

Miguel Reale Júnior

COORDENADOR

CÓDIGO PENAL
COMENTADO

2017

saraiva 

tidores em eventos esportivos poderão ser responsabilizados de acordo com o Estatuto do Torcedor. No entanto, quem participar de rixa, mesmo entre torcidas organizadas, fora de locais restritos a eventos esportivos, poderão ser responsabilizados pelo art. 137 do CP.

Uma interessante questão, no entanto, diz respeito à eventual identificação, dentre os participantes da rixa, daquele que causou a morte ou as lesões corporais de natureza grave. Nesse caso, resta clara a existência de um concurso de crimes, uma vez que os objetos jurídicos tutelados – periclitacão da vida, ordem e paz pública – da rixa são diferentes dos reconhecidos no homicídio – vida – e nas lesões corporais – integridade física. O concurso, aqui, é formal.

Considerações finais

Alguns outros pontos também se mostram em discussão na doutrina. A tentativa é um deles. Embora diversos autores neguem a possibilidade de ocorrência da tentativa, desde os clássicos Hungria (1958, p. 28) e Magalhães Noronha (1986, p. 106), tem-se que tais certezas parecem equivocadas. Sempre é de admitir que grupos rivais possam, até mesmo hoje, por redes sociais, convocar seus membros para uma contenda, sendo, antes do início desta, impedidos pela polícia. Em tal caso, nítida será situação de tentativa. Para Noronha, “mais fácil ainda a admissibilidade perante nossa lei quando refletimos que a lesão física leve não qualifica a rixa (à parte a imputação de quem a causou), nem constitui condição de maior punibilidade, ao contrário do que se dá com a grave e a morte” (1986, p. 106).

Por fim, as penas do *caput* são alternativas, detenção ou multa. Na figura qualificada, somente reclusão, sendo, em ambos os casos, a ação pública incondicionada, de todo modo considerada a infração de menor potencial ofensivo.

CAPÍTULO V

Dos crimes contra a honra

Bibliografia: BACIGALUPO, Enrique. *Delitos contra el honor*. Buenos Aires: Hamurabi, 2006; BATISTA, Nilo. *Punidos e mal pagos: violência, justiça, segurança pública e direitos humanos no Brasil de hoje*. Rio de Janeiro: Revan, 1990; BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 2; CARRARA, Francesco. *Programa del curso de derecho criminal: dictado en la Real Universidad de Pisa*. Trad. Sebastian Soler. Buenos Aires: Depalma, 1946. v. III; CASTIÑERA PALOU, M. Teresa. *Delitos contra el honor*. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (Dir.). *Lecciones de derecho penal: parte especial*. Barcelona: Atelier, 2011. p. 161-176; COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *O direito de estar só: a tutela penal do direito à intimidade*. São Paulo: Siciliano, 2004; FARIA, Bento de. *Código Penal brasileiro comentado: parte especial*. Rio de Janeiro: Record, 1959. v. IV; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: parte especial (arts. 121 a 212)*. Rio de Janeiro: Forense, 1988. v. I; GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio Berdugo. *Honor y liber-*

tad de expresión. Madrid: Tecnos, 1987; GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio Berdugo. Revisión del contenido del bien jurídico honor. In: *Temas de derecho penal*. Lima: Cultural Cuzco, 1993; HUNGRIA, Nélon. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1955. v. VI; LAURENZO COPELLO, Patricia. *Los delitos contra el honor*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002; MAURACH, SCHROEDER e MAIWALD. *Strafrecht, Besonderer Teil*. Heidelberg: C. F. Müller, 2009. v. 1; MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal: parte especial*. São Paulo: Atlas, 2003. v. II; NORONHA, E. Magalhães. *Direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1998. v. 2; PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. São Paulo: RT, 2012. v. 2; REALE JÚNIOR, Miguel (Coord.). *Direito penal: jurisprudência em debate – crimes contra a pessoa*. Rio de Janeiro: GZ, 2011; RODRIGUES YAGÜE, Cristina. El tratamiento de la homosexualidad en la legislación española. *Revista Penal*, v. 31, jan. 2013, p. 221-246; SOUZA, Luciano Anderson de. *Expansão do direito penal e globalização*. São Paulo: Quartier Latin, 2007; SOUZA, Luciano Anderson de e FERREIRA, Regina Cirino Alves. Discurso midiático penal e exasperação repressiva. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 94, p. 363-382, jan./fev. 2012; WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán*. Trad. Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1976; ZACZYK, Rainer. La lesión al honor de la persona como lesión punible. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 77, p. 128-140, mar./abr. 2009.

Considerações gerais

Embora tutelada pelo Direito há tempos, não é tarefa fácil à dogmática penal a conceituação de honra ou a construção de sua precisa legitimação jurídica. Não obstante, nos dias atuais o tema ganha grande importância prática diante dos contornos típicos da sociedade da informação, ou do risco, o que enseja melhor reflexão a respeito.

Como nota a doutrina penal, os povos primitivos já protegiam a honra. O Código de Manu, o Direito Romano e a legislação bárbara já vedavam, de modo mais ou menos incipiente e em linhas gerais, as lesões à fama dos indivíduos. Ineditamente, o Código Penal francês de 1810 (Código de Napoleão) diferenciou calúnia e injúria, sendo a primeira a imputação de fato delituoso ou difamatório falso ou não comprovado verdadeiro, e a segunda a expressão de caráter ultrajante. Na sequência, a Lei de Imprensa francesa de 1819 substituiu o termo “calúnia” por “difamação” e eliminou o requisito da falsidade do fato imputado. A partir daí, essa compreensão passou a influenciar as legislações dos países de tradição jurídica europeia continental, como a brasileira.

Apesar da aparência de preocupação histórica de tutela à honra que esse traçado possa denotar, há, na verdade, dificuldades de compreensão e de fundamentação quanto aos crimes em destaque, tidos como os protegidos jurídico-penalmente de forma menos eficaz, consoante Maurach (2009, p. 139). Em curiosa e significativa frase, o autor afirmou que honra seria o bem jurídico mais sutil e difícil de apreender com as mãos grossas do Direito Penal.

O bem jurídico honra e sua legitimidade

Quanto às criminalizações ditas contra a honra, a doutrina, no geral, vê-se envolta em ideários bastante genéricos, ou mesmo porosos, havendo difícil precisão, segundo Gomes de la Torre (1987, p. 57), seja por seu viés imaterial, seja pela divergência de sentidos que revela em termos históricos ou sociais, razão pela qual as dificuldades que apresenta sua disciplina decorrem mais da falta de acordo sobre o seu conteúdo do que da carência de idoneidade em sua tutela.

A confusão já fora notada, aliás, por Carrara (1946, p. 3). Atualmente, Laurenzo Copello (2002, p. 14) chama a atenção para o fato de que a doutrina simplesmente se refere às habituais distinções entre honra objetiva e subjetiva, de modo pouco claro e com conteúdos nem sempre coincidentes. Assim, verdadeiramente, ainda persiste ao intérprete, diante das legislações editadas, a pergunta sobre o que pode tutelar validamente os crimes dessa natureza.

Diante do ideário do bem jurídico, solução metodológica consoante nossa evolução jurídico-penal, em matéria de crimes contra a honra, de início, há que se aferir acerca de sua adequação ou capacidade de rendimento na hipótese em foco. Em outras palavras, uma vez adotada essa teoria, imperioso verificar se o mais grave meio de controle estatal de condutas humanas pode ter por referencial preceitos dessa natureza, dificuldade acentuada por seu cunho etéreo.

Welzel (1976, p. 15), em posição minoritária, entendia que a honra seria algo espiritual-ideal, isto é, a pretensão jurídica ao respeito que o indivíduo detém, não se confundindo com reputação ou sentimentos próprios. O penalista alemão frisava que o conceito de honra seria normativo e não fático. Dentre nós, foi o entendimento, e. g., de Fragoso (1988, p. 215) e, mais recentemente, o revelado por Bitencourt (2012, p. 319).

Em outro sentido, na doutrina nacional, similar a Noronha (1998, p. 116), Costa Júnior (2004, p. 110), por exemplo, define honra como “(...) o contingente mínimo de prestígio que um cidadão pode obter para merecer o respeito da coletividade”, o que, se por um lado, ostenta uma aproximação mais clara da ideia, por outro, faz persistir o questionamento acerca da legitimidade do ramo jurídico-penal nesta seara.

Em estudo específico sobre o tema, Zaczyk (2009, p. 128-140), entendendo bem jurídico como “elementos essenciais da liberdade”, que abarcariam não apenas a vida, o corpo e a propriedade, mas também instituições sociais e estatais, conclui que o instituto denotaria seu traço diferencial na ação recíproca das pessoas, daí por que se revelam como “relações de reconhecimento”, disciplinadas pelo Estado. Por conseguinte, a honra, mais que uma simples sensação interna, significativa, consiste em parte da condição de “pessoa” reconhecida pelo Direito, e, assim, componente de sua liberdade, ou autodeterminação.

Em sentido similar, Gomes de la Torre (1987, p. 57) afirma com precisão que a honra é composta pelas relações de reconhecimento entre os diversos integrantes

da comunidade, que emanam da dignidade e do livre desenvolvimento da personalidade. São, desse modo, segundo o Professor de Salamanca, pressupostos da participação do indivíduo no sistema social.

Desse modo, a honra consiste em um valor digno de tutela pelo Direito Penal, consubstanciando-se não apenas num elemento íntimo, mas também propiciador da interação com os demais indivíduos, conforme Zaczyk (2009, p. 135). Nesse diapasão, e. g., carece de substrato o ideário de Jakobs (apud ZACZYK, p. 137-138), o qual, em seu funcionalismo sistêmico – que visa a assecuração do sistema social –, entende a honra como mero interesse público a informações verídicas.

A honra, quer em seu aspecto **objetivo**, que é a reputação que o sujeito detém num contexto social, quer em seu aspecto **subjetivo**, que é o sentimento da própria dignidade ou decoro, tem por fundamento resguardar a inserção igualitária do indivíduo na interação social num contexto democrático. A afetação do bem jurídico honra, então, em qualquer de seus dois aspectos – a boa reputação exterior ou a autoestima, respectivamente, conforme as expressões típicas da jurisprudência alemã –, abala a capacidade de participação igualitária do indivíduo no relacionamento social com os demais, razão pela qual recebe a tutela penal.

Os crimes contra a honra na sociedade da informação

Se o imbricamento das liberdades recíprocas vê-se num contexto social geral vulnerado pela afetação da honra do indivíduo, isso sobreleva em importância nos dias que correm. Isso porque a sociedade dita do risco (BECK), da informação, pós-industrial, modernidade líquida (BAUMAN), dentre inúmeras outras possíveis denominações, revela um contexto de inter-relação social e de exposição pública das pessoas sem precedentes na história da humanidade.

Em primeiro lugar, nota-se que a pós-industrialização radicalizou as características ínsitas do modelo industrial, gerando-se uma divisão de tarefas produtivas de cunho transnacional, sem referencial anterior (SOUZA, 2007, p. 107-112). A produção, a distribuição e a circulação de riquezas agudizaram-se profundamente nesse modelo, refletindo-se, por via de consequência, na dependência intersubjetiva. Se a ideia-força de honra se encontra nas relações de reconhecimento, essa maior interconexão social faz sobrelevar o valor dessas relações.

Porém, há algo mais que merece particular menção. O forte desenvolvimento do sistema comunicacional na sociedade hodierna – alcunhada por parte da sociologia por essa razão de “sociedade da informação” – ocasiona maior interação e exposição da honra, em seus dois aspectos. Os meios de comunicação de massa detêm alcance mundial e simultâneo ao acontecimento dos fatos. A rede mundial de computadores – internet – permite enorme interação entre as pessoas, inclusive de modo praticamente anônimo.

Isso tudo faz com que a notícia ou o comentário, falsos ou verdadeiros, revelem enorme alcance e capacidade de ressonância, efetivamente possibilitando o

devastamento de honras, como se pode notar num exemplo de acusação falsa de crime sexual. De triste memória, a respeito, ficou conhecido o caso “Escola de Base”, ocorrido em São Paulo, em 1994 (SOUZA; FERREIRA, 2012, p. 372-373). Neste influxo é que, segundo Nilo Batista (1990, p. 138), “a imprensa tem o formidável poder de apagar a Constituição e o princípio da presunção de inocência, ou, o que é pior, de invertê-lo”.

Dessa forma, o tema se renova em atualidade e importância, ensejando a necessidade de uma particular reflexão por parte das ciências criminais, mormente em questões como a da liberdade de expressão, a da proporcionalidade das sanções, a do possível caráter internacional dos crimes e sua investigação, dentre outras.

A Lei de Imprensa

Uma última análise preliminar faz-se imperiosa. Trata-se do vilipêndio à honra por meio da imprensa. Em subsistema que cuidava do temário sob diversas disciplinas jurídicas, a Lei de Imprensa (Lei n. 5.250/67) previa crimes contra a honra (calúnia, difamação e injúria) praticados por meio de veículos de informação.

Referida legislação especial tinha sua existência justificada por alguns pela disciplina ampla do assunto. Isso porque os abusos da imprensa ensejam inúmeros consectários – cíveis, penais e administrativos –, o que sinaliza pela necessidade de disciplina coerente em uma única lei.

Em termos penais, especificamente, a Lei n. 5.250/67 era criticada pela doutrina por prever, em seu art. 37, a responsabilidade penal sucessiva, que atribuía responsabilidade sequencial a determinadas pessoas quando não identificado o autor da ofensa. Por óbvio, isso era inconstitucional, pois consagrador da responsabilização objetiva.

De todo modo, referido diploma foi afastado integralmente de nosso ordenamento em 2009 em face da procedência dada pelo Supremo Tribunal Federal em ação declaratória de descumprimento de preceito fundamental (ADPF n. 130) interposta por partido político.

Decisão esta festejada pelos meios de comunicação de massas, envolta em observações de cunho político que entendiam que a produção legislativa durante o período militar voltava-se para o cerceamento da liberdade de informação e expressão, o quadro dela decorrente permite uma observação curiosa quanto ao Direito Penal. Como nota Reale Júnior (2011, p. 175), ao se deter nas penas mínimas – comumente aplicadas na prática – dos crimes da Lei de Imprensa relativamente ao Código Penal, bem como às causas de aumento de pena previstas neste último em relação ao cometimento dos crimes por meios que facilitem sua divulgação (art. 141, III), a situação piorou para o jornalista com a incidência do Código. Ademais, como lembra o autor, esse diploma não contém regras específicas sobre o direito à informação, o que denota um vácuo legislativo. Em outras palavras, há insegurança jurídica.

Um tratamento específico quanto ao tema, a princípio, justifica-se político-criminalmente pela maior ofensividade da conduta para com o bem jurídico protegido, bem como pela regulação de direito de resposta e outros aspectos ínsitos ao direito de informar e de ser informado em confronto com a preservação da honra dos cidadãos. Nesse sentido, *de lege ferenda* mostra-se adequada nova elaboração legislativa quanto ao temário.

Calúnia

Art. 138. Caluniar alguém, imputando-lhe falsamente fato definido como crime:

Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

§ 1º Na mesma pena incorre quem, sabendo falsa a imputação, a propala ou divulga.

§ 2º É punível a calúnia contra os mortos.

Exceção da verdade

§ 3º Admite-se a prova da verdade, salvo:

I – se, constituindo o fato imputado crime de ação privada, o ofendido não foi condenado por sentença irrecorrível;

II – se o fato é imputado a qualquer das pessoas indicadas no n. I do art. 141;

III – se do crime imputado, embora de ação pública, o ofendido foi absolvido por sentença irrecorrível.

Considerações gerais

A legislação brasileira sobre crimes contra a honra surge com o Código Criminal do Império (1830), o qual, sob influência francesa, tipificava a calúnia e a injúria. No mesmo sentido dispunha o Código Penal Republicano (1890). A Lei de Imprensa, de 1934, no geral, manteve a sistemática já exposta.

O Código Penal de 1940 insculpiu as três figuras típicas mantidas até hoje: calúnia (art. 138), difamação (art. 139) e injúria (art. 140). A calúnia e a difamação protegem a honra objetiva, enquanto a injúria tutela a honra subjetiva. O art. 138 não sofreu qualquer alteração desde a promulgação do Código em vigor.

Deve-se atentar para a natureza subsidiária, ou residual, dos delitos contra a honra. Em conformidade com o princípio da especialidade, dependendo da situação concreta, podem os fatos subsumir-se aos tipos assemelhados previstos no Código Eleitoral (Lei n. 4.737/65), no Código Penal Militar (Decreto-lei n. 1.001/69) ou na Lei de Segurança Nacional (Lei n. 7.170/83). As previsões constantes da Lei de Imprensa (Lei n. 5.250/67) tornaram-se inaplicáveis após o julgamento da ADPF 130/DF, em 2009, pelo Supremo Tribunal Federal, como já visto.

Considerações nucleares

O delito de **calúnia** consiste na falsa imputação a alguém de fato definido como crime. Em outras palavras, atribui-se inveridicamente a uma pessoa crime por ela não perpetrado, o que vulnera a **honra objetiva** do ofendido, ou seja, sua reputação ou sua imagem no corpo social. A falsidade pode referir-se tanto ao próprio fato como à sua autoria. Quanto a este último aspecto, isso significa que o crime imputado pode ter materialmente ocorrido, mas o caluniado não foi o seu autor.

A calúnia há de se referir a fato criminoso e determinado, ainda que a descrição não seja pormenorizada (exemplo: agente alega que o sujeito passivo furtou a carteira de alguém numa festa recente). Visto que igualmente vilipendiadora do bem jurídico em questão, a lei considera também criminosa a conduta daquele que, tendo ciência da falsidade da imputação, a propala ou a divulga, isto é, a espalha de qualquer modo (art. 138, § 1º, do CP).

O delito de calúnia – como, aliás, é a regra de todos os crimes contra a honra – não admite a **forma tentada** (*conatus*). A calúnia verbal não permite tentativa, pois, nesse caso, o crime se perfaz em um único ato, conforme asseverava Hungria (1955, p. 63). A exceção ocorre quando o meio de execução é plurissubsistente, como na modalidade escrita (o tradicional exemplo da carta extraviada), ou por meio de uma gravação. A **consumação** ocorre no momento em que a imputação falsa chega ao conhecimento de terceiros.

Os crimes contra a honra são todos **simples** (ou seja, tutelam um único bem jurídico) e de **ação livre** (isto é, podem ser perpetrados por qualquer meio).

A calúnia é, ainda, crime comum, podendo ser perpetrado por qualquer pessoa, pois o tipo do art. 138 não exige qualquer qualidade especial do **sujeito ativo**.

Qualquer pessoa pode figurar na condição de **sujeito passivo** dos crimes contra a honra. Há, todavia, quanto a isso, particularidades interessantes. No caso da calúnia, o Código Penal admite que possa o delito referir-se aos **mortos** (art. 138, § 2º), o que não os torna sujeitos passivos, como nota Bitencourt (2012, p. 322). No caso da difamação e da injúria, ante a falta de previsão legal, há dissenso na doutrina, prevalecendo o entendimento pela sua impossibilidade.

Com relação aos **desonrados**, ou seja, pessoas que já não detêm boa fama social, entende-se pacificamente que podem ser vítimas dos delitos contra a honra. Com relação aos **menores** e aos **loucos**, prevalece a compreensão de que podem ser vitimados por calúnia e difamação, pois possuem honra objetiva. Podem, ainda, ser sujeitos passivos de injúria, desde que tenham capacidade de entender o significado da ofensa.

Ademais, discute-se se a **pessoa jurídica** pode ser sujeito passivo de crimes contra a honra. Com escora nos pensamentos de Hungria (1955, p. 41) e Fragoso (1988, p. 218), durante largos anos se entendeu que não, pois honra seria um valor social e moral da personalidade humana. No entanto, isso vem sendo temperado com o passar dos anos, admitindo-se a hipótese com relação à difamação.

Quanto à calúnia, doutrina e jurisprudência majoritárias sempre entenderam que não seria possível referida subjetividade passiva, pela razão exposta, bem como porque pessoas jurídicas não poderiam cometer crimes. Todavia, em face da adoção da responsabilidade penal da pessoa jurídica, ao menos para os crimes ambientais (Lei n. 9.605/98), não parece que a problemática esteja pacificada, pois nesta hipótese, por exemplo, poder-se-ia atribuir um fato delitivo ambiental ao ente moral, aperfeiçoando-se, assim, a descrição típica do art. 138 do Código Penal. O assunto, entretanto, ainda é dotado de polêmica, principalmente doutrinária.

O **tipo subjetivo** nos crimes contra a honra é integrado pelo dolo, acrescido de tendência intensificada (*animus calumniandi, diffamandi e injuriandi*). Como diria Welzel (1976, p. 113), tais tendências intensificadas são aquelas que trazem um colorido diferente de sentido aos tipos, um adicional conteúdo ético-social para a ação. Muito embora seja este o posicionamento dominante, é de se notar que, e. g., na Espanha, atualmente, isso vem sendo questionado por parcela da jurisprudência e da doutrina, que não vislumbram a necessidade de um suposto *animus infamandi* para a configuração do presente delito (BACIGALUPO, 2006, p. 70-72). Segundo essa compreensão, bastaria a simples imputação falsa a alguém de fato criminoso conhecendo-se essa falsidade, ou seja, em desprezo absoluto pela verdade, ou ainda sem a adoção de mínimas precauções para averiguar se referida imputação é verdadeira ou falsa (CASTIÑERA PALOU, 2011, p. 165).

Essa linha de pensamento, no entanto, faria sentido caso se adotasse a noção de Jakobs quanto ao interesse tutelado, já vista, isto é, como de mero interesse público a informações verídicas. Segundo entendemos, isso ignora o referencial pessoal do bem jurídico honra, o qual, se por um lado, de fato não se subsume exclusivamente à mera esfera íntima dos sujeitos passivos, de outro, não deixa de lado o referencial individual destes enquanto elemento de reconhecimento social. Nesse sentido, embora sem sombra de dúvidas essa linha, digamos assim, de objetivação do elemento subjetivo na hipótese, facilite sobremodo a comprovação do crime contra a honra, sendo, portanto, enormemente pragmática, ignora, todavia, a essência da incriminação: o agente atua voltado para o vilipêndio da honra de alguém e não propriamente em desprezo à verdade. Dessa maneira, em que pese a dificuldade de aferição disso na prática, a presença do *animus calumniandi* mostra-se imprescindível para caracterização do ilícito no caso, sendo por isso o simples ânimo de narrar ou de se defender impróprio para a configuração do elemento subjetivo do tipo (REALE JÚNIOR, 2011, p. 162). Do mesmo modo, o *animus jocandi* ou o erro quanto à falsidade do fato ou à sua autoria afastam o delito, uma vez que o erro de tipo exclui o dolo.

Ainda quanto ao elemento subjetivo na calúnia, por fim, note-se que doutrina e jurisprudência entendem que se admite o dolo direto ou eventual.

Exceção da verdade (*exceptio veritatis*), prevista no § 3º do art. 138, é a possibilidade de o sujeito ativo da calúnia demonstrar que o fato afirmado por ele é

verdadeiro, afastando o reconhecimento do crime. Jamais é admitida na injúria, pois nesta não há atribuição de fato. Na calúnia é, em regra, admissível, e na difamação não, diferenciação feita em razão da qualidade do fato atribuído. Nestes dois últimos tipos, há exceções (calúnia, art. 138, § 3º, e difamação, art. 139, parágrafo único), todas atinentes ao interesse público envolvido.

Dessa forma, na calúnia, não se admite a exceção da verdade em três hipóteses. Em primeiro lugar, o querelado (sujeito ativo da calúnia) não pode ofertar a *exceptio veritatis*, isto é, não pode pretender comprovar a veracidade do que revelou, se o fato imputado for crime de ação privada e não houver condenação definitiva sobre o assunto. Isso em respeito ao interesse da vítima do crime de ação penal privada, que pode por qualquer razão não querer processar seu ofensor (se não houvesse a presente previsão, seria obrigada a expor sua intimidade em juízo por via reversa). Tampouco é possível exceção da verdade se a calúnia envolver o Presidente da República ou chefe de governo estrangeiro, em nome do interesse público envolvido. Por fim, em respeito à coisa julgada, não se cogita de exceção da verdade se o crime imputado foi julgado em definitivo pelo Poder Judiciário, havendo absolvição do ofendido.

A vedação da admissibilidade da exceção da verdade nos casos previstos pelo § 3º do art. 138 pode levar à iniquidade de condenação de alguém por calúnia pela imputação a outrem de fato delitivo verdadeiro. Muito embora, no geral, doutrina e jurisprudência não se questionem a respeito, parece-nos que isso viola os princípios maiores da ampla defesa e da verdade real no processo penal. Neste sentido, urge maior reflexão acerca do tema.

Considerações finais

Apesar de revelar disciplina antiga, os crimes contra a honra, como a calúnia, ainda denotam enormes desafios dogmáticos, a começar pela precisa identificação do bem jurídico tutelado. Outros desafios a esse se somam, como a necessidade de pacificação do entendimento quanto às pessoas jurídicas poderem figurar ou não na condição de sujeitos passivos, a impossibilidade de oferecimento de exceção da verdade em certos casos, dentre outras questões do cotidiano forense.

Difamação

Art. 139. Difamar alguém, imputando-lhe fato ofensivo à sua reputação:

Pena – detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa.

Exceção da verdade

Parágrafo único. A exceção da verdade somente se admite se o ofendido é funcionário público e a ofensa é relativa ao exercício de suas funções.

Considerações gerais

A difamação não foi prevista autonomamente quando surgiu a primeira legislação brasileira sobre crimes contra a honra, com o Código Criminal do Império (1830). Este, sob influência do ordenamento francês do início do século XIX, tipificou apenas a calúnia e a injúria; todavia, aquilo que hoje entendemos como difamação era, em realidade, uma das modalidades de injúria (art. 236 do *Codex imperial*). O Código Penal Republicano (1890) foi no mesmo sentido, assim como, no geral, a Lei de Imprensa, de 1934.

O Código Penal de 1940 insculpiu as três figuras típicas mantidas até hoje: calúnia (art. 138), difamação (art. 139) e injúria (art. 140). A calúnia e a difamação protegem a honra objetiva, enquanto a injúria tutela a honra subjetiva, como já referido. Desde 1941, o presente artigo, assim como o antecedente, não sofreu qualquer alteração.

Insta observar que os crimes contra a honra possuem natureza subsidiária, ou residual. De acordo com o princípio da especialidade, dependendo da situação concreta, podem os fatos subsumir-se aos tipos assemelhados previstos no Código Eleitoral (Lei n. 4.737/65), no Código Penal Militar (Decreto-lei n. 1.001/69) ou na Lei de Segurança Nacional (Lei n. 7.170/83). As previsões constantes da Lei de Imprensa (Lei n. 5.250/67) tornaram-se inaplicáveis após o julgamento da ADPF 130/DF, em 2009, pelo Supremo Tribunal Federal, como analisado.

Considerações nucleares

A **difamação** consiste na imputação a alguém de fato ofensivo à sua reputação, isto é, ao seu conceito social. Difamar significa “causar má fama”, razão pela qual o objeto jurídico em questão é a **honra objetiva**, ou seja, a reputação ou a imagem da pessoa perante a sociedade. O fato atribuído deve ser determinado e pode ou não ser verdadeiro, como quando o agente alega a terceiros que viu alguém ingressando na casa de prostituição, o que pode até ter ocorrido. Por óbvio, os preconceitos sociais são considerados para fins de reconhecimento do delito, no fundo, perpetrado pelo agente com maledicência.

Como a calúnia significa atribuição de fato criminoso a alguém, se o agente imputa a outrem fato contravençional, cuidar-se-á de difamação, e não de calúnia.

Como os demais crimes contra a honra, em regra, a difamação não admite a **tentativa** (*conatus*), exceção feita quando o meio de execução é plurissubsistente, como na modalidade escrita (o conhecido exemplo da carta extraviada), ou por meio de uma gravação. Assim como a calúnia, que também tutela a honra objetiva das pessoas, a difamação se **consoma** quando a imputação ofensiva chega ao conhecimento de terceiros.

A difamação, igualmente à calúnia e à injúria, é uma infração penal **simples** (ou seja, tutela um único bem jurídico) e de **ação livre** (isto é, pode ser praticada por qualquer meio).

Do mesmo modo que as demais infrações penais vilipendiadoras da honra, a difamação é um crime **comum**, ou seja, qualquer pessoa pode ser seu **sujeito ativo**.

O **sujeito passivo** é, também, qualquer pessoa. Quanto à possibilidade de difamação contra os mortos, em razão da ausência de previsão legal, há divergência doutrinária, prevalecendo a compreensão pela sua impossibilidade, posicionamento acertado, uma vez que não se admite analogia *in malam partem* em Direito Penal. O regramento do art. 138, § 2º, do Código Penal não foi repetido no caso da difamação.

Com relação aos **desonrados**, isto é, pessoas que já não detêm bom conceito social, entende-se pacificamente que podem ser vítima dos delitos contra a honra, como a difamação. Com relação aos **menores** e aos **loucos**, prevalece a compreensão de que podem ser vitimados por calúnia e difamação, pois possuem honra objetiva. Podem, ainda, ser sujeitos passivos de injúrias, desde que compreendam o significado da ofensa.

Doutrina e jurisprudência divergem, ademais, quanto à possibilidade de a **pessoa jurídica** ser vítima de difamação, em virtude da carência de valor social e moral, típicos da personalidade humana. O tradicional entendimento de Hungria, que vem sendo lentamente abandonado pela doutrina, parece exercer ainda influência no âmbito do Superior Tribunal de Justiça. Quanto ao Excelso Pretório, ao revés, ao longo dos anos, vem-se admitindo a hipótese em questão.

O **tipo subjetivo** na difamação é integrado pelo dolo, acrescido de tendência intensificada (*animus diffamandi*), apesar de posicionamentos dissonantes na literatura estrangeira, parcialmente inclinadas pela negativa de elemento subjetivo especial do tipo (BACIGALUPO, 2006, p. 70-72; CASTIÑERA PALOU, 2011, p. 173). O *animus jocandi*, o *animus narrandi* ou o erro quanto à falsidade do fato ou à sua autoria afastam o delito, uma vez que o erro de tipo exclui o dolo. Admite-se o dolo direto ou eventual.

Exceção da verdade (*exceptio veritatis*) é a possibilidade de o sujeito ativo demonstrar que o fato afirmado é verdadeiro, afastando o reconhecimento do crime. Na difamação, a exceção da verdade é, em regra, inadmissível, o que é natural, já que não se exige a falsidade do fato imputado. Em nome do interesse público em torno dos cargos públicos, admite-se a exceção da verdade na difamação se o ofendido for servidor público e a ofensa for relativa ao exercício de suas funções (art. 139, parágrafo único). Nesta hipótese, o querelado (sujeito ativo da difamação) poderia provar em juízo que o por ele dito é verdadeiro, rechaçando uma condenação. Isso ocorre pois, nesses casos, o Estado possui interesse em verificar a atuação de seus servidores.

Há divergência de posicionamentos com relação àquele que não mais se encontra investido na função pública, ou seja, se o difamado deixou, por qualquer razão, o cargo que ocupava. Fragoso (1988, p. 228-229) e Noronha (1998, p. 127),

e. g.,
a adm
hipóte
acerta
públic

Consi

to soc
imput
que nã
rodeio
tando-
algum
interp

Consi

digo C

e. g., entendiam que, se o agente deixou a função pública, não mais seria possível a admissão da exceção da verdade, pois o parágrafo único do art. 139 afirma a hipótese “se o ofendido é funcionário público”. Já Bento de Faria (1959, p. 180), acertadamente, asseverava pouco importar se o sujeito passivo deixou a função pública, pois a razão de ser da regra é a relação com o exercício da função pública.

Considerações finais

A difamação, assim como a calúnia, tutela a honra objetiva, ou seja, o conceito social da pessoa. Diferentemente desta, todavia, não se exige falsidade do fato imputado, o que remonta a um ideário antigo, do Direito Canônico medieval, de que não se disseminem fatos negativos acerca dos semelhantes¹²⁹. Sem dúvida e rodeios, o tipo em questão sinaliza a que cada um cuide de sua própria vida, evitando-se um contexto social degradado por maledicências e fofocas. Apesar de algumas divergências pontuais, o delito em análise ostenta menos dificuldades interpretativas relativamente à calúnia por parte da doutrina e da jurisprudência.

Injúria

Art. 140. Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro:

Pena – detenção, de 1 (um) a 6 (seis) meses, ou multa.

§ 1º O juiz pode deixar de aplicar a pena:

- I – quando o ofendido, de forma reprovável, provocou diretamente a injúria;
- II – no caso de retorsão imediata, que consista em outra injúria.

§ 2º Se a injúria consiste em violência ou vias de fato, que, por sua natureza ou pelo meio empregado, se considerem aviltantes:

Pena – detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa, além da pena correspondente à violência.

§ 3º Se a injúria consiste na utilização de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião, origem ou a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência:

Pena – reclusão de 1 (um) a 3 (três) anos e multa.

Considerações gerais

A primeira previsão brasileira sobre crimes contra a honra deu-se com o Código Criminal do Império (1830), o qual, sob influxo da legislação francesa, que

¹²⁹ Nesse sentido, aliás, como curiosidade histórica, observe-se que as Ordenações Filipinas insculpiam a criminalização dos “mexeriqueiros” (Título LXXXV do Livro V), para “se evitarem os inconvenientes, que dos mexericos nascem”.

trouxe autonomia ao temário, incriminou a calúnia e a injúria. Esta última, sabe-se, foi tutelada de modo amplo, abarcando-se, no art. 236, aquilo que hoje entendemos como difamação. No mesmo sentido, o Código Penal Republicano (1890). A Lei de Imprensa de 1934, em linhas gerais, manteve idêntica sistemática.

O Código Penal de 1940 insculpiu as três figuras criminosas, mantidas até o momento: calúnia (art. 138), difamação (art. 139) e injúria (art. 140). A calúnia e a difamação protegem a honra objetiva, enquanto a injúria tutela a honra subjetiva, como já exposto. O art. 140 sofreu modificações em 1997 e em 2003. Em 1997, criou-se o § 3º, que trouxe a comumente chamada "injúria racial", então atinente à utilização, para fins ofensivos, de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião ou origem. O citado parágrafo foi ampliado pelo Estatuto do Idoso (Lei n. 10.741/2003), que incluiu a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência.

Observe-se que há natureza subsidiária, ou residual, nos delitos contra a honra. Consoante o princípio da especialidade, dependendo da hipótese concreta, podem os fatos subsumir-se às figuras assemelhadas insculpidas no Código Eleitoral (Lei n. 4.737/65), no Código Penal Militar (Decreto-lei n. 1.001/69) ou na Lei de Segurança Nacional (Lei n. 7.170/83). As infrações contra a honra constantes da Lei de Imprensa (Lei n. 5.250/67) foram afastadas do ordenamento pátrio com o julgamento da ADPF 130/DF, em 2009, pelo Supremo Tribunal Federal.

Considerações nucleares

Injúria é a ofensa à dignidade (isto é, moralidade) ou ao decoro de alguém (ou seja, aspectos físicos e intelectuais). O art. 208 do Código Penal espanhol, e. g., em compreensão perfeitamente aplicável na interpretação do tipo brasileiro, define a injúria como a ação ou expressão que lesiona a dignidade de outra pessoa, menosprezando sua fama ou atentando contra sua autoestima.

Consiste então a injúria na atribuição genérica de qualidades negativas ou de fatos vagos e indeterminados a alguém, prescindindo-se de falsidade. Exemplos: dizer que alguém é "ladrão", "burro", "impotente" ou que sai com pessoas prostituídas. Quanto a insinuações de cunho sexual, aliás, por certo não se pode olvidar do direito que cada um possui de exercer sua sexualidade de modo livre e despido de preconceitos. Porém, são justamente estes últimos que vão denotar o atingimento da honra do ofendido, não podendo ser, assim, o fato desconsiderado pelo Direito. Em outras palavras, insinuações ou assertivas relacionadas, v. g., à sexualidade LGBT de alguém – independentemente de sua veracidade – não deveriam, mas são comumente efetivadas em nossa preconceituosa sociedade com o propósito de ofender, sendo tais situações agasalhadas pelo Direito Penal.

Entende-se que o delito de injúria atinge a **honra subjetiva** da pessoa ofendida, isto é, sua autoestima ou avaliação de si próprio.

A injúria não admite o reconhecimento da forma **tentada** (*conatus*) quando unissubsistente, como na ofensa verbal dita em presença do ofendido. Já quando a

conduta é plu
quando a ofen
quando dita a
gam, por qual
honra subjetiva
sujeito passivo
tanto na preser
se aperfeiçoará

Do mesm
la uma único b
e de **ação liv**
Aliás, quanto
meios dubitati
fração penal.

Qualquer
legal (feita ape
que não é possí
co se admite p
mento moral.

Relativan
fama perante a
a honra. Com
podem ser viti
relação à injúr
entender o sig

O tipo s
(*animus injuriar*
minoritários q
(cf. BACIGAL
que parece, seg
injúria se o ag
eventual.

A exceçã
to ativo demon
to do crime, é

Perdão ju
O § 1º do
ção judicial, q
(art. 107, IX,
"pode" no dis

conduta é plurissubsistente, em tese é perfeitamente possível a tentativa, como quando a ofensa é efetivada na modalidade escrita ou por meio de gravação, ou quando dita a terceiros na ausência da vítima, e, nestas hipóteses, os fatos não chegam, por qualquer razão, ao conhecimento desta última. Como a injúria tutela a honra subjetiva, o delito se **consuma** quando a ofensa chega ao conhecimento do sujeito passivo. Desta maneira, há que se notar que a injúria pode ser perpetrada tanto na presença como na ausência da vítima; porém, neste último caso, somente se aperfeiçoará quando ela tiver ciência do afirmado.

Do mesmo modo que as demais figuras referidas, é um crime **simples** (tutela uma único bem jurídico), **comum** (qualquer pessoa pode ser seu **sujeito ativo**) e de **ação livre** (pode ser praticado por qualquer meio, como verbal e escrito). Aliás, quanto a este último aspecto, bastante comum a injúria ser perpetrada por meios dubitativos ou por intermédio de ironias, fatores que não desnaturam a infração penal.

Qualquer pessoa pode ser **sujeito passivo** de injúria. Ante a falta de previsão legal (feita apenas no art. 138, § 2º, para a calúnia), prevalece a compreensão de que não é possível a injúria contra os mortos, o que de fato seria absurdo. Tampouco se admite poder ser a pessoa jurídica vítima de injúria, por ausência de sentimento moral. Tais posicionamentos são pacíficos.

Relativamente aos **desonrados**, ou seja, indivíduos que já não detêm boa fama perante a sociedade, compreende-se que podem ser vítimas dos delitos contra a honra. Com relação aos **menores** e aos **loucos**, prevalece a compreensão de que podem ser vitimados por calúnia e difamação, pois possuem honra objetiva. Com relação à injúria, podem ser sujeitos passivos, desde que tenham a capacidade de entender o significado da ofensa.

O **tipo subjetivo** é integrado pelo dolo, acrescido de tendência intensificada (*animus injuriandi*), embora comecem a despontar, no estrangeiro, posicionamentos minoritários que negam a necessidade de um elemento subjetivo especial do tipo (cf. BACIGALUPO, 2006, p. 70-72, e CASTIÑERA PALOU, 2011, p. 173), o que parece, segundo pensamos, claramente sem sentido no caso da injúria. Não há injúria se o agente atua imbuído de *animus jocandi*. Admite-se o dolo direto ou eventual.

A **exceção da verdade** (*exceptio veritatis*), ou seja, a possibilidade de o sujeito ativo demonstrar que o fato afirmado é verdadeiro, afastando o reconhecimento do crime, é inadmissível na injúria, pois nela não há atribuição de fato.

Perdão judicial

O § 1º do art. 140 prevê duas possibilidades de aplicação do instituto do perdão judicial, que ostenta a natureza jurídica de causa de extinção da punibilidade (art. 107, IX, do CP). Muito embora o legislador tenha se utilizado da palavra "pode" no dispositivo em destaque, cuida-se de um direito público subjetivo do

acusado, que não pode ficar à mercê de puro arbítrio judicial, como nota com propriedade Bitencourt (2012, p. 356). Preenchidos os requisitos legais, o imputado faz jus ao reconhecimento desta causa extintiva de punição, não assistindo razão ao pensamento doutrinário tradicional quanto ao tema.

Assim, o juiz deixará de aplicar a pena quando o ofendido, de forma reprovável, provocou diretamente a injúria, ou no caso de retorsão imediata que consista em outra injúria. Na primeira hipótese, a finalidade da regra é a de afastar a punição àquele que ofende outra pessoa por conta de provocação feita diretamente por ela. Neste caso, há apenas um crime de injúria, perpetrado por quem foi provocada, e, por essa razão, apesar de ter havido infração penal, a pena não é aplicada.

A segunda hipótese, embora assemelhada com a anterior, com ela não se confunde, pois há uma injúria em resposta incontinenti a outra, ou seja, ocorre um revide. Nesta situação, o juiz deixará de aplicar a pena tão somente àquele que retorquiu a ofensa que acabou de sofrer. O sentido da norma é idêntico ao do inciso anterior. Se há perdão àquele que injuriou porque foi direta e reprovavelmente provocado, com muito mais razão haveria para aquele que acabou de ser injuriado e respondeu do mesmo modo. Não há nenhum motivo lógico para conceder o perdão a ambos, como pensam alguns, pois isso significaria premiar indevidamente aquele que, de forma criminosa, culminou por deflagrar o crime de sua vítima. Dessa maneira, não existe compensação de injúrias em nossa legislação penal.

Qualificadoras

Há duas qualificadoras quanto à injúria. O art. 140, § 2º, do Código Penal prevê a injúria real, que é a perpetrada mediante violência ou vias de fato que, por sua natureza ou pelo meio empregado, se considerem aviltantes, enquanto o art. 140, § 3º, prevê a injúria discriminatória.

A **injúria real** é a injúria efetuada mediante agressão física. Na injúria real praticada por meio de violência o agente agride fisicamente a vítima com o intuito de humilhá-la. Neste caso, há o propósito de ofender tanto a integridade física como a moral da vítima, razão pela qual se somam as penas, conforme o preceito secundário do art. 140, § 2º (detenção, de três meses a um ano, além da pena correspondente à violência).

A injúria real também pode se dar por meio de vias de fato, que consiste em uma contravenção penal (art. 21 da Lei das Contravenções Penais). Esta é a agressão praticada sem a intenção de lesionar (tapas, empurrões, puxões de cabelo etc.). O propósito do agente aqui é exclusivamente o de ofender de forma aviltante, seja pela natureza da conduta, seja pelo meio empregado, como nos exemplos de rasgar as vestes de alguém, tosar-lhe o cabelo, cuspir-lhe no rosto, atirar-lhe fezes etc. Nestes casos, por conta da dicção legislativa do preceito secundário, a contravenção será sempre absorvida pela injúria real, consoante notava Fragoso (1988, p. 232).

Quanto à injúria discriminatória, importante questão, de cunho teórico e prático, revela-se relativamente à distinção entre os crimes de injúria "racial"

(art. 140, § 3º) e “racismo” (art. 20 da Lei n. 7.716/89). Enquanto a injúria “racial” consiste na ofensa efetuada com elementos discriminatórios relativos a raça, cor, etnia, religião, origem, condição de idoso ou deficiente físico¹³⁰ (como nos lamentáveis exemplos infelizmente trazidos pela jurisprudência de chamar alguém de “negro sujo”, “cão judeu” etc.), o “racismo” consiste numa ação discriminatória em razão de raça, cor, etnia, religião ou procedência (e. g., impedir o acesso de alguém a um clube porque é negro ou judeu etc.) ou, ainda, na efetivação de comentários genéricos capazes de induzir ou incitar a discriminação.

Ambas as hipóteses não se limitam ao elemento “raça”, daí por que os nomes doutrinários comumente utilizados são equívocos. Correto seria dizer “injúria discriminatória” e “discriminação”. Os tipos em comento, todavia, não se referem à sexualidade ou a gênero, o que denota uma lacuna de proteção penal, em face dos profundos preconceitos sofridos pela comunidade LGBT e pelas mulheres em nosso país.

A doutrina majoritária considera a pena da injúria discriminatória (reclusão de um a três anos e multa) desproporcional, pois é, por exemplo, igual à do “racismo” – conduta obviamente mais grave – e similar à do homicídio culposo e do autoaborto e, ainda, muito maior que a da injúria simples (detenção de 1 a 6 meses ou multa). A discussão se vê socialmente polemizada em nosso país de forma recorrente por conta de casos de injúria “racial” que tomam forma no esporte. Infelizmente, nos últimos anos, desde a notória prisão em flagrante em campo de futebol, no ano 2005, de jogador argentino na cidade de São Paulo, até a torcedora flagrada pela televisão, em setembro de 2014, ofendendo jogador em Porto Alegre, parece que pouco se avançou em cidadania dentro dos estádios e ginásios.

Ainda acerca da injúria discriminatória, insta observar que o Código Penal espanhol contém, em seu art. 510.2, um importante e inovador tipo penal: o crime de **injúria coletiva discriminatória**, vedando a conduta de difusão de informações inverídicas e injuriosas acerca de grupos, em razão de sua raça, origem, sexualidade etc. Tutela-se, desse modo, a honra desses grupos, evitando a criação de estereótipos sociais, conforme Rodrigues Yagüe, em trabalho específico sobre o tema (2013, p. 221-246). Todavia, a professora da Universidad de Castilla-La Mancha observa que o Tribunal Superior da Espanha referiu-se por duas vezes, em 1991 e 2007, a esse tipo de modo controverso relativamente à liberdade de expressão, limitando-a e depois a consagrando em face do bem jurídico tutelado. De qualquer forma, político-criminalmente, o tipo penal espanhol poderia servir de modelo ao legislador nacional para fins de preservar plenamente a cidadania de grupos vítimas de preconceitos e discriminações sociais.

¹³⁰ Como afirmado *supra*, a redação do artigo em análise foi alterada em 2003 pelo Estatuto do Idoso (Lei n. 10.741), o qual incluiu as duas últimas circunstâncias.

Entre nós, não obstante, emblemático caso foi julgado no ano de 2003, pelo Supremo Tribunal Federal (STF), envolvendo editor de livros do Rio Grande do Sul chamado Siegfried Ellwanger, autor de obras de cunho preconceituoso para com os judeus. Seus livros *Holocausto: judeu ou alemão?* e *Acabou o gás... o fim de um mito*, dentre outras sandices, negavam o Holocausto e pregavam inúmeros comentários desairosos contra os judeus. Houve absolvição na primeira instância gaúcha pela acusação do crime do art. 20 da Lei de Racismo, e condenação no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Após derrota no Superior Tribunal de Justiça, seus advogados impetraram *habeas corpus* junto ao STF (HC 82.424/RS, rel. Ministro Moreira Alves) alegando a ocorrência da prescrição do fato, visto que a condição de judeu não seria uma raça, razão pela qual a imprescritibilidade do racismo, fixada no art. 5º, inciso XLII, da Constituição de 1988, não se aplicaria à hipótese. No mérito, alegaram que o agente apenas teria utilizado da liberdade de expressão, consagrada constitucionalmente, na edição de suas obras.

Após parecer ofertado por Reale Júnior na condição de *amicus curiae*, por maioria de votos (vencidos os ministros Moreira Alves, Aires Brito e Marco Aurélio), o STF rejeitou o HC, entendendo que a expressão “racismo” ganha sentido amplo, sendo decorrente de um processo de conteúdo político-social que gera a discriminação e o preconceito segregacionista, e que a liberdade de expressão termina no momento em que começa a prática delitativa discriminatória.

Considerações finais

O termo “injúria” possuía sentido significativamente amplo na Roma antiga, abarcando inclusive lesões físicas aos indivíduos. Hodiernamente, após a solidificação da autonomia trazida ao tema pelo Código napoleônico, refere-se ao atingimento da honra subjetiva das pessoas, ou seja, sua autoestima ou avaliação de si próprio.

Conforme frisado quando da análise do bem jurídico dos crimes contra a honra, no geral, e ressaltado de forma destacada pela análise da injúria discriminatória, por exemplo, longe de configurar a tutela penal de melindres pessoais, ou algo de somenos importância, o interesse em jogo no caso diz respeito à participação igualitária de indivíduos e grupos na interação social. Dessa maneira, em uma sociedade marcada por desigualdades e preconceitos como a nossa, o temário ganha renovada relevância nos dias atuais.

Disposições comuns

Art. 141. As penas cominadas neste Capítulo aumentam-se de um terço, se qualquer dos crimes é cometido:

- I – contra o Presidente da República, ou contra chefe de governo estrangeiro;
- II – contra funcionário público, em razão de suas funções;

III – na presença de várias pessoas, ou por meio que facilite a divulgação da calúnia, da difamação ou da injúria;

IV – contra pessoa maior de 60 (sessenta) anos ou portadora de deficiência, exceto no caso de injúria.

Parágrafo único. Se o crime é cometido mediante paga ou promessa de recompensa, aplica-se a pena em dobro.

Considerações gerais

O art. 141 do Código Penal – tanto no *caput* quanto no parágrafo único – traz **causas de aumento de pena**. Dessa maneira, as circunstâncias mais graves previstas devem ser sopesadas pelo aplicador da lei penal na última fase do sistema trifásico de aplicação de pena. Depois de referida consideração, ter-se-á a pena definitiva cominada ao agente.

A redação do artigo em análise foi alterada em 2003, pelo Estatuto do Idoso (Lei n. 10.741), para inclusão do inciso IV, que trouxe o aumento de pena de um terço se a calúnia e a difamação forem perpetradas contra pessoa maior de 60 anos ou portadora de deficiência. A exclusão da injúria nessas situações decorre da existência de qualificadora específica referente à injúria discriminatória na parte final do § 3º do art. 140.

Considerações nucleares

As penas de todos os crimes contra a honra aumentam-se de um terço se o delito for cometido contra o presidente da República ou contra chefe de governo estrangeiro; contra funcionário público em razão de sua função; na presença de várias pessoas, ou por meio que facilite a divulgação; contra pessoa maior de 60 anos ou portadora de deficiência, exceto nos casos de injúria (pois, nessa hipótese, há qualificadora).

A majoração em decorrência da condição de a vítima ser o **presidente da República** ou algum **chefe de governo estrangeiro** decorre do significado político de tais cargos. Cuida-se de medida político-criminal voltada à honorabilidade do cargo.

Também com viés público, ou seja, tendo em vista a importância e a respeitabilidade do cargo, é que há a mesma causa de aumento se o ofendido for **servidor público** e, por via de consequência, esta ofensa tenha se dado em razão de suas funções. Observe-se que a ofensa em razão da condição de funcionário público ostenta caráter subjetivo, ou seja, diz respeito ao motivo da ofensa. Assim, não basta a simples condição objetiva de ser a vítima servidor; deve ela ter sido vilipendiada em sua honra por isso. Para a caracterização do crime contra a honra com esta causa de aumento, a ofensa deve se dar sem a presença do funcionário público, pois, nesse caso, o crime passa a ser de desacato (art. 331 do CP). Conforme Noronha (1998, p. 139), “por presença não se há de entender unicamente a ofensa

atirada face a face; basta que o ofendido esteja presente, podendo até não ter visto ou ouvido a ofensa”.

A majoração em razão de ter sido o crime perpetrado na **presença de várias pessoas, ou por meio que facilite a divulgação**, decorre da maior ofensividade da ação. Em razão do afastamento da Lei de Imprensa de nosso ordenamento, ganha importância a presente causa de aumento de pena, que deverá ser reconhecida sempre que o delito contra a honra for praticado pelos meios de comunicação de massa. Da mesma forma, incide a presente causa se a ofensa é efetuada numa festa, na frente dos convidados; numa sala de aula com diversos alunos; utilizando-se de um megafone na via pública diante de transeuntes; mediante a distribuição de folhetos; por meio de um *blog* ou página na internet etc.

A causa de aumento prevista para a injúria ou difamação praticadas **contra pessoa maior de 60 anos ou portadora de deficiência** não parece ter a mesma justificativa que a injúria discriminatória pelas mesmas razões. Isso porque uma coisa é ofender alguém porque essa pessoa é idosa ou deficiente, algo lamentável e, a nosso juízo, revelador de maior censurabilidade da conduta. Todavia, a presente causa de aumento é objetiva, ou seja, apenas porque o ofendido é deficiente ou idoso – e, nunca é demais frisar, o agente deve conhecer esta circunstância – entendeu-se ser o fato mais grave. Não há sentido nisso. A calúnia e a difamação não seriam consideradas mais graves apenas por ser a vítima negra, por exemplo, se a ofensa contra a honra nada tivesse a ver com isso. Da mesma forma, só haveria razão na majoração se a calúnia ou a difamação comprovadamente ocorressem em razão da condição de idosa ou deficiente da vítima. Não foi o que estabeleceu o legislador com a redação do inciso IV¹³¹, que, assim, viola os princípios da ofensividade e da proporcionalidade penais.

Por fim, a pena aplica-se em dobro se o crime contra a honra é mercenário, isto é, se o ofensor age **mediante paga ou promessa de recompensa**. Aquele que pagou ou prometeu a vantagem patrimonial para que a ofensa fosse levada a efeito é partícipe do crime contra a honra, sem a presente causa de aumento, pois não agiu por motivos econômicos (em sentido oposto, e. g., BITENCOURT, 2012, p. 376).

Considerações finais

Afora a injúria, os crimes contra a honra não possuem formas qualificadas. Desse modo, em determinados casos, quando presentes circunstâncias mais gravosas, o legislador fez a opção político-criminal de censurá-los com maior rigor por

¹³¹ Ao utilizar-se da palavra “contra” em vez da expressão “por ser a”. Caso fosse esta última a construção legislativa, a causa de aumento revelaria cunho subjetivo e, como crime de ódio (*hate crime*) a grupos, faria sentido.

meio de causas de aumento de pena, no patamar de um terço ou do dobro, o que, na prática, eleva sensivelmente a pena imposta.

Exclusão do crime

Art. 142. Não constituem injúria ou difamação punível:

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

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

III – o conceito desfavorável emitido por funcionário público, em apreciação ou informação que preste no cumprimento de dever do ofício.

Parágrafo único. Nos casos dos n. I e III, responde pela injúria ou pela difamação quem lhe dá publicidade.

Considerações gerais

Há dissenso doutrinário com relação à **natureza jurídica** da presente previsão legislativa. Para Hungria (1955, p. 110), não seria uma causa de exclusão da ilicitude, mas sim da punibilidade, inculpada por razões político-criminais. Ou seja, o crime subsistiria; porém, excepcionalmente, não seria apenado. Fragoso (1988, p. 237), todavia, em ponderada análise, lecionava que são causas de exclusão do crime, ou pela ausência do elemento subjetivo especial do tipo *animus infamandi*, ou porque se exclui a antijuridicidade da conduta, que passa a ser permitida pelo Direito.

Frise-se que a restrição disciplinada no presente artigo não se aplica ao delito de calúnia e sim apenas ao de difamação e ao de injúria.

Considerações nucleares

A primeira causa de exclusão prevista é a chamada **imunidade judiciária**, a qual beneficia especificamente a parte e seu procurador, não abarcando, assim, por exemplo, o magistrado, o serventuário da justiça, a testemunha etc. Escora-se na liberdade de discussão da causa, que pode redundar em declarações – orais ou escritas – impetuosas ou impensadas que venham a ser ofensivas quanto ao objeto do processo. A expressão “na discussão da causa” significa que a imunidade não é absoluta, ou seja, não se cuida de “carta branca” para ofensas pessoais prolatadas pelas partes e seus procuradores, devendo, sim, ter nexos com o objeto da demanda.

Noronha (1998, p. 138), na esteira do asseverado por Fragoso (1988, p. 238), entendia que a ofensa dirigida ao servidor público – como o juiz – nas condições descritas no inciso I do artigo em foco não estaria abarcada pela imunidade em questão. Todavia, a lei não faz essa distinção, representando referida interpretação analogia *in malam partem*, vedada em Direito Penal.

A segunda imunidade descrita no art. 142 cuida-se da **opinião desfavorável da crítica literária, artística ou científica**, salvo quando inequívoca a intenção de injuriar ou difamar. Regra asseguradora da liberdade de expressão, as opiniões desfavoráveis quanto a um trabalho literário, artístico ou científico só encontram limites na incontroversa intenção de ofender, algo não tão simples de aferir na prática. De todo modo, na dúvida, impõe-se a solução mais favorável ao suposto ofensor.

Também não configura crime contra a honra a **opinião desfavorável emitida por servidor público**, em apreciação ou informação que preste no cumprimento de sua função (inciso III do art. 142). Se, por um lado, a regra corretamente ampara o servidor quanto à sua liberdade de apreciação das hipóteses que lhe são afetas, por outro, não significa autorização ampla para vilipêndio da honra alheia. Assim, aqui também existem limites, que devem ser aferidos no caso concreto. O conceito desfavorável emitido deve se restringir aos estreitos limites do apreciado, isto é, deve ter conexão quanto ao objeto da apreciação funcional.

Tanto há limites na ofensa irrogada em juízo, na discussão da causa, pela parte ou por seu procurador, e na opinião desfavorável emitida por funcionário público, em apreciação ou informação que preste no cumprimento de dever do ofício, que, de modo coerente, em havendo injúria ou difamação, também **responde pelo crime quem lhe dá publicidade**, conforme a previsão do parágrafo único do art. 142. De notar, entretanto, que não foi razoável a exclusão do inciso II por parte do legislador no citado parágrafo único. Alguém pode perfeitamente dar publicidade a uma crítica artística, científica ou literária inequivocamente ofensiva, o que amplifica o vilipêndio ao bem jurídico tutelado. Mas, por falta de previsão legal, restará impune.

Considerações finais

O art. 142 do Código Penal fixa causas de exclusão dos crimes de difamação e de injúria. A divergência doutrinária quanto à sua natureza jurídica, ainda persistente no Brasil, parece decorrer de açodada análise feita por Hungria (1955, p. 116) quanto ao tema. De toda forma, mais que teóricos, a disciplina em questão parece trazer muitos desafios práticos, na análise concreta de situações pontuais, em razão das paixões que envolvem os litígios forenses, as opiniões literárias, artísticas e científicas ou as apreciações feitas por servidores públicos em seus misteres. Em situações dúbias, no entanto, há que se reconhecer a excludente.

Retratação

Art. 143. O querelado que, antes da sentença, se retrata cabalmente da calúnia ou da difamação, fica isento de pena.

Parágrafo único. Nos casos em que o querelado tenha praticado a calúnia ou a difamação utilizando-se de meios de comunicação, a retratação praticou a ofensa.

Considerações gerais

Atendendo ao regramento estabelecido no art. 107, VI, do Código Penal, o presente dispositivo traz uma causa expressa de **extinção da punibilidade** aplicável apenas aos crimes de calúnia e de difamação. A limitação a estes decorre do interesse envolvido, de cunho social, qual seja, a honra objetiva.

Considerações nucleares

A **retratação** é uma causa de extinção da punibilidade, consistente no ato de desdizer-se, negando-se cabalmente o fato delitivo ou desonroso imputado. Ela é admissível apenas nos crimes de calúnia e difamação porque estes atingem o conceito social do ofendido, que pode ser resgatado pela retratação. Esta deve ser cabal, irrestrita e feita antes da sentença, isentando de pena. Se feita posteriormente, cuida-se de atenuante genérica (art. 65, III, b, do CP). Não há fórmula sacramental, mas se entende que deve constar por escrito no processo. Pode ser feita pelo querelado ou por seu procurador com poderes constituídos.

Pelo próprio teor da redação do art. 143, deve-se notar que a retratação feita por coautor não se comunica aos demais, visto que é de caráter pessoal. Aliás, ao revés, na prática, poderá a retratação de um coautor ser sopesada como elemento de convicção do julgador para a condenação do comparsa que não se retratou.

Doutrina e jurisprudência dominantes entendem ser incabível a presente causa de extinção da punibilidade em hipóteses de ação penal pública condicionada (caso, e. g., da calúnia ou da difamação feita a funcionário público em razão de suas funções). Isso porque o legislador utilizou-se da palavra "querelado" no dispositivo.

Retratação, reitera-se, é o ato de desdizer-se, de retirar o que foi dito, e não de simplesmente negar que tenha sido praticado crime contra a honra. É uma espécie de arrependimento eficaz, consoante Hungria (1955, p. 120). Cuida-se de ato unilateral – independe de aceitação por parte do ofendido – que tem por escopo buscar e resguardar a verdade – interesse superior da Justiça (PRADO, 2011, p. 302).

Considerações finais

A retratação é causa de extinção da punibilidade do agente que praticou calúnia ou difamação e, posteriormente, retirou o que foi dito, desdizendo-se. Sua limitada utilização na prática, apesar do que o presente dispositivo poderia sinalizar, decorre do fato de que o instituto somente possui efeitos penais. Assim, não só não obsta a ação civil reparatoria correspondente, como certamente serve de elemento de prova

para uma condenação nessa seara. O agente escapa de uma condenação penal; porém, não tem a possibilidade, por exemplo, de negar a autoria do fato.

Em 2015, foi acrescido ao art. 143 um parágrafo único, estabelecendo que, nas hipóteses de calúnia ou difamação perpetradas por meios de comunicação, a retratação deverá ocorrer, caso assim deseje a vítima, pelos mesmos meios em que se praticou a ofensa. Referida previsão estabelece medida de proporcionalidade na retratação. Andou bem o legislador. A falta de menção à injúria se deve à impossibilidade de retratação para referido tipo penal.

Art. 144. Se, de referências, alusões ou frases, se infere calúnia, difamação ou injúria, quem se julga ofendido pode pedir explicações em juízo. Aquele que se recusa a dá-las ou, a critério do juiz, não as dá satisfatórias, responde pela ofensa.

Considerações gerais

O pedido de explicações criminais é possível diante da dubiedade da ofensa à honra alheia, forma covarde de atingimento do bem jurídico tutelado, consoante Fragoso (1988, p. 242). Diante de assertivas com duplo sentido ou insinuações, ou mesmo de intencionalidade controversa, conforme se analisará *infra*, o possível ofendido pode interpelar em juízo o possível ofensor.

Considerações nucleares

O art. 144 do Código Penal estabelece uma regra processual diretamente relacionada com o assunto tratado no presente capítulo. Por vezes, frases dúbias são lançadas, verbalmente ou por escrito, com intuito criminoso ou não. Hungria (1955, p. 121-122) considerava que a equivocidade poderia dizer respeito ao conteúdo ofensivo ou a seu destinatário. Mas, segundo compreendemos, de modo similar, frases inequívocas podem ser lançadas com intuito controverso.

Assim, se de referências, alusões ou frases, se infere, ou seja, se pode deduzir, calúnia, difamação ou injúria, quem se julga ofendido pode pedir explicações em juízo. Cuida-se da previsão do pedido de explicações criminais, que tem a possibilidade simultânea de salvaguardar a honra possivelmente atingida e de evitar um processo criminal para o autor das assertivas dúbias.

Sem dúvida, o pedido de explicações criminais consiste em uma medida preparatória e facultativa ao oferecimento de queixa-crime ou mesmo de representação em caso de ação penal pública condicionada. É uma medida de prudência a todos os envolvidos, a qual, lamentavelmente, tem sido interpretada de modo, a nosso ver, formalista e equivocado por doutrina e jurisprudência ao longo dos anos.

Isso porque é comum a compreensão que sustenta a inviabilidade do pedido de explicações quando as frases são supostamente inequívocas (dentre outros,

Aníbal
voca p
ta ao p
a oport
jocandi,
claram
vidos a

A
com re
sore d
O forr
apenas

D
obriga
Não c
dada,

P
te infe
fornec
pela o
ausênc
crime
omiss
to de
explic
núnci
243).
receb

Consi

toian
zes e,
pretac
dubie
tinatã
contr

132
9

Aníbal Bruno, Mirabete, Costa Júnior e Bitencourt¹³². Ora, mesmo a frase inequívoca ao pedido de explicações criminais. Assim, por exemplo, o suposto ofensor teria a oportunidade de explicar e de eventualmente demonstrar que agiu com *animus jocandi*, não tendo intuito de vilipendiar a honra de ninguém e, ao mesmo tempo, claramente desculpar-se. Com isso, evitar-se-iam processos desnecessários e movidos apenas por rancores num Judiciário enormemente assoberbado.

Aliás, não se pode deixar de observar que a maior tolerância e flexibilidade com relação à aceitação de pedidos de explicações criminais possibilitaria aos ofensores de fato o oferecimento de retratações, também se evitando futuros processos. O formalismo ou simples desejo de rechaço de labor imediato por parte de alguns apenas gera mais conflituosidade futura.

De qualquer modo, frise-se que o pedido de explicações criminais não é obrigatório, sendo apenas uma chance de evitar batalhas processuais subsequentes. Não compete ao magistrado a formulação de qualquer juízo quanto à resposta dada, de interesse exclusivo do peticionário.

Por fim, pode-se notar que a frase final do artigo em análise é absolutamente infeliz e pode gerar equívocos. O legislador estabeleceu que quem se recusa a fornecer explicações ou, a critério do juiz, não as dá satisfatoriamente responde pela ofensa. O silêncio legislativo teria sido melhor. A frase não significa que a ausência de resposta ou a resposta mal dada levam *ipso facto* à responsabilização pelo crime contra a honra, como poderia parecer. Estabelece-se, tão somente, que a omissão do requerido, ou seu esclarecimento malfeito, possibilitam o oferecimento de uma acusação. E o juiz referido no artigo não é o que oficia no pedido de explicações, mas sim o competente para processamento da queixa-crime ou denúncia (nesse sentido, v. g., HUNGRIA, 1955, p. 123, e FRAGOSO, 1988, p. 243). É este quem avalia se o requerido esclareceu a situação, evitando, assim, o recebimento da acusação.

Considerações finais

O dispositivo em destaque não possui uma construção jurídica das mais felizes e, por via de consequência, vem recebendo da doutrina e jurisprudência interpretações bastante formalistas, que restringem sua aplicabilidade. Isso porque a dubiedade da ofensa pode não envolver apenas o conteúdo ofensivo ou o seu destinatário, mas também a intenção do agente, não se podendo olvidar que os crimes contra a honra possuem elemento subjetivo especial do tipo.

¹³² Na jurisprudência, e. g., RT 488/316, RT 519/402, RT 534/377, JTACrSP 86/227 e JTACrSP 97/287.

Ademais, político-criminalmente, pulula às escâncaras o interesse social e dos envolvidos em evitar processos desnecessários, por meio do oferecimento de retratações ou esclarecimentos devidos por parte do possível ofensor. Por fim, de notar que, como não se cuida de norma restritiva, a interpretação mais abrangente não apenas não é vedada, mas, isto sim, recomendada.

Art. 145. Nos crimes previstos neste Capítulo somente se procede mediante queixa, salvo quando, no caso do art. 140, § 2º, da violência resulta lesão corporal.

Parágrafo único. Procede-se mediante requisição do Ministro da Justiça, no caso do inciso I do *caput* do art. 141 deste Código, e mediante representação do ofendido, no caso do inciso II do mesmo artigo, bem como no caso do § 3º do art. 140 deste Código.

Considerações gerais

O presente dispositivo ostenta cunho processual, disciplinando as formas de provocação da persecução penal nos crimes contra a honra. O estabelecido harmoniza-se com o regramento geral previsto nos arts. 100 a 106 do Código Penal, que fixa os modos de invocar a prestação jurisdicional na seara criminal. Dessa maneira, classifica-se a ação penal em pública (incondicionada ou condicionada) ou privada (exclusivamente ou subsidiária). No primeiro caso, em regra, o Estado é que promove a ação penal, por meio da atuação do Ministério Público. Na segunda hipótese, o particular, excepcionalmente, assume essa tarefa.

O legislador levou em consideração, no art. 145, o interesse da vítima em face do delito, pois, no caso em análise, no geral, o fato ilícito interessa muito mais à sua pessoa que à sociedade. Ademais, de ver que o bem jurídico em jogo é disponível.

Considerações nucleares

Contrariamente à sistemática comum, a regra geral é a de que, nos crimes contra a honra, a ação penal seja de exclusiva iniciativa privada. Por conseguinte, deverá haver o oferecimento da queixa-crime, dentro do prazo legal, na maior parte das situações.

As hipóteses diferenciadas restam apontadas no *caput* e parágrafo único do art. 145. A primeira exceção ocorre quando, na injúria real (art. 140, § 2º), resulta lesão corporal grave ou gravíssima, caso em que a ação penal será pública incondicionada. Muito embora o dispositivo refira-se simplesmente a “lesão corporal”, de notar que se da injúria real resultar lesão corporal leve, não poderá ser a ação penal pública incondicionada, pois o art. 88 da Lei n. 9.099/95, fixou a necessidade de representação para lesões corporais leves (art. 129, *caput*), devendo haver aqui uma interpretação sistemática.

A próxima exceção ocorre em crimes contra a honra praticados contra o Presidente da República ou contra chefe de governo estrangeiro. Pelo interesse público envolvido, não se esperaria que tais mandatários necessitassem aduzir uma queixa-crime. Por essa razão, nestes casos, a ação é pública condicionada à requisição do Ministro da Justiça.

Ainda, em nome do interesse público envolvido, é pública condicionada à representação do ofendido a ação penal por crimes contra a honra perpetrados contra o servidor público em razão de suas funções. Findando com antiga divergência jurisprudencial, a Súmula 714 do Supremo Tribunal Federal estabelece que: "É 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 fim, em hipótese acrescida por modificação legislativa trazida pela Lei n. 12.033/2009, também é pública condicionada à representação do ofendido a ação penal por crime de injúria discriminatória, comumente chamada de injúria "racial" (art. 140, § 3º). A gravidade dessa conduta preconceituosa, verdadeiro crime de ódio, interessa também ao Poder público, que deve assegurar o pluralismo e a igualdade dos cidadãos num Estado Democrático de Direito.

Considerações finais

Excepcionando a regra geral do Código Penal, segundo a qual a ação penal é, a princípio, sempre pública incondicionada, os crimes contra a honra, no presente dispositivo disciplinados em termos processuais penais, em geral são de exclusiva iniciativa privada. Ou seja, em regra, são ajuizados mediante queixa-crime. As exceções a isso decorrem da gravidade dos fatos ou da natureza do interesse envolvido.

CAPÍTULO VI

Dos crimes contra a liberdade individual

Seção I

Dos crimes contra a liberdade pessoal

Constrangimento ilegal

Art. 146. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, ou depois de lhe haver reduzido, por qualquer outro meio, a capacidade de resistência, a não fazer o que a lei permite, ou a fazer o que ela não manda:

Pena – detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa.