



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

DESCRIMINALIZAÇÃO DOS CRIMES DE DIFAMAÇÃO E INJÚRIA

Matheus Barbosa Rotondaro

Rio de Janeiro
2020

MATHEUS BARBOSA ROTONDARO

DESCRIMINALIZAÇÃO DOS CRIMES DE DIFAMAÇÃO E INJÚRIA

Artigo científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Professores Orientadores:
Mônica C. F. Areal
Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro
2020

DESCRIMINALIZAÇÃO DOS CRIMES DE DIFAMAÇÃO E INJÚRIA

Matheus Barbosa Rotondaro

Graduado em Direito pela Unilasalle-RJ. Advogado.

Resumo – o Direito Penal tem como objetivo básico tipificar aquelas condutas que são gravemente lesivas e atentatórias à paz social. Contudo, com o passar do tempo, as leis penais acabaram por banalizar o direito penal, tipificando como crimes as mais diversas ações. A essência do trabalho é verificar se os crimes de difamação e injúria devem realmente ser abarcados como condutas merecedoras da tutela criminal ou se, pelo princípio da mínima ofensividade, deveria o legislador optar pela sua *abolitio criminis*.

Palavras-chave – Direito Penal. Crimes contra a honra. Crimes de difamação e injúria. Princípio da mínima ofensividade. Princípio da insignificância. Crime de calúnia.

Sumário – Introdução. 1. A violação ao princípio da mínima ofensividade. 2. O enquadramento dos crimes contra a honra no princípio da insignificância. 3. Crime de calúnia e a sua diferenciação para os demais crimes contra a honra. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O trabalho apresentado aborda uma histórica discussão acerca da descriminalização dos crimes contra a honra, mais precisamente, os crimes de injúria e difamação, objetivando identificar o amparo normativo e principiológico que tentam sustentar essa possibilidade.

O Código Penal prevê três crimes contra a honra: calúnia (imputar falsamente fato definido como crime), injúria (ofender a dignidade ou o decoro) e difamação (imputar fato ofensivo a reputação). No presente trabalho, o debate gira em torno apenas sobre a descriminalização dos últimos dois, de forma que sejam puníveis apenas pela esfera cível, que prevê reparação por meio de indenização, mas não com pena de prisão.

A honra sempre foi objeto de proteção por parte do direito, sendo reconhecida como um direito da personalidade, considerado constitucionalmente inviolável (art. 5º, X, CRFB/88). Embora a menção constitucional diga respeito tão somente à necessidade de reparação dos danos de natureza civil, o Código Penal tem entendido que esse bem merece proteção também no âmbito criminal.

É certo que a pena privativa de liberdade não deve ser regra e sim exceção, e só deveria ser imposta àqueles que cometessem crimes graves, baseado no perigo que eles oferecem à sociedade e no seu maior grau de reprovabilidade social.

Nesse sentido, inicia-se o primeiro capítulo desta pesquisa com o estudo aprofundado acerca do princípio da mínima ofensividade, o qual impede a criminalização de liberdades constitucionais, bem como exige que haja efetiva danosidade social da conduta praticada, à luz também dos princípios da lesividade e do caráter subsidiário do Direito Penal.

Em seguida, no segundo capítulo, analisa-se a possibilidade de aplicação do princípio da insignificância aos crimes contra a honra, baseado nos vetores de aplicação já pacificados pelo Supremo Tribunal Federal: mínima ofensividade da conduta; nenhuma periculosidade social da ação; reduzidíssimo grau de reprovabilidade; inexpressividade da lesão jurídica.

Já no terceiro capítulo, discute-se a possibilidade de também descriminalizar o crime de calúnia, devido a sua maior reprovabilidade social e consequências danosas ao ofendido.

Para tanto, a abordagem do objeto desta pesquisa é qualitativa e explicativa, de modo que o pesquisador pretende se valer da bibliografia pertinente ao tema em apreço, analisado e fichado na fase exploratória da pesquisa (legislação, doutrina e jurisprudência), para sustentar sua tese.

1. A VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA MÍNIMA OFENSIVIDADE

A escolha do legislador em tipificar penalmente alguma conduta, pelo menos sob o ponto de vista jurídico, é estritamente política, tendo apenas como limitador a Constituição da República.

Desse modo, como os membros do Poder Legislativo pátrio, em geral, não têm conhecimento jurídico suficiente à elaboração de leis, estando por vezes mais preocupados em questões de natureza religiosa e ideológica do que pelos anseios e necessidades atuais da sociedade, é possível encontrar em nosso ordenamento jurídico leis que visam proteger bens jurídicos não merecedores de proteção do Direito Penal, como é caso da criminalização das condutas estudadas no presente trabalho, quais sejam “difamar alguém, imputando-lhe fato ofensivo à sua reputação”¹ e “injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro”².

Tendo em vista essa insuficiência histórica do Legislativo, a doutrina³ se viu na necessidade de construir alguns princípios que devem nortear o legislador no momento da elaboração da lei, sendo o princípio da intervenção mínima um dos mais importantes.

Com base nessa ideia, pioneiramente, estatuiu a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, no seu art. 8^o, que a lei somente deveria prever as penas estritamente necessárias.

¹ BRASIL. *Código Penal*. Art. 139. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 27 jan. 2020.

² *Ibidem*, art. 140.

³ MONTESQUIEU apud ROBERTI, Maura. *Intervenção Mínima como Princípio no Direito Penal Brasileiro*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001, p. 66.

Positivou-se, então, o princípio da intervenção mínima ou da necessidade, afirmando dever o direito penal se preocupar com a proteção apenas dos bens mais importantes e necessários à vida em sociedade. Haverá intervenção penal apenas quando a criminalização de um fato se constitui meio indispensável para a proteção de determinado bem ou interesse, não podendo ser tutelado por outros ramos do ordenamento jurídico. E, nesse contexto, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça⁵:

A missão do Direito Penal moderno consiste em tutelar os bens jurídicos mais relevantes. Em decorrência disso, a intervenção penal deve ter o caráter fragmentário, protegendo apenas os bens jurídicos mais importantes e em casos de lesões de maior gravidade.

O legislador, sempre que entender que os outros ramos do direito se revelem incapazes de proteger devidamente aqueles bens mais importantes para a sociedade, seleciona e escolhe as condutas, positivas ou negativas, que deverão merecer a atenção do direito penal. Percebe-se, assim, um princípio limitador do poder punitivo do Estado, conforme preleciona Muñoz Conde⁶:

O poder punitivo do Estado deve estar regido e limitado pelo princípio da intervenção mínima. Com isto, quero dizer que o Direito Penal somente deve intervir nos casos de ataques muito graves aos bens jurídicos mais importantes. As perturbações mais leves do ordenamento jurídico são objeto de outros ramos do Direito.

Nesse sentido, o direito penal deve ser tido como subsidiário, ou seja, não deve ser exaustivo, não deve se responsabilizar por todos os atos ilícitos cometidos. Havendo um outro ramo do direito que assegure o controle da ordem pública, o direito penal deve ser evitado.

Note-se a explicação do Guilherme Nucci⁷ e sua lúcida exemplificação:

Caso o bem jurídico possa ser protegido de outro modo, deve-se abrir mão da opção legislativa penal, justamente para não banalizar a punição, tornando-a, por vezes, ineficaz, porque não cumprida pelos destinatários da norma e não aplicada pelos órgãos estatais encarregados da segurança pública. Pode-se anotar que a vulgarização do direito penal, como norma solucionadora de qualquer conflito, pode levar ao seu descrédito. Atualmente, somente para exemplificar, determinadas infrações de trânsito possuem punições mais temidas pelos motoristas, diante das elevadas multas e do ganho de pontos no prontuário, que podem levar à perda da

⁴FRANÇA. *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789*. Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitoshumanos/declar_dir_homem_cidadao.pdf>. Acesso em: 30 jan. 2020.

⁵BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 50.863/PE*. Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa. 6.^a Turma. J. 04.04.2006. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/41838/habeas-corpus-hc-50863-pe-2005-0203455-0>>. Acesso em: 27 jan. 2020.

⁶MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción al derecho penal*. Buenos Aires: Editorial B de F, 2007, p. 59-60.

⁷NUCCI, Guilherme de Souza. *Curso de Direito Penal: parte geral: arts. 1º a 120 do Código Penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 176-177.

carteira de habilitação – tudo isso, sem o devido processo legal –, do que a aplicação de uma multa penal, sensivelmente menor.

Ressaltando o caráter subsidiário do direito penal, Roxin⁸ assevera:

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.

Deste modo, sendo suficiente à ordem pública a resolução das condutas de injúria e difamação por outra via que não a penal, deve sempre o legislador optar por ela.

Neste sentido, é necessário trazer à baila a proteção que a Constituição da República concede à honra, prevendo em seu artigo 5º, inciso V, “o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem”⁹.

Percebe-se, portanto, que o maior amparo do ordenamento jurídico prevê tão somente a defesa da honra pela esfera cível. Em nenhum momento considerou que a ofensa à honra poderia ser sancionada penalmente. A proteção penal está no Código Penal e em legislações especiais.

Atentando para a falta de necessidade de tipificar tais condutas e tentando retirar das suas hipóteses de incidência aquelas situações em que uma punição penal seria de extremo exagero, o próprio legislador criminal previu que o julgador poderá deixar de aplicar a pena quando o ofendido, de forma reprovável, provocar diretamente a injúria; ou no caso de retorsão imediata, que consista em outra injúria¹⁰.

Muito embora tal previsão seja louvável, pois de fato já retira grande parte das hipóteses de incidência, ela não é capaz de excluir todos casos onde a criminalização da conduta seria um exagero. Veja-se, por exemplo, o caso de uma briga no trânsito, no qual um motorista xinga e difama o outro por entre as janelas do carro. Uma reprimenda penal a este sujeito seria completamente desproporcional. Uma alta indenização por danos morais e uma retração seria muito mais condizente.

⁸ ROXIN apud GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. Impetus: Rio de Janeiro, 2011, p. 48.

⁹ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Art. 5º, inc. V. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 26 jan. 2020.

¹⁰ BRASIL, op. cit., nota 1, § 1º, inc. I e II do art. 140.

Inclusive, o dano moral se mostra um excelente meio de desestimular e prevenir a prática de novos ilícitos, em verdadeira semelhança à sanção penal. Destaca-se a explicação de Fernando Noronha¹¹:

Esta função da responsabilidade civil é paralela à função sancionatória e, como esta, tem finalidades similares às que encontramos na responsabilidade penal, desempenhando, como esta, funções de prevenção geral e especial: obrigando o lesante a reparar o dano causado, contribui-se para coibir a prática de outros atos danosos, não só pela mesma pessoa como sobretudo por quaisquer outras.

No entendimento de Antônio Jeová Santos¹², a função dissuasora é consequência da punitiva:

Quem foi condenado a desembolsar certa quantia em dinheiro pela prática de um ato que abalou o bem-estar psicofísico de alguém, por certo não será recalcitrante na mesma prática, com receio de que sofra no bolso a consequência do ato que atingiu um semelhante. Sim, porque a indenização além daquele caráter compensatório deve ter algo de punitivo, enquanto sirva para dissuadir a todos de prosseguir na faina de cometimento de infrações que atinjam em cheio, e em bloco, os direitos personalíssimos.

Outrossim, a não observância ao princípio em análise acaba prejudicando consideravelmente a credibilidade da sanção penal e a capacidade de o Estado fazer valer o disposto na lei. Isto porque, conscientemente, ou até mesmo inconscientemente, a sociedade e os agente públicos acabam por não denunciar, processar e julgar casos como o exemplo acima dado. A própria sociedade tem ciência de que um condenação criminal para tais casos seria de um exagero extremo.

Nas palavras de Cezar Roberto Bitencourt¹³:

Os legisladores contemporâneos têm abusado da criminalização e da penalização, em verdadeira contradição com o princípio em exame, levando ao descrédito não apenas o Direito Penal, mas a sanção criminal, que acaba perdendo sua força intimidativa diante da 'inflação legislativa' reinante nos ordenamentos positivos.

Dessa forma, o legislador, se não pelo caráter moral em descriminalizar condutas que não merecem a pena de restrição de liberdade, deve, para a manutenção do respeito e credibilidade do poder punitivo estatal, expurgar do ordenamento jurídico os crimes de injúria e difamação.

¹¹ NORONHA, Fernando. *Direito das Obrigações*: Fundamento do direito das obrigações. V. 1. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 441.

¹² SANTOS, Antônio Jeová. *Dano Moral Indenizável*. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 44.

¹³ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*: parte geral 1. 17. ed. rev., ampl. e atual. de acordo com a Lei n. 12.550, de 2011. São Paulo : Saraiva, 2012, p. 74-75.

2. O ENQUADRAMENTO DOS CRIMES CONTRA A HONRA NO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

No capítulo anterior, foi esposado como o princípio da intervenção mínima é um limitador para a atuação do Poder Legislativo na criação de tipos penais. Neste capítulo, a limitação continua sendo sobre o poder punitivo do Estado, porém agora em face do Poder Judiciário, no momento do enquadramento da conduta praticada pelo agente ao tipo penal elaborado pelo Congresso Nacional.

Pelo princípio da insignificância, surgido no Direito Romano e somente incorporado ao Direito Penal na década de 1970 pelos estudos de Claus Roxin¹⁴ (sob o nome de criminalidade da bagatela), a atuação penal do Estado deverá ser vedada quando a conduta do agente não for capaz de lesar ou colocar em perigo o bem jurídico tutelado pela norma penal. Quando for este o caso, a conduta sequer será considerada típica.

Explicando melhor, o crime é composto pelo fato típico, pela ilicitude e pela culpabilidade. Para que se possa falar em fato típico é preciso a presença dos seguintes elementos: conduta; resultado; nexó de causalidade; tipicidade (formal e conglobante¹⁵).

A tipicidade formal é a adequação perfeita da conduta do agente ao modelo abstrato (tipo) previsto na lei penal. Já pela tipicidade conglobante, é preciso verificar se a conduta do agente é antinormativa e se o fato é materialmente típico. O estudo do princípio da insignificância reside nesta segunda vertente da tipicidade conglobante, ou seja, na chamada tipicidade material.

Além da adequação da conduta à forma abstrata do tipo, a tipicidade penal exige que a conduta do agente se amolde com perfeição ao tipo penal, devendo ser levada em consideração a relevância do bem que está sendo objeto de proteção (tipicidade material). Assim, nem sempre qualquer ofensa a esses bens ou interesses é suficiente para configurar o injusto típico. É imperativa uma efetiva proporcionalidade entre a gravidade da conduta que se pretende punir e a drasticidade da intervenção estatal.

Nesse sentido, entendendo o julgador que a conduta não possui a gravidade necessária para a intervenção estatal, deverá ser afastada a sua tipicidade material, excluindo-

¹⁴ ROXIN, Claus. Sobre a fundamentação político-criminal do sistema jurídico penal. Tradução Luis Greco. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: RT, n.55, julho-setembro de 2001.

¹⁵ A teoria da tipicidade conglobante foi criada e defendida pelo doutrinador e ministro da Suprema Corte Argentina, Eugênio Raúl Zaffaroni.

se, dessa forma, a tipicidade conglobante e, por conseguinte, a tipicidade penal. Essa é a aplicação do princípio da insignificância.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal¹⁶:

O princípio da insignificância que deve ser analisado em conexão com os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima do Estado em matéria penal tem o sentido de excluir ou de afastar a própria tipicidade penal, examinada esta na perspectiva de seu caráter material.

É certo que há uma grande subjetividade para auferir se a conduta é grave o bastante para enquadrá-la ou não no tipo penal. Tentando restringir uma pouco tal subjetividade, o STF¹⁷ estabeleceu alguns critérios objetivos para a sua aplicação:

Para a incidência do princípio da insignificância, devem ser relevados o valor do objeto do crime e os aspectos objetivos do fato, tais como, a mínima ofensividade da conduta do agente, a ausência de periculosidade social da ação, o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão jurídica causada.

Trazendo sua incidência para os delitos de injúria e difamação, temos que na grande maioria de seus casos estaríamos diante da aplicação do princípio da insignificância.

Imagine os inúmeros crimes que ocorreriam em jogos de futebol. Suponhamos que nas arquibancadas do Estádio do Maracanã, após sair um gol do Flamengo, o torcedor do Vasco começa a proferir xingamentos ao arbitro, à mãe do arbitro, aos demais torcedores do Flamengo e até a alguns torcedores do próprio Vasco. Tais situações ocorrem corriqueiramente também em bares movimentados, ou mesmo nas casas dos próprios torcedores. Nesses exemplos, o sujeito teria cometido 4 (quatro) ou mais crimes de injúria e/ou difamação. Tal cominação parece justa, razoável?

É claro que tais condutas estão longe de serem corretas, contudo, também estão bem distantes da necessidade de uma reprimenda penal.

Analisando sob o prisma dos critérios estipulados pelo Supremo Tribunal Federal, os crimes de injúria e difamação, de forma genérica, apresentam mínima ofensividade, ausência de periculosidade, reduzido grau de reprovabilidade e inexpressividade da lesão jurídica causada.

¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RHC n° 122464 BA*. Rel. Celso de Mello. Data de Julgamento: 10/06/2014, Segunda Turma, Data de Publicação: 12-08-2014. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25342359/agreg-no-recurso-ordinario-em-habeas-corpus-rhc-122464-ba-stf/inteiro-teor-159437804?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 05 fev. 2020.

¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RHC n° 118972 MG*. Relator: Min. GILMAR MENDES. Data de Julgamento: 03/06/2014. Segunda Turma. Data de Publicação: 05/09.2014. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25342359/agreg-no-recurso-ordinario-em-habeas-corpus-rhc-122464-ba-stf/inteiro-teor-159437804?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 05 fev. 2020.

Não se quer aqui defender atitudes autoritárias do Poder Judiciário que possam violar os princípios constitucionais da reserva legal e da independência dos Poderes. Deve o aplicador do direito atentar que é função do Poder Legislativo selecionar quais bem jurídicos merecem a tutela do Direito Penal. Entretanto, é impossível que o legislador preveja todos as hipóteses de incidência e casos concretos específicos que poderiam acontecer em torno de uma determinada conduta tipificada. Tal função cabe ao Judiciário, que em cada caso concreto, deve analisar se a norma se amolda ou não ao fato ocorrido.

Assim, o que se expõe nesse capítulo é que na grande maioria dos casos onde poderia se enxergar uma conduta tipicamente formal injuriosa ou difamatória (como nos exemplos acima apresentados), o julgador, atentando para o seu pequeno grau de gravidade, deve entender como fato atípico.¹⁸

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal¹⁹, destacando a finalidade da aplicação do princípio da insignificância, já se manifestou acerca da necessidade de a Justiça Penal ocupar-se apenas das infrações tidas por socialmente mais graves:

O princípio da insignificância é vetor interpretativo do tipo penal, tendo por escopo restringir a qualificação de condutas que se traduzam em ínfima lesão ao bem jurídico nele (tipo penal) albergado. Tal forma de interpretação insere-se num quadro de válida medida de política criminal, visando, para além da descarcerização, ao descongestionamento da Justiça Penal, que deve ocupar-se apenas das infrações tidas por socialmente mais graves. Numa visão humanitária do Direito Penal, então, é de se prestigiar esse princípio da tolerância, que, se bem aplicado, não chega a estimular a idéia de impunidade. Ao tempo que se verificam patentes a necessidade e a utilidade do princípio da insignificância, é imprescindível que aplicação se dê de maneira criteriosa, contribuindo sempre tendo em conta a realidade brasileira, para evitar que a atuação estatal vá além dos limites do razoável na proteção do interesse público.

Dessa forma, se não for do Poder Legislativo o impulso de expurgar da legislação penal as condutas de injuriar e difamar, deve o Poder Judiciário, aplicando o princípio da insignificância e os requisitos estabelecidos pelo Supremo Tribunal Federal, entender como atípicas tais condutas e afastá-las da esfera criminal.

¹⁸ Frisa-se que o autor do presente trabalho defende a total descriminalização dos crimes de injúria e difamação, pelo princípio da mínima ofensividade. Contudo, já que o Poder Legislativo não assim o faz, deve o Poder Judiciário, pautado no princípio da insignificância, afastar a tipicidade daquelas condutas que se enquadram nos critérios estabelecidos pelo Supremo Tribunal Federal, que constituem a grande maioria das ações tipicamente formais injuriantes e difamatórias.

¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 104787 RJ*. Relator: Min. AYRES BRITTO. Data de Julgamento: 26/10/2010. Segunda Turma. Data de Publicação 18-02-2011. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19736631/habeas-corpus-hc-104787-rj>>. Acesso em: 05 fev. 2020.

3. CRIME DE CALÚNIA E A SUA DIFERENCIAÇÃO PARA OS DEMAIS CRIMES CONTRA A HONRA

Conforme dispõe o art. 138 do Código Penal²⁰, caluniar é imputar a alguém, um fato concreto, definido como crime, onde o agente tem a consciência da falsidade desta imputação.

Segundo esta definição, o crime de calúnia exige três condições: (i) a imputação de fato determinado, (ii) a falsidade da imputação, (iii) fato qualificado como crime.

Pela primeira condição, qualquer imputação de atributos pejorativos à pessoa da vítima que não se consubstancie em fatos poderá configurar o delito de injúria, mas não o de calúnia.

Pela segunda condição, o crime pode até ter ocorrido, mas o agente deve ter o dolo de imputar falsamente um fato ao sujeito passivo. Assim, independente se o crime ocorreu ou não, o que importa é que o sujeito queira imputar ao outro a titularidade de um crime que sabe (ou acha que sabe) que ele não praticou.

Pela terceira condição, é necessário que o fato imputado seja considerado crime. Assim, toda vez que o fato imputado falsamente à vítima for classificado como contravenção penal, em respeito ao princípio da legalidade, não pode-se subsumi-lo ao crime de calúnia, devendo ser entendido como delito de difamação.

É por essa terceira condição que defende-se a manutenção da conduta caluniosa como crime. Diferentemente dos dois outros crimes contra a honra, na calúnia o agente não apenas ofende a honra (objetiva ou subjetiva) da vítima, mas lhe imputa como autor de um fato criminoso.

Como é natural em qualquer sociedade, o criminoso é visto com extrema repulsa e aversão. Na sociedade brasileira principalmente, onde o crime vem tomando cada vez mais espaço, essa abominação só aumenta. Todos já escutaram em algum lugar a afirmação de que “bandido bom é bandido morto”. Inclusive o Presidente da República foi eleito sob promessas análogas a tal expressão. E é exatamente por isso que uma imputação falsa de crime deve ser penalmente sancionada.

Depois de praticada a conduta caluniosa (que lembre-se: atinge a honra objetiva do agente, ou seja, é necessário que um terceiro tenha ciência da imputação), dificilmente a vítima terá o seu *status* de “inocente” novamente, ainda mais se pensarmos no atual contexto da sociedade, globalizada e informatizada, com facilidade e rapidez no acesso a qualquer tipo

²⁰ BRASIL, op. cit., nota 1.

de informação, com rápida propagação através dos meios comunicativos, como televisão, jornal, revista, internet, blogs etc.

O legislador também pensou desta forma quando estabeleceu as penas dos crimes contra a honra. Pela sua simples visualização, vemos que o delito de calúnia é o flagrantemente mais grave. Este possui como pena detenção de seis meses a dois, enquanto o crime de difamação apresenta metade da punição e o da injúria apenas um quarto da reprimenda.

Nesse sentido, também pode-se destacar a imunidade em favor do advogado, no exercício da sua atividade profissional, insculpida no art. 7º, § 2º, do Estatuto da OAB (Lei nº 8.906/1994)²¹, que restringe-se aos delitos de injúria e difamação, não abrangendo o crime de calúnia. Veja a decisão do Superior Tribunal de Justiça²²:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO EM HABEAS CORPUS. CALÚNIA. DIFAMAÇÃO. IMUNIDADE DO ADVOGADO. CLÁUSULA SUBMETIDA AOS LIMITES LEGAIS. IMUNIDADE NÃO APLICADA AO DELITO DE CALÚNIA. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. DOLO ESPECÍFICO. ANIMUS CALUNIANDI. REEXAME DE PROVAS. RECURSO IMPROVIDO. 1. De acordo com o entendimento desta Corte Superior, a imunidade prevista no § 2º art. 7º do Estatuto da OAB se aplica apenas aos delitos de difamação e injúria, não havendo falar em trancamento da ação penal com relação ao crime de calúnia. 2. A imunidade profissional ao advogado, preceito constitucional necessário à atuação eficiente e corajosa em defesa de outrem, pode conter limitações casuísticas, especialmente quando imputa crimes a terceiros. 3. O acolhimento das alegações no sentido de que não teria efetivamente havido ânimo difamatório, tampouco de calúnia, demandaria necessário revolvimento do contexto fático-probatório dos autos, o que não se admite na via do habeas corpus. 4. Recurso improvido.

Ademais, há de se notar que o Código ainda prevê o crime de denunciação caluniosa²³, que embora proteja um bem jurídico diverso, qual seja a administração pública, mostra que a conduta de imputar um fato falso criminoso a alguém é extremamente grave.

Deste modo, fica evidente a intenção do legislador em tratar o crime de calúnia de forma mais gravosa, devendo este ser mantido no Código Penal, e os demais crimes contra a honra serem retirados do ordenamento jurídico.

Corroborando esse pensamento, foi apresentado o Projeto de Lei nº 2.287/19 pelo Deputado Federal Vinicius Poit²⁴, revogando os crimes de injúria e difamação, nos seguintes termos:

²¹ BRASIL. *Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18906.htm>. Acesso em: 30 jan. 2020.

²² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *RHC nº 100494 PE 2018/0171836-0*. Relator: Ministro Nefi Cordeiro. Data de Publicação: DJ 12/02/2019. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/607980430/recurso-em-habeas-corporus-rhc-100494-pe-2018-0171836-0>>. Acesso em: 05 fev. 2020.

²³ BRASIL, op. cit., nota 1, art. 339.

Art. 1º Aquele que difamar, imputando fato ofensivo a reputação de outrem, ou injuriar, ofendendo a dignidade ou o decore de outrem, comete ato ilícito, nos termos do art. 186, do Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil).

Parágrafo único. As condutas descritas acima são passíveis de indenização, nos termos da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil).

Art. 2º Revoga-se os artigos 139, 140, 142, 143, 144 e 145 do Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940 (Código Penal).

Pelo que se nota do Projeto, ainda foi previsto de forma expressa que as atitudes difamatórias e injuriantes configurariam ato ilícito, sendo passível de indenização, nos termos do Código Civil.

CONCLUSÃO

Como foi exposto no trabalho, o processo de tipificação de uma conduta como crime é muito delicado, devendo ser observado pelo legislador uma série de aspectos. Tais condutas devem violar normas constitucionais, valores éticos, morais e regras socialmente estabelecidas. Quando um determinado comportamento promove indignação moral e revolta coletiva tem-se uma reação social que influencia demasiadamente na criminalização de tal ato.

Nesse sentido, para determinar se uma conduta merece ser criminalizada (ou descriminalizada), é necessário se valer sempre de uma razoabilidade do legislador mixada com os aspectos e comportamentos acima referidos. Em casos onde a ação é flagrantemente contra os princípios de uma sociedade, como o homicídio, fica fácil a sua tipificação, mas em outros casos, como o dos crimes de usuário de drogas, rixa, desacato, crimes contra a honra, entre outros, a posição do legislador fica bem mais difícil.

Partindo dessa premissa, o presente trabalho analisou como o princípio da mínima ofensividade deve nortear o legislador no momento da criação de crimes. Segundo tal diretriz, há uma seletividade que norteia o ordenamento jurídico penal, de forma que o Estado deve intervir minimamente na vida privada, deixando a maioria dos conflitos existentes em outros ramos do direito. A norma penal deve ser a *ultima ratio*.

Foi nesse contexto que os crimes de calúnia e injúria foram enquadrados. Segundo o exposto no trabalho, tais crimes oferecem um grau de ofensividade insuficiente para a reprimenda penal. Isto porque existem no direito outras formas eficientes de tutelar o direito

²⁴ BRASIL. Câmara Dos Deputados. *Projeto de Lei nº 2287/19*. Descriminaliza as condutas tipificadas como injúria e difamação. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=39C09A228D58E2CEA5C674CDCEF7BA81.proposicoesWebExterno2?codteor=1733151&filename=PL+2287/2019>. Acesso em: 05 fev. 2020.

do ofendido. E sobre o aspecto punitivo, repressivo e educativo, a criminalização dessas condutas não parece razoável e proporcional.

Seguindo adiante, o segundo capítulo do pesquisa expôs como as mencionadas ações podem ter suas tipicidades afastadas pelo princípio da insignificância. De acordo com o Supremo Tribunal Federal, presentes os requisitos da mínima ofensividade, ausência de periculosidade, reduzido grau de reprovabilidade e inexpressividade da lesão jurídica causada, aplicável será o princípio à conduta.

Partindo de tais premissas, as condutas de “difamar alguém, imputando-lhe fato ofensivo à sua reputação” e “injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro”, possivelmente estariam enquadráveis no princípio da insignificância.

Dessa forma, mesmo não tendo o Legislativo descriminalizado tais condutas até o presente momento, deve o Judiciário agir e afastar a tipicidade aplicando os requisitos estipulados pelo Supremo Tribunal Federal.

Por fim, no terceiro capítulo, foi analisado que não são todos os crimes contra a honra que apresentam um grau de ofensividade mínimo. O crime de calúnia, consubstanciado na conduta de “caluniar alguém, imputando-lhe falsamente fato definido como crime”, causa uma ofensa grave ao bem jurídico tutelado, qual seja, a honra objetiva da vítima. Tal ato não imputa simplesmente um fato falso à alguma pessoa, mas sim um crime, o que, certamente, é algo de extrema reprovabilidade social e causa danos irreversíveis ao caluniado.

Portanto, este trabalho busca sustentar a ideia de que nem todas as atitudes que causam algum dano ao particular devem ser objeto de tutela pelo direito penal. Aquela conduta que não ensejar em grave violação à valores sociais estabelecidos, não deverá ser repreendida pela maior e mais prejudicial intervenção prevista no ordenamento jurídico. Deve o Legislativo atuar de forma eficiente a criminalizar as condutas que de fato são reprováveis, e descriminalizar aquelas que não mais se enquadram no nosso atual sistema penalizante.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral* 1. 17. ed. rev., ampl. e atual. de acordo com a Lei n. 12.550, de 2011. São Paulo : Saraiva, 2012.

BRASIL. Câmara Dos Deputados. *Projeto de Lei nº 2287/19*. Descriminaliza as condutas tipificadas como injúria e difamação. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=39C09A228D58E2CEA5C674CDCEF7BA81.proposicoesWebExterno2?codteor=1733151&filename=PL+2287/2019>. Acesso em: 05 fev. 2020.

_____. *Código Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 27 jan. 2020.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 26 jan. 2020.

_____. *Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8906.htm>. Acesso em: 30 jan. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *RHC nº 100494 PE 2018/0171836-0*. Relator: Ministro Nefi Cordeiro. Data de Publicação: DJ 12/02/2019. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/607980430/recurso-em-habeas-corporis-rhc-100494-pe-2018-0171836-0>>. Acesso em: 05 fev. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 50.863/PE*. Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa. 6.^a Turma. J. 04.04.2006. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/41838/habeas-corporis-hc-50863-pe-2005-0203455-0>>. Acesso em: 27 jan. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. *RHC nº 122464 BA*. Rel. Celso de Mello. Data de Julgamento: 10/06/2014. Segunda Turma. Data de Publicação: 12-08-2014. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25342359/agreg-no-recurso-ordinario-em-habeas-corporis-rhc-122464-ba-stf/inteiro-teor-159437804?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 05 fev. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. *RHC nº 118972 MG*. Relator: Min. GILMAR MENDES. Data de Julgamento: 03/06/2014. Segunda Turma. Data de Publicação: 05/09.2014. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25342359/agreg-no-recurso-ordinario-em-habeas-corporis-rhc-122464-ba-stf/inteiro-teor-159437804?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 05 fev. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 104787 RJ*. Relator: Min. AYRES BRITTO. Data de Julgamento: 26/10/2010. Segunda Turma. Data de Publicação 18-02-2011. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19736631/habeas-corporis-hc-104787-rj>>. Acesso em: 05 fev. 2020.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. Impetus: Rio de Janeiro, 2011.

FRANÇA. *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789*. Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_homem_cidadao.pdf>. Acesso em: 30 jan. 2020.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción al derecho penal*. Buenos Aires: Editorial B de F, 2007.

NORONHA, Fernando. *Direito das Obrigações: Fundamento do direito das obrigações*. V. 1. São Paulo: Saraiva, 2003.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Curso de Direito Penal: parte geral: arts. 1º a 120 do Código Penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

_____. Sobre a fundamentação político-criminal do sistema jurídico penal. Tradução Luis Greco. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: RT, n.55, julho-setembro 2001.

ROBERTI, Maura. *Intervenção Mínima como Princípio no Direito Penal Brasileiro*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001.

SANTOS, Antônio Jeová. *Dano Moral Indenizável*. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.