

UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

MARCONE NUNES CORDEIRO COSTA

A DESCRIMINALIZAÇÃO DOS CRIMES CONTRA A HONRA.

JUIZ DE FORA

2013

MARCONE NUNES CORDEIRO COSTA

A DESCRIMINALIZAÇÃO DOS CRIMES CONTRA A HONRA

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado a Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Professor Leandro Oliveira Silva

JUIZ DE FORA

2013

Ficha catalográfica elaborada através do Programa de geração automática da Biblioteca Universitária da UFJF, com os dados fornecidos pelo(a) autor(a)

Costa, Marccone Nunes Cordeiro.

A descriminalização dos crimes contra a honra / Marccone Nunes Cordeiro Costa. -- 2013.
40 f.

Orientador: Leandro Oliveira Siva

Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) - Universidade Federal de Juiz de Fora, Faculdade de Direito, 2013.

1. relação jurídica. 2. exercício jurisdicional. 3. direito penal mínimo. 4. tipo penal redutor. 5. direito penal simbólico. I. Oliveira Siva, Leandro, orient. II. Título.

MARCONE NUNES CORDEIRO COSTA

A DESCRIMINALIZAÇÃO DOS CRIMES CONTRA A HONRA.

Monografia apresentada ao programa de Conclusão de Curso de Graduação em Direito da
Universidade Federal de Juiz de Fora.

Data da defesa: 12/03/2013

Prof. Leandro Oliveira Silva

(Orientador)

Prof. Cleverson Raymundo Sbarzi Guedes

(Membro da Banca)

Prof. Dênis Soares França

(Membro da Banca)

JUIZ DE FORA

2013

AGRADECIMENTOS

Inicialmente agradeço aos meus pais por todo esforço que realizaram para que hoje eu pudesse estar graduando em um dos mais tradicionais e respeitados institutos de ensino do nosso país. Sei que foi o exemplo de vida de vocês que me ajudou a trilhar esse caminho. Obrigado por todo apoio, sem vocês não teria conquistado nada e todo agradecimento será insuficiente.

Agradeço aos meus irmãos por todo companheirismo e amizade, também, por terem ajudado a despertar em mim o interesse pelos estudos.

Agradeço, ainda, a minha namorada que sempre se fez presente em todos os momentos difíceis pelos quais passei durante a faculdade.

Agradeço também aos meus familiares e a todos os meus amigos, pois sozinhos não somos ninguém. E, também, a felicidade nunca será plena se não tivermos alguém para compartilhar os momentos de nossas vidas.

E por último e não menos importante, agradeço a todos os professores que tive em minha vida, por compartilhar de forma extremamente amável seus conhecimentos, mesmo com todas as dificuldades da profissão.

SUMÁRIO

Introdução.....	9
1. Conceitos Iniciais.....	11
1.1. A relação jurídica.....	11
1.2. A relação jurídico-penal.....	12
1.3. A honra como um bem jurídico.....	13
1.3.1. O tratamento dado pela Constituição Federal.....	13
1.3.2. O tratamento dado pelo Código Civil.....	14
1.3.3. O tratamento dado pelo Código Penal.....	15
2. O exercício da jurisdição na tutela da honra.....	18
2.1. O exercício da jurisdição penal.....	18
2.2. O exercício da jurisdição civil.....	25
3. A desnecessidade da tutela penal do bem jurídico honra.....	28
3.1. Análise empírica dos crimes contra a honra.....	28
3.2. O Direito Penal Mínimo.....	30
3.3. O Tipo Penal Redutor.....	32
3.4. O Direito Penal Simbólico.....	33
Conclusões.....	35
Referências bibliográficas.....	37

Abreviaturas

CF – Constituição da República Federativa do Brasil

CC – Código Civil

CPC – Código de Processo Civil

CP – Código Penal

CPP – Código de Processo Penal

Resumo

O presente trabalho tem como intuito defender a descriminalização dos crimes que tem como objeto a honra. Para tanto, analisa-se a formação da relação jurídica e as formas de exercício jurisdicional. Embora a honra seja protegida tanto pelo direito penal, quanto pelo direito civil, foi esse último que criou a melhor maneira de tutelar a honra, já que é capaz de reparar todos os danos. A aplicação de uma sanção penal é desnecessária, visto que essa traz muito mais malefícios que benefícios ao apenado. As conclusões a que se chega com esse trabalho se baseiam em quatro fundamentos: uma análise empírica demonstrando a ineficiência do direito penal em tutelar a honra; o estudo da tendência da política criminal em optar por um direito penal mínimo; a necessidade de se adotar um tipo penal redutor em conformidade com os ensinamentos de Eugênio Raúl Zaffaroni; e, por fim, a necessidade de se retirar do ordenamento toda e qualquer norma cuja finalidade é meramente simbólica.

Palavras chave: relação jurídica; exercício jurisdicional; direito penal mínimo; tipo penal redutor; direito penal simbólico.

Abstract

This work has as purpose to defend the decriminalization of crimes which have as object the honor. Thus, we analyzed the formation of the legal relationship and ways to exercise jurisdiction. Although the honor is well protected by criminal law, the civil law, was this last that has created the best way to protect the honor, since he is able to repair all the damage. The imposition of a criminal sanction would be unnecessary as this would bring more harm than good to the inmates. The conclusions that come from this work were based on four fundamentals: an empirical analysis demonstrating the inefficiency of the criminal law in protecting the honor, the study of trends in crime policy opt for a minimal criminal law, the need to adopt a penal type gear unit in accordance with the teachings of Eugene Raúl Zaffaroni, and finally, the need to remove any of the ordering rule whose purpose is merely symbolic.

Keywords: legal relationship; court exercise; minimum criminal law; criminal type reducer; symbolic criminal law.

Introdução

O presente trabalho tem o escopo de analisar criticamente a proteção dada ao bem jurídico honra no ordenamento jurídico brasileiro. Defende-se aqui a desnecessidade de tutela penal desse bem jurídico. Isso, pois o direito brasileiro possui outras maneiras, mais eficazes, de protegê-lo. Com isso, busca-se atender ao princípio da intervenção mínima, evitar a manutenção de tipos penais desnecessários que visem tão somente à legitimação social, via simbolismo, e construir um direito penal mais eficaz e condizente com a realidade social.

Para tanto, questiona-se a aplicação fática dos crimes previstos no Título I (Dos crimes contra a pessoa), capítulo V (Dos crimes contra a honra), do Código Penal. Indaga-se se a aplicação desses tipos penais que tem como objeto a honra estão em conformidade com os princípios que regem o Direito Penal brasileiro, se eles cumprem a função social a que se destinam e se possibilitam a efetiva satisfação dos direitos que são pleiteados judicialmente por quem tem o bem jurídico (honra) ferido em detrimento da prática de tais delitos.

A partir da análise empírica dos crimes que tem como objeto a honra tentar-se chegar a conclusão de que tal objeto não deve ser tutelado pelo Direito Penal, isso, pois o tipo penal deve cumprir uma função redutora, devendo sua formulação limitar ao máximo a sua aplicação. Também, para se chegar a tal conclusão pode-se considerar que o Direito Penal é *ultima ratio*, não se aplicando portanto a todos os bens jurídicos, mas tão somente aqueles mais essenciais à vida. Por fim, pode-se considerar ainda que os tipos penais no ordenamento jurídico brasileiro não podem servir tão somente para cumprir uma função simbólica, gerando a nefasta sensação de que o Estado está cumprindo com suas obrigações quanto aos particulares. Deve-se, pois, criar institutos jurídicos penais que cumpram efetivamente o objetivo de pacificação social destinado ao Direito como um ordenamento jurídico, e não institutos que gozam de total ineficácia como é o caso dos crimes que tem por objeto a honra.

A técnica utilizada nesse trabalho será a análise empírica de dados que versem sobre os crimes contra a honra, conjuntamente com a revisão bibliográfica acerca da forma como são tratados os crimes contra a honra pela doutrina pátria, desde a distinção entre os tipos penais existentes até sua aplicação através do rito penal sumariíssimo e de uma ação penal pública de iniciativa privada. Com isso, busca-se chegar à conclusão de que há a necessidade de uma reforma legislativa que extinga os tipos penais que tratam dos crimes contra a honra.

O presente trabalho é apresentado em três capítulos.

O primeiro capítulo trata dos conceitos jurídicos primordiais a construção de todo o saber jurídico. Nesse capítulo é conceituado a relação jurídica, sendo trabalhado separadamente todos os seus elementos, quais sejam: o sujeito ativo, o sujeito passivo, o vínculo de atributividade e o objeto. Também é conceituado bem jurídico. E, por fim, é trabalhado a honra como um bem jurídico, analisando-se as principais formas de proteção dado a esse bem pelo ordenamento jurídico brasileiro.

O segundo capítulo analisa o exercício da jurisdição quando o objeto honra é lesionado. São tratados os principais problemas existentes quanto ao exercício da jurisdição penal, questionando-se: a espécie de ação penal que tutela os crimes contra a honra, a possibilidade de aplicação do instituto da transação penal e os efeitos deletérios de uma condenação penal. Enfim, demonstra-se como o sistema civil é um tanto quanto mais eficaz.

O terceiro capítulo apresenta os motivos pelos quais deve-se descriminalizar os delitos que tem como objeto a honra. Os fundamentos apresentados são quatro: a análise empírica demonstrando a ineficiência da esfera penal; a necessidade de se construir um direito penal mínimo; a necessidade que o tipo penal cumpra um fim redutor; e, por fim, a necessidade de se excluir todo tipo de simbolismo do direito penal, tornando-o mais eficaz.

1. Conceitos iniciais

1.1. A relação jurídica

Conforme ensina Paulo Nader (NADER, Paulo, 2008, p. 287-317), foi Savigny, no fim do século XIX, que deu início ao estudo das relações jurídicas, sendo essa definida como o “vínculo entre pessoas, em virtude do qual uma delas pode pretender algo a que a outra está obrigada”. A partir desse entendimento deduz-se que toda relação jurídica tem um elemento material, representado pela relação social, e um elemento formal, representado pela determinação jurídica do fato através de normas do direito. Esse autor atribuiu grande importância ao fato social na formação da relação jurídica, sendo essa sempre um vínculo entre pessoas. Entendendo-a nesse mesmo sentido encontram-se autores como Pontes de Miranda e Miguel Reale.

Muitas conceituações surgiram em sentido diverso. Cicala entendia que a relação não se opera entre os sujeitos, e, sim, entre estes e a norma jurídica, porque é por força dessa que se estabelece o liame. Clóvis Beviláqua entendia que a relação jurídica era um nexos entre a pessoa e o objeto. Roguin entendia que a relação jurídica não se daria entre o proprietário e a coisa, mas entre aquele e a coletividade de pessoas, que teriam o dever jurídico de respeitar o direito subjetivo. Hans Kelsen, chefe da corrente normativista, entendia que a relação jurídica ocorria entre dois fatos entrelaçados por normas jurídicas.

No plano filosófico se discute se a regra do Direito cria a relação jurídica ou se esta preexiste à determinação jurídica. Os positivistas posicionaram-se no sentido de que o direito é que cria a relação jurídica, já os jusnaturalistas se posicionaram no sentido de que a relação jurídica preexiste à determinação jurídica.

Independentemente do sentido a que se dá a relação jurídica, ou da discussão filosófica acerca do surgimento dessa, é importante saber que são as relações jurídicas que dão vida ao direito.

As relações jurídicas se formam pela incidência de normas jurídicas em fatos sociais - em sentido amplo aos acontecimentos que instauram, modificam ou extinguem as relações jurídicas dá-se o nome de fatos jurídicos. Ou seja, a relação jurídica se instaura quando ocorre um determinado fato regulado por regras do direito. Deve-se observar, porém, que nem todas as relações sociais ingressam no mundo do Direito, mas apenas as que se referem aos interesses

fundamentais de proteção à pessoa e aos interesses coletivos. É a política jurídica a responsável por indicar ao legislador as relações sociais que necessitam de regulamentação jurídica, cabendo ao Estado a faculdade de impor normas de conduta.

Os elementos que integram a relação jurídica são: o sujeito ativo, o sujeito passivo, o vínculo de atributividade e o objeto. Observe-se que o fato e a norma jurídica devem ser entendidos como pressuposto da existência da relação jurídica. O sujeito ativo é aquele que possui o direito subjetivo, podendo exigir do sujeito passivo o cumprimento do dever jurídico. O sujeito passivo é aquele que possui o dever jurídico. O vínculo de atributividade é aquele que atribui aos participantes da relação jurídica o poder de pretender ou exigir algo determinado ou determinável. Por fim, o objeto deve ser distinguido entre objeto imediato e objeto mediato, esse, também denominado conteúdo, é o fim que o direito garante, já aquele é a coisa em que recai o poder do sujeito ativo, exemplo: na propriedade, o conteúdo é a utilização plena da coisa, enquanto o objeto é a coisa em si. Observe-se que o objeto da relação jurídica recai sempre sobre um bem, podendo a relação jurídica ser patrimonial ou não patrimonial, conforme o bem apresente um valor pecuniário ou não.

1.2. A relação jurídico-penal

O Direito Penal é o conjunto de normas jurídicas mediante as quais o Estado proíbe determinadas ações ou omissões, sob ameaça de pena. Trata-se do mais intenso mecanismo de controle social. A finalidade do direito penal é a manutenção da ordem social, que se faz por meio da imposição de pena ao indivíduo que realiza conduta que viole o ordenamento jurídico, causando dano a um bem jurídico penalmente tutelado. Na perspectiva moderna a pena deve cumprir três funções: repressão, prevenção e ressocialização.

Para que haja uma relação jurídica penal é necessário que o Estado tipifique a conduta e a ela imponha a aplicação de uma pena. A tipificação das condutas se dará através da seleção de um bem jurídico que se considera indispensável e essencial, e que por tal motivo deve ser impreterivelmente tutelado pelo direito penal. Exige-se, portanto, que os atos praticados coincidam, de maneira precisa, com a hipótese prevista numa regra jurídica tipicamente adequada. Vigora, inclusive, dois brocardos com os seguintes dizeres: “Nullum crimen sine lege” e “Nulla poena sine lege”.

Assim, para a formação da relação jurídico-penal exigem-se os mesmos elementos de todos os ramos do direito, observando-se as devidas peculiaridades, como é o caso da exigência de tipificação. Exemplificando, tem-se que no direito penal: o sujeito ativo, em regra, é o ser humano maior de 18 anos, com exceção da pessoa jurídica nos crimes contra o meio-ambiente, a ordem econômico-financeira e economia popular (art. 173, § 5º, CF); O sujeito passivo é a pessoa ou entidade que sofre os efeitos do delito (vítima do crime); O objeto mediato é o bem ou interesse que a lei penal visa proteger quando incrimina determinada conduta, por exemplo, no furto, o patrimônio e o objeto imediato é a coisa sobre a qual recai a conduta delituosa, por exemplo, no furto, a bicicleta.

1.3. A honra como um bem jurídico

Ensina Caio Mário da Silva Pereira que são objetos do direito os bens jurídicos. Segundo esse autor bem é “tudo aquilo que nos agrada, no entanto, nem todos os bens são bens jurídicos, nessa categoria estariam somente aqueles bens nos quais inscrevemos a satisfação de nossas exigências e de nossos desejos, quando amparados pela ordem jurídica” (PEREIRA, 2008, p. 343). Assim sendo, tem-se que o bem jurídico é aquele bem que tem proteção do direito, exemplos de bens jurídicos são: o patrimônio, a vida, a dignidade humana, a integridade física e moral, a honra e dentre outros.

Como se pode observar, os bens jurídicos exigem a tutela do direito. Logo, a honra é considerada um bem jurídico, já que por diversas vezes, como se verá a seguir, ela é tutelada no ordenamento jurídico.

Antes de passar a análise da tutela dada a honra no ordenamento pátrio é necessário que se defina o que deve ser entendido por honra. Cezar Roberto Bitencourt define a honra como “o valor imaterial, insuscetível de apreciação, valoração ou mensuração de qualquer natureza, inerente à própria dignidade e personalidades humanas”. (BITENCOURT, 2009, p. 315)

Tem-se que atentar, ainda, para o fato de que a honra apresenta dois aspectos distintos e complementares: um de natureza objetiva, que pode ser entendido como a reputação que o indivíduo desfruta em determinado meio social, ou seja, a estima que lhe é conferida, e outro de natureza subjetiva, que pode ser entendido como o sentimento da própria dignidade ou decoro.

1.3.1. O tratamento dado pela Constituição Federal

A Constituição da República Federativa do Brasil, em seu art. 5º, X, eleva a honra à categoria de direito fundamental.

Art. 5º (...)

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; (...)

Os Direitos Fundamentais podem ser definidos como os Direitos Humanos que sofreram um processo de positivação, seja constitucional ou infraconstitucional, em um determinado ordenamento jurídico estatal. Cabe ressaltar, ainda, que os Direitos Fundamentais se distinguem dos Direitos Humanos, esses são hoje entendidos como os Direitos dos Homens positivados em âmbito externo, ou seja, positivados em Tratados ou Convenções internacionais. Por fim, tem-se que dizer que os Direitos Humanos e Direitos Fundamentais não são direitos estanques, há uma relação de reciprocidade entre eles, vez que os Direitos Internacionais de Direitos Humanos são influenciados pelos Direitos Fundamentais e vice-versa.

É importante ter em mente que o direito fundamental é o mínimo necessário para a existência da vida humana. Ou seja, é através dos direitos fundamentais que se deve garantir o mínimo essencial a existência de uma vida digna, conforme os preceitos do princípio da dignidade da pessoa humana. Logo, a honra, entendida como direito fundamental, foi erigida ao grau máximo de proteção pelo ordenamento através de sua constitucionalização.

1.3.2. O tratamento dado pelo Código Civil

O Código Civil de 2002 inovou ao tratar dos direitos de personalidade. De acordo com o enunciado n. 274 CJF/STJ, elaborado na IV jornada de direito “os direitos de personalidade, regulados de maneira não exaustiva pelo Código Civil, são expressões da cláusula geral de tutela da pessoa humana, contida no art. 1º, III, da Constituição Federal”.

Assim, tem-se que os direitos fundamentais devem ser tratados em uma perspectiva civil-constitucional, podendo ser conceituados como: os “direitos subjetivos da pessoa de defender o que lhe é próprio, ou seja, a sua integridade física (vida, alimentos, próprio corpo vivo ou morto, corpo alheio, vivo ou morto, partes separadas do corpo vivo ou morto), a sua integridade intelectual (liberdade de pensamento, autoria científica, artística e literária) e a sua integridade moral (honra, recato, segredo pessoal, profissional e doméstico, imagem, identidade pessoal, familiar e social). (DINIZ, 2007, p. 142).

Embora a honra não tenha sido elencada expressamente pelo Código Civil de 2002, deve-se considerá-la como direito de personalidade, isso, pois o Código Civil de 2002 trouxe um rol meramente exemplificativo dos direitos de personalidade.

Em outros momentos, o Código Civil se preocupou com o bem jurídico honra. Isso resta claro no art. 953, no qual se prevê a responsabilidade civil do ofensor e a possibilidade de indenização por injúria, difamação ou calúnia, sendo que essa indenização consiste na reparação do dano causado ao ofendido. Também, no art. 1814, no qual se exclui da sucessão aqueles que cometem crimes contra a honra do *de cuius*, ao elencá-los como indignos.

1.3.3. O tratamento dado pelo Código Penal

O Direito Penal está adstrito à proteção dos bens jurídicos mais relevantes dos ataques mais gravosos que estes estejam suscetíveis de sofrer. Por isso, deve haver uma seleção criteriosa de bens, com vistas a estabelecer quais os bens e valores que serão alçados à categoria de bem jurídico-penal, devendo ser tutelados penalmente apenas bens jurídicos fundamentais. Logo, o ponto de partida para examinar o tipo ou o delito, não poderá prescindir da necessária perquirição acerca do bem jurídico.

Com a determinada escolha do bem jurídico a ser tutelado penalmente visa-se garantir o Estado Democrático de Direito, vez que se limita a atividade persecutória do Estado, ou seja, busca-se diminuir a iniquidade na atuação estatal, impossibilitando o aparecimento de um Estado Autoritário, no qual puni-se pelo simples fato de punir e no qual poder-se-ia dispor da noção de bem jurídico a seu “bel prazer”, não no seu caráter limitativo, mas para viabilizar uma atividade punitiva desenfreada.

Ensina Luiz Regis Prado que a honra vem sendo destacada como bem jurídico desde os povos primitivos. O Código de Manu previa severas punições para as imputações difamatórias e para as expressões injuriosas. Em Roma a honra era tida como um direito público dos cidadãos inseriam-se na noção ampla de injúria, que compreendia qualquer lesão voluntária e ilegítima à personalidade (corpo, condição jurídica e honra).

Foram os povos germânicos que distinguiram entre as lesões à honra e à integridade corporal. Entretanto, foi só recentemente que os crimes contra a honra adquiriram autonomia em razão do bem jurídico tutelado. Foi o Código Francês que distinguiu pela primeira vez entre

calúnia e injúria, sendo a primeira a imputação de fato delituoso ou falso e a segunda a expressão de caráter ultrajante, a expressão calúnia posteriormente foi substituída pela expressão difamação, que se referiria a imputação de qualquer fato lesivo à honra.

Na Alemanha, o Código penal de 1870, denominava todos os crimes contra a honra como injúria, essa se subdividia em injúria simples, difamação e calúnia. A distinção entre as últimas duas modalidades de injúria era que na difamação o fato desonroso imputado era objetiva e subjetivamente falso, já na difamação o fato atribuído não era comprovado verdadeiro.

No Brasil, o Código Criminal do Império, se baseava no modelo francês, tipificando tão somente a calúnia e a injúria. No mesmo sentido foi construído o Código Penal de 1890. Já o Código Penal de 1940, vigente até hoje, disciplina os crimes contra a honra em seu capítulo V, distinguindo calúnia (art. 138), difamação (art. 139) e injúria (art. 140).

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

Pena - detenção, de seis meses a dois anos, e multa.

(...)

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

Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa.

(...)

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

Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa.

A injúria ofende a honra subjetiva, que é o sentimento que cada um tem a respeito de seus próprios atributos, e inclui a dignidade, que está relacionada a atributos morais do indivíduo, e o decoro, que diz respeito a atributos físicos e intelectuais. Na injúria não há imputação de fato, mas a atribuição de uma qualidade negativa, ofensiva à dignidade ou decoro da vítima.

A difamação atinge a honra objetiva, que é o sentimento que o grupo social tem a respeito dos atributos físicos, morais e intelectuais de alguém. Nela, imputa-se fato ofensivo à reputação, o qual seja motivo de reprovação ético-social. Para sua configuração, é indiferente que a imputação seja verdadeira ou falsa, bastando a intenção de difamar.

A calúnia também atinge a honra objetiva que, como visto, é a impressão que o grupo social tem a respeito dos atributos físicos, morais e intelectuais de alguém, e consiste na

imputação a alguém de fato definido como crime. Nesse caso, para configuração do ilícito, é necessária a falsidade da imputação, pois, caso contrário, se a imputação de crime for verdadeira, em regra não há fato ilícito causador de dano.

2. O exercício da jurisdição na tutela da honra

No capítulo anterior foi analisada a relação jurídica, dando-se ênfase a importância do bem jurídico para a formação desta. Por fim, adentrou-se no estudo da honra como um bem jurídico. Nesse capítulo serão analisados os instrumentos pelos quais o indivíduo busca a satisfação de seus interesses quando é ofendido em relação ao objeto jurídico honra.

A Teoria Geral do Processo ensina que o direito exerce na sociedade uma função ordenadora, regulando a forma de cooperação entre as pessoas. Logo, ao surgirem conflitos entre dois sujeitos em relação a um determinado bem, e não havendo qualquer forma de composição amigável entre eles, é necessário que se busque solução por meio do Estado. O Estado ao examinar as pretensões e resolver os conflitos exerce a denominada jurisdição, evitando-se com isso que o indivíduo faça justiça com as próprias mãos. Deve-se lembrar que o Estado-Juiz é inerte quanto ao exercício da função jurisdicional, assim, para que ele atue dirimindo os conflitos é necessário que o mesmo seja acionado.

A jurisdição é prestada através de um processo, ou seja, esse é o instrumento de atuação da jurisdição, podendo ser conceituado como “a sequência de atos concatenados a um objetivo final” (TÁVORA; ALENCAR, 2011, p. 39).

A partir de agora se passa a analisar as formas que o indivíduo tem de acionar o Estado-Juiz quando houver o bem jurídico honra lesionado.

2.1. O exercício da Jurisdição penal

Como visto no capítulo anterior, os crimes previstos no Código Penal que possuem a honra como objeto são: a calúnia (art. 138), a difamação (art. 139) e a injúria (art. 140).

Também, como demonstrado acima, para que se possa exercer a jurisdição em relação aos crimes contra a honra é necessário que se acione o Estado-Juiz, instaurando-se um processo, que segundo Eugênio Pacelli “além de um instrumento a atuação jurisdicional, é também onde se impõe um espaço e ambiente deliberativo, no qual se permite a ampla participação dos atores designados na lei e na Constituição da República para a construção da decisão final”. (PACELLI, Eugênio, 2011, p. 94)

Cabe então analisar qual será a forma de acionar o Estado-Juiz quando houver uma lesão ao bem jurídico honra.

A ação penal é o direito público subjetivo de pedir ao Estado-Juiz a aplicação do direito penal objetivo ao caso concreto, ela poderá ocorrer através da iniciativa pública ou privada (art. 100, caput, CP), desde que atendidas todas as condições da ação (legitimidade *ad causam*, interesse de agir, possibilidade jurídica do pedido, justa causa, as condições de procedibilidade e as causas objetivas de punibilidade).

A ação penal de iniciativa pública será de titularidade do Ministério Público, podendo ser incondicionada ou condicionada, nesse último caso exige-se uma condição de procedibilidade (requisição do Ministro da Justiça ou representação do ofendido). Já a ação penal de iniciativa privada será de titularidade do ofendido ou de seu representante legal e somente se processará mediante queixa crime. A ação penal de iniciativa privada poderá ser: exclusiva, quando puder ser exercida pela vítima ou por seu representante legal; personalíssima, quando o direito de ação só puder ser exercido pela vítima, nesse caso não haverá a intervenção do representante legal e nem a sucessão por morte ou ausência; e, por fim, subsidiária da pública, quando houver inércia por parte do membro do Ministério público, que não atua dentro dos prazos legais.

Distingue-se ainda a ação penal de iniciativa pública da ação penal de iniciativa privada em detrimento dos princípios que as regem. A ação penal de iniciativa pública é regida pelos princípios: da obrigatoriedade, segundo o qual desde que presente os requisitos legais, o Ministério Público está obrigado a patrocinar a persecução criminal; da indisponibilidade, segundo o qual uma vez proposta a ação o Ministério Público não pode dela dispor; da oficialidade, segundo o qual a persecução penal em juízo está a cargo de um órgão oficial, qual seja, o Ministério Público; da autoridade, segundo o qual o órgão oficial para exercer a titularidade da ação é uma autoridade pública; da oficiosidade, segundo o qual não é necessário qualquer autorização para instaurar-se a ação penal, sendo que o Ministério Público atua de ofício; da indivisibilidade, segundo o qual a denúncia deve ser ofertada em face de todos os envolvidos na prática da infração penal; e da intranscendência, segundo o qual a ação só pode ser proposta contra quem se imputa a prática do delito. Por outro lado, a ação penal de iniciativa pública rege-se pelos princípios: da oportunidade ou conveniência, segundo o qual é facultado à vítima decidir entre ofertar ou não a ação, caso a vítima não exerça o direito de ação procederá a decadência ou a renúncia do direito; da disponibilidade, segundo o qual uma vez exercida a ação penal poderá o particular desistir da mesma, seja através do perdão ou através da preempção; da indivisibilidade; e da intranscendência.

Via de regra, os crimes contra a honra se procedem mediante ação penal de iniciativa privada, excepcionalmente, será procedido mediante ação penal de iniciativa pública incondicionada (crime de injúria real – art. 140, § 2º, CP), condicionada à requisição do ministro da Justiça (crimes contra a honra do Presidente da República ou de chefe de governo estrangeiro) ou condicionada a representação do ofendido (crimes contra a honra de funcionário público, em razão de suas funções e crime de injúria preconceituosa – art. 140, § 3º, CP).

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.

Exatamente pelos crimes contra a honra se processarem mediante ação penal privada é que se faz necessário registrar a crítica hodierna que se faz em relação a possibilidade de ação penal por intermédio do ofendido. Nesse sentido escrevem Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar.

É crescente, entretanto, a crítica a manutenção das ações de iniciativa privada. A atuação subsidiária do Direito Penal, que só pode ser acionado como *ultima ratio*, nos permite concluir que o interesse público na punição estará sempre presente, em razão da necessária seletividade dos bens jurídicos fundamentais para a proteção por conduto da norma penal, não sendo razoável afastar-se o MP da condução da persecução.

Sendo o objetivo a proteção da vítima em face do *strepitus iudicii* (escândalo do processo), o mais adequado é que os delitos de iniciativa privada migrem para o âmbito das ações públicas condicionadas à representação. Desta forma o MP continuaria como titular da ação, dependendo da manifestação da vontade do legítimo interessado, a quem cabe dosar o que é mais conveniente: expor-se ao processo ou preservar a intimidade, assistindo em contrapartida a impunidade do seu algoz. (TÁVORA; ALENCAR, 2011, p. 164)

No mesmo sentido de Nestor Távora e Rosmar R. Alencar, contumaz crítica faz Eugênio Pacelli em relação a possibilidade de se justificar através do *strepitus iudicii* (escândalo causado pela divulgação do fato) a existência da ação penal de iniciativa privada. Para ele, a possibilidade da vítima adentrar no juízo criminal independentemente do juízo de valor do Ministério Público, também não seria suficiente para justificar a existência da ação penal, isso, pois se o delito

interessasse mais o particular que a coletividade, não haveria razões para sua criminalização. Pacelli indica, então, o interesse não penal de que o ofendido é titular como a única razão para a permanência da ação penal de iniciativa privada. Por fim, conclui que mesmo esse último argumento sobre a influência da ação penal no juízo civil não seria suficiente para justificar a ação penal privada, por isso, todas as ações deveriam ser públicas.

Assim, resta gravada a primeira crítica em relação aos crimes contra a honra, visto que nada justifica em um ordenamento jurídico a manutenção de delitos que se procedam mediante ação penal privada.

Ainda, em relação à jurisdição penal aplicada aos crimes contra a honra é necessário discutir-se a competência. A competência é conceituada como a medida ou delimitação da jurisdição, ou nas palavras de Tourinho Filho, é “o âmbito, legislativamente delimitado, dentro do qual o órgão exerce o seu Poder Jurisdicional” (TOURINHO FILHO, 2003, p. 231).

De acordo com a Lei 9.099/95 que, com base no art. 98, I, da Constituição Federal, instituiu o Juizado Especial Criminal, esse órgão pertencente à justiça comum, sendo competente para julgar os crimes de menor potencial ofensivo (art. 60, Lei 9.099/95). Entende-se por crime de menor potencial ofensivo as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa (art. 61, da Lei 9.099/95, com a redação dada pela Lei 11.313/06).

Os crimes contra a honra, em razão do quantum de pena aplicado, em sua maioria são de competência do Juizado Especial Criminal. Excepciona-se tão somente o crime de injúria preconceituosa (art. 140, § 3º, do Código Penal) e o crime de calúnia quando houver incidência de uma das causas de aumento do art. 141 do Código Penal.

A Lei 9.099/95 instituiu um procedimento próprio para a apuração dos fatos definidos como crime de menor potencial ofensivo, tal procedimento é constituído de duas fases: uma primeira fase preliminar e uma segunda fase processual (procedimento sumariíssimo). Analisar-se-á aqui tão somente a fase preliminar, pois é nessa que se encontra as maiores discussões e dificuldades práticas quanto a aplicação.

A fase preliminar tem início no âmbito da polícia judiciária. De acordo como art. 69 da Lei 9.099/95 “a autoridade policial que tomar conhecimento da ocorrência lavrará termo

circunstanciado e o encaminhará imediatamente ao Juizado, com o autor do fato e a vítima, providenciando-se as requisições dos exames periciais necessários”. Observe-se que não haverá a lavratura do Auto de Prisão em Flagrante, nem mesmo haverá a arbitração de fiança, será tão somente lavrado o que se denomina Termo Circunstanciado de Ocorrência, que consiste em uma investigação simplificada, sendo tomado o compromisso do autuado de comparecer ao Juizado Especial em dia e hora designados.

Na audiência preliminar, presente o representante do Ministério Público, o autor do fato e a vítima e, se possível, o responsável civil, acompanhados por seus advogados, o Juiz esclarecerá sobre a possibilidade da composição dos danos e da aceitação da proposta de aplicação imediata de pena não privativa de liberdade (art. 72, Lei 9.099/95).

A composição dos danos civis será reduzida a escrito e, homologada pelo Juiz mediante sentença irrecorrível, tendo eficácia de título a ser executado no juízo civil competente. Quando tratar-se de ação penal de iniciativa privada, como é o caso da maioria dos delitos contra a honra, ou de ação penal pública condicionada à representação, o acordo homologado acarretará a renúncia ao direito de queixa ou representação (art. 74, Lei 9.099/95).

Sendo o crime de ação pública condicionada, desde que não obtida a composição dos danos civis ou a conciliação, ou incondicionada, desde que não seja caso de arquivamento, poderá o Ministério Público oferecer a transação penal. A transação penal consiste na proposição da aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta (art. 76, Lei 9.099/95).

Cabe aqui discutir-se a respeito da aplicação da transação penal em crime de ação penal de iniciativa privada, como é o caso da maior parte dos crimes contra a honra. O art. 76 da Lei 9.099/95 é silente quanto à possibilidade de oferecimento de transação nos crimes de ação penal de iniciativa privada. A doutrina se divide quanto à aplicação desse instituto nos crimes de ação privada.

Alguns doutrinadores, como parece ser o caso de Cezar Roberto Bitencourt, no qual diz tão somente que em “tratando-se de ação pública, o Ministério Público poderá transigir” (BITENCOURT, 2009, p. 664), não aceitam a possibilidade de oferecimento de transação penal em crimes de ação penal de iniciativa privada. Assim, o instituto da transação penal aplica-se tão somente aos crimes de ação penal de iniciativa pública.

Embora não concorde com a impossibilidade de transação penal na ação penal de iniciativa privada Guilherme de Souza Nucci diz que o fundamento para que haja esse entendimento é a “concepção de que a vítima do crime não teria o interesse na pena, mas somente na reparação do dano” (NUCCI, 2008, p. 759). Já, Eugênio Pacelli, que também não concorda com a impossibilidade de transação penal na ação penal de iniciativa privada, afirma que o fundamento para tal entendimento é a “incompatibilidade lógica entre o regime da transação penal e a recomposição civil dos danos ” (PACELLI, 2011, p. 756).

Outros doutrinadores admitem a possibilidade de transação penal mesmo quando se tratar de ação penal de iniciativa privada, esses entendem, ainda, que a transação não restringirá o direito do ofendido em buscar a reparação civil dos danos. Para eles, a transação seria possível em decorrência da aplicação da analogia *in bonam partem*, já que é totalmente benéfica ao autor dos fatos.

Contudo, divergem os autores que entendem ser possível a transação penal acerca de quem possuiria a titularidade para oferecer a transação penal. Alguns, como é o caso de Nestor Távora e Osmar Rodrigues, entendem que o Ministério Público possuirá essa titularidade, observe-se que os autores aqui citados admitem também a titularidade do ofendido para transacionar. Já outros, como Guilherme de Souza Nucci e Eugênio Pacelli, afirmam que a titularidade para propor a transação penal é única e exclusivamente do ofendido, observe-se que o primeiro autor diz que o Ministério Público atuará a *custus legis* e que o segundo autor afirma que admitir o oferecimento de transação pelo Ministério Público é admitir a subversão das regras essenciais da persecução penal no Brasil, já que o titular do direito de ação nesses casos é o ofendido.

Com isso, resta claro, para os autores que não admitem o oferecimento da transação penal nos crimes de ação penal de iniciativa privada, que caso não haja a composição civil dos danos passa-se a fase processual, dando-se início a ação penal. Já para os autores que admitem o oferecimento da transação penal nos crimes de ação penal de iniciativa privada a fase processual só terá início caso o autor dos fatos não compareça ao local e hora marcados para o acontecimento da fase preliminar, não aceite a proposta de transacionar ou não faça jus ao benefício da transação penal.

Caso admita-se o benefício da transação penal nos crimes de ação penal de iniciativa privada é necessário que se discuta qual é a melhor pena imediata a ser aplicada. Diz o art. 76 da Lei 9.099/95 que “o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas”. As penas restritivas de direito, de acordo com o art. 43 do Código Penal, constituem na prestação pecuniária, na perda de bens e valores, na prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas, na interdição temporária de direitos e na limitação de fim de semana.

Defender-se-á aqui que no caso dos crimes de ação penal de iniciativa privada a melhor pena imediata a ser aplicada será a prestação pecuniária. Essa consiste, conforme art. 45, § 1º do Código Penal, “no pagamento em dinheiro à vítima, a seus dependentes ou a entidade pública ou privada com destinação social, de importância fixada pelo juiz, não inferior a 1 (um) salário mínimo nem superior a 360 (trezentos e sessenta) salários mínimos. O valor pago será deduzido do montante de eventual condenação em ação de reparação civil, se coincidentes os beneficiários”. E essa será a melhor opção de aplicação de pena imediata, pois alcança uma dupla finalidade, visto que ocorrerá tanto a responsabilização civil, quanto uma responsabilização penal do ofensor.

Por fim, ainda no estudo da jurisdição penal, deve-se atentar para o fato de que caso não se adote nenhuma das medidas despenalizadoras haverá uma condenação penal. A condenação penal surtirá efeitos diretos e secundários ou acessórios. O efeito direto da condenação penal é a aplicação de uma sanção penal, através da aplicação de uma pena privativa de liberdade ou da substituição dessa por uma pena restritiva de direito ou multa, podendo-se ainda haver a aplicação de multa cumulativa ou autonomamente. Já os efeitos secundários da condenação penal estão previstos nos artigos 91 e 92 do Código Penal, consistem em efeitos genéricos (tornar certa a obrigação de indenizar; e a perda em favor da União de instrumentos e produtos do crime) e efeitos específicos (perda de cargo, função pública ou mandato eletivo; incapacidade para o exercício do pátrio poder, tutela ou curatela; e a inabilitação para dirigir veículo, utilizado em crime doloso). No entanto, são os efeitos sociais que mais pesam sobre o condenado. Ao se falar em efeitos sociais, está se falando da estigmatização social do condenado, esse muitas vezes, por ter uma ficha criminal é vítima de preconceito, sendo impedido, por exemplo, de conseguir emprego em algumas empresas. Assim, tem-se que a tutela penal dos crimes contra a honra, caso haja uma condenação acabará muitas vezes trazendo mais malefícios ao ofensor que

ao ofendido, não se alcançando com isso objetivo principal do direito que é a solução do conflito com a restituição do *status quo*.

2.2. O exercício da jurisdição civil

O dano a honra poderá também ser submetido a uma jurisdição civil, isso, pois há uma relação de independência entre a responsabilidade penal e a responsabilidade civil. Assim, nada impede que ao lesionar o bem jurídico honra o indivíduo seja sujeitado a jurisdição civil e à jurisdição criminal, isso, também não significa dizer que o mesmo seja obrigado a se submeter simultaneamente a essas duas jurisdições, isso, devido ao princípio da inércia da jurisdição.

Como visto no primeiro capítulo, tanto a Constituição Federal quanto o Código Civil tutelam o bem jurídico honra, gerando a obrigação de reparação dos danos. Observe-se ainda que pela violação da honra, seja objetiva ou subjetiva, pode haver reparação pelos danos materiais ou morais sofridos.

A obrigação de reparação dos danos civis decorrentes da violação a honra está prevista no art. 5º, X, da Constituição Federal, segundo o qual “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação” e no art. 953 do Código Civil, segundo o qual “a indenização por injúria, difamação ou calúnia consistirá na reparação do dano que delas resulte ao ofendido”.

Deve-se levar em consideração, ainda, que nem todas as ofensas a honra derivam da prática de algum dos delitos penais, por isso, a obrigação de reparação dos danos poderá também decorrer da aplicação do art. 927 do Código Civil, segundo o qual “Aquele que, por ato ilícito causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”. Lembrando-se que o art. 186 do Código Civil preceitua que comete ato ilícito aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral.

O dever de indenizar na esfera civil exige a comprovação de alguns elementos, são eles: a conduta humana; a culpa genérica ou *lato sensu*; o nexó de causalidade; e o dano ou prejuízo. Deve-se aqui atentar para o fato de que alguns doutrinadores, como Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, não consideram a culpa genérica como um elemento do dever de indenizar (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2003, p. 28).

A conduta humana deriva de um ação ou omissão voluntária ou por negligência, imprudência ou imperícia. A regra é a conduta positiva, mas a conduta negativa poderá ocorrer, sendo que para sua configuração será necessário que exista o dever jurídico de praticar determinado ato, bem como a prova de que a conduta não foi praticada, além disso, é preciso, ainda, a demonstração de que, caso a conduta fosse praticada, o dano poderia ter sido evitado.

A culpa *lato sensu* engloba o dolo e a culpa *stricto sensu*. O dolo é a violação intencional do dever jurídico com o objetivo de prejudicar outrem. A presença de dolo gera o dever de indenização integral do dano. A culpa *stricto sensu* é o desrespeito a um dever pré-existente, não havendo, contudo, uma intenção de violar o dever jurídico. A culpa se caracteriza: pela conduta voluntária com resultado involuntário; a previsão ou previsibilidade; e a falta de cuidado, cautela, diligência e atenção (CAVALIERI FILHO, 2005, p. 59).

O nexo de causalidade ou nexo causal constitui o elemento imaterial ou virtual da responsabilidade civil, constituindo a relação de causa e efeito entre a conduta culposa ou o risco criado e o dano suportado por alguém. Excluem o nexo causal: a culpa exclusiva da vítima; a culpa exclusiva de terceiro; e o caso fortuito ou força maior.

O dano poderá ser patrimonial (material) ou extrapatrimonial (imaterial). De acordo com a súmula 37 do Superior Tribunal de Justiça é possível a acumulação, em uma mesma ação, de pedido de reparação material e moral. Os danos materiais constituem em danos emergentes e lucros cessantes (art. 402 Código Civil). Já os danos extrapatrimoniais, imateriais ou morais são as lesões a direitos da personalidade. Observe-se que os danos ao objeto jurídico honra são classificados como danos morais.

Para a reparação dos danos imateriais não se requer a determinação de um preço para a dor ou sofrimento, mas sim um meio para atenuar, em partes, as conseqüências do prejuízo. Por isso, na fixação do *quantum* indenizatório deverá o magistrado agir com equidade, analisando os seguintes critérios: a extensão do dano; as condições socioeconômicas e culturais dos envolvidos; as condições psicológicas das partes; o grau de culpa do agente, de terceiro ou da vítima. Esses critérios podem ser retirados dos artigos 944 e 945 do Código Civil, bem como da jurisprudência dominante do STJ.

Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.

Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização.

Art. 945. Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano.

“Dano moral. Reparação. Critérios para fixação do valor. Condenação anterior, em quantia menor. Na fixação do valor da condenação por dano moral, deve o julgador atender a certos critérios, tais como nível cultural do causador do dano; condição sócio-econômica do ofensor e do ofendido; intensidade do dolo ou grau da culpa (se for o caso) do autor da ofensa; efeitos do dano no psiquismo do ofendido e as repercussões do fato na comunidade em que vive a vítima. Ademais, a reparação deve ter fim também pedagógico, de modo a desestimular a prática de outros ilícitos similares, sem que sirva, entretanto, a condenação de contributo a enriquecimentos injustificáveis. Verificada condenação anterior, de outro órgão de imprensa, em quantia bem inferior, por fatos análogos, é lícito ao STJ conhecer do recurso pela alínea c do permissivo constitucional e reduzir o valor arbitrado a título de reparação. Recurso conhecido e, por maioria, provido”. (STJ, REsp 355.392/RJ, ReI. Min. Nancy Andrighi, ReI. p/ Acórdão Min. Castro Filho, 3^ª Turma, j. 26.03.2002, DJ 17.06.2002, p. 258)

Não se deve esquecer, na fixação do valor da indenização, a função social da responsabilidade civil. Assim, se por um lado, a indenização tem função pedagógica ou educativa para futuras condutas, por outro, não pode o valor pecuniário gerar o enriquecimento sem causa ou ruína do ofensor, devendo ser aplicado o princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade na fixação do *quantum* indenizatório.

3. A desnecessidade da tutela penal do bem jurídico honra

Visto a importância do bem jurídico para a configuração da relação jurídica, sobretudo no direito penal, no qual a tutela é dada tão somente àqueles bens mais essenciais à vida, e, também, como se dá o exercício da jurisdição quando o bem jurídico honra é lesionado, agora se passa a expor quatro fundamentos que justificam a desnecessidade da tutela penal do objeto honra.

3.1. Análise empírica dos crimes contra a honra

Foi realizada uma pesquisa no Juizado Especial Criminal de Juiz de Fora, sendo analisados todos os processos arquivados no período compreendido entre 18 de outubro de 2011 à 17 de outubro de 2012, o que corresponde, portanto, ao lapso temporal de um ano. Dentre eles, foram selecionados tão somente aqueles cujo objeto jurídico era a honra. Dentre os processos selecionados foram analisados três pontos: a) a qual tipo penal se referia; b) quantos deles tiveram audiências, seja de conciliação ou de instrução e julgamento; c) qual foi o motivo pelo qual esses processos foram arquivados.

Nesse período foi analisado um total de 2.811 processos. Desse total não se contará 283 processos, visto que esses se referem a processos que esperavam o retorno da carta de guia da vara de execução penal e foram enviados ao arquivo por falta de espaço físico na secretaria do Juizado Especial Criminal. Logo, para o levantamento dos dados aqui desejados tem-se um total de 2.528 processos que efetivamente foram arquivados. Uma importante observação a ser feita em relação aos 283 processos que não foram contados para a pesquisa é que nenhum deles se referiam a crimes que possuem a honra como objeto, o que significa dizer que não houve nos últimos anos condenação por esses crimes.

Dos 2.528 processos que serão válidos para essa pesquisa 156 processos se referiam a crimes cujo objeto é a honra. Desses, 33 foram tipificados como calúnia (art. 138 do Código Penal), 36 foram tipificados como difamação (art. 139 Código Penal) e 76 foram tipificados como injúria (art. 140 Código Penal), sendo que 3 deles foram tipificados como calúnia e difamação, 3 deles foram tipificados como calúnia e injúria e 5 deles foram tipificados como difamação e injúria.

Em relação aos 156 processos que pertenciam a algum tipo penal que tem a honra como objeto e que foram arquivados durante o período pesquisado um dado que chamou muita atenção

foi relativo a quantos deles tiveram ou não audiências. Desse total de processos 134 tiveram audiências de conciliação, sendo que apenas 17 deles chegaram a ter uma audiência de instrução e julgamento.

Mais interessante que o dado acima, foi os motivos pelos quais os processos cujo tipo penal se refere ao objeto honra foram arquivados. Dos 156 processos que tratavam do objeto sob análise 81 foram arquivados pela decadência, 10 foram arquivados pela renúncia tácita, 12 foram arquivados pela renúncia expressa, 26 foram arquivados mediante a assinatura de um acordo de respeito recíproco, 4 foram arquivados pela inépcia da queixa crime, 1 foi arquivado pela ausência de dolo, 6 foram arquivados pela falta de justa causa, 5 foram arquivados pelo cumprimento da transação penal e 3 foram arquivados devido à composição civil dos danos, cujo os valores foram R\$ 200,00 (duzentos reais), R\$ 148,00 (cento e quarenta e oito reais) e R\$ 6.000,00 (seis mil reais).

Resta claro diante da análise fática acima que a tutela penal do objeto honra é um tanto quanto ineficiente. Isso, pois embora aproximadamente 6,17%, ou seja, 156, dos processos que têm andamento no Juizado Especial Criminal se refiram aos tipos penais que tutelam a honra, apenas em 34 deles, ou seja, em 21,79%, se tem uma solução que diga respeito efetivamente a uma forma de solução de conflitos. Considere-se como efetiva solução dos conflitos apenas aqueles casos nos quais os processos foram arquivados pelo acordo de respeito recíproco, pelo cumprimento da transação penal ou pela realização de uma composição civil. Ressalte-se que a renúncia expressa não será contada como uma forma de solução efetiva, pois muitas vezes o que o indivíduo busca é tão somente se ver livre de incômodos, como por exemplo, o comparecimento em audiências ou novos atritos com o autor dos fatos.

A ineficiência da tutela penal do objeto honra pode ser demonstrada ainda pelo fato de que embora apenas em 34 casos tenha havido efetivamente uma solução, foram realizadas ao menos 134 audiências de conciliação e 17 audiências de instrução e julgamento, ou seja, houve um dispêndio muito grande por parte da Administração Pública, como por exemplo, a designação de audiências, expedição de mandados e prática de outros atos processuais, em comparação ao resultado obtido.

A eficiência é um princípio primordial à Administração Pública previsto no art. 37, “caput”, da Constituição Federal. José dos Santos Carvalho Filho diz que “o núcleo do princípio

(eficiência) é a procura de produtividade e economicidade e, o que é mais importante, a exigência de reduzir desperdícios de dinheiro público, o que impõe a execução de serviços públicos com presteza, perfeição e rendimento funcional” (CARVALHO FILHO, 2009, p. 28). Embora, o autor acima se refira como eficiência tão somente a execução de serviços públicos com presteza, perfeição e rendimento funcional, é necessário que se entenda que essa eficiência também será alcançada com a disponibilização de um serviço público que seja efetivamente necessário. Assim, tem-se que a prestação jurisdicional penal nos crimes que tem a honra como objeto não é efetivamente necessária, o que a torna ineficiente e contrária ao que é preceituado pelo art. 37, “caput” da Constituição Federal.

3.2. O Direito Penal Mínimo

Arthur de Brito Gueiros Souza e Carlos Eduardo Adriano Japiassú, ao falar sobre as políticas criminais diz existirem três tendências contemporâneas, a saber: a abolicionista, a ressocializadora e a garantista.

O abolicionismo postula a eliminação do Direito Penal. Entendendo que o monopólio estatal do uso da força é manifestação de violência tanto quanto o crime. Assim, o Direito Penal não possui legitimidade, portanto, dever-se abolir o sistema de penas positivadas, solucionando os conflitos de outra maneira. Outros argumentos dos abolicionistas são: a inoperância do sistema penal; a ausência de um valor absoluto sobre o que é crime; a pena de prisão é inútil, vez que não ressocializa; o sistema penal marginaliza a vítima.

A postura ressocializadora se manifesta como uma luta por um melhor Direito Penal. Trata-se de uma variante da doutrina da prevenção especial, visando a obtenção de uma autêntica reinserção dos apenados, a partir de mecanismos que eliminem, ou ao menos reduzam as taxas de reincidência.

Já a proposta garantista surgiu para fazer frente à decepção acerca da capacidade do ideal ressocializador. Propugna fundamentalmente as garantias formais, buscando conciliar a prevenção geral dos delitos com exigências formais dos princípios de proporcionalidade e humanidade, limitando a intervenção penal ao estritamente necessário, não violando valores fundamentais em quase todas as sociedades modernas. Assim, através de um direito penal mínimo, busca-se reconhecer um núcleo rígido de infrações para as quais não se pode flexibilizar

o sistema de penas, devendo-se descriminalizar e despenalizar os fatos que não pertençam a esse núcleo.

E é na defesa da terceira corrente, ou seja, do garantismo penal, que se defende aqui a descriminalização dos crimes cujo objeto jurídico é a honra. Para o garantismo, o Direito Penal deve buscar atender a todos os princípios que lhe regem, como por exemplo: o princípio da legalidade; o princípio da humanidade; o princípio da intervenção mínima; o princípio da lesividade; o princípio da culpabilidade; o princípio da jurisdicionalidade; o princípio acusatório e dentre outros. Logo, caso um desses princípios não sejam cumpridos não haverá porque se manter o tipo penal que criminaliza certa conduta.

Os tipos penais que tutelam o objeto honra ferem um dos princípios penais, qual seja: o princípio da intervenção mínima. Esse princípio afirma que o Direito Penal possui um caráter fragmentário, isto é, protege tão somente os valores imprescindíveis para a sociedade, ou seja, o direito penal não protege todos os bens jurídicos, mas tão somente aqueles que são mais importantes. Tal princípio afirma, ainda, que o Direito penal deve ser a *ultima ratio*, isto é, deve atuar somente quando os demais ramos do direito revelarem-se incapazes de dar a tutela devida a bens relevantes na vida do indivíduo e da própria sociedade, ou seja, as normas penais assumem uma feição subsidiária e a sua intervenção só se justifica quando fracassam as demais formas protetoras do bem jurídico. Nesse sentido tem-se Cezar Roberto Bitencourt, segundo o qual

“o princípio da intervenção mínima, também conhecido como *ultima ratio*, orienta e limita o poder incriminador do Estado, preconizando que a criminalização de uma conduta só se legitima se constituir meio necessário para a proteção de determinado bem jurídico. Se outras formas de sanção ou outros meios de controle social revelarem-se suficientes para a tutela desse bem, a sua criminalização é inadequada e não recomendável. Se para o restabelecimento da ordem jurídica violada forem suficientes medidas civis ou administrativas, são estas que devem ser empregadas” (BITENCOURT, 2009, p. 13)

Assim, como demonstrado nos capítulos anteriores, embora o bem jurídico honra seja imprescindível, sendo objeto de tutela inclusive pela Constituição Federal, esse não deve ser tutelado pelo Direito Penal, isso, pois há no direito civil uma regulamentação eficaz para proteger a honra quando essa for violada. Deve-se ter em mente ainda que a legislação civil por vezes será no que se refere a tutela do objeto honra mais eficiente que uma legislação penal,

evitando-se, contudo, que se operem os efeitos sociais estigmatizantes de uma tutela penal, que como dito anteriormente pode trazer mais prejuízos ao infrator que os danos que ele causou com sua conduta.

3.3. O Tipo Penal Redutor

Eugênio Raúl Zaffaroni defende a idéia de que o Direito Penal deve cumprir uma função redutora, sendo seu objetivo principal diminuir a estigmatização do apenado. É a partir dessa concepção de função redutora que passa-se a se estudar o tipo.

A palavra tipo deriva do vocábulo alemão *tatbestand*, que significa exemplo ou modelo. Na verdade, *Tatbestand* tem dupla significação, podendo ser entendido como pressuposto de fato fático ou pressuposto de fato legal. O pressuposto de fato fático é o pragma, ou seja, o acontecimento particular e concreto produzido por conduta humana que se realiza no mundo. Já pressuposto de fato legal é o modelo geral e abstrato que a lei cria para sua caracterização.

O pressuposto de fato legal é o que o direito penal passou a considerar tipo, ou seja, fórmulas que a lei emprega para caracterizar os modelos de pragmas conflitivos a cujas condutas cominaram pena. O tipo é claramente valorativo porque é gerado por um ato de valoração e porque, exprimindo uma proibição, será novamente valorado quando de seu emprego nessa função de exprimir a proibição

Zaffaroni explicita que com a formulação dos tipos (criminalização primária) o poder punitivo legitima seu exercício, através de leis com função punitiva manifesta. A criação desses tipos, devido às políticas criminais, pouquíssimas vezes resultará em um efetivo exercício do poder punitivo enquanto criminalização secundária esgotada na execução de uma pena, mas oferecerá amplamente um novo motivo para vigilância (poder positivo configurador) e novas ocasiões de criminalizações secundárias incompletas (interrogatórios, apreensões). O poder positivo configurador se realizará seletivamente, segundo a vulnerabilidade do criminalizado. Dessa forma o tipo ao invés de selecionar condutas, selecionará pessoas, em função de suas características.

Assim, os princípios regulativos do Estado de Direito se realizam na razão inversa do número de tipos penais legislativamente criados, ou seja, o tipo é ao mesmo tempo instrumento habilitante e instrumento de limitação do poder punitivo, sendo uma fórmula legal necessária ao

poder punitivo para habilitar seu exercício formal, e ao direito penal para reduzir as hipóteses de pragmas conflitivos e para valorar limitativamente a proibição penal das condutas submetidas à decisão penal. Por isso, o Direito Penal deve prover um sistema interpretativo limitador do âmbito das condutas típicas.

Ante o exposto, podemos inferir que a tipificação das condutas cujo objeto jurídico que se deseja proteger é a honra, ao invés de realmente selecionar condutas que devem ser reprimidas pelo direito penal acabam através dos efeitos sociais selecionando indivíduos que serão estigmatizados socialmente. Por isso, não há sentido algum em manter a tipificação de tais condutas no sistema jurídico brasileiro.

3.4. O Direito Penal Simbólico

O Direito Penal Simbólico é um fenômeno que nasce do sentimento de urgência que o Estado manifesta quando da aplicação indevida do Direito Penal, aliada às poucas políticas de prevenção da criminalidade, mostra consequências de efeitos eleitorais indesejáveis – como o crime, a violência e todo o quadro social em que geralmente se inserem estes dois elementos.

Antonio Carlos Santoro Filho define o direito penal simbólico como “uma onda propagandística dirigida especialmente às massas populares, por aqueles que, preocupados em desviar a atenção dos graves problemas sociais e econômicos, tentam encobrir que estes fenômenos desgastantes do tecido social são, evidentemente entre outros, os principais fatores que desencadeiam o aumento, não tão desenfreado e incontrolável quanto alarmeiam, da criminalidade” (SANTORO FILHO, 2002, p. 70).

O simbolismo aparece com a edição de leis em resposta ao clamor público toda vez que um crime choca o país. Trata-se da promulgação descontrolada de leis em resposta ao clamor de uma população assustada, isso colide diretamente com a finalidade do sistema de normas que é o Direito Penal. Afinal, embora nada de fato esteja sendo feito para solucionar os problemas, há a sensação tranquilizadora de que atitudes firmes estão sendo tomadas neste sentido. Na prática, contudo, é evidente que um aumento de pena ou a criminalização de conduta não são fatores inibidores do crime e nem sanadores de um meio social carente de medidas sociais redutoras da criminalidade.

Este simbolismo todo se mostra muito perigoso. Muito mais importante que um inchamento do sistema normativo é que ele seja eficaz, ou seja, é melhor poucas leis que funcionem do que muitas leis que impressionem. De nada adianta se prometer a paz pública com a divulgação de letrinhas impetratórias estampadas ritualmente na imprensa oficial.

O Direito Penal Simbólico, não visa a solução de problemas, mas, tão somente, a tranquilização da população. E por não tomar providências efetivas o Estado acaba tendo de arcar com consequências desastrosas, que são a criminalidade e a violência gerada pelo sentimento de impunidade, e juntamente a isso acrescenta todo um quadro social problemático.

O exemplo mais clássico de direito penal simbólico foi a incorporação do homicídio qualificado à Lei dos Crimes Hediondos (Lei 8072/1990). Isso ocorreu quando uma atriz famosa foi cruelmente assassinada. Tal fato gerou uma grande repercussão na mídia. A mãe da atriz assassinada, aproveitando-se da condição de novelista da rede globo, reuniu 1,3 milhões de assinaturas populares, aprovando a primeira emenda popular brasileira que tornou o homicídio qualificado um crime hediondo e vedou a progressão de regime para os crimes hediondos. Assim, a mudança da lei veio tão somente em represália ao assassinato da atriz global, tendo o cunho tão somente de acalantar a população inconformada com o tratamento dado pela lei a tais casos. A mudança na Lei de Crimes Hediondos foi inadequada, isso pode ser demonstrado com a declaração da inconstitucionalidade da norma que vedava a progressão de regime pelo Supremo Tribunal Federal. Trata-se, assim, de uma verdadeira lei simbólica para um resultado simbólico.

Para o presente trabalho, o simbolismo penal não estará presente tão somente quando da elaboração de normas em resposta ao clamor público, mas também quando da manutenção de normas penais ineficazes, como é o caso dos crimes que tem por objeto a honra.

Assim, o simbolismo penal não seria fruto tão somente de uma conduta positiva do Estado, mas também de uma conduta negativa, quando o Estado abstém-se de realizar a renovação legislativa que aproxime ao máximo as normas da realidade social. Por isso, a manutenção dos tipos penais que tem por objeto a honra, como pretende o Capítulo IV, do Título I, do anteprojeto de Código Penal que tramita no Congresso Nacional teria o cunho meramente simbólico, visto a ineficácia desses tipos penais.

Conclusão

Esse trabalho possibilitou que fossem analisadas algumas questões importantíssimas ao que tange o objeto jurídico honra, possibilitando-se chegar às seguintes conclusões:

- 1) A relação jurídica é de suma importância para todo e qualquer ramo do direito, pois é a partir dela que se têm todos os componentes que precisam estar presentes na hora de se decidir qual é o efetivo direito em uma determinada situação;
- 2) A honra é um bem jurídico protegido pelo ordenamento jurídico brasileiro, seja na Constituição Federal, no Código Civil ou no Código Penal;
- 3) A ação penal de iniciativa privada, não deve ser mantida no ordenamento jurídico brasileiro, isso, pois em uma ação penal o verdadeiro interessado na punição é o Estado e não o ofendido;
- 4) No caso da legislação brasileira, na qual se permite a existência da ação penal de iniciativa privada, seria permitido o oferecimento da transação penal;
- 5) A transação penal deve ser ofertada pelo ofendido, visto ser esse o verdadeiro titular da ação penal, e o Ministério Público deve atuar a *custus legis*. Isso ocorre, pois o oferecimento da transação penal nesse caso seria o mais benéfico para o ofensor, e por isso, a analogia *im bonam partem* pode ser aplicada;
- 6) A pena imediata que melhor se aplicaria aos crimes que tem como objeto a honra seria a prestação pecuniária, isso, pois essa possibilita ao mesmo tempo a responsabilização civil e a responsabilização penal do ofensor;
- 7) A condenação penal seria um tanto quanto prejudicial ao ofensor, isso, pois uma possível condenação poderia levar a estigmatização social do mesmo;
- 8) Em uma sistematização um tanto quanto eficiente a esfera civil garante ao ofendido a possibilidade de reparação civil pelos danos que lhe forem causados pelo ofensor, por isso, a tutela penal do objeto honra é desnecessária;
- 9) A criminalização do objeto honra fere o princípio da eficiência na administração pública. Tal constatação foi realizada a partir de uma pesquisa fática no Juizado Especial Criminal de Juiz de Fora, na qual restou demonstrado que em apenas 34 dos 156 casos analisados chegou-se a uma solução satisfatória. Os demais casos em sua maioria foram abrangidos pelo instituto da decadência ou da prescrição, havendo, assim, um excessivo gasto por parte da Administração Pública na prestação de um

serviço, qual seja: a prestação de serviço jurisdicional penal, sem que haja realmente uma necessidade;

- 10) A criminalização do objeto honra ofende ao princípio penal da intervenção mínima, segundo o qual o direito penal é subsidiário e fragmentário. Com isso, tendo por base que a atual política criminal que deve ser adotada na aplicação do direito penal é a garantista, e que essa visa à garantia de todos os princípios do sistema penal e limita a intervenção penal ao estritamente necessário, não há sentido em se criminalizar os fatos cujo objeto a que se fere é a honra;
- 11) A criminalização do objeto honra não adere à teoria do tipo penal redutor, criada por Eugênio Raúl Zaffaroni, segundo a qual o tipo penal deve diminuir a estigmatização do apenado;
- 12) A criminalização do objeto honra serve apenas como um simbolismo penal. Lembrando que o simbolismo não foi adotado no sentido positivo, como elaboração de normas em resposta ao clamor público, mas sim em um sentido negativo, no qual a manutenção de normas ineficazes no ordenamento para o atendimento dos anseios populares também teria um valor simbólico;
- 13) Seria necessária a descriminalização, através de uma reforma legislativa, dos delitos que possuem como objeto jurídico a honra. Isso, pois, a tutela civil seria por si só suficiente, além da mais essa, como demonstrado, é um tanto quanto mais eficaz no atendimento da finalidade precípua do direito que é a restauração do *status quo*.

Referências Bibliográficas

ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2008.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte geral. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. V.1.

_____. Tratado de direito penal: parte especial, dos crimes contra a pessoa. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2010. V.2

BOBBIO, Noberto. Teoria do ordenamento jurídico. Tradução: Denise Agostinetti. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 22 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CAVALIERE FILHO, Sérgio. Programa de responsabilidade Civil. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro. Teoria geral do direito Civil. 24 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

DAMÁSIO, E. de Jesus. Direito Penal: Parte Especial. 22 ed. São Paulo: Saraiva, 1999. V. 2.

FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: teoria do garantismo penal. 2 ed. São Paulo: RT 2006.

GAGLIANO, Pablo Stolze; **PAMPLONA FILHO**, Rodolfo. Novo curso de direito civil. São Paulo: Saraiva, 2003. V. II.

GRECO, Rogério. Código Penal Comentado. 4 ed. Niterói: Impetus, 2010.

GRINOVER, Ada Pellegrini; **GOMES FILHO**, Antônio Magalhães; **FERNANDES**, Antonio Scarange; **GOMES**, Luiz Flávio. Juizados especiais criminais. 4 ed. São Paulo: RT, 1999.

GRINOVER, Ada Pellegrini; **CINTRA**, Antônio Carlos de Araújo; **DINAMARCO**, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

HUNGRIA, Néelson. Comentários ao Código Penal. Rio de Janeiro: Forense, 1942. V.2.

JAKOBS, Gunter; **MELIÁ**, Manuel Cancio. Direito penal do inimigo: noções e críticas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

LENZA, Pedro. Direito constitucional esquematizado. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MIRABETE, Julio Fabbrini. Manual de Direito Penal. São Paulo, Atlas, 1995. V.2.

NADER, Paulo. Introdução ao Estudo do direito. 30 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

NUCCI, Guilherme de Souza. Leis penais e processuais penais comentadas. 3 ed. São Paulo: RT, 2008.

____. Código penal comentado. 6 ed. São Paulo: RT, 2006.

PACELLI, Eugênio. Curso de Processo Penal. 16 ed. São Paulo: Atlas, 2012.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil. 23 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

PRADO, Luiz Regis. Curso de direito penal brasileiro – Parte geral. São Paulo: RT, 2007.

SANTORO FILHO, Antonio Carlos. Bases críticas do direito criminal. Leme: LED, 2002.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros; **JAPIASSÚ**, Carlos Eduardo Adriano. Curso de direito penal. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

TARTUCE, Flávio. Manual de Direito Civil: volume único. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012.

TAVARES, Juarez. Teorias do injusto penal. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

____. Teorias do delito. São Paulo: RT, 1980.

TAVORA, Nestor; **ALENCAR**, Rosmar Rodrigues. Curso de direito processual penal. 6 ed. Salvador: JusPodivm, 2011.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Manual de processo penal. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; **BATISTA**, Nilo; **ALAGIA**, Alejandro; **SLOKAR**, Alejandro. Direito Penal Brasileiro. Vol. 2. Rio: Revan, 2010.