



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Descriminalização dos crimes contra a honra

Willian de Araujo Buy

Rio de Janeiro  
2014

WILLIAN DE ARAUJO BUY

**Descriminalização dos crimes contra a honra**

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

Rio de Janeiro  
2014

## DESCRIMINALIZAÇÃO DOS CRIMES CONTRA A HONRA

Willian de Araujo Buy

Graduado pela Universidade Estácio de Sá. Advogado.

**Resumo:** A sociedade evolui e, como consequência, o Direito tem a obrigatoriedade de acompanhar essa evolução. O Estado Democrático de Direito deve ser enxergado com olhos de efetividade e não apenas figurar no texto Constitucional. Os bens jurídicos penalmente tutelados devem sofrer diretamente os efeitos das mudanças apresentadas, levando-se sempre em consideração a intervenção mínima do direito penal. Cada vez mais se percebe que a honra encontra-se na esfera totalmente privada, não gerando reflexos sociais que denotem a intervenção criminal. A essência do trabalho é abordar como a evolução social influencia diretamente no conceito pessoal de honra, verificar a inconstitucionalidade da criminalização das condutas tipificadas nos artigos 138, 139 e 140 do Código Penal e apontar qual é a melhor forma do ordenamento tutelar a honra.

**Palavras-chave:** Direito Penal. Honra. Sociedade.

**Sumário:** Introdução. 1. Evolução da Sociedade. 2. Tratamento Constitucional. 3. Subsidiariedade do Direito Penal. 4. Disponibilidade da Honra. 5. Ineficácia do Direito Penal nos Crimes Contra a Honra. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

O Trabalho apresentado discute a efetividade do Direito Penal nos crimes contra a honra e a eventual não recepção desses crimes pelo ordenamento jurídico-constitucional de 1988. A evolução da sociedade, a subsidiariedade do Direito Penal e a disponibilidade do direito personalíssimo à honra são questões que devem ser levadas em consideração quando o assunto é a manutenção da criminalização de uma conduta que tem seu grau de lesividade praticamente levado a zero. O direito à honra tem o seu berço na Constituição da República e a sua preservação deve ser fomentada pela legislação extravagante. Contudo, outros ramos do direito se demonstram muito mais eficazes nessa defesa do que o Direito Criminal.

Hodiernamente, pelas práticas vislumbradas durante anos, mormente com as experiências tidas com base num Direito Penal de lei e ordem, onde o Estado direcionava toda a sua fúria ao condenado, prega-se um Direito Penal mínimo, mas que realmente demonstre

efetividade na aplicação das medidas aptas à ressocialização do apenado. Não se nega que o indivíduo que comete crimes encontra-se alijado das normas que regem o convívio em sociedade e por isso precisa de uma reeducação.

Com base nisso, os movimentos penais ocorridos nos últimos anos, demonstram a intenção de retirar das garras do Direito Penal condutas que não revelem uma concreta lesividade. Nessa esteira, podemos citar as medidas despenalizadoras trazidas pela Lei dos Juizados Especiais Criminais<sup>1</sup>, tais como suspensão condicional do processo, transação penal e a composição civil dos danos. A Lei<sup>2</sup> que estabelece normas para a repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas também causou revolução no ordenamento, ao extirpar a pena privativa de liberdade para a figura do usuário.

Tem-se que essas modificações legislativas encontram amparo na Constituição da República, no princípio da lesividade ou ofensividade, segundo o qual somente pode ser objeto de punição a conduta que afete diretamente o direito de outras pessoas. Isso quer dizer que um cidadão somente poderá ser punido quando seu comportamento afetar aos bens e os interesses sociais.

A norma penal presta-se a afirmar os valores socialmente relevantes e estabilizar as expectativas da sociedade. Assim, os crimes contra a honra não têm o condão de causar qualquer perturbação social. Contudo, ainda apresentam uma pena sensivelmente grande para uma conduta que, em sua essência, apresenta-se como insignificante.

Por outro lado, não se pretende dizer que o direito personalíssimo à honra terá a sua tutela desamparada pelo direito, ao contrário. O direito civil tem se mostrado muito mais eficaz na solução dos litígios envolvendo esse tipo de conduta do que o direito penal. O processamento e julgamento desses crimes é de competência dos Juizados Especiais, onde já

---

<sup>1</sup> BRASIL. Lei 9.099 de 26 de setembro de 1995. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19099.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm)>. Acesso em 10 set. 2014.

<sup>2</sup>BRASIL. Lei 11.343 de 23 de agosto de 2006. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm)>. Acesso em 13 set. 2014.

são previstas as medidas despenalizadoras. Assim, a resolução da questão geralmente alcança uma roupagem não penal e isso já poderia se dar inicialmente, sem a necessidade de submissão do acusado a um processo tão delicado como o penal.

A intervenção mínima e adequada do direito penal denota seletividade na indicação dos bens jurídicos que receberão a tutela penal, bem como em limitação à cominação e à aplicação de penas. O procedimento em relação a esses crimes deveria ser diferente: somente quando não se conseguir o resultado almejado na tutela do direito à honra pelas esferas não penais, que se poderia lançar mão do direito penal e não ao contrário.

## **1. EVOLUÇÃO DA SOCIEDADE**

Quaisquer que sejam os fundamentos em que os estudiosos da ciência social se baseiam, todos estão de acordo em que a sociedade sofreu um processo gradual de transformação ao longo do tempo. Não pairam dúvidas no sentido de que a sociedade atual é a mais desenvolvida em todos os tempos. Claro que há exceções, inclusive no Brasil, um país de dimensões continentais. Contudo, como o foco do presente estudo é a aplicação do direito penal, vamos nos ater aos avanços presenciado nos grandes centros urbanos, ou sejam, as capitais e regiões metropolitanas.

A unidade estrutural do grupo ou da sociedade traduz-se no conjunto das diferentes maneiras de co-adaptação e coordenação das atividades individuais e sociais, isto é, na organização social. Sistema de relações entre os membros de um grupo ou entre os grupos de uma sociedade, a organização social implica sempre direitos e deveres reciprocamente aceitos. Seu princípio básico é o da coordenação social ou a harmonia social, que equivale ao papel que cada membro exerce em cooperação com os demais integrantes do grupo.

Em cada sociedade há uma hierarquia de valores materiais e não-materiais que diferem segundo os grupos e de acordo com a importância que se atribui a cada um dos elementos que integram sua cultura. Assim, observam-se na organização social as diversas formas de casamento, os tipos de parentesco, a estrutura da família, as formas de governo, as relações comerciais e de trabalho e muitas outras. Nesse aspecto, a sociedade de 1940, época da entrada em vigor do Código Penal, era extremamente conservadora e machista, dando lugar à criminalização de condutas como adultério e os próprios crimes contra a honra e, por outro lado, extinguindo a punibilidade quando o autor de estupro se casava com a vítima.

O Código de Manu<sup>3</sup> é a legislação mais antiga, a estabelecer um comportamento ilícito punido pelo direito, onde eram previstas sanções para todas as imputações difamatórias e as ofensas injuriosas. O capítulo ‘Das Injúrias’ estabelecia penas cruéis como línguas cortadas, estilete de ferro em brasa, óleo fervendo pela boca e pagamento de multa. Diante das sanções impostas relativas à violação, verifica-se que a ofensa à honra, era considerada um ilícito grave. Entretanto, atualmente, o Código Penal trata todos os crimes contra a honra como ilícitos de menor potencial ofensivo, demonstrando a minimização ao longo dos tempos da aplicação da fúria do direito criminal.

Como se vê, principalmente após o advento da Constituição de 1988, o direito penal demonstra uma radical modificação, mas ainda há pontos que precisam ser tratados para se alcançar a aplicação de um Direito Penal realmente efetivo.

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

---

<sup>3</sup> GALVÃO, Fernando. *Direito penal - parte geral*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 18.

## 2. TRATAMENTO CONSTITUCIONAL

A honra é o conjunto de qualidades físicas morais e intelectuais de um ser humano, que o fazem merecedor de respeito no meio social e o ajuda a promover a autoestima. É um sentimento natural, inerente a toda pessoa, cuja ofensa produz um abalo moral. Representa o valor social do indivíduo, pois está ligada a sua aceitação dentro do círculo social em que vive. Por isso, a honra é merecedora de proteção pelo ordenamento jurídico.

Nos dias atuais, reconhece-se que tanto a visão do intérprete como a realidade subjacente são decisivas no processo de interpretação das normas, principalmente as de cunho constitucional. Essas circunstâncias são potencializadas pela presença de cláusulas gerais e princípios, cujo conteúdo deve ser integrado no momento da efetiva aplicação do Direito ao caso concreto. É inegável que passamos por um momento de constitucionalização do Direito e isso se aplica, por lógica, ao direito penal.

O ilustre Ministro do STF, Luís Roberto Barroso,<sup>4</sup> explica em uma de suas obras que, *in verbis*:

Boa parte do pensamento jurídico descrê das potencialidades das penas privativas de liberdade, que somente deveriam ser empregadas em hipóteses extremas, quando não houvesse meios alternativos eficazes para a proteção dos interesses constitucionalmente relevantes. Os bens jurídicos constitucionais obedecem a uma ordenação hierárquica, de modo que a gravidade da punição deve ser graduada em função dessa lógica.

A Constituição da República, em seu art. 5º, X, dispõe expressamente sobre a inviolabilidade da honra e da imagem das pessoas. Honra é, assim, um direito fundamental do ser humano, com berço na Constituição.

No contexto da *Lex Mater*, a honra é um direito personalíssimo que, quando violado, atinge por via direta a moral do indivíduo que sofreu a ofensa. O autor de um crime de calúnia, difamação ou injúria ofende, via de regra, o indivíduo e a sua liberdade – entenda-se,

---

<sup>4</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 402.

também, restrição de direitos –, não necessita ser retirada em prol da segurança da população, tampouco em função da gravidade do delito que cometeu.

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

O movimento de descriminalização de certos comportamentos tem a finalidade de excluir determinadas condutas da esfera penal, não obstante possam continuar a ser consideradas como ilícitos de outra natureza.

A honra recebe tríplice proteção no ordenamento jurídico brasileiro: constitucional, penal e civil. A Constituição da República, em seu art. 5º, V, faz a proteção maior, estabelecendo o direito de resposta e a indenização por dano moral; a proteção penal está no capítulo dos crimes contra a honra do Código Penal e em legislações especiais, como a eleitoral e a de imprensa; e a civil, no reconhecimento do dano moral e o consequente ressarcimento.

Ocorre que a Constituição Federal, em seu artigo 5º, X, como já mencionado, definiu os limites de incidência do direito a honra, ou seja, deixou claro que a honra é realmente inviolável e qualquer ofensa deve ser sancionada com o pagamento de indenização por dano moral ou material.

Dessa forma, a Constituição da República permitiu apenas uma sanção pecuniária de natureza civil e, em nenhum momento, considerou que a ofensa à honra poderia ser sancionada pelo Direito Penal. A omissão, nesse caso, deve ser interpretada negativamente, ou seja, a Constituição, ao deixar de referir-se às penas criminais, implicitamente, vedou-as ou, no mínimo, tratou como desnecessárias.

Portanto, o abuso no direito de se expressar, como o abuso de qualquer outro direito, deve ser sancionado, mas na esfera própria que, no caso, sustenta-se ser a civil. A sanção



penal foi implicitamente proibida pela Constituição, pois afetaria o núcleo essencial do direito à liberdade de expressão.

Logo em seu artigo 1º, a Constituição<sup>5</sup> dispõe que a República Federativa do Brasil se constitui em Estado Democrático de Direito. A definição do Estado brasileiro como Democrático de Direito revela a intenção do constituinte em superar as limitações tanto do Estado Liberal quanto do Estado Social, a fim de se chegar à perfeita síntese conclusiva que se expressa no modelo democrático.

Diante disto, a superação da antiga ordem constitucional, de índole liberal, impõe examinar o sentido e a validade que se deva conferir aos dispositivos infraconstitucionais precedentes, os quais foram produzidos em contexto constitucional diverso. A definição do novo modelo para o pacto constitucional repercute diretamente no âmbito de atuação do Direito Penal.

Nunca é demais lembrar que as normas e princípios constitucionais devem prevalecer sob quaisquer normas. A consequência inevitável é a ausência de recepção constitucional dos crimes contra a honra. Ousa-se dizer, inclusive, que o juiz pode reconhecer essa incompatibilidade com a Constituição da República no caso concreto, utilizando como fundamento para deixar, inclusive, de aplicar a pena.

O Ministro Luís Roberto Barroso<sup>6</sup> preleciona que, *in verbis*:

O controle incidental de constitucionalidade pode ser exercido em relação a normas emanadas dos três níveis de poder, de qualquer hierarquia, inclusive as anteriores à Constituição. O órgão judicial, seja federal ou estadual, poderá deixar de aplicar, se considerar incompatível com a Constituição, lei federal, estadual ou municipal, bem como quaisquer atos normativos, ainda que secundários, como o regulamento, a resolução ou a portaria. Não importa se o tribunal estadual não possa declarar a inconstitucionalidade de lei federal em via principal e abstrata ou se o Supremo Tribunal Federal não possa, em ação direta, invalidar lei municipal. Se um ou outro estiver desempenhando o controle incidental e concreto, não há limitações dessa natureza.

O controle incidental de constitucionalidade é um controle exercido de modo difuso, cabendo a todos os órgãos judiciais indistintamente, tanto de primeiro como de

---

<sup>5</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)> Acesso em: 12 out. 2014.

<sup>6</sup> BARROSO, Luis Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 116/117.

segundo grau, bem como aos tribunais superiores. Por tratar-se de atribuição inerente ao desempenho normal da função jurisdicional, qualquer juiz ou tribunal, no ato de realização do Direito nas situações concretas que lhes são submetidas, tem o poder-dever de deixar de aplicar o ato legislativo conflitante com a Constituição. Já não se discute mais, nem em doutrina nem na jurisprudência, acerca da plena legitimidade do reconhecimento da inconstitucionalidade por juiz de primeiro grau, seja estadual ou federal.

Não se pretende pregar um ativismo judicial no mau sentido do instituto, como ocorreu com a atuação da Suprema Corte dos Estados Unidos nos idos de 1954. O que se pretende deixar claro é que o Poder Judiciário pode, antes deve, se imiscuir ativamente nos casos em que há uma gritante inconstitucionalidade pairando sobre o ato normativo que, em tese, serviria de fundamento para uma condenação.

### **3. SUBSIDIARIEDADE DO DIREITO PENAL**

O Direito Penal pode ser entendido como o ramo do direito público que reúne os princípios e as normas jurídicas que limitam o poder punitivo do Estado, estabelecendo que a prática de determinadas condutas tenha como consequência a aplicação de penas ou de medidas de segurança. Nunca é demais lembrar que o Direito Penal é construído a partir de experiências sociais e essa construção constitui um processo contínuo, o qual permite a constante reavaliação de suas proposições e suas fontes de legitimidade, sempre visando o fim de realizar Justiça.

Todo o ramo do direito tem os seus princípios próprios, fluam eles ou não da Constituição. O Direito Penal, com muito mais propriedade, tem os seus limitadores contra o poder de um Estado que detém o *Jus Puniendi*. É sob esse enfoque que surge o princípio da intervenção mínima. Tal princípio é a real expressão do axioma *nulla lex (poenalis) sine necessitate*, que determina não ser possível a incriminação legal sem que haja a necessidade de uma intervenção tão gravosa quanto a promovida pelo Direito Penal. Nesse sentido, o

Supremo Tribunal Federal já teve a oportunidade de decidir que o Estado não deve ser acionado para reprimir condutas que não causem lesões significativas.<sup>7</sup>

Não se pode negar que a criminalização tem um verdadeiro efeito estigmatizante na sociedade e isso é um fator que desestimula a utilização desenfreada das restrições impostas pelo Direito Penal. A necessidade social deve ser o critério justificador fundamental para a intervenção das normas que definem crime. Assim, o verdadeiro Estado Democrático de Direito não pode apenas figurar no texto constitucional, mas deve conceber um direito destinado a produzir os ideais de um Estado justo. Ademais, a dignidade da pessoa humana, que é um dos fundamentos da própria República, deve ser o alvo de proteção do Direito Penal. Sob esse enfoque, cada vez que se utilize o Direito Penal de uma forma desenfreada, haverá violação direta à dignidade humana.

Seguindo essa linha de raciocínio, o ordenamento jurídico deve utilizar, primeiramente, as formas menos gravosas de proteção aos bens jurídicos. Somente quando há comprovada ineficácia desses meios é que o Estado poderá lançar mão da intervenção criminal. A atividade punitiva é a última razão de um Direito que respeita a dignidade humana, mas nunca a primeira.

O Princípio da Intervenção Mínima busca a delimitação de desiderato legislativo e assenta-se no pressuposto de que o Direito Penal somente deve intervir na vida social em ocasiões estritamente necessárias. Sendo assim, deixa-se para outros ramos do Direito a solução dos problemas sociais e, somente quando esses outros ramos falham, é que entra em cena o Direito Penal, atuando como ultima *ratio*.

A ideia da intervenção mínima, entretanto, pode sugerir que ao Estado Democrático de Direito interesse apenas a redução pura e simples da incriminação e da apenação, dando

---

<sup>7</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC n. 97129. Relator: Ministro Eros Grau. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+97129%2ENUME%2E%29+OU+%28HC%2EACMS%2E+ADJ2+97129%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/cvxw6fn>> Acesso em: 10 out. 2014.

uma conotação de subversão do princípio. Contudo, isso não é uma verdade. A atividade repressiva por parte do Estado não se vislumbra neutra ou imparcial, mas sempre orientada pela ideologia dominante sobre a maneira legítima de utilizar a força estatal.

Nesse contexto, não basta que a intervenção se apresente somente de forma mínima, mas inclusive e principalmente de forma adequada. Assim, há que se demonstrar a seletividade na indicação dos bens jurídicos que receberão a tutela do Direito Penal. O caráter sancionador decorre do fato de que o Direito Penal, de forma predominante, serve como um reforço para proteções já existentes, quando estas são falhas. Esse modelo impõe que o Direito Penal somente deve atuar minimamente e de forma pontual, impondo a sanção penal às condutas mais lesivas ao corpo social, somente quando falharem os outros meios de controle menos árdios.

A honra não é um bem jurídico que mereça essa intervenção estatal de forma tão severa. Para exemplificar, o crime de calúnia, tipificado no artigo 138 do Código Penal, traz uma pena máxima em abstrato de dois anos de pena privativa de liberdade mais a pena de multa. Ademais é punível, também, a calúnia contra os mortos, o que se revela no mais completo absurdo. O artigo 141 da legislação repressiva apresenta, ainda, uma causa de aumento de pena em função da pessoa contra quem o crime é cometido, demonstrando, mais uma vez, a utilização do Direito Penal de forma maximizada, indo de encontro à Constituição da República. Não há como aceitar a existência de qualquer norma penal incriminadora que não tenha por objeto a tutela de bens e valores cuja proteção seja efetivamente exigida pela comunidade, isto é, que não se dirija a condutas socialmente reprováveis. No século passado a reprovação penal das condutas que atingem a honra até se justificava, hoje não mais.

O Direito Penal, em sua melhor concepção estrutural, exige perceber que a construção social desse ramo constitui um processo contínuo, permitindo uma constante

reavaliação de suas proposições e de suas fontes de legitimidade, visando sempre o fim de realizar Justiça. O Direito acompanha a evolução social e não o contrário.

#### **4. DISPONIBILIDADE DA HONRA**

Adotando um dos conceitos de honra, essa é compreendida como o conjunto de qualidades físicas, morais e intelectuais de um ser humano. É um sentimento natural, inerente a todo homem. Em outras palavras, representa o valor social do indivíduo, vez que está ligada à sua aceitação dentro do círculo social no qual se encontra inserido.

Apenas para fins didáticos, e sem nos aprofundarmos demais na questão, a honra é classificada doutrinariamente<sup>8</sup> em objetiva e subjetiva. A primeira se revela na visão que a sociedade tem acerca das qualidades físicas, morais e intelectuais de determinada pessoa. É a reputação de cada indivíduo no seio social em que está imerso. Trata-se, em suma, do julgamento que as pessoas fazem de um determinado alguém. Por outro lado, a honra subjetiva é o sentimento que cada pessoa possui acerca das suas próprias qualidades físicas, morais e intelectuais. É o juízo que cada um faz de si.

No que pertine ao bem jurídico penalmente tutelado, entende-se que há crimes que ofendem sobremaneira a estrutura social e, por conseguinte, o interesse na persecução criminal é geral. Assim, tais crimes são processados e julgados através de ação pública incondicionada. Outros que, afetando imediatamente a esfera íntima do particular e apenas mediamente o interesse geral, continuam de iniciativa pública, exclusiva do Ministério Público, mas condicionada à representação do ofendido, em respeito à sua intimidade, ou do Ministro da Justiça, conforme for. São hipóteses de ação penal pública condicionada. Há outros crimes que, por sua vez, atingem imediata e profundamente o interesse do ofendido.

---

<sup>8</sup> MASSON, Cleber Rogério. *Direito penal esquematizado: parte especial*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. Vol. 2. p. 217.

Nesses casos, o Estado lhe confere o próprio direito de ação, conquanto mantenha para si o direito de punir; são os casos de ação penal privada.

A regra é que a ação penal seja pública incondicionada<sup>9</sup>, isso porque o Estado detém o monopólio do *Jus Puniendi*. Entretanto, quando o objeto jurídico tutelado não revela uma importância significativa, o Estado transfere ao particular não o direito de punir, mas a iniciativa para a persecução criminal. Nos crimes contra a honra, em não se tratando de uma situação excepcional, como é o caso de ser o sujeito passivo uma pessoa considerada especial pelo legislador, como é o caso do Presidente da República ou quando resultar lesão corporal, a ação penal é privada, processando-se através de queixa.

Assim, em não se tratando de um caso excepcional, evidencia-se que, nos crimes contra a honra, prepondera-se e sobreleva-se o interesse do ofendido, cabendo somente a ele decidir se propõe ou não uma ação penal contra o agressor. Esta regra geral é um dos motivos que justifica a disponibilidade da honra sob a ótica penal.

A disponibilidade do bem somente é vislumbrada quando o dano causado é imperceptível à sociedade e o interesse visado não transcenda a pessoa do ofendido. Isso quer dizer que quando os bens são de uma pessoa individualmente considerada, a disponibilidade é juridicamente eficaz, na medida em que não se refere a bens ou direitos cuja conservação demonstre o interesse de modo direto ou indireto do próprio Estado, como ocorre no caso da vida e da integridade física.

No caso da ação penal privada,<sup>10</sup> vigora o princípio da oportunidade ou conveniência, pelo qual o ofendido pode ou não exercer o seu direito de propor a queixa. Aqui o ofendido tem a livre avaliação sobre a conveniência pessoal de agir ou não contra o ofensor. Como consequência, encontramos na ação penal privada três formas de extinção da punibilidade, além das gerais e comuns: a renúncia, o perdão e a perempção. Tais institutos,

---

<sup>9</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 28.

<sup>10</sup> MARINHO, Alexandre Araripe; FREITAS, André Guilherme Tavares de. *Manual de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 32.

mais uma vez, demonstram a disponibilidade da honra na ótica penal, já que, por meio deles, o ofendido pode dispor da ação penal.

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

A questão da disponibilidade do bem jurídico se revela um pouco complexa em virtude da existência de especificações quanto aos próprios critérios diferenciadores de uma característica da outra, mas há um ponto em comum quanto aos critérios para caracterização como disponível: é que a disponibilidade do bem somente é concedida quando, provocada a lesão, o dano causado seja imperceptível para o corpo social ou o interesse visado não transcende o ofendido, ou seja, quando os bens são de uma pessoa individualmente considerada, a disponibilidade é juridicamente eficaz, na medida em que não se refere a bens ou direitos cuja conservação está o interesse de modo direto ou indireto do Estado, como o bem jurídico vida e integridade física. Na ação penal privada o Estado apenas intervém como *custos legis*, zelando pela correta aplicação da lei penal.

O titular não pode suprimir a vontade soberana do Estado, porém se os interesses deste ou da coletividade não são atingidos, abre-se, dessa maneira, o campo para disponibilidade da proteção penal dada ao bem jurídico. A disponibilidade, portanto, somente é admissível em se tratando de bens jurídicos individuais. Nesta orientação, a doutrina coloca como disponíveis a liberdade sexual, a propriedade e a honra.

## 5. INEFICÁCIA DO DIREITO PENAL NOS CRIMES CONTRA A HONRA

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

Um triste fato que assola a sociedade é a falta de celeridade do Judiciário para a composição dos conflitos. Não é cabível, por ora, a discussão sobre os fatores que causam essa lentidão, mas não se pode negar que há demandas, principalmente de cunho criminal, que não deveriam ser levadas à apreciação do Juiz, podendo ser resolvida perante os auxiliares da Justiça, como é o caso dos conciliadores presentes nos Juizados Especiais Cíveis. A Constituição de 1988 traz em seu bojo, elencada como garantia fundamental, a razoável duração do processo, seja em qual esfera for, mas essa garantia tem que se fazer presente e o Estado deve disponibilizar mecanismos para que essa razoável duração seja efetivada na prática e não somente figure no papel.

A Constitucionalização do Direito é um necessário fenômeno pelo qual o ordenamento passa atualmente. Como se sabe, o Processo Penal é o local onde serão discutidas aquelas questões que mais causam impacto no seio social, podendo culminar com a extirpação do indivíduo do núcleo no qual está inserido, passando um tempo por uma readequação social. Ao menos esse é, ou deveria ser, uma das finalidades da pena.

O professor Guilherme de Souza Nucci<sup>11</sup> ensina que, *in verbis*:

O sistema processual penal, com seus princípios constitucionais, está interligado ao penal e seus princípios constitucionais. Portanto, deve-se visualizar o cenário único das ciências criminais, regidas que são pelo princípio maior da dignidade da pessoa humana e pelo devido processo legal.

---

<sup>11</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Prisão e Liberdade: as reformas processuais penais introduzidas pela Lei 12.403, de 4 de maio de 2011*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 13



A dignidade humana, como um dos fundamentos da República, deve ser observada pelo legislador no momento de criminalizar determinada conduta. Os crimes contra a honra apresentam um trabalho desnecessário, do ponto de vista social, aos Juízos Criminais. Submeter um indivíduo a um processo penal por ter ferido a honra de uma pessoa é demasiadamente degradante e não observa a dignidade do ofensor. Não se pode apenas acreditar que somente a vítima teria dignidade a ser protegida. Com base na Constituição, é uma via de mão dupla.

Esse fenômeno de Constitucionalização deve ser vislumbrado principalmente no Direito Penal. Volta-se a frisar que o Código Penal é de 1941 e a Constituição conhecida como cidadã data de 1988. Vinte e seis anos se passaram da promulgação da *Lex Mater* e até o presente momento o que se vê é a ineficácia do Direito Penal em relação a variados bens jurídicos. As condutas ofensoras da honra, tanto subjetiva quanto objetiva, ainda permanecem criminalizadas e isso demonstra, por via direta, uma inobservância dos postulados e princípios que emanam da Carta da República, maculando essa criminalização pelo vício da inconstitucionalidade.

O Ministro Celso de Melo<sup>12</sup> consignou em decisão proferida na Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal que o postulado da dignidade da pessoa humana representa significativo vetor interpretativo, verdadeiro valor-fonte que conforma e inspira todo o ordenamento constitucional vigente em nosso país e que traduz, de modo expressivo, um dos fundamentos em que se assenta, entre nós, a ordem republicana e democrática consagrada pelo sistema de direito constitucional positivo.

Diante desse entendimento, resta claro que o Direito Penal deve se mostrar eficaz em relação aos bens jurídicos que tutela e, se isso não ocorre, não há respeito à dignidade nem do

---

<sup>12</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC n. 85988. Relator: Ministro Celso de Melo. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+85988%2ENUME%2E%29+OU+%28HC%2EACMS%2E+ADJ2+85988%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/d267els>> Acesso em 15 set. 2014.

ofendido, que se vê obrigado a discutir sua lesão na seara penal, com todos os desconfortos que experimentará em sede policial para, ao final, ver aplicado o *jus puniendi* de uma forma que nem sempre seria a desejada e nem do ofensor, que se encontra numa delicada situação perante um Juízo que, na maioria das vezes, estigmatiza.

Sem querer enxergar a questão do ponto de vista patrimonialista, até mesmo porque o Direito vem abandonando essa visão, é totalmente crível que uma indenização seria suficiente para reparar o dano de quem teve a honra lesionada. Não há dúvidas de que o tratamento na esfera cível geraria benefícios também ao ofensor, o qual não teria a sua ficha maculada por uma conduta que não foi capaz de causar qualquer dano ou instabilidade social. Com isso, se traria verdadeiro alívio ao Direito Penal que, como já demonstrado, se mostra totalmente ineficaz quando se trata dos crimes contra a honra.

Na verdade, a problemática vai além da análise fria do Direito Penal, o qual se mostra apenas como um dos instrumentos de controle da criminalidade. A Criminologia é a ciência que se presta ao estudo do crime, da pessoa do infrator, da vítima e do controle social do comportamento delitivo, se ocupando a fornecer informações válidas e eficazes, as quais servem de substrato à elaboração de políticas criminais. Assim, o objeto da Criminologia é o estudo do crime como fenômeno concreto, levando em consideração sua faceta individual e social, se revelando mais amplo do que o do próprio Direito Penal.

Encontra-se precioso ensinamento sobre o tema nas palavras de Alexandre Araripe Marino e André Guilherme Tavares de Freitas<sup>13</sup>, *in verbis*:

Propondo modelos e sistemas de resposta ao delito, na verdade, os estudos criminológicos servem de base para a formulação de políticas de controle do crime, entre elas as políticas de criminalização e descriminalização de condutas, informando o legislador para a elaboração das normas de Direito Penal, segundo as necessidades sociais.

Esta política de criminalização e descriminalização de condutas e de seleção de bens jurídicos a serem tutelados pelo Direito Penal, através da ameaça da sanção (pena) é chamada de Política Criminal.

---

<sup>13</sup> MARINHO, Alexandre Araripe; FREITAS, André Guilherme Tavares de. *Manual de direito penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 13.

É exatamente esse estudo social, através da Criminologia, que deve servir de base para a descriminalização dos crimes contra a honra, visto que provada a ineficácia do Direito Penal.

## CONCLUSÃO

O avanço social alcançado nas últimas duas décadas se deu de uma forma como nunca antes visto. Várias questões que apresentavam acirradas discussões no meio jurídico foram pacificadas ou, ao menos, tratadas do ponto de vista legislativo. O movimento neoconstitucionalista prega conferir efetividade ao Estado Democrático de Direito e não somente deixá-lo escrito no artigo 1º da Constituição da República, a qual completa 26 anos.

Esse mesmo Estado de Direito que se configura pela imposição de limites ao seu agir, deixou de se preocupar com aquelas condutas que não causam prejuízos à coletividade, mas que permanecem na seara do particular, à guisa do que ocorreu com a extirpação da pena privativa de liberdade ao usuário de drogas ilícitas. Essa é a tendência do Direito Penal moderno: imiscuir-se apenas onde nenhum outro ramo do Direito for capaz de conferir solução satisfatória.

O ordenamento jurídico brasileiro é baseado na *Civil Law*, em que a lei escrita é a principal fonte do Direito. Talvez por isso ainda haja tanta resistência na modificação de algumas matérias. Por outro lado, ainda que o sistema seja o da lei formal, o juiz não é ser estático, neutro ou se encontra engessado. O juiz pode e deve interpretar a lei sempre à luz da Constituição para conferir a efetiva Justiça no caso concreto. O ativismo judicial não pode ser encarado com maus olhos quando se pretende fazer prevalecer o espírito constitucional. Nunca é demais lembrar que o Poder Judiciário tem clara função contramajoritária e o desejo

de vingança de um particular não pode sobressair ao direito de uma pessoa não carregar sobre si a mácula social do processo penal, o que feriria, por via direta, sua própria dignidade.

Como visto, o Direito Penal deve ter uma participação minimalista na solução das situações problema vislumbradas na sociedade. Assim, afirmar que as condutas que atentam contra a honra sejam punidas na esfera penal é uma nítida afronta ao princípio da intervenção mínima.

Os crimes contra a honra não foram recepcionados pela Constituição de 1988, não tendo mais espaço qualquer tutela penal de tal direito. O legislador constituinte se preocupou em cuidar da honra, mas em momento nenhum disse que haveria a intervenção de cunho penal. Diante disso, a omissão deve ser interpretada restritivamente e o Direito Civil é o mais indicado para cuidar desse direito personalíssimo.

Dessa forma, a conclusão a que se pode chegar é que as condutas puníveis com pena privativa de liberdade, elencadas nos artigos 138, 139 e 140 do Código Penal, deveriam ser extirpadas de tal Estatuto. Inclina-se para a descriminalização dos crimes de calúnia, difamação e injúria, pois, por meio dos institutos explicitados, coloca-se uma verdadeira barreira para a atuação do Direito Penal.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em: 29 set. 2014.

BARROSO, Luís Roberto. *Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

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

- LIMA, Marcellus Polastri. *Juizados Especiais Criminais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- MARINHO, Alexandre Araripe; FREITAS, André Guilherme Tavares de. *Manual de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- MASSON, Cleber Rogério. *Direito penal esquematizado: parte especial*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. Vol. 2.
- MORAES, Guilherme Peña de. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Prisão e Liberdade: as reformas processuais penais introduzidas pela Lei 12.403, de 4 de maio de 2011*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 11 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.