento do ofendido afasta-se a possibilidade da tutela penal ante a presença de uma

---

<sup>14</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte especial, dos crimes contra a pessoa*. 10. ed. v. 2. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 315

<sup>15</sup> *Ibidem*, p. 390.

<sup>16</sup> WELZEL, H. *Das deutsche Strafrecht*, B. T., p. 239-240, apud BRUNO, A. *Crimes contra a pessoa*, p. 270.

<sup>17</sup> Talvez se possa reconhecer que a divisão entre honra objetiva e subjetiva – como se bens-jurídicos autônomos fossem – possui propósito didático (que não é ignorado), facilitando a compreensão das mais essenciais distinções estruturais entre os delitos de calúnia, injúria e difamação, embora isso não exclua a já apontada convicção de que a honra (chamada de subjetiva ou objetiva) se traduz, na verdade, em um bem-jurídico único, de núcleo complexo, reconhecendo-se que todas as suas projeções convergem para o mesmo sentido: a proteção da pessoa na ideia da respeitabilidade.

<sup>18</sup> CARVALHO, Érika Mendes; CARVALHO, Gisele Mendes; PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. 14a. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 764.

<sup>19</sup> Sobre a antijuridicidade: ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro; ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Tratado de Derecho Penal Parte General*. 2a ed. Buenos Aires: Ediar, 2002, p. 589 e ss.

causa de justificação. Em tal hipótese, embora presente a tipicidade, inexistirá crime ante a falta da ilicitude no agir. No entanto, em se tratando de medida extrema, ligada a um valor essencial da tutela da pessoa, é evidente que esse consentimento deve ser expreso (jamais presumido) e que tenha sido proveniente de sujeito capaz, não se permitindo, por imperativo lógico, o uso de presunções a esse respeito<sup>20</sup>.

Não é por outra razão, dada a essencialidade do bem-jurídico em questão, que a doutrina é bastante tranquila em entender que o representante legal do incapaz (v.g., tutor, curador etc.) não tem a possibilidade de consentir contra ofensa dirigida ao representado, seja pelo fato de que o ato envolveria renúncia à tutela de um direito essencial de tal pessoa, seja por ser medida de caráter personalíssimo, já que deriva, em última análise, dos próprios direitos da personalidade.

Pela aderência que a honra tem à ideia de preservação de valores essenciais à toda pessoa humana, também prevalece o entendimento<sup>21</sup> de que o incapaz, mesmo quando não preserve condições mentais de assimilar que foi ofendido, ainda assim permanece como vítima do crime (calúnia, injúria ou difamação), já que reprovável a conduta ao ponto de justificar a intervenção penal, notadamente ante a clara violação à personalidade de tal indivíduo. A personalidade, neste viés, merece proteção mesmo que a pessoa não tenha assimilado a ofensa.

Com base nos mesmos fundamentos, deve ser rechaçada qualquer tese que tencione à legitimação da impossibilidade de caracterização do delito contra pessoas que, na visão de alguns, já teriam exaurido uma possível reserva mínima de honradez. Seria o caso dos indivíduos que seriam notoriamente desonrados pelas práticas da vida que optaram por seguir (prostitutas, criminosos, etc.). Entretanto, a exemplo de outros valores essenciais à pessoa humana, a honra jamais se exaurirá ao ponto de não ser merecedora da tutela penal. Como ensinam Luiz Regis Prado, Érika Mendes de Carvalho e Gisele Mendes de Carvalho, mesmo aqueles que são taxados popularmente de “desonrados”, ou que não gozem da estima pública, “também podem ser sujeitos passivos da calúnia. Com efeito, sempre existe uma parcela de honra, um ‘oásis moral’, como bem definia Manzini, ainda intocado e passível de ser atingido pela ofensa”<sup>22</sup>.

---

<sup>20</sup> CARVALHO, Érika Mendes; CARVALHO, Gisele Mendes; PRADO, Luiz Regis. *op. cit.*, p. 769.

<sup>21</sup> Ainda que se saiba não se tratar de visão unânime.

<sup>22</sup> CARVALHO, Érika Mendes; CARVALHO, Gisele Mendes; PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. 14a. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 766.

## 2 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE OS TIPOS PENAIIS E ALGUMAS QUESTÕES CONTROVERTIDAS RELACIONADAS À TUTELA DA PERSONALIDADE

### 2.1 CALÚNIA (CP, ART. 138)

De acordo com o *caput* do artigo 138, do Código Penal, a calúnia se dá, na forma ordinária, pela realização da seguinte conduta: “caluniar alguém, imputando-lhe falsamente fato definido como crime”.

Realizando-se a análise do tipo objetivo, constata-se que o delito só terá lugar quando houver a imputação falsa de um fato criminoso, não sendo suficiente para realização da calúnia a falsa imputação de condutas imorais ou mesmo contravenções penais (embora essas imputações, a depender de outros elementos, possam vir a configurar outra espécie de crime contra a honra).

Além disso, insta mencionar que ao exigir que seja imputado um fato que a lei definiu como crime, optou o legislador por afastar, do âmbito da tipificação da calúnia, as meras adjetivações ou afirmações genéricas. Em outras palavras, o tipo objetivo em questão exige, por parte do sujeito ativo, a individualização do agir da vítima, particularizando as circunstâncias do fato.

Ilustre-se a afirmação por meio do seguinte exemplo: imputar a determinada pessoa a realização de um furto que o sujeito ativo sabe não ter sido cometido pela vítima da calúnia, descrevendo como a subtração ocorreu (com a particularização do agir), amolda-se formalmente ao artigo 138, *caput*, do CP. Por sua vez, sem a descrição de fatos, mas propagando-se a informação de que determinado sujeito é “ladrão”, não se vislumbra o preenchimento dos requisitos para a tipicidade objetiva do delito de calúnia, dada a falta de particularização de um fato, embora possa vir a ser configurada, como melhor se verá adiante, a injúria.

Quanto ao tipo subjetivo, nota-se que para a configuração do crime não basta o dolo (vontade livre e consciente de propagar a informação). É preciso, em acréscimo, que essa vontade seja acompanhada do tipo subjetivo do injusto, caracterizado, no delito em análise, pela intenção ou propósito de ofender (*animus caluniandi*).

Neste ponto, há quem defenda que o crime de calúnia comporta, na análise do tipo subjetivo, a figura do dolo eventual, o que se daria, por exemplo, na hipótese de uma pessoa que considera de maneira bastante séria a possibilidade de falsidade de determinado fato criminoso imputado a certa pessoa. Enfim, se daria quando o agente não tem certeza acerca da veracidade do fato, mas acredita que realmente pode ser falsa a imputação, e embora tenha essa plena convicção, resolve, ainda assim, propagar a informação, sem se importar com o resultado, e reconhecendo o propósito de ofender (tipo subjetivo do injusto).

Cabe ainda enfrentar a polêmica relativa à possibilidade da pessoa jurídica, como ente moral que é, ser ou não vítima de calúnia. Neste ponto, a maioria da doutrina entende que a pessoa jurídica, embora possa ser vítima de difamação, não tem a possibilidade de ser sujeito passivo do crime de *calúnia*, ante a inimputabilidade que carrega<sup>23</sup> (sem prejuízo de outros argumentos que dão conteúdo ao profundo tema)<sup>24</sup>.

Sabe-se que a maior parte dos estudiosos da questão rechaça a possibilidade de a pessoa jurídica ser autora de delito, por lhe faltar, acima de tudo, um dos elementos integrantes da culpabilidade (a imputabilidade). Neste contexto, é impossível *imputar* à pessoa jurídica (que não se confunde com a pessoa física do seu [re]presentante<sup>25</sup>) a prática de fato criminoso, o que afasta, como consequência, a possibilidade jurídica de enquadramento na figura do artigo 138, do Código Penal.

Não se desconhece que parcela minoritária da doutrina, acompanhada do entendimento jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça, reconhece no Brasil a possibilidade de que a pessoa jurídica seja autora de crime *ambiental* (exclusivamente em tal caso), desde que a denúncia respeite o sistema de dupla-imputação que faz exigir, no objetivo de superar o óbice da imputação subjetiva ao ente moral, a presença simultânea de uma pessoa física no polo passivo da ação penal<sup>26</sup>. Observa-se que em tal caso, para aqueles que assim entendem, até poderia ser admitida, por hipótese, a calúnia contra pessoa jurídica, se lhe fosse imputado falsamente o cometimento de fato enquadrado como crime ambiental que o sujeito ativo sabe não ser verídico ou não praticado pela pessoa que (re)presenta o ente moral.

---

<sup>23</sup> Vide: DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal: parte geral*. 5a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 338.

<sup>24</sup> CARVALHO, Érika Mendes; CARVALHO, Gisele Mendes. Direito Penal de risco e responsabilidade penal das pessoas jurídicas: a propósito da orientação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça. In: DOTTI, René Ariel; PRADO, Luiz Regis. (Coords). *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 253.

<sup>25</sup> Há quem diga, com base nas lições de Pontes de Miranda, que a pessoa jurídica não é propriamente representada pela pessoa física, mas na verdade, por conta da teoria da *presentação*, se faz diretamente presente por intermédio da pessoa física. Nesse sentido: MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de Direito Privado – Parte Geral – Tomo I - Introdução. Pessoas físicas e Jurídicas*, 4a ed., São Paulo, RT, 1974.

<sup>26</sup> Vide: CARVALHO, Érika Mendes; CARVALHO, Gisele Mendes. *op cit.* p. 255.

Ocorre, porém, que tal qual o entendimento tranquilo da doutrina (especialmente em nível mundial), não há fundamento jurídico capaz de legitimar, à luz de todos os avanços obtidos no Direito Penal - que preza pela imputação subjetiva<sup>27</sup> -, que o ente moral seja considerado imputável para fins criminais, o que torna também impossível, por arrastamento, que seja vítima do crime de calúnia. Quando muito, poderia se cogitar de *dano moral* (STJ, Súmula 227)<sup>28</sup> em tal caso, ou a caracterização de difamação se preenchidos todos os elementos que sejam próprios de tal crime.

Sobre a incapacidade criminal da pessoa jurídica, segue o entendimento de René Ariel Dotti:

Os crimes (ou delitos) e as contravenções penais não podem ser praticados pelas pessoas jurídicas, posto que a imputabilidade jurídico-penal é uma qualidade inerente aos seres humanos. Quando o CP trata deste assunto o faz em consideração às pessoas naturais, como agentes que revelam capacidade para entender o caráter ilícito do fato ou determinar-se de acordo com esse entendimento (art. 26). O mesmo se pode dizer quanto à fixação da idade para a declaração da imputabilidade, quando a CF (art. 228) e o CP (art. 27) se referem aos menores de dezoito anos.<sup>29</sup>

Em avanço, também mostra-se importante, por conta do objeto do presente trabalho, valorar a previsão do artigo 138, § 1º, do CP, no sentido de que “é punível a calúnia contra os mortos”.

Neste específico ponto cabe rememorar que é dominante o entendimento de que a personalidade do ser humano encerra-se com a morte, apenas havendo, após tal marco, a projeção *post mortem* da tutela de alguns aspectos<sup>30</sup>. A honra, com fulcro na ideia da respeitabilidade da pessoa, se projeta para além da morte, sendo justificável a preservação desse valor contra ataques indevidos em face daquele que não mais possa se defender.

Remanesce, entretanto, discutir quem seria a vítima do delito de calúnia levada a efeito contra os mortos, em especial porque, com o falecimento, tem-se a impossibilidade lógica de que o falecido se enquadre no conceito de sujeito passivo (que exige ser uma *pessoa*, pela terminologia escolhida pelo próprio legislador). Aludida discussão, como se nota, ganha importância no fato de que os crimes contra a honra estão inseridos no Título I do Código Penal (*dos crimes contra a pessoa*). Sabe-se, ainda, que a personalidade é um atributo

---

<sup>27</sup> Sobre a modificação dos critérios clássicos de Imputação: SPENGLER, Adriana Maria Gomes de Souza. *A transfiguração da concepção de soberania como reflexo da sociedade global de riscos*. In: Coleção CONPEDI/Unicuitiba, vol. 17. Anais do XXII encontro. São Paulo: Editora Nossos Contatos, 2014, p. 65.

<sup>28</sup> STJ, Súmula 227: “A pessoa jurídica pode sofrer dano moral”.

<sup>29</sup> DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal: parte geral*. 5a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 339.

<sup>30</sup> DINIZ, Maria Helena. *Código civil Anotado*. 13 ed. São Paulo: Saraiva: 2008. p. 1397.

que se encerra com a morte, o que poderia levar a questionar a justificativa de legitimação do aludido delito, ante a inexistência técnica de lesão à *pessoa* na hipótese de uma ofensa irrogada contra um morto.

Ao responder referida indagação a doutrina majoritária, com relevante consenso, entende que as vítimas do delito seriam os familiares do falecido<sup>31</sup>, entendendo-se que a lesão à honra do morto se constitui em ilícito grave apto a gerar reflexos que se projetam, inclusive, aos familiares. Aludido entendimento é também bastante tranquilo no âmbito jurisprudencial. Sobre a questão, eis o entendimento de Rogério Greco:

Certo é que o morto não goza mais do *status* de pessoa, como também é certo que não mais se subsume ao conceito de *alguém*, previsto no *caput*, do artigo 138 do diploma repressivo. Contudo, sua memória merece ser preservada, impedindo-se, com a ressalva feita no §2º acima mencionado, que também seus parentes sejam, mesmo que indiretamente, atingidos pela força da falsidade do fato definido como crime, que lhe é imputado<sup>32</sup>.

Cabe observar que a *lógica* acima apontada teria inevitável aplicação a todos os delitos contra a honra, já que a difamação e a injúria contra mortos, tal qual a calúnia, também atingiriam reflexamente os familiares que possuem o legítimo direito de ver tutelada a respeitabilidade do ente próximo. No entanto, optou o legislador em tão somente criminalizar a *calúnia* contra o morto, excluindo-se do âmbito da tutela penal os demais crimes contra a honra (que podem contar, ainda, com outras intervenções jurídicas, como a reparação de danos morais)<sup>33</sup>.

## 2.2 DIFAMAÇÃO (CP, ART. 139)

A difamação, a exemplo da calúnia, exige por parte do sujeito ativo que dolosamente impute a outrem um fato falso que seja ofensivo à reputação da vítima (ou a falsa *autoria* de tal fato). Ao compartilhar essa mesma exigência, só tem lugar o crime de difamação quando a

---

<sup>31</sup> CARVALHO, Érika Mendes; CARVALHO, Gisele Mendes; PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. 14a. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 767.

<sup>32</sup> GRECO, Rogério. *Código Penal Comentado*. 5a ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011, p. 336.

<sup>33</sup> Por essa perspectiva, cotejando a questão com o princípio da tipicidade, e da natural impossibilidade de manejo de analogia *in malam partem* para criminalização de comportamentos, não se vislumbra a possibilidade de alguém ser condenado criminalmente pela prática, por exemplo, de difamação contra falecido (a não ser, evidentemente, que a ofensa tenha sido dirigida contra *pessoa viva* que posteriormente ao fato, por razões que não importam à discussão, veio a falecer).

imputação vier acompanhada da particularização de determinadas circunstâncias que concretizem um fato desonroso<sup>34</sup>.

Por seu turno, conquanto compartilhem alguma semelhança, a calúnia e a difamação não se confundem. Naquela, exige-se a falsa imputação de um fato que a lei defina como crime, enquanto que na difamação, de forma mais residual, se enquadram todos os demais fatos que sejam contrários à respeitabilidade do sujeito passivo que não sejam considerados como *crime*.

Quanto ao tipo subjetivo, exige-se a presença do dolo, acrescido do já mencionado elemento subjetivo do injusto, caracterizado, nesse caso, pela especial intenção de ofender (no caso deste crime o *animus diffamandi*)<sup>35</sup>.

No aspecto dos sujeitos ativo e passivo, aplicam-se à difamação todos os apontamentos já feitos quando da análise do delito de calúnia, inclusive a possibilidade do incapaz (sem aptidão de assimilar a ofensa contra si irrogada) ser vítima do delito. Mas há, por outro lado, uma diferenciação pontual a respeito da pessoa jurídica como possível sujeito passivo do delito.

Dentro da delimitação a que se propõe a presente investigação (análise apenas dos fragmentos do tema que importem à tutela da personalidade), cabe questionar se a pessoa jurídica, como ente moral que é, pode ou não ser *vítima* de difamação, sobretudo ante a concepção de que, ao ter uma forma jurídica (não biológica), também não tem a aptidão de assimilar a própria respeitabilidade.

De todo modo, é preciso ressaltar que o sistema jurídico há tempos vem reconhecendo à pessoa jurídica a proteção de alguns elementos que são próprios dos direitos da personalidade, tanto que o Superior Tribunal de Justiça, ao editar a Súmula 227, confirmou que o ente moral tem direito ao ressarcimento ao *dano moral* contra si causado (cite-se o exemplo de um protesto de título que foi lavrado, de forma indevida, contra determinada empresa).

Em decorrência dessa tendência, a maioria da doutrina penal reconhece a possibilidade de que o ente moral seja vítima do crime de difamação, embora entenda, como já visto anteriormente, pela impossibilidade de ser vítima de calúnia ante a falta de imputabilidade. Em âmbito jurisprudencial, por sua vez, ainda que se vislumbre tendência a seguir o mesmo entendimento da doutrina, é possível encontrar entendimentos que defendam a

---

<sup>34</sup> A mera adjetivação negativa da pessoa, sem a particularização de uma conduta concreta (comissiva ou omissiva), se amolda à tipicidade formal do delito de *injúria*.

<sup>35</sup> GRECO, Rogério. *Código Penal Comentado*. 5a ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011, p. 351.

impossibilidade do ente moral ser vítima de difamação, sob o argumento de que a *pessoa* mencionada no Código Penal é o ente físico revestido de todo catálogo dos direitos personalidade. Eis um precedente:

Pela lei em vigor, pessoa jurídica não pode ser sujeito passivo dos crimes contra a honra previstos no C. Penal. A própria difamação, *ex vi legis* (art. 139 do C. Penal), só permite como sujeito passivo a criatura humana. Inexistindo qualquer norma que permita a extensão da incriminação, nos crimes contra a pessoa (Título I do C. Penal) não se inclui a pessoa jurídica no polo passivo e, assim, especificamente, (Cap. IV do Título I) só se protege a honra das pessoas físicas<sup>36</sup>

Poderiam aqui ser diagnosticados inúmeros outros pontos, mas por se confundirem com análises já feitas anteriormente quando da valoração do crime de calúnia, entende-se pela desnecessidade da repetição.

### 2.3 – INJÚRIA (CP, ART. 140)

A injúria, quando comparada com a calúnia e a difamação, apresenta estrutura bastante peculiar, já que não exige a imputação de um fato contrário à respeitabilidade coletiva da vítima. Em contrário, para fins da tipicidade formal, basta que ocorra uma qualificação negativa dirigida ao sujeito passivo. Seria o caso, por exemplo, da adjetivação que seja ofensiva à própria estima do ofendido, o que não significa a criminalização de toda e qualquer pretensa ofensa contrária à exaltação própria<sup>37</sup>.

É por essa característica que em nome de fins didáticos a maior parte dos autores acaba por propor a diferença entre *honra objetiva e honra subjetiva* (o que não retira a importância de reafirmar que a honra é um bem-jurídico único, incapaz de cisão). A primeira estaria ligada, como já afirmado, à respeitabilidade da vítima perante o corpo coletivo, o que implica, por exemplo, que os delitos de calúnia e difamação tenham o marco da consumação no momento em que terceira pessoa tome conhecimento do fato ofensivo imputado ao sujeito passivo, ainda que este ainda não saiba de tal agravo. Já a honra subjetiva é ligada à ideia de

---

<sup>36</sup> STJ, AgRg no Ag 672.522/PR, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 04/10/2005, DJ 17/10/2005, p. 335.

<sup>37</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*. 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 564.

autorrespeitabilidade, isto é, à estima própria, de modo que a injúria tem o instante consumativo quando o sujeito passivo toma conhecimento da ofensa que lhe foi dirigida.

Observa-se que o propósito de ofender pode ser identificado não apenas por meio de palavras, sendo possível, ainda, que o acinte se vislumbre por meio de gestos ou outra forma idônea de transmitir a intenção de injuriar (elemento subjetivo do injusto). Neste ponto, optou o legislador em consignar que o uso de violência também pode gerar o crime contra a honra, o que se manifesta na chamada *injúria real* (CP, Art. 140, §2º). O delito se configurará, em tal hipótese, quando o uso da violência tiver o propósito de gerar ofensa à honra, tal qual ocorre com o bastante citado exemplo de um tapa no rosto com o propósito de promover a humilhação pessoal da vítima. Ademais, sem prejuízo do delito contra a honra, é possível que ocorra a punição própria pela violência em determinadas circunstâncias (v. g., se configurada lesão corporal).

Ressalta-se, outrossim, que o legislador deu tratamento especial para a injúria que, com o propósito de ofender que lhe é anexo, se valha de elementos de raça, cor, etnia, religião, origem ou condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência (CP, Art. 140, §3º). Em tal caso a pena é maior do que a forma ordinária, o que aponta pela existência de um juízo de maior reprovabilidade do agir.

Nesta lógica, pela perspectiva da tutela dos direitos da personalidade (essenciais à individualização e proteção da pessoa humana), agiu bem o legislador em dar especial tratamento ao delito contrário à honra que seja acrescido dos traços de preconceito, havendo, em tais hipóteses, evidente reprovabilidade particular que justifica sanção mais contundente.

Cabe, entretanto, traçar um paralelo dessa particular forma de injúria (doutrinariamente por vezes chamada de *preconceituosa*) com o artigo 141, IV, do CP, que prevê causa especial de aumento de pena aplicável a todos os crimes contra a honra quando a ofensa for cometida “contra pessoa maior de 60 (sessenta) anos ou portadora de deficiência, exceto no caso de injúria”.

Logo se vê, de acordo com tal redação, que o objetivo do legislador, ao excluir a injúria do âmbito da mencionada majorante, foi evitar a ocorrência de *bis in idem*, considerando já haver, na parte especial do Código Penal, a figura qualificada da *injúria preconceituosa*. No entanto, se se considera que este aumento de pena é aplicável objetivamente aos casos em que a vítima seja maior de 60 anos ou portadora de deficiência (independentemente do conteúdo exarado na ofensa), e que a injúria preconceituosa do art. 140, §3º, exige que a mesma seja irrogada *em razão dessa condição* – isto é, aludindo-se à própria condição de idoso ou deficiente da vítima –, constata-se que o legislador,

inadvertidamente, deu margem a uma insuportável lacuna de majoração da pena, pois naqueles casos em que a injúria dirija-se ao ofendido maior de 60 anos ou deficiente mas não diga respeito a esta sua particular condição (v. g., ofendendo-lhe por outra razão, como sua honestidade ou moralidade), não se poderá aplicar o aumento de pena do art. 141, IV, CP, por expressa proibição legislativa, embora seja a vítima vulnerável em razão da sua condição.

Ainda dentro deste ponto, salutar esclarecer que não se deve confundir a figura qualificada da injúria preconceituosa com o crime de *racismo*. Não se ignora que popularmente, em desapego técnico, o racismo é confundido com a injúria racial; mas na perspectiva penal possuem características bem distintas. Enquanto a injúria racial é manifestada pela adjetivação negativa da vítima em razão de elementos de raça, cor ou etnia, ofendendo-se a honra do sujeito passivo<sup>38</sup>, o crime de racismo, previsto na Lei 7.716/89<sup>39</sup>, ocorre pela prática de atos concretos de segregação que são levados a efeito por um sentimento dirigido a uma categoria, o que se daria, por exemplo, na hipótese de o sujeito ativo impedir determinada pessoa de entrar em um estabelecimento comercial por ser negra.

Demais disso, o racismo é crime imprescritível e inafiançável (art. 5º, XLII, CF), ao contrário da injúria preconceituosa, que prescreve em oito anos, de acordo com o art. 109, IV, CP.

O crime de racismo, como se vê, tem elemento subjetivo do injusto que é próprio, derivado da intenção de menosprezar ou ofender, por exemplo, uma raça como um todo. Eis elucidativo julgado do Superior Tribunal de Justiça nesse sentido:

(...) Para a aplicação justa e equânime do tipo penal previsto no art. 20 da Lei n. 7.716/89, tem-se como imprescindível a presença do dolo específico na conduta do agente, que consiste na vontade livre e consciente de praticar, induzir ou incitar o preconceito ou discriminação racial. (...) Ausente o elemento subjetivo do injusto, de ser reconhecida a ofensa ao art. 20, § 2º, da Lei do Racismo, e absolvido o acusado, nos termos do art. 386, III, do CPP<sup>40</sup>

No entanto, embora não se questione a especial reprovabilidade que a injúria preconceituosa carrega, merecendo, inclusive, maior reprimenda do que a forma comum da injúria (prevista no *caput*), sobressaem razoáveis questionamentos a respeito da

---

<sup>38</sup> Que a maioria diz ser *subjetiva* em tal caso.

<sup>39</sup> DELMANTO, Celso *et al.* Código Penal comentado, 6ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002 p. 305.

<sup>40</sup> STJ, REsp 911.183/SC, Rel. Ministro FELIX FISCHER, Rel. p/ Acórdão Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 04/12/2008, DJe 08/06/2009.

proporcionalidade das penas inseridas pelo legislador em tal caso, sobretudo quando realizado comparativo com outros crimes previstos no Código Penal<sup>41</sup>.

Para ilustrar referida indagação, observa-se que o crime de homicídio culposo é apenado com *detenção* de um a três anos, enquanto que a injúria preconceituosa (que embora viole um elementar direito à personalidade, não põe fim a esta) é apenada com *reclusão* de um a três anos, além de multa. Ora, como já dito anteriormente, sabe-se que o entendimento majoritário é no sentido de que a morte põe fim à personalidade, com ela extinguindo-se a maior parte dos direitos de tal natureza (embora alguns se projetem *post-mortem*), de molde que não se pode ter por proporcional, com base nos valores em discussão, que a lesão à honra seja revestida de maior reprimenda que o agir que implique, ainda que culposamente, na extinção da própria personalidade, onde a honra é apenas um de seus múltiplos elementos<sup>42</sup>.

### **3 ALGUNS ASPECTOS PROCESSUAIS APLICÁVEIS AOS CRIMES CONTRA A HONRA E SUA CORRELAÇÃO COM A TUTELA DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE**

O fato de um valor ser irrenunciável (plenamente) não significa, à luz da intervenção mínima, que o Direito Penal deve sempre ser chamado a intervir para protegê-lo<sup>43</sup>. Nessa lógica, a disponibilidade do bem-jurídico para fins penais, quando se está diante dos crimes contra a honra, pode ser apontada por uma perspectiva material (traduzida na hipótese do consentimento do ofendido, que afasta a antijuridicidade) e também por uma perspectiva processual, já que o artigo 145 do Código Penal deixa claro que os crimes contra a honra somente serão processados mediante *queixa*, com exceção da injúria real que venha acompanhada de lesão corporal, dos crimes contra a honra praticados contra o Presidente da República ou Chefe de Governo estrangeiro, e da injúria preconceituosa, casos em que, excepcionalmente, a ação será pública condicionada.

É possível dizer que o legislador agiu com acerto ao, de modo geral, afastar os crimes contra a honra do âmbito da ação penal pública. Isto porque a honra é um traço

---

<sup>41</sup> Destaca-se, neste ponto, sequer ser essencial questionar se a reprimenda inserida é razoável à luz da análise individual (isolada) do bem-jurídico protegido (notadamente por envolver um direito da personalidade). Os questionamentos, na verdade, surgem pela valoração sistemática.

<sup>42</sup> CARVALHO, Érika Mendes; CARVALHO, Gisele Mendes; PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. 14a. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 790.

<sup>43</sup> BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao Direito Penal brasileiro*. 12a ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 82.

individualizante de cada pessoa, verdadeiro valor personalíssimo que, no catálogo dos direitos da personalidade, se manifesta de forma particular para cada sujeito<sup>44</sup>.

Apenas o ofendido, então, é que poderá fazer o juízo de ponderação adequado para escolher se a situação vivenciada deve ou não ser levada às vias judiciais. Destaca-se que em determinados casos o processo penal pode fazer com que a ofensa seja reavivada no íntimo da vítima<sup>45</sup>, o que faz com que tenha, em nome da liberdade individual, a escolha de levar adiante ou não a persecução penal de um fato que lhe seja desonroso. Alguns podem vislumbrar na ação penal, por exemplo, uma resposta necessária à lesão sofrida. Outros, por outro lado, podem entender que embora a generalidade das pessoas veja em determinada situação uma grave ofensa, entendem não haver razões, por sentimentos próprios que a ninguém interessa, iniciar uma ação penal.

É importante elucidar, diante dessas considerações, que a opção do ofendido em não promover a ação penal em nada se aproxima da já combatida (e proibida) renúncia *absoluta* aos direitos da personalidade. As razões pessoais que motivam decisões sobre a abertura ou não da persecução penal, em verdade, partem de um permissivo de conveniência e interesse, que mais encontram fundamento nas liberdades individuais – traço essencial da dignidade humana - do que em eventual disponibilidade *absoluta*<sup>46</sup> da honra<sup>47</sup>.

Ainda dentro deste ponto, ressalta-se que quando o crime contra a honra é praticado contra funcionário público no exercício das funções ou em razão delas, também se tem, mesmo que indiretamente, violação à imagem do Estado. Com base nesse raciocínio, embora o Código Penal não tenha feito qualquer exceção a respeito da ação penal, entendeu o Supremo Tribunal Federal pela edição da Súmula 714 que diz ser “concorrente a legitimidade do ofendido, mediante queixa, e do Ministério Público, condicionada à representação do ofendido, para a ação penal por crime contra a honra de servidor público em razão do exercício de suas funções”.

Por conta do princípio da legalidade, poderia ser apresentada objeção ao teor da aludida súmula, mas entendeu a suprema corte haver, em tal caso, permissivo oriundo da própria estrutura constitucional, garantindo-se ao Ministério Público o dever de tutela do

---

<sup>44</sup> SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p.

<sup>45</sup> Sobre a relação entre o processo penal e a vítima: FERNANDES, Antônio Scarance. *O papel da vítima no processo criminal*. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 20 e ss.

<sup>46</sup> Disponibilidade esta que, como já visto, pode ocorrer na perspectiva do *bem-jurídico penal*, e não como abertura para renúncia total do direito da personalidade.

<sup>47</sup> Sobre a possibilidade de renúncia parcial: CARDIN, Valéria Silva Galdino; GUERRA, Marcela Gorete Rosa Maia. Da utilização da imagem da criança em produções artísticas e publicitárias. *Revista Jurídica CESUMAR*. Mestrado, v. 14, n. 1, jan./jun. 2014, p. 193-194.

interesse público. Por sua vez, como contraponto, assegurando-se a disponibilidade da honra como bem-jurídico penal, delimita que a ação penal pública será condicionada à representação do ofendido em tal caso, sem a qual, como requisito de procedibilidade, ocorre a decadência e conseqüente extinção da punibilidade.

Partindo do mesmo juízo de valor, o legislador, no artigo 143, do CP, optou por garantir que não haverá punição do sujeito passivo se este se retratar cabalmente (leia-se: de forma idônea) da calúnia ou da difamação antes da sentença<sup>48</sup>, o que implica em extinção da punibilidade do agente na forma do artigo 107, VI, do CP. A exceção fica por conta do crime de injúria, que não será alcançado pela aludida retratação, o que não se confunde, como melhor se verá adiante, com o interesse do próprio querelante em desistir da ação penal privada proposta. Também se diz, em âmbito jurisprudencial, que o crime contra a honra praticado contra funcionário público, ao envolver a imagem do Estado, não seria passível de retratação<sup>49</sup>.

Veja-se, neste ponto, que o instituto de que trata o artigo 143, do CP, acaba se revestindo de caráter potestativo, isto é, exercido unilateralmente pelo réu, de modo que entendendo o Juiz haver retratação *idônea* antes da sentença, o sujeito passivo não será responsabilizado criminalmente, ainda que o querelante (vítima da ofensa) compreenda não haver retratação satisfatória. Neste particular, mesmo que se afirme o caráter particular de cada pessoa na afirmação da própria personalidade, promoveu o legislador clara limitação ao uso da excepcional via penal quando presente a retratação do ofensor antes da sentença<sup>50</sup>.

Por sua vez, ainda que a retratação não tenha o condão de, por si, afastar a responsabilidade penal no crime de injúria, nada impede que o próprio ofendido voluntariamente desista da ação penal movida (se privada for), ante o princípio da disponibilidade. Por sua vez, cabe rememorar que a ação penal pública já iniciada não conta com a possibilidade de desistência do ofendido. Em avanço, mas ainda dentro da mesma linha de raciocínio, de acordo com o entendimento do Superior Tribunal de Justiça<sup>51</sup> e do Supremo Tribunal Federal<sup>52</sup>, também não poderá ser extinta a ação penal no caso de retratação do

---

<sup>48</sup> “Nos termos do art. 143 do Código Penal, a retratação, para gerar a extinção da punibilidade do agente, deve ser cabal, ou seja, completa, inequívoca” (STJ, REsp 320.958/RN, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 06/09/2007, DJ 22/10/2007, p. 343)

<sup>49</sup> Vide: STJ, HC 10.710/GO, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 07/12/1999, DJ 14/02/2000, p. 53

<sup>50</sup> Tal retratação, todavia, não exclui a possibilidade de que o ofendido venha a discutir sua ofensa em outros âmbitos, em especial no campo cível, pela perspectiva da reparação do dano moral (que surge, de acordo com o entendimento predominante, pela lesão a um direito da personalidade).

<sup>51</sup> Vide: REsp n. 60.048/DF.

<sup>52</sup> Vide: RHC n. 61.303/SP.

ofensor pela calúnia ou difamação praticada contra funcionário público se o sujeito estiver sendo processado na via da ação penal pública (com base no teor da Súmula 714, do STF). De fato, o próprio art. 143, CP, já previa essa impossibilidade, ao mencionar a expressão “querelado”, exclusiva dos réus de crimes cuja ação penal seja privada.

Finalmente cabe recordar que Deputados Federais e Senadores são invioláveis por suas opiniões, palavras e votos (art. 53, *caput*, CF), durante o exercício do mandato, o que guarda direta relação com os crimes contra a honra, bem como com alguns delitos relativos à tutela da paz pública (v. g., incitação ao crime, art. 286, CP). Destarte, tais parlamentares, bem como os Deputados Estaduais e Vereadores (estes últimos dentro de suas circunscrições) podem pronunciar livremente juízos de valor, ainda que caluniosos, difamantes ou injuriosos, quando se trata da discussão de causas relativas ao exercício de suas funções. Recentemente, quando da votação do processo de *impeachment* da então Presidente da República, Dilma Rousseff, viu-se como os mesmos têm total liberdade para ofenderem-se mutuamente, bem como a terceiros, quando se trata de discussões relacionadas com o exercício da atividade parlamentar, para que assim não se vejam limitados em sua independência e autonomia na representação popular que a assunção de seus mandatos lhes confere.

No entanto, a doutrina discute a natureza jurídica dessa imunidade – dita *material*<sup>53</sup> –, havendo aqueles que entendem ser causa de atipicidade dessas condutas<sup>54</sup>, e outros que julgam tratar-se de uma mera causa pessoal de isenção de pena<sup>55</sup> (exclusão da punibilidade por razões político-criminais). Estima-se correto o primeiro entendimento, visto que este último levaria necessariamente à incriminação de eventuais coautores e partícipes que porventura auxiliassem o parlamentar na elaboração de seus discursos (v. g., um assessor que redige seus pronunciamentos), pois tratar-se-ia de uma isenção pessoal e, destarte, não comunicável aos demais agentes do delito.

## CONCLUSÃO

Diante do que foi apresentado, pode-se concluir ser um equívoco promover o estudo dos crimes contra a honra sem se utilizar, como ponto de partida, dos próprios referenciais estabelecidos como base para a compreensão dos direitos da personalidade. Embora alguns

---

<sup>53</sup> Em contraste com a imunidade *formal* ou processual, pela qual não podem ser ou permanecer presos provisoriamente.

<sup>54</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal brasileiro*. Vol. 1. 9 ed. São Paulo: RT, 2011, p. 211.

<sup>55</sup> PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal brasileiro*. Vol. 1. 12 ed. São Paulo: RT, 2013, p.243.

possam falar, neste ponto, em *multidisciplinariedade* (já que necessário o resgate de conceitos também estudados em outros ramos jurídicos), o fato é que a compreensão dos valores que justificam os crimes contra a honra, na verdade, significa o próprio estudo de parte fundamental do amplo conceito de tutela dos atributos essenciais da pessoa humana.

Nessa perspectiva, a resposta para muitos dos questionamentos que surgem na valoração dos delitos de calúnia, injúria e difamação, surge da assimilação de alguns dos principais referenciais dos direitos da personalidade, o que demonstra que a solução de determinados problemas conectados aos crimes contra a honra, diferentemente do que ocorre em muitos outros casos, não deve se ater aos limites teóricos do Direito Penal.

A honra se apresenta como um dos atributos essenciais à pessoa humana, de modo que traz consigo valor suficiente a justificar a excepcional tutela penal (tanto que também vem revestida da forma de direito fundamental, no catálogo do art. 5º, do CF). Sendo um valor essencial e complexo, se perfaz como bem-jurídico único, não comportando a cisão ordinariamente feita entre *honra objetiva* e *honra subjetiva* (como se bens autônomos fossem).

Por outro lado, ainda que seja um valor essencial à pessoa humana (o que impossibilita sua renúncia absoluta), é considerado disponível pela *perspectiva penal*, de modo que pode haver o consentimento do ofendido (hipótese que será retirada a antijuridicidade), além de também fundamentar, mesmo que indiretamente, a própria disponibilidade da ação penal (que normalmente é privada em tais casos, com exceção de algumas hipóteses já mencionadas no capítulo terceiro).

Até mesmo quando o legislador optou por apenar determinada situação de maneira diferenciada (v.g., injúria preconceituosa) é possível identificar, com base na maior violação à personalidade humana (na perspectiva da honra e da individualização de cada um), carga de reprovabilidade superior que legitima o tratamento penal diferenciado.

Enfim, para que se evitem repetições desnecessárias a todos os questionamentos levantados, esses breves conceitos selecionados por amostragem apontam que os diversos pontos explorados nos três capítulos, sem exceção, foram respondidos com base nos lastros teóricos dos direitos da personalidade, e assim outras incompreensões ligadas aos crimes contra a honra, que não conseguiram respostas claras dentro do Direito Penal, também poderão encontrar um caminho de lucidez dentro dos direitos da personalidade. A tutela penal nesta seara, porém, faz-se imprescindível, dada a relevância que a dignidade da pessoa humana, da qual a honra é um corolário, assume nesta esfera.

## REFERÊNCIAS

ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro; ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Tratado de Derecho Penal Parte General*. 2a ed. Buenos Aires: Ediar, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. *A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação*. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010.

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao Direito Penal brasileiro*. 12a ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte especial, dos crimes contra a pessoa*. 10. ed. v. 2. São Paulo: Saraiva, 2010.

CARDIN, Valéria Silva Galdino; GUERRA, Marcela Gorete Rosa Maia. Da utilização da imagem da criança em produções artísticas e publicitárias. *Revista Jurídica CESUMAR*. Mestrado, v. 14, n. 1, jan./jun. 2014.

CARVALHO, Érika Mendes; CARVALHO, Gisele Mendes; PRADO, Luiz Regis . *Curso de Direito Penal Brasileiro*. 14a. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

CARVALHO, Érika Mendes; CARVALHO, Gisele Mendes. Direito Penal de risco e responsabilidade penal das pessoas jurídicas: a propósito da orientação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça. In: DOTTI, René Ariel; PRADO; Luiz Regis. (Coords). *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

CUPIS, Adriano de. *Os direitos da personalidade*. Tradução Afonso Celso Furtado Rezende. São Paulo: Quorum, 2008.

DELMANTO, Celso *et al.* Código Penal comentado, 6ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

DINIZ, Maria Helena. *Código civil Anotado*. 13 ed. São Paulo, Saraiva: 2008.

FERNANDES, Antônio Scarance. *O papel da vítima no processo criminal*. São Paulo: Malheiros, 1995.

GRECO, Rogério. *Código Penal Comentado*. 5a ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de Direito Privado – Parte Geral – Tomo I - Introdução. Pessoas físicas e Jurídicas*, 4a ed., São Paulo, RT, 1974.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*. 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

OLIVÉ, Juan Carlos Ferré; PAZ, Miguel Ángel Núñez; OLIVEIRA, William Terra de; BRITO, Alexis Couto de. *Direito Penal Brasileiro, parte geral: princípios fundamentais e sistema*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico penal e constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

\_\_. *Curso de Direito Penal brasileiro*. Vol. 1. 12 ed. São Paulo: RT, 2013.

REIS, Clayton. Relevância constitucional da honra em face do direito da personalidade. In: SIQUEIRA, Dirceu Aparecido; RUIZ, Ivan Aparecido (Coords). *Acesso à justiça e os direitos da personalidade*. Birigui: Boreal, 2015.

ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal*. 2a ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

SPENGLER, Adriana Maria Gomes de Souza. *A transfiguração da concepção de soberania como reflexo da sociedade global de riscos*. . In: Coleção CONPEDI/Unicuritiba, vol. 17. Anais do XXII encontro. São Paulo: Editora nossos contatos, 2014.

SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

WELZEL, H. *Das deutsche Strafrecht*, B. T., p. 239-240, apud. BRUNO, A. Crimes contra a pessoa.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal brasileiro*. Vol. 1. 9 ed. São Paulo: RT, 2011.