

**CENTRO UNIVERSITÁRIO CURITIBA
FACULDADE DE DIREITO DE CURITIBA**

JOSÉ MÁRIO DE OLIVEIRA NETO

DESCRIMINALIZAÇÃO: CRIMES CONTRA A HONRA

CURITIBA

2018

JOSÉ MÁRIO DE OLIVEIRA NETO

DESCRIMINALIZAÇÃO: CRIMES CONTRA A HONRA

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito, do Centro Universitário Curitiba.

Orientador: Prof. Dr. Mário Luiz Ramidoff

CURITIBA

2018

JOSÉ MÁRIO DE OLIVEIRA NETO

DESCRIMINALIZAÇÃO: CRIMES CONTRA A HONRA

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito da Faculdade de Direito de Curitiba, pela Banca Examinadora formada pelos professores:

Orientador: Prof. Dr. Mário Luiz Ramidoff

Prof. Membro da Banca

Curitiba, ____ de _____ de 2018.

À minha família,
por todo o apoio e carinho,
e pela insubstituível presença.

AGRADECIMENTOS

Encerradas as pesquisas para conclusão do presente trabalho, não haveria como deixar de reconhecer o apoio prestado por todos aqueles que de alguma forma contribuíram para os resultados aqui alcançados.

Ao Prof. Dr. Mário Luiz Ramidoff, por todos os conselhos e orientações prestados, e por ter demonstrado ser, além de um distinto Mestre, um exemplo de humanidade e comprometimento com o desenvolvimento acadêmico de seus alunos.

Aos amigos e colegas de curso, pela cordial presença e suporte.

Aos meus familiares, por todo o apoio e imensurável afeto, ternura e incentivo.

“A justiça pode irritar-se, porque é precária.
A verdade não se impacienta, porque é eterna”.

(Rui Barbosa)

RESUMO

O presente trabalho tem por escopo analisar a viabilidade de descriminalização dos crimes contra a honra, previstos nos arts. 138, 139 e 140, do Código Penal. Para tanto, pretende-se caracterizar as formas penais e extrapenais de tutela à honra existentes no sistema jurídico brasileiro, bem como abortar os conceitos trazidos pela criminologia crítica e consagrados como tendências contemporâneas do direito penal, com destaque para os movimentos de descriminalização, despenalização e intervenção mínima. Finalmente, buscar-se-á abordar a tutela penal à honra sob a óptica da criminologia crítica, de modo a definir se a tutela penal à honra afigura-se, atualmente, o meio mais adequado de tutela ao respectivo bem jurídico.

Palavras-chave: descriminalização, despenalização, intervenção mínima, honra, direito penal, criminologia.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	8
2. CRIMES CONTRA A HONRA	9
2.1 CALÚNIA.....	12
2.2 DIFAMAÇÃO.....	16
2.3 INJÚRIA.....	18
3. PRINCÍPIOS DO DIREITO PENAL	21
3.1 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE.....	22
3.2 PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA.....	25
3.3 PRINCÍPIO DA LESIVIDADE.....	28
3.4 PRINCÍPIO DA HUMANIDADE.....	33
3.5 PRINCÍPIO DA CULPABILIDADE.....	36
4. DESCRIMINALIZAÇÃO	38
4.1 PROCESSO DE DESCRIMINALIZAÇÃO.....	40
4.2 DESCRIMINALIZAÇÃO.....	43
4.3 DESPENALIZAÇÃO.....	44
4.4 DESCRIMINANTES PUTATIVAS.....	45
4.5 CRIMES CONTRA A HONRA.....	47
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS	50
REFERÊNCIAS	53

1. INTRODUÇÃO

Durante a segunda metade do séc. XX, com o advento de teorias criminológicas voltadas à alternatividade do Direito Penal, a corrente afeta à criminologia crítica surge como reação ao paradigma das teorias penais que defendem o encarceramento como principal forma de pena.

Segundo esta linha, o Estado, detentor do direito de punir, após séculos de fracasso do exercício do controle social através do encarceramento, haveria de buscar formas alternativas ao direito penal para a resolução dos conflitos existentes dentro da sociedade.

Ainda, de acordo com os preceitos propostos pela criminologia crítica, a ideia de evolução e desenvolvimento de uma sociedade estaria intimamente ligada à superação do direito penal.

De outra banda, no sistema jurídico-penal brasileiro, que possui como principal fonte uma codificação penal elaborada na década de 1940, percebe-se a presença de condutas consideradas como criminosas que em essência exprimem uma baixíssima potencialidade lesiva a bens jurídicos, mas que, em tese, podem levar o indivíduo à privação de liberdade.

O presente trabalho tem por escopo a análise de três exemplos de crimes previstos no Código Penal que, *a priori*, não expressam grande periculosidade à sociedade. Tratam-se dos crimes de calúnia, difamação e injúria, que tutelam o bem jurídico honra.

Com efeito, pretende-se buscar a definição dos tipos penais em comento, bem como a caracterização do bem jurídico tutelado. Posteriormente, identificar-se-ão os aspectos mais importantes propostos pela criminologia crítica. Desse modo, ao final, buscar-se-á analisar a tutela à honra através do direito penal sob a óptica dos princípios trazidos pela criminologia crítica, de modo a verificar a possibilidade e viabilidade de descriminalização dos aludidos tipos penais.

2. CRIMES CONTRA A HONRA

A honra, bem jurídico decorrente da dignidade da pessoa humana, recebe proteção jurídica desde a antiguidade. Na Suméria, por volta do ano 2040 a.C., o Código de *Ur-Nammu* trazia dispositivos sobre os costumes da sociedade, prevendo penas pecuniárias como forma de reparação a danos eventualmente causados à moral do cidadão.

Da mesma forma, no Império Romano, por volta do ano 450 a.C., com a promulgação da Lei das XII Tábuas, estavam presentes dispositivos que garantiam o direito de ressarcimento pecuniário a membros da sociedade que sofressem danos por injúria ou infâmia, através da tutela denominada *Actio Injuriarum*¹.

No Brasil, a primeira legislação a definir a honra como objeto do direito penal foi o Código Criminal de 1830, que tratava em seu Capítulo II, Seção III, da calúnia e da injúria (respectivamente nos artigos 229 e 236). Posteriormente, com o Código Republicano de 1890, a injúria foi colocada no capítulo das lesões corporais.

Atualmente, a proteção à honra pelo direito penal pátrio corresponde ao Capítulo V do Título I do Código Penal (Decreto-Lei n. 2.848/1940), que traz as modalidades de Calúnia, Difamação e Injúria como formas de crimes contra a honra, respectivamente nos artigos 138, 139 e 140 do mencionado decreto-lei.

Por seu turno, a honra foi consagrada, também, como garantia fundamental pela Constituição da República Federativa do Brasil, que em seu artigo 5.º, inciso X, instituiu que “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”².

Segundo a doutrina, o conceito de honra está ligado ao juízo moral que o indivíduo faz de si mesmo, e também que a sociedade faz acerca do indivíduo. De acordo com Guilherme de Souza Nucci³, honra “é a faculdade de apreciação ou o senso que se faz acerca da autoridade moral de uma pessoa, consistente na sua honestidade, no seu bom comportamento, na sua respeitabilidade no seio social, na sua correção moral”. Já Cezar Roberto Bitencourt, citando Magalhães Noronha, define a honra como sendo “o complexo

1 AMARANTE, Aparecida I.. **Responsabilidade civil por dano à honra**. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

2 BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988**.

3 NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal comentado**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 743.

ou conjunto de predicados ou condições da pessoa que lhe conferem consideração social e estima própria”⁴.

Nesse sentido, a honra divide-se em honra objetiva e subjetiva. A honra objetiva corresponde ao julgamento que a sociedade faz do indivíduo, sobre sua conduta, probidade, honestidade, imagem, enfim, sua maneira de se apresentar e comportar diante do seio social. Por sua vez, a honra subjetiva refere-se à visão que o indivíduo constrói sobre sua própria pessoa, abrangendo sua autoestima e sua autoimagem, de maneira a desenvolver uma opinião afirmativa e construtiva de si mesmo⁵.

Sobre a distinção entre os aspectos objetivo e subjetivo da honra, ensina Luiz Regis Prado⁶:

A honra, do ponto de vista *objetivo*, seria a reputação que o indivíduo desfruta em determinado meio social, a estima que lhe é conferida; *subjetivamente*, a honra seria o sentimento da própria dignidade ou decoro. A calúnia e a difamação atingiriam a honra no sentido objetivo (reputação, estima social, bom nome); já a injúria ofenderia a honra subjetiva (dignidade, decoro).

A honra pode ser dividida, também, entre honra comum e especial. Tal dicotomia está relacionada a condições porventura inerentes ao indivíduo ou a certo grupo social. Diz-se honra comum aquela inerente a todas as pessoas, que se liga a um conceito universal de valores considerados relevantes por todos os membros da sociedade. De outro lado, a honra especial se caracteriza por algum valor característico de determinada pessoa ou grupo de indivíduos que se diferenciam por um aspecto peculiar, seja em razão de ofício, de religião, de sexo, raça, nacionalidade, etc.

Segundo Nucci⁷, honra é um conceito aberto, que comporta variações de acordo com as circunstâncias nas quais o indivíduo se encontra, de modo a determinar o grau de lesividade da ofensa. Para ilustrar tal afirmação, o jurista traz como exemplo o militar que é chamado de covarde. Tal ofensa, *a priori*, lesionaria a honra especial do indivíduo. Contudo, o título de “covarde” atribuído a um militar que tenha se alistado contra a sua vontade pode não surtir um efeito tão lesivo quanto ao militar herói de guerra. De igual modo, a ofensa “ignorante” dirigida a um renomado cientista e a uma pessoa comum pode soar de maneira

4 NORONHA, Magalhães apud BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte especial**, vol. 2. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 274.

5 NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal comentado**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 744.

6 PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. 14. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 764-765.

7 NUCCI, Guilherme de Souza. op. cit., p. 274.

muito mais melindrada ao primeiro, por ofender-lhe a honra especial, do que ao segundo, que teve ofendida sua honra comum.

Destarte, a ofensa à honra deve ser avaliada levando-se em conta o caso concreto. Por ser a honra um conceito aberto, Guilherme Nucci defende a inexistência da distinção entre honra comum e especial, devendo o grau de lesividade ser definido de acordo com as variações inerentes ao contexto e com as condições específicas vivenciadas pelo indivíduo.

Em verdade, para o direito penal a distinção entre honra comum e especial é irrelevante. Desse modo, todas as suas faces devem ser avaliadas como “componentes de uma estrutura unitária”, como pontua Luiz Regis Prado⁸.

De outra banda, pode-se classificar a honra como um bem jurídico disponível. Isto porque, o consentimento do ofendido, se expressamente externalizado, exclui a ilicitude da conduta, operando como causa de justificação. Contudo, tal consentimento é personalíssimo, não podendo dispor da honra os representantes legais do menor ou do incapaz, por exemplo.

Sobre o tema, ensina Luiz Regis Prado⁹:

É indispensável que o sujeito ativo conheça sua existência e que esta seja um dos motivos que o levam a agir. Precisamente por ser disponível, o bem jurídico protegido, estabelece o Código Penal a ação penal privada para os crimes contra a honra (art. 145, *caput*, CP), admitindo-se, de conseqüente, a extinção da punibilidade pela renúncia ao direito de queixa e pelo perdão do ofendido (art. 107, V, CP).

Cabe frisar que o consentimento do ofendido recai somente sobre os bens que lhe são disponíveis. Assim, caso a ofensa atinja, além da honra do ofendido, outros bens jurídicos que estejam fora de sua disponibilidade, o seu consentimento não surtirá efeitos.

Nesse sentido, Cezar Roberto Bitencourt¹⁰ cita como exemplo a imputação falsa de crime na qual o sujeito ativo dá causa ao movimento do aparelho estatal, através da instauração de procedimento investigatório criminal ou ação penal. Em tais casos, além da honra do ofendido, os interesses da administração da justiça são prejudicados, de modo a caracterizar o crime de denúncia caluniosa (art. 339, do Código Penal), apurado

8

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. 14 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 765.

9 PRADO, Luiz Regis. loc. cit.

10 BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte especial, volume 2. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 276.

mediante ação penal pública incondicionada, ou seja, sendo irrelevante o perdão do ofendido.

Para finalizar, destaca-se que os crimes contra a honra são processados nos Juizados Especiais Criminais, por força da Lei n. 9.099/95, por serem considerados crimes de menor potencial ofensivo (com pena máxima não superior a 2 anos, cumulada ou não com multa). Contudo, há uma modalidade de injúria, qualificada por discriminação, prevista no § 3º, do art. 140, do Código Penal, que possui pena máxima de 03 (três) anos de reclusão, sendo portanto apurada na justiça comum.

Com efeito, sobre os juizados especiais criminais, pontua Geraldo Prado que tratam-se de uma inovação incorporada ao processo penal brasileiro, na procura de consagrar os grandes movimentos ideológicos, políticos e culturais que têm motivado os ramos mais progressistas da criminologia, no chamado Mundo Ocidental.

Para tanto, a Lei n. 9.099/95 engendrou no direito processual penal brasileiro os institutos da composição civil entre as partes, transação penal e suspensão condicional do processo, que são nada mais do que institutos despenalizadores que buscam uma alternativa à persecução penal e potencial infligência de pena. De acordo com Geraldo Prado¹¹:

A tônica das modificações em questão envolveu aspectos tais como a *efetividade do processo*, o *acesso à justiça* e a *concepção unitária do conflito*, revitalizando também o papel da vítima e a promoção do consenso, palavra-chave para entendermos os novos institutos, tudo conforme uma visão prática e real do processo, desafetado e, em alguns pontos, imunizado contra o vírus do excesso de formalismo.

Desse modo, os juizados especiais criminais oferecem a possibilidade de uma prestação jurisdicional mais célere, uma vez que seu rito mostra-se marcadamente informal, e voltado à busca pela composição dos conflitos através de meios alternativos à pena.

2.1 CALÚNIA

11 PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório**: a conformidade constitucional das leis processuais penais. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

Calúnia, conforme definição legal, corresponde à imputação falsa a alguém de fato definido como crime. É o primeiro delito contra a honra descrito no Código Penal, previsto no art. 138¹².

Da análise do núcleo do tipo, tem-se que o verbo “caluniar” corresponde à acusação falsa que compromete a credibilidade do indivíduo no seio social. Tal acusação falsa deve dizer respeito a um fato considerado delituoso. Daí a distinção entre os conceitos de calúnia e difamação.

Segundo Nucci¹³ “calúnia nada mais é do que uma difamação qualificada, ou seja, uma espécie de difamação. Atinge a honra objetiva da pessoa, atribuindo-lhe o agente um fato desairoso, no caso particular, um fato falso definido como crime”.

Em relação ao sujeito ativo do tipo, tem-se que a calúnia é um crime comum, uma vez que pode ser perpetrado por qualquer indivíduo humano e capaz. De igual modo, qualquer pessoa física pode figurar como sujeito passivo.

Por seu turno, há divergência doutrinária a respeito da possibilidade das pessoas jurídicas sofrerem calúnia. Luiz Regis Prado¹⁴ entende que as pessoas jurídicas não podem ser vítimas de calúnia, sustentando que:

A ofensa irrogada à pessoa jurídica reputa-se feita aos que a representam ou dirigem. Não há falar em calúnia contra pessoa jurídica, já que o ordenamento jurídico-penal pátrio, fundado em um Direito Penal da conduta, da culpabilidade e da personalidade da pena, veda a responsabilização dos entes morais.

Guilherme Nucci¹⁵, por sua vez, afirma pertinentemente haver a possibilidade de considerar uma pessoa jurídica sujeito passivo do crime de calúnia. Isto porque, a Lei n. 9.605/98 (Lei de Crimes Ambientais) prevê a possibilidade da pessoa jurídica delinquir, consagrando a famigerada responsabilização criminal da pessoa jurídica. Ainda, existe

12 BRASIL. **Decreto-lei n. 2.848 de 07 de dezembro de 1940**. Art. 138 - Caluniar alguém, imputando-lhe falsamente fato definido como crime: Pena - detenção, de seis meses a 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. § 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 nº I do art. 141; III - se do crime imputado, embora de ação pública, o ofendido foi absolvido por sentença irrecorrível.

13 NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal comentado**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 745.

14

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. 14. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 765-766.

15

NUCCI, Guilherme de Souza. op. cit., p. 745.

posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, sumulado sob o n. 227¹⁶, de que “a pessoa jurídica pode sofrer dano moral”, caso se comprove efetivo prejuízo a sua imagem. Destarte, extrai-se que pelo fato de existir a possibilidade de ofensa moral à pessoa jurídica, de modo a afetar sua imagem, bem como, a possibilidade de imputação falsa de crime a pessoa jurídica, os requisitos para a caracterização de calúnia restam satisfatoriamente preenchidos.

De outra banda, vale destacar que também podem ser sujeitos passivos do tipo os inimputáveis, uma vez que o fato falsamente imputado deve ser definido como crime, incluindo-se, assim, todas as figuras típicas, de modo a abarcar aquelas condutas passíveis de serem praticadas por menores ou loucos¹⁷.

De igual forma, os mortos podem sofrer calúnia, uma vez que expressamente determinado pelo texto legal no § 2º, do art. 138, do estatuto repressivo. Contudo, nestes casos o sujeito ativo não será o de cujus, mas sim, seu cônjuge, ascendentes, descendentes ou irmãos.

Giro outro, o tipo penal em exame exprime um elemento normativo fundamental para configuração do delito. Para concretização do crime de calúnia, o fato imputado definido como crime deve ser necessariamente falso. Desse modo, não se considera preenchido o tipo penal caso o fato imputado seja verdadeiro ou o sujeito ativo paute-se em dúvida razoável.

Por seu turno, a calúnia somente comporta a forma dolosa. Para que seja punível a conduta, o autor deve agir com dolo, ou seja, deve praticar a conduta com ânimo de ofender, magoar ou macular a honra alheia.

Deve, também, o fato falsamente imputado ser certo, não abrangendo o crime de calúnia aquelas imputações realizadas de maneira genérica (por exemplo, não se pune por calúnia um indivíduo que chame genericamente a outro de “ladrão”). Assim, para configuração de calúnia deve o agente narrar um fato específico.

Vale destacar que o fato falsamente imputado deve ser crime. Portanto, a falsa imputação de contravenções penais não configura crime de calúnia.

De outra banda, tem-se que os objetos material e jurídico do crime de calúnia são a honra e a imagem da pessoa a quem restou falsamente imputado o fato criminoso.

16

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula n° 227: “A pessoa jurídica pode sofrer dano moral”.

17

NUCCI, Guilherme de Souza, **Código Penal comentado**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 746 .

Contudo, o delito somente se consuma quando a falsa imputação é conhecida por terceiros. Caso a falsa imputação seja diretamente dirigida à vítima, não há de se falar em crime de calúnia, mas sim, de injúria, uma vez que a ofensa recai sobre a honra subjetiva do ofendido.

Quanto à classificação do crime de calúnia, ensina Nucci¹⁸:

Trata-se de crime comum (aquele que não demanda sujeito ativo qualificado ou especial); formal (delito que pode ter resultado naturalístico, embora não seja indispensável); de forma livre (podendo ser cometido por qualquer meio eleito pelo agente); comissivo (“caluniar” implica em ação) e, excepcionalmente, comissivo por omissão (omissivo impróprio, ou jesa, é a aplicação do art. 13, § 2.º, do Código Penal); instantâneo (cujo resultado se dá de maneira instantânea, não se prolongando no tempo); unissubjetivo (que pode ser praticado por um só agente); unissubsistente ou plurissubsistente (pode ser praticado por um ou mais atos integrando a conduta de caluniar); admite tentativa, se for plurissubsistente.

Com efeito, o tipo em exame possui um segundo núcleo, qual seja, a propalação ou divulgação da calúnia. De acordo com o disposto no § 1.º do art. 138, do Código Penal, sujeita-se à mesma pena do delito de calúnia aquele que, sabendo ser falsa a imputação, a propala ou divulga.

De acordo com Cezar Roberto Bitencourt¹⁹:

Embora tenham significados semelhantes, a abrangência das duas expressões [propalar e divulgar] é distinta: *propalar* limita-se, em tese, ao relato verbal, à comunicação oral, circunscreve-se a uma esfera menor, enquanto *divulgar* tem uma concepção mais ampla, que seria tornar público por qualquer meio, inclusive através da fala. Trata-se de crime de conteúdo variado.

Noutro passo, pode o acusado de calúnia ingressar com um incidente processual denominado “exceção da verdade”. Tal incidente tem por escopo a demonstração de que o fato criminoso alegado não é inverídico, operando como forma de defesa indireta do acusado em relação aos autos principais. Para tanto, deve o querelado comprovar que os fatos por si alegados são reais.

Contudo, a exceção da verdade não é admitida em três hipóteses: I – quando o fato imputado à vítima consistir em crime apurado mediante ação penal privada na qual não haja condenação definitiva da vítima; II – quando a calúnia envolver o Presidente da República ou chefe de governo estrangeiro; e III – se o fato delituoso atribuído ao ofendido

18 NUCCI, Guilherme de Souza. loc. cit.

19 BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte especial, vol. 2. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 281.

já tiver sido apreciado pelo Poder Judiciário, tendo sido proferida sentença absolutória definitiva.

Por fim, a sanção penal da calúnia é cumulativa, de seis meses a dois anos de detenção e multa, existindo a previsão de duas majorantes, em um terço, nos termos do art. 141, I, II e III, do Código Penal, ou duplicada, nos termos do art. 145, § único, do mesmo diploma legal.

A ação penal, via de regra, é de iniciativa privada, exercível através de queixa a ser oferecida diretamente pelo ofendido perante o Juízo competente, podendo ser pública condicionada à representação quando: a) praticada contra presidente da República ou contra chefe de governo estrangeiro (a requisição do ministro da Justiça); b) contra funcionário público, em razão de suas funções (a representação do ofendido).

2.2 DIFAMAÇÃO

Outra forma de ofensa à honra objetiva prevista pelo Código Penal corresponde à difamação. Incorre no tipo quem imputa a terceiro fato ofensivo à sua reputação, conforme disposto no art. 139, do Código Penal²⁰.

Segundo Nucci²¹, “difamar significa desacreditar publicamente uma pessoa, maculando-lhe a reputação”. Bitencourt²², por sua vez, define “reputação” como sendo “a estima moral, intelectual ou profissional que alguém goza no meio em que vive”. Nota-se que diferentemente do delito de calúnia, para configuração do tipo basta a divulgação de fatos desonrosos, ofensivos à reputação do ofendido, independentemente de sua veracidade.

Contudo, os fatos difamatórios devem referir-se a um evento concreto, e não a mero conceito ou opinião desfavorável, gravoso ou aviltante em relação a quem são atribuídos.

20 BRASIL. **Decreto-lei n. 2.848 de 07 de dezembro de 1940**. Art. 139 - Difamar alguém, imputando-lhe fato ofensivo à sua reputação: Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa. 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.

21 NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal comentado**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 750.

22 BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte especial**, volume 2. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 297.

Quanto à natureza dos fatos, tem-se que são difamatórios aqueles ofensivos à honra que não constituam fato criminoso, sob consequência de implicar em calúnia.

O sujeito ativo do tipo pode ser qualquer pessoa humana, ao passo que no polo passivo pode figurar tanto pessoas físicas quanto jurídicas.

Com efeito, no tocante às pessoas jurídicas, em que pese existir divergência doutrinária sobre o tema, o Superior Tribunal de Justiça editou a súmula n. 227²³, com a seguinte redação: “A pessoa jurídica pode sofrer dano moral”. Ou seja, o posicionamento do STJ, a partir da mencionada súmula, é o de que, caso comprovado o dano à imagem da pessoa jurídica, ela pode perfeitamente sofrer dano moral.

Destarte, extrai-se que pelo fato de existir a possibilidade de ofensa moral à pessoa jurídica, de modo a afetar sua imagem, aduz-se que a divulgação de fatos ofensivos à sua reputação podem macular sua boa reputação no seio social, preenchendo, pois, os requisitos do tipo penal de difamação.

Sobre a discussão, Luiz Regis Prado²⁴ sustenta que:

Questão assaz conflitiva é a relativa à possibilidade de serem as pessoas jurídicas sujeitos passivos do crime de difamação. De um lado, sustenta-se que os entes morais não podem ser inseridos entre os sujeitos passivos dos delitos contra a honra. [...] De outra parte, porém, propugna-se a admissibilidade da pessoa jurídica como sujeito passivo em se tratando de delito de difamação – já que possui reputação própria, distinta da de seus membros.

Em relação à imputação do fato, tal qual no crime de calúnia, a referência genérica a fatos desonrosos sobre o ofendido não configura o crime de difamação. A imputação difamatória deve apresentar elementos certos e descritivos sobre o acontecimento desonroso, tais quais a ocasião, pessoas envolvidas, lugar, horário, etc. Desse modo, o simples insulto não preenche satisfatoriamente os requisitos da difamação²⁵.

De igual forma, assim como o crime de calúnia, a difamação só comporta a forma dolosa, que corresponde à intenção de ofender, magoar, macular a honra alheia²⁶. Nesse sentido, Bitencourt²⁷ ensina que “não há *animus diffamandi* na conduta de quem se limita a

23 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula n° 227: “A pessoa jurídica pode sofrer dano moral”.

24 PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. 14. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 774.

25 NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal comentado**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 751.

26 NUCCI, Guilherme de Souza. loc. cit.

27 BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte especial**, vol. 2. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 299.

analisar e argumentar sobre dados, fatos, elementos, circunstâncias, sempre na forma impessoal, sem personalizar a interpretação”.

Nessa toada, vale consignar que a difamação não resta configurada nos casos de narrativa testemunhal nos quais o depoente compromissado exponha fatos difamatórios, com o fito de responder a perguntas formuladas pelo Juízo, uma vez que não há dolo, mas sim, *animus narrandi*²⁸.

Por seu turno, os objetos material e jurídico, as classificações do tipo, e a consumação delitiva são semelhantes ao crime de calúnia.

Noutra banda, cumpre observar que a difamação não comporta exceção da verdade, uma vez que, segundo Bitencourt²⁹, “ninguém tem o direito de invadir a privacidade de ninguém, intrometendo-se na vida alheia, e, evidentemente, muito menos o de propalar ou divulgar o que outrem faz ou deixa de fazer”.

Contudo, de acordo com o § único, do art. 139, do Código Penal, se a difamação for perpetrada contra funcionário público, a prova de autenticidade do fato ofensivo será excepcionalmente admitida, em virtude do indiscutível resguardo do interesse público “no bom e fiel desempenho, pelos servidores, de seus encargos”³⁰.

Para finalizar, frisa-se que a difamação é apurada mediante ação penal privada, exercível através de queixa a ser oferecida diretamente pelo ofendido perante o Juízo competente, salvo os casos previstos no § único, do art. 145, do Código Penal, que será apurada mediante ação penal pública condicionada à representação.

A pena é cumulativa, de três meses a um ano de detenção e multa. Os arts. 141 e 145, do Código Penal, preveem majorantes, ao passo que o art. 142, do mesmo diploma legal, prescreve situações excludentes de tipicidade. Caso o sujeito ativo retrate-se cabalmente da difamação, antes da sentença, ficará isento de pena, nos termos do art. 143, do estatuto repressivo.

2.3 INJÚRIA

28 NUCCI, Guilherme de Souza. op. cit. p. 752.

29 BITENCOURT, Cezar Roberto. op. cit. p. 300.

30 PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. 14. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 777.

O terceiro, e último, tipo penal contra a honra previsto no art. 140³¹, do Código Penal, é a injúria, que consiste na ofensa à honra subjetiva do ofendido. Conforme já visto, a honra subjetiva corresponde ao juízo que o indivíduo constrói de si, abarcando seu senso crítico, sua autoestima e autoimagem. A injúria, por sua vez, é a ofensa perpetrada por terceiro cujo escopo é a depreciação da dignidade (respeitabilidade ou amor-próprio) ou do decoro (correção moral ou compostura) de alguém. Desse modo, para o direito penal somente é punível a injúria que efetivamente lesione a honra subjetiva do ofendido.

No crime de injúria, os sujeitos ativo e passivo serão sempre pessoas físicas. A pessoa jurídica não é capaz de sofrer injúria pois, apesar de gozar de reputação no seio social, não tem “amor-próprio” a ser atingido³².

Com efeito, assim como nos crimes de calúnia e difamação, o elemento subjetivo do tipo injúria é o dolo. Somente constitui ação punível a injúria perpetrada com o escopo de ofender, magoar, macular a honra alheia. Portanto, a injúria não comporta a forma culposa – de acordo com o art. 18, II, do Código Penal³³, constituem crimes culposos aqueles causados por imprudência, negligência ou imperícia do agente ativo –, incidindo na injúria o § único do mencionado dispositivo legal³⁴.

Por outro lado, por se tratar de crime contra a honra subjetiva, somente serão sujeitos passivos do tipo injúria aqueles que tenham discernimento ou consciência acerca de sua dignidade ou decoro. Dessarte, excluem-se do rol de sujeitos passivos do crime de injúria os mortos, bem como as crianças e enfermos mentais que não disponham de capacidade autocrítica.

Os objetos material e jurídico, tal qual a classificação do tipo penal, são semelhantes aos dos crimes de calúnia e difamação. A consumação delitiva, por sua vez, ocorre quando o ofendido toma ciência da ofensa, sendo desnecessário o conhecimento de terceiro.

31 BRASIL. **Decreto-lei n. 2.848 de 07 de dezembro de 1940**. Art. 140 - Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro: Pena - detenção, de um a 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 três meses a 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 um a três anos e multa.

32 NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal comentado**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 754.

33 BRASIL. **Decreto-lei n. 2.848 de 07 de dezembro de 1940**. Art. 18 - Diz-se o crime: II - culposo, quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia”.

34 BRASIL. **Decreto-lei n. 2.848 de 07 de dezembro de 1940**. Art. 18, Parágrafo único - Salvo os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente.

Por seu turno, na injúria não há de se falar em exceção da verdade, uma vez que seria totalmente descabível a hipótese de o ofensor tentar comprovar em Juízo a veracidade dos insultos.

Outra peculiaridade do delito de injúria é a provocação reprovável, na qual enseja-se a extinção da punibilidade do autor que perpetra ofensas após provocação reprovável da vítima. Segundo Nucci³⁵:

Configura-se uma hipótese semelhante à violenta emoção, seguida de injusta provocação da vítima. Aquele que provoca outra pessoa, indevidamente, até tirá-lo o seu natural equilíbrio, pode ser vítima de uma injúria. Embora não seja correto, nem lícito, admitir que o provocado ofenda o agente provocador, é causa de extinção da punibilidade. Não haveria razão moral para o Estado punir quem injuriou a pessoa que o provocou.

Da mesma forma, nos casos de retorsão imediata, na qual o indivíduo logo após ser ofendido retribui as ofensas, a doutrina entende que não mostra-se medida proporcional a responsabilização criminal. Guilherme Nucci retrata a retorsão imediata como uma “forma anômala de ‘legítima defesa’”, na qual o ofendido profere novas ofensas a seu agressor com o fito de livrar-se da pecha a ele dirigida³⁶.

Nesse compasso, leciona Cezar Roberto Bitencourt³⁷:

Deve-se ter presente, inicialmente, que a *retorsão imediata* não se confunde com *legítima defesa*, pois, quando aquela tem lugar, o crime de injúria já está consumado, algo impensável em termos de legítima defesa, cujo requisito temporal exige a *iminência ou atualidade* da agressão, que não se confunde com agressão passada.

Com efeito, não há de se confundir a provocação reprovável com a retorsão imediata. Enquanto naquela há somente uma injúria, proferida em face de um provocador que não assumiu a condição de injuriante, nesta existem duas injúrias, a inicial, originadora do conflito, que é revidada com outra injúria³⁸.

Giro outro, a injúria pode ser perpetrada nas formas qualificadas pelos §§ 3º e 4º do art. 140, do Código Penal. De acordo com o § 3º, a injúria perpetrada por meio de violência (chamada injúria real) terá pena de detenção de três meses a um ano e multa, além da pena correspondente à violência. Por sua vez, o § 4º consagra o instituto da injúria praticada

35 NUCCI, Guilherme de Souza. op. cit. p. 755.

36 NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal comentado**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 755

37 BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte especial, vol. 2. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 312.

38 BITENCOURT, Cezar Roberto. op. cit., p. 311.

em razão de raça, cor, etnia, religião, origem ou a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência (injúria discriminatória), estipulando em seu preceito secundário a pena de reclusão de um a três anos e multa.

Vale destacar que em relação à modalidade de injúria descrita pelo § 4º, do art. 140, do Código Penal, o elemento volitivo do agente é fundamental para que não se confunda a injúria racial ou religiosa com os crimes de racismo ou discriminação religiosa. Em ambos os casos, deve-se ter em conta o *animus* do agente de ofender um indivíduo pertencente ao determinado grupo étnico ou religioso, ou a todos os membros daquele grupo, de modo a definir qual o respectivo tipo penal.

Por fim, a sanção penal é alternativa para a forma simples de injúria, consistente em detenção de um a seis meses ou multa. A injúria real é cumulativa, punível com detenção de três meses a um ano e multa, além da pena correspondente à violência. E a injúria discriminatória, por sua vez, é sancionada com pena cumulativa, de reclusão de um a três anos e multa.

A ação penal, tal qual na calúnia e difamação, via de regra é de iniciativa privada, exercível através de queixa a ser oferecida diretamente pelo ofendido perante o Juízo competente, sendo pública condicionada à representação se incidir nas circunstâncias previstas pelo art. 145, § único, do Código Penal, ou do § 3º, do mesmo diploma legal.

3. PRINCÍPIOS DO DIREITO PENAL

Tal qual a espinha dorsal que sustenta o corpo humano, os princípios correspondem à base sobre a qual todo um ordenamento jurídico se ampara. Segundo Nilo Batista, citando Kaufmann³⁹: “toda legislação positiva pressupõe sempre certos princípios gerais do direito”. Tais princípios, por seu turno, operam tanto no sentido de caracterizar o direito, quanto de delimitá-lo, de modo a delinear o padrão de funcionamento e os limites do ordenamento jurídico.

39 KAUFMANN, 1976 apud BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 12. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 59.

Essa função reguladora dos princípios dentro do ordenamento jurídico, por sua vez, decorre da própria essência do estado democrático de direito, uma vez que o ordenamento jurídico de uma nação deve ser o reflexo de sua sociedade, de modo a corresponder às suas aspirações. Assim, a legislação deve operar como um vínculo entre o Estado e os cidadãos, conferindo ao primeiro a legitimidade para exercer o aparato de controle normativo, o qual, por seu turno, é balizado pela aceitação racional de tal pretensão.

Nessa esteira, Paulo César Busato⁴⁰ leciona:

Essa defesa do indivíduo se estabelece através do desenvolvimento dos princípios limitadores da intervenção penal, das verdadeiras barreiras de contenção que se interpõem à atuação violenta do Estado, ao utilizar o instrumento penal contra o indivíduo. O dever de castigar não é absoluto. O perfil político de um Estado se evidencia pela forma como utiliza ou acolhe as barreiras anti-intervencionistas.

Ou seja, os princípios, ao mesmo tempo que conferem legitimidade ao Estado para intervir nas relações relevantes ao direito penal, garantem que essa ingerência não se dará de maneira desenfreada. Desse modo, evita-se uma atuação arbitrária do poder público, garantindo ao particular certa autonomia em suas relações privadas, mas também reserva ao Estado o dever de tutelar aqueles bens jurídicos importantes ao convívio em sociedade.

Nessa toada, ensina Luiz Regis Prado⁴¹:

Os princípios penais constituem o núcleo *essencial* da matéria penal, alicerçando o edifício conceitual do delito – suas categorias –, limitando o poder punitivo do Estado, salvaguardando as liberdades e os direitos fundamentais do indivíduo, orientando a política legislativa criminal, oferecendo pautas de interpretação e de aplicação da lei penal *conforme* a Constituição e as exigências próprias de um estado democrático e social de Direito. Em síntese: servem de fundamento e de limite à responsabilidade penal.

Importante consignar que não se deve confundir princípios com regras. Enquanto estas são imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, aqueles são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade⁴².

No direito penal, segundo Batista⁴³, são cinco os princípios básicos: 1º) princípio da legalidade ou reserva legal; 2º) princípio da intervenção mínima; 3º) princípio da lesividade;

40 BUSATO, Paulo César. **Direito penal**: parte geral. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 23.

41 PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. 14. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 107.

42 ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 70.

43 BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 12. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 62.

4°) princípio da humanidade; e 5°) princípio da culpabilidade. Passa-se, agora, a analisá-los separadamente.

3.1 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

O princípio da legalidade, também conhecido por princípio da reserva legal, tem expressa previsão legal, uma vez que está consagrado no ordenamento jurídico pátrio no primeiro artigo do Código Penal, com a seguinte redação: “Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal”⁴⁴.

Tal norma penal advém da fórmula latina “*nullum crimen nulla poena sine lege*”, e tem origem histórica no período da revolução burguesa, marcada pelo processo de positividade jurídica e publicização da reação penal, segundo ensina Nilo Batista⁴⁵. Em verdade, o princípio da legalidade nasce como resposta ao absolutismo, operando como uma garantia ao cidadão e como forma de delimitação do poder punitivo estatal.

Sobre o tema, ainda no século XVIII, discorria Cessare Beccaria⁴⁶:

A primeira consequência dos princípios da lei é que somente elas podem determinar a pena para crimes, e a autoridade para aplicar as leis penais só pode residir no legislador, que representa toda a sociedade, unida por um pacto social. Nenhum magistrado (que é parte da sociedade) pode, com justiça, infligir a qualquer outro membro da mesma sociedade penas não estabelecidas por lei. Mas uma pena, além dos limites fixados pela lei, é a pena justa mais uma pena adicional; portanto, não pode um magistrado, sob qualquer pretexto de zelo ou de bem público, aumentar a pena estabelecida a um cidadão delinquente.

A partir da ideia de se exigir a existência de uma norma penal (vale dizer, com menção expressa aos seus preceitos primário e secundário) anterior ao fato delituoso, surgem uma série de garantias e consequências que se impõem ao legislador e ao intérprete da lei penal. Estas consequências, segundo Luiz Regis Prado⁴⁷, apresentam-se sob múltiplos aspectos que exprimem verdadeiros subprincípios.

44 BRASIL. **Decreto-lei n. 2.848 de 07 de dezembro de 1940**. Art. 1º: Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal.

45 BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 12. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 63.

46 BECCARIA, Cessare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Hunter Books, 2012, p. 15.

47 PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. 14. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 110.

Estes subprincípios, por seu turno, agem de maneira a condicionar a atuação estatal durante todo o processo penal, submetendo-a à regra da lei, ou, notadamente, ao mecanismo legislativo. Por esta razão, Paulo César Busato⁴⁸ ensina que o princípio da legalidade pode ser considerado como a pedra angular de todo o direito penal de origem latina, obtemperando que:

Tanto os delitos quanto as penas, os procedimentos de atribuição de responsabilidade e da forma de cumprimento dos castigos, devem resultar todos submetidos à lei. As exigências que derivam da *lex previa*, *lex scripta*, *lex stricta* e *lex certa* constituem um conjunto prévio de limites contrapostos à vocação arbitrária do Estado.

Nesse compasso, um dos desdobramentos do princípio da reserva legal é a impossibilidade de retroação da lei penal, salvo em benefício do acusado. Ou seja, é vedada a coerção estatal a um indivíduo que tenha praticado uma conduta que ao tempo do cometimento não era crime, ou a aplicação de pena que quando por ocasião do fato delituoso era mais branda. Essa vedação tem previsão constitucional, no rol das garantias fundamentais – mais precisamente nos incs. II, XXXIX e XL, do art. 5º da Constituição da República de 1988⁴⁹. Desse modo, garante-se que jamais um tribunal de exceção, criado com o fito de julgar um caso determinado, será legitimado para processá-lo.

Com efeito, o art. 9º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos⁵⁰ giza o alcance do princípio da legalidade e da retroatividade da lei penal. Veja-se:

Ninguém pode ser condenado por ações ou omissões que, no momento em que forem cometidas, não sejam delituosas, de acordo com o direito aplicável. Tampouco se pode impor pena mais grave que a aplicável no momento da perpetração do delito. Se depois da perpetração do delito a lei dispuser a imposição de pena mais leve, o delinquente será por isso beneficiado.

De acordo com a mencionada norma, a lei penal beneficiadora é a única passível de retroação. Vale destacar que a norma mais benigna não será necessariamente a despenalizadora ou a que estipula uma pena mais branda. Entendem-se como normas benignas, também, aquelas que criem uma nova causa de justificação, de exclusão de culpabilidade, uma causa impeditiva da operatividade da pena, ou mesmo que estipulem um prazo prescricional menor, por exemplo.

48 BUSATO, Paulo César. **Direito penal**: parte geral. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 28.
49 BRASIL. **Constituição da república federativa do Brasil de 1988**.
50 COSTA RICA, San José. **Convenção americana sobre direitos humanos**.

Sobre o tema, ensina Eugenio Zaffaroni⁵¹:

O princípio da retroatividade da lei penal mais benigna encontra o seu fundamento na própria natureza do direito penal. Se o direito penal regula somente as situações excepcionais, em que o Estado deve intervir para a reeducação social do autor, a sucessão de leis que alteram a ingerência do Estado no círculo de bens jurídicos do autor denota uma modificação na desvalorização de sua conduta. Essa modificação significa que a lei considera desnecessária uma ingerência da mesma intensidade nos bens jurídicos do autor, ou que diretamente é dispensável qualquer ingerência. Disso resulta que já não tem sentido a intervenção do Estado, por desnecessária.

Desse modo, Zaffaroni⁵² conclui: “a retroatividade da lei penal opera como consequência da racionalidade da ação do Estado, seja como garantia de segurança jurídica, seja como questão de ordem pública, sendo sua aplicação obrigatória e desvinculada de pedido pela parte diretamente interessada”.

Outro efeito do princípio da legalidade é a impossibilidade de criação de tipos penais baseados em costumes. Tal impossibilidade diz respeito a tanto o preceito primário da norma penal quanto ao secundário, e advém da máxima “*nullum crimen nulla pena sine lege scripta*”.

Dessarte, o poder punitivo estatal somente poderá recair sobre as condutas que tenham previsão escrita no ordenamento jurídico e figurem como normas regularmente promulgadas, com eficácia e validade.

De igual modo, pelo princípio da reserva legal fica vedado o emprego de analogia para criar crimes, ou para fundamentar ou agravar penas (*nullum crimen nulla poena sine lege scripta*), bem como a criação de tipos penais vagos ou imprecisos (*nullum crimen nulla poena sine lege certa*), que denotem acusações imprecisas, vagas ou indeterminadas, sob pena de incorrer em subjetivização do direito penal.

Assim, tem-se que os tipos penais devem ser certos e precisos (ou seja, de modo a contemplar o caráter taxativo/determinado da lei penal), e com previsão legal e eficácia anteriores aos fatos a serem subsumidos, caso tragam um tratamento mais rígido à respectiva conduta.

3.2 PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA

51 ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Manual de direito penal brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 211.

52 ZAFFARONI, loc. cit.

Assim como o princípio da legalidade, o princípio da intervenção mínima tem origem no contexto dos movimentos políticos de ascensão da burguesia, em meados do século XVIII, que foi marcado por reações ao absolutismo e seu poder punitivo abrangente e ilimitado.

Segundo o princípio da intervenção mínima, o direito penal somente operará em casos realmente relevantes, e que não tenham sido solucionados por outros ramos do direito.

Sobre o tema, ensina Nilo Batista⁵³, citando Quintero Olivares: “*entende-se que o Estado não deva recorrer ao direito penal e sua gravíssima sanção se existir a possibilidade de garantir uma proteção suficiente com outros instrumentos jurídicos não-penais*”.

Dessarte, tem-se o direito penal como a *ultima ratio*, ou seja, como a última forma de exercício do controle social, de maneira a tutelar tão somente aqueles bens jurídicos mais importantes, sob pena de configurar atuação autoritária pelo Estado.

Nessa esteira, nas palavras de Paulo César Busato⁵⁴, a ingerência penal trata-se de uma fase violenta, uma vez que intervém com a pena e com a medida de segurança. Desse modo, há de se reconhecer a necessidade de utilizá-la com moderação, de forma nem tão ampla e nem tão grave. Outrossim, o princípio da intervenção mínima, sob uma ótica utilitarista, corresponderia à busca do maior bem-estar com o menor custo social. Em suma, seria uma expressão de limite político-criminal ao *ius puniendi*.

Por sua vez, tal limite impor-se-ia em detrimento da própria essência do estado democrático de direito, de modo a evitar atos de tirania pelo titular do direito de punir. Ademais, sobre o direito de punir, Cessare Beccaria, em sua obra *Dos Delitos e Das Penas*, sustenta que:

Todos os atos de autoridade de um homem sobre outro, que não derivem de absoluta necessidade, são tirânicos. É sobre isso que está fundado o direito do soberano em punir os crimes; ou seja, sobre a necessidade de defender a liberdade pública, confiada a seus cuidados, da usurpação por indivíduos⁵⁵.

53 OLIVARES, Quintero, 1981 apud BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 12. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 82.

54 BUSATO, Paulo César. **Direito penal**: parte geral. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 55.

55 BECCARIA, Cessare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Hunter Books, 2012, p. 13.

Desse modo, percebe-se que o exercício do poder punitivo há de ser promovido de maneira extremamente equilibrada e proporcional ao dano causado, principalmente por ser a pena, nas palavras de Quintero Olivares⁵⁶, uma “solução imperfeita”.

Para Eugenio Raúl Zaffaroni, a intervenção mínima do direito penal é uma medida saudável, notadamente diante da crise do sistema penal, que, para o doutrinador, opera de maneira totalmente contraproducente. Discorrendo sobre o tema, o autor⁵⁷ obtempera que:

Intervenção mínima é uma tendência político-criminal contemporânea, que postula a redução ao mínimo da solução punitiva nos conflitos sociais, em atenção ao efeito frequentemente contraproducente da ingerência penal do Estado. Trata-se de uma tendência que, por um lado, recolhe argumentos abolicionistas e por outro a experiência negativa quanto às intervenções que agravam os conflitos ao invés de resolvê-los. É uma saudável reação realista frente a confiança ilimitada no tratamento e na solução punitiva dos conflitos, outrora discutida.

Em verdade, através da intervenção mínima do direito penal, busca-se garantir sua máxima efetividade, de modo que sua tutela recaia sobre os bens jurídicos essenciais ao convívio em sociedade. Para Luiz Regis Prado⁵⁸, “*o uso excessivo da sanção criminal (inflação penal) não garante uma maior proteção de bens; ao contrário, condena o sistema penal a uma função meramente simbólica negativa*”.

De acordo com Luiz Regis Prado, a função do princípio da intervenção mínima do direito penal seria a de garantir que o poder punitivo seja meio idôneo para coibir condutas, pautando-se na extrema necessidade da pena, bem como evitando-se o arbítrio legislativo no processo de criminalização, exigindo-se a justificação dos conteúdos sobre os quais tem incidência e pretende ser efetiva.

Por seu turno, a partir do princípio da intervenção mínima, extraem-se duas características do direito penal, quais sejam, a *fragmentariedade* e a *subsidiariedade*.

Por fragmentariedade, entende-se que o direito penal somente tutelar as ofensas a bens jurídicos realmente importantes, relevantes e indispensáveis ao convívio em sociedade. De acordo com Nilo Batista⁵⁹, citando Franco Bricola, “*a fragmentariedade se opõe a ‘uma visão onicompreensiva da tutela penal, e impõe uma seleção, seja dos bens jurídicos ofendidos a proteger-se, seja das formas de ofensa*”.

56 OLIVARES, Quintero, 1981 apud BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. 12. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 82.

57 ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Manual de direito penal brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 324.

58 PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. 14. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 117.

59 BRICOLA, Franco 1984 apud BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 12. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 84.

Por seleção, entende-se o processo de escolha daqueles bens jurídicos identificados como essenciais ao desenvolvimento humano em sociedade, de modo a resguardar o direito penal como produto ou reflexo do meio social sobre o qual incide. Nessa esteira, Paulo César Busato⁶⁰ destaca que através do princípio da fragmentariedade, “pouco a pouco se vão retirando do meio legislativo tipos penais cuja identificação à ofensa de tal bem jurídico não se respalda em um consenso social sobre sua imprescindibilidade”, como, por exemplo, o adultério, que apenas no ano de 2005 deixou de ser considerado crime.

Noutra esteira, a subsidiariedade do direito penal, por sua vez, consubstancia-se na atuação do direito penal somente nos casos em que outros ramos do direito (ramos extrapenais) não logram êxito em prestar uma tutela satisfatória ao bem jurídico. Tal característica parte do pressuposto de que o direito penal seria a forma de coerção mais gravosa, pautando-se na ideia de que a aplicação desse meio gravoso somente seria legitimada se os meios menos onerosos não garantissem a proteção ao objeto tutelado.

Para Claus Roxin⁶¹:

O Direito Penal é, inclusive, a última dentre todas as medidas protetoras que devem ser consideradas, quer dizer que somente se pode intervir quando falhem outros meios de solução social do problema – como a ação civil, os regulamentos de polícia, as sanções não penais, etc. Por isso se denomina a pena como a *ultima ratio* da política social e se define sua missão como proteção subsidiária de bens jurídicos.

Destarte, percebe-se que a partir do princípio da intervenção mínima, através da atuação fragmentária e subsidiária do direito penal, a tutela a bens jurídicos através da imposição de pena há de ser seletiva. Ou seja, não se deve promover uma persecução penal com o fito de tutelar a ofensa a bens jurídicos que não sejam extremamente relevantes, e nem aos que recebam proteção por outros ramos do ordenamento.

Por ser a pena a *ultima ratio* da política social, configurando-se como meio verdadeiramente violento de coerção, há o direito penal de operar de maneira restritiva, sob pena de configurar atuação autoritária e desmedida.

3.3 PRINCÍPIO DA LESIVIDADE

60 BUSATO, Paulo César. **Direito penal**: parte geral. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 58.

61 ROXIN, Claus. Derecho Penal – parte general. apud GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**. Impetus: Rio de Janeiro, 2011, p. 48.

Enquanto os ramos do conhecimento nas áreas da ética e da moral versam sobre condutas, ideologias ou mesmo opiniões que por vezes, dentro do seio social, podem ser consideradas reprováveis, o direito penal atua através da valoração de condutas efetivamente praticadas pelo criminoso em detrimento de bens jurídicos que o legislador optou por tutelar.

Desse modo, tem-se que uma conduta pode, ao mesmo tempo, ser considerada imoral e delituosa. Contudo, a recíproca não é verdadeira. Nem toda a conduta reprovável será necessariamente definida como crime.

Partindo-se de tal constatação, depreende-se que o direito penal tutela tão somente as ofensas irrogadas a bens jurídicos, excluindo-se aqueles comportamentos balizados como imorais ou pecaminosos que não venham a ofender direitos de outrem. Ou seja, não cabe ao direito penal promover a educação moral dos cidadãos.

Por seu turno, o princípio da lesividade versa justamente sobre a ingerência do direito penal nas condutas desvaloradas pelo legislador, e efetivamente exteriorizadas pelo agente. Para Nilo Batista⁶², “este princípio transporta para o terreno penal a questão geral da *exterioridade e alteridade* (ou *bilateralidade*) do direito, uma vez que obrigatoriamente a conduta do autor do crime há de se relacionar ao bem jurídico.

Desse modo, segundo Claus Roxin⁶³, somente deverão ser castigados aqueles comportamentos que lesionem direitos de outras pessoas, e não sejam estritamente imorais, de modo a limitar a legitimidade da atuação do direito penal à garantia da ordem pacífica externa da sociedade.

Com efeito, segundo a doutrina, o princípio da lesividade admite quatro funções: a) proibição de incriminação de atitudes internas; b) proibição de incriminação de condutas que não excedam o âmbito do próprio autor; c) proibição de incriminação de simples estados ou condições existenciais; e d) proibição de condutas desviadas que não afetem qualquer bem jurídico.

Nesse compasso, a primeira função do princípio da lesividade consiste na proibição de criminalização de atitudes internas. Ou seja, as ideologias, convicções, ideias,

62 BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 12. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 89.

63 ROXIN, Claus. *Iniciación al derecho penal de hoy*. apud BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 12. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 89.

aspirações, desejos e sentimentos do indivíduo não devem embasar um tipo penal, mesmo nos casos que se orientem para o cometimento de um crime. Nas palavras de Nilo Batista⁶⁴, “o projeto mental do cometimento de um crime (cognição) não é punível (*cogitationis poenam nemo patitur*)”.

Assim, é certo que os atos preparatórios para a prática de um crime não devem ser punidos, caso o sujeito ativo não proceda à sua exteriorização. Para tanto, deve-se analisar, no caso concreto, o estágio de evolução do *iter criminis*, ou “caminho do crime”, que nada mais consiste do que a série concatenada de eventos ou etapas que culminam no resultado “crime”.

Nesse giro, o fato delituoso é prescindido por uma série de etapas, que se iniciam a partir da fase interna ou cognitiva, passando pela fase externa, com a preparação, execução e finalmente a consumação do crime. Para o direito penal, contudo, somente os atos praticados durante a fase externa têm relevância, excluindo-se os elementos da fase cognitiva. Nessa esteira, ensina Basileu Garcia⁶⁵:

Instaura-se a eventualidade da pena tão-só quando o agente penetra no campo dos atos executivos, passando a concretizar o seu desígnio no fato penalmente proibido. Nem podia deixar de ser assim, porquanto larga margem de atividade lhe sobriaria até a consumação, sendo bem possível que desistisse em meio ao *iter criminis*. Ora, a desistência, como adiante veremos, anula a tentativa. Como, pois, alçar ao grau de tentativa punível a mera preparação?

Ou seja, os atos preparatórios do delito não hão de ser puníveis, por não constituírem crime. Nessa toada, o próprio Código Penal, em seu art. 14, inciso II, ao definir crime na modalidade tentada, exige que a execução tenha sido iniciada, não se consumando o delito por circunstâncias alheias à vontade do agente.

Dessarte, exprime-se que somente serão submetidos a apreciação do direito penal aquelas condutas externas, ou mesmo aquelas internas que tenham nítida associação a condutas externas, de modo a representar, no plano empírico, uma efetiva lesão ou risco ao bem jurídico.

Adiante, tem-se que a segunda função do princípio da lesividade é a de proibir condutas que não excedam o âmbito do próprio autor. Nesse caso, a despeito da proibição de incriminação de atitudes internas, o agente efetivamente dá causa a uma conduta

64 BATISTA, Nilo. op. cit., p. 90.

65 GARCIA, Basileu. **Instituições de direito penal**. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 1972. p. 232.

externa. Tal conduta pode apresentar potencialidade lesiva a bens jurídicos. Contudo, caso não exceda o âmbito daquele que deu causa, a conduta não será punível pelo direito penal.

Assim, depreende-se que o direito penal não punirá as autolesões, que, para Batista⁶⁶, são aquelas condutas externas que, “embora vulnerando formalmente um bem jurídico, não ultrapassa o âmbito do próprio autor, como por exemplo o suicídio, a automutilação e o uso e drogas”.

Deveras, no Brasil, com o advento da Lei n. 11.343/2006, que em seu art. 28 criminalizou o porte de entorpecentes para uso pessoal, instaurou-se assaz polêmica no âmbito jurídico acerca da constitucionalidade de criminalização do uso de drogas.

Por um lado, os defensores da criminalização do porte de drogas para uso próprio entendem ser tal conduta potencialmente atentatória à coletividade, por representar fator de difusão e fomento ao tráfico de entorpecentes. Nesse sentido, Vicente Greco Filho⁶⁷:

A razão jurídica da punição daquele que adquire, guarda ou traz consigo para uso próprio é o perigo social que sua conduta representa. Mesmo o viciado, quando traz consigo a droga, antes de consumi-la, coloca a saúde pública em perigo, porque é fato decisivo na difusão dos tóxicos. Já vimos ao abordar a psicodinâmica do vício que o toxicômano normalmente acaba traficando, a fim de obter dinheiro para aquisição da droga, além de psicologicamente estar predisposto a levar outros ao vício, para que compartilhe ou de seu paraíso artificial ou de seu inferno

De outra banda, a corrente crítica ao tipo penal previsto no art. 28, da Lei de Tóxicos, defende a inconstitucionalidade de punição da conduta, uma vez que o perigo à saúde pública por ela gerado é estritamente abstrato. Outrossim, o uso de drogas denota tão somente perigo concreto à saúde do próprio usuário, de modo a não preencher satisfatoriamente o princípio da lesividade. Nesse sentido, obtempera Renato B. De Lima⁶⁸:

Para muitos, essa opção pela punição do porte de drogas para consumo pessoal seria incompatível com a Constituição Federal, seja por violar o direito à intimidade e à vida privada (CF, art. 5º, X), seja por ser mostrar incompatível com o princípio da ofensividade. Nesse contexto, Maria Lúcia Karam sustenta que o porte de drogas para consumo pessoal em circunstâncias que não envolvam um perigo concreto, direto e imediato para terceiro, não afeta nenhum bem jurídico alheio, dizendo respeito unicamente ao indivíduo e sua intimidade e as suas opções pessoais. Logo,

66 BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 12. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 90.

67 GRECO FILHO, Vicente. **Tóxicos: Prevenção e repressão**. Comentários à Lei 11.343/2006 – Lei de Drogas. São Paulo: Saraiva, 2011.

68

LIMA, Renato Brasileiro. **Legislação criminal especial**. 3 ed. Salvador: JusPODIVM, 2015, p.711.

como o Estado não está autorizado a penetrar no âmbito da vida privada, não pode intervir sobre condutas de tal natureza, vez que o indivíduo pode ser e fazer o que bem quiser, conquanto não afete concretamente direito de terceiros.

Com efeito, partindo-se da premissa de que o uso de drogas consiste em tema afeto à saúde pública, parece proporcional que seja zelado pela estrutura da própria saúde pública. Não obstante a doutrina majoritária apontar para a inconstitucionalidade do art. 28, da Lei de Tóxicos, sob o argumento de não preencher de modo satisfatório o princípio da lesividade, indo-se além pode-se suscitar que a estrutura penal, dentro de sua notória defasagem, não afigura meio eficaz para tratamento de dependentes químicos. O tema relativo às drogas é complexo, podendo ser estudado a partir de diversas perspectivas, seja jurídica, biológica ou social. Contudo, por se tratar primordialmente de problema relacionado à saúde pública, os tratamentos clínico, ambulatorial e terapêutico ao dependente químico, em contrapartida à sua penalização, mostram-se alternativas saudáveis de tratamento.

Noutro compasso, a terceira função do princípio da lesividade seria a proibição de incriminação de simples estados ou condições existenciais. Segundo tal premissa, o direito penal não é legitimado a agir em face do indivíduo, mas sim, de sua conduta.

Para Zaffaroni⁶⁹, “um direito que reconheça e ao mesmo tempo respeite a autonomia moral da pessoa jamais pode punir o *ser*, senão o *fazer* dessa pessoa, já que o próprio direito é uma ordem reguladora de conduta”.

Desse modo, o direito punitivo, ao contrário do que rotineiramente se pretende, deve ser um direito penal da ação, e jamais do autor, segundo ensina Batista, sob pena de se violar as exigências de certeza e segurança jurídica características do Estado de direito.

Outrossim, o indivíduo propriamente dito, em especial no tocante à sua conduta e convívio social, não será objeto da constituição do crime, mas tão somente da análise jurídico-penal acerca de sua culpabilidade e posterior aplicação e execução de pena.

Dessarte, evita-se o direito penal do autor, punindo-se tão somente as condutas perpetradas pelo criminoso, e jamais o criminoso em si.

Finalmente, a quarta função do princípio da lesividade corresponde à proibição de incriminação de condutas desviadas que não afetem qualquer bem jurídico.

69 ZAFFARONI, Eugenio Raúl apud BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 12. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 91.

Por conduta desviada, entende-se aquela desaprovada pela coletividade, que fuja dos parâmetros considerados normais dentro das tradições das respectivas sociedades. Em outras palavras, as condutas ou hábitos tidos como diferentes ou anormais.

Essas condutas, por mais anômalas que possam ser consideradas, não podem ser criminalizadas caso não ofendam nenhum bem jurídico, uma vez que não cabe ao direito penal a apreciação moral dos indivíduos, mas tão somente a valoração de suas condutas.

De outra banda, pontuadas as funções do princípio da lesividade, percebe-se a importância do conceito de bem jurídico, precípua objeto do direito penal. Em verdade, os bens jurídicos podem ser classificados de várias formas, variando entre físicos e morais, individuais e coletivos.

Para Nilo Batista⁷⁰:

O bem jurídico põe-se como sinal de lesividade (exterioridade e alteridade) do crime que o nega, “revelando” e demarcando a ofensa. Essa materialização da ofensa, de um lado, contribui para a limitação legal da intervenção penal, e de outro a legitima. Por isso mesmo, como parece ter percebido von Liszt, o bem jurídico se situa na fronteira entre a política criminal e o direito penal.

Com efeito, denota-se que na fronteira entre a política criminal e o direito penal inserem-se as relações sociais complexas que o legislador optou por preservar e reduzir, podendo ser múltiplos os aspectos de tais relações que culminam em serem convertidos em bens jurídicos.

Nesse sentido, nas palavras de Batista⁷¹, pode-se dizer que os bens jurídicos são frutos de criações políticas do crime, mediante a imposição de pena a determinada conduta. Dessa maneira, numa sociedade de classes, os bens jurídicos seriam nada menos do que a expressão dos interesses da classe dominante.

Por fim, o autor⁷² atribui cinco funções ao bem jurídico:

1^a) *axiológica* (indicadora das valorações que presidiram a seleção do legislador); 2^a) *sistemático-classificatória* (como importante princípio fundamentador da construção de um sistema para a ciência do direito penal e como o mais prestigiado critério para o agrupamento de crimes, adotado por nosso código penal); 3^a) *exegética* (ainda que não circunscrito a ela, é “o elemento central do preceito”, constituindo-se em importante instrumento metodológico na interpretação das normas jurídico-penais); 4^a) *dogmática* (em inúmeros momentos, o bem jurídico se

70 BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 12. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 93.

71 BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 12. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 93

72 *ibid.*, p. 94.

oferece como uma cunha epistemológica para a teoria do crime: pense-se nos conceitos de resultado, tentativa, dano/perigo, etc.); 5ª) *crítica* (a indicação dos bens jurídicos permite, para além das generalizações legais, verificar as concretas opções e finalidades do legislador, criando, nas palavras de Bustos, oportunidade para “a participação crítica dos cidadãos em sua fixação e revisão”).

3.4 PRINCÍPIO DA HUMANIDADE

O princípio da humanidade manifesta-se de maneira intimamente ligada à cominação, imposição e execução da pena, em face ao delito propriamente dito. Com efeito, tal princípio do direito penal corresponde a um corolário dos movimentos sociais humanistas surgidos ao longo do século XVIII, com destaque para a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 – que desde logo dispunha sobre a ideia de proporcionalidade entre os delitos e as penas –, e difundido ao longo dos séculos subsequentes, com especial notoriedade para a Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

Com efeito, o precípua objeto do princípio da humanidade consiste no repúdio às penas que afetem o indivíduo de maneira desumana. Nessa esteira, inserem-se principalmente as penas cruéis e de caráter perpétuo. Outrossim, o que busca-se através deste princípio é a humanização da pena, como forma de negação à conduta, e jamais ao indivíduo.

De acordo com Luiz Regis Prado⁷³:

A ideia de humanização das penas criminais tem sido uma reivindicação constante no perpassar evolutivo do Direito Penal. Das penas de morte e corporais, passa-se, de modo progressivo, às penas privativas de liberdade e destas às penas alternativas (ex: multa, prestação de serviços à comunidade, interdição temporária de direitos, limitação de fim de semana).

Em verdade, o princípio da humanidade decorre da própria natureza do estado democrático de direito, como forma de respeito à dignidade da pessoa humana. Nessa toada, postulam-se duas características da pena que decorrem do princípio em análise: racionalidade e proporcionalidade.

73 PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. 14. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 122.

Por racionalidade entende-se o dever de se resguardar, com a imposição da pena, o seu caráter humanizador, de modo a jamais causar sofrimento ao condenado. De acordo com Eugenio Raúl Zaffaroni⁷⁴, a “pena racional” corresponde ao antônimo de “pena cruel”, e, de igual modo, não se confunde com “pena doce”. Trata-se da proscrição das penas cruéis, desumanas, degradantes ou que desconsiderem o homem como pessoa. Nas palavras de Nilo Batista:

A racionalidade da pena implica tenha ela um sentido compatível com o humano e suas cambiantes aspirações. A pena não pode, pois, exaurir-se num rito de expiação e opróbrio, não pode ser uma coerção puramente negativa. Isso não significa, de modo algum, questionar o caráter retributivo, timbre real e inegável da pena. Contudo, a pena que se detém na simples retributividade, e portanto converte seu modo em seu fim, em nada se distingue da vingança. A pena de morte, estritamente negativa (além de ineficaz, do ponto de vista da prevenção geral), violenta essa racionalidade.

Por seu turno, a proporcionalidade consiste no resguardo de simetria entre o dano causado e a pena aplicada. Segundo Batista⁷⁵, citando Muñoz Conde, “a ideia de ‘proporcionalidade integra a ideia de justiça, imanente do direito’; a hipertrofia do direito penal caracteriza o ‘estado totalitário que procura afiançar-se através de brutais ameaças penais’”.

Dessa maneira, proíbe-se a aplicação de pena de morte ao indivíduo que mata um fã ou falsifica um documento, por exemplo, uma vez que, segundo Beccaria⁷⁶, conduziria a uma destruição de sentimentos morais.

No sistema jurídico brasileiro, por sua vez, percebe-se forte incidência do princípio da humanidade, notadamente no inc. XLVII, do art. 5º da Constituição da República de 1988, que veda a imposição das penas de morte, perpétua, de banimento, de trabalhos forçados e de natureza cruel.

Assim, através do princípio da humanidade resta estabelecida a inconstitucionalidade de qualquer pena ou consequência que gere impedimentos físicos permanentes ao condenado, bem como qualquer consequência jurídica indelével do delito. De acordo com Zaffaroni⁷⁷:

74 ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Manual de direito penal brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 165.

75 CONDE, Muñoz apud BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 12. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 96 e 97.

76 BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: J. Bushatsky, 1978, p. 226.

77 ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Manual de direito penal brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 165 e 166.

A república pode ter homens submetidos à pena, “pagando suas culpas”, mas não pode ter “cidadãos de segunda”, sujeitos considerados afetados por uma *capitis diminutio* para toda a vida. Toda a consequência jurídica de um delito – seja ou não uma pena – deve cessar em algum momento, por mais longo que seja o tempo que deva transcorrer, mas não pode ser perpétua no sentido próprio da expressão.

Partindo-se de tal ponderação, pode-se suscitar a possibilidade de, num plano abstrato, a pena não denotar crueldade, porém, concretamente, ensejar situações de extremo martírio ao condenado, ou mesmo a sua família. Essas situações, segundo Zaffaroni, ocorrem, por exemplo, em casos nos quais a esposa do criminalizado está doente e os filhos abandonados e sem meios de subsistência, ou mesmo se o condenado contrai alguma moléstia grave, se sofre um acidente ou uma violência carcerária grave, e está próximo da morte.

Nessas situações extremas, plausível a indagação acerca da possibilidade do juiz adequar a quantificação penal abaixo do limite mínimo da pena. De acordo com Zaffaroni, seria plenamente legítimo, sob a égide do princípio da humanidade, uma vez que sua vigência é absoluta.

Dessarte, nos casos concretos, o princípio da humanidade orientaria tanto a ação legislativa como a ação jurídica particular, indicando que o juiz jamais poderia violá-lo, uma vez que os atos jurisdicionais devem guardar respaldo jurídico, configurando a violação ao princípio da humanidade ato antijurídico.

3.5 PRINCÍPIO DA CULPABILIDADE

Considerado pela doutrina como uma conquista moderna do direito penal, o princípio da culpabilidade atribui ao injusto penal um elemento subjetivo, necessário à caracterização do crime. Com efeito, este elemento trata-se justamente da culpabilidade, que consiste na atribuição subjetiva do fato típico ao indivíduo.

Com efeito, de acordo com o conceito analítico, o crime é definido como uma conduta humana típica, antijurídica e culpável. Por injusto penal entende-se a conduta típica – que tem previsão/tipificação legal – e antijurídica – perpetrada de forma contrária à lei. A culpabilidade, por seu turno, insere-se justamente como sendo a figura subjetiva que relaciona a tipicidade e antijuridicidade à conduta do agente.

Nessa esteira, Paulo César Busato⁷⁸ define a culpabilidade:

Primeiramente, se identifica a culpabilidade como uma *categoria dogmática* que faz parte do próprio conceito de delito. Nesse sentido, trata-se de um conceito meramente dogmático composto por elementos variáveis conforme a teoria do delito adotada. Em um segundo sentido, a culpabilidade também costuma ser compreendida como um elemento de *graduação da pena*, onde se estabelece, sob o postulado da proporcionalidade, uma relação entre culpa e castigo. A esses sentidos acresce-se o de um *conceito político criminal* e ao mesmo tempo de um *limite do âmbito do punível*, que “inclui ou pressupõe, por sua vez, os princípios de responsabilidade pessoal ou responsabilidade subjetiva, de responsabilidade pelo fato, a presunção de inocência e da individualização da pena”.

Ou seja, culpabilidade, em suma, trata-se da possibilidade de atribuição de culpa ao indivíduo. Como ilustração, cita-se uma tipificação trazida pelo Código de Hammurabi, na Babilônia antiga, segundo a qual seria punido com a morte o pedreiro que construísse uma casa sem fortificá-la, e que viesse a cair e matar o seu morador; de igual forma, se com a queda da casa o filho do morador também morresse, o filho do pedreiro seria igualmente punido com a morte.

O princípio da culpabilidade, no entanto, surge como forma de superação de tal lógica de imputação objetiva e difusa, de maneira a não mais atribuir matematicamente o resultado ao agente que o deu causa.

Em verdade, através do princípio da culpabilidade, leva-se em conta o elemento volitivo do agente. Assim, repudia-se a responsabilização objetiva, aferida pelo resultado, de modo a privilegiar a atribuição subjetiva da culpa.

Outrossim, leciona Luiz Regis Prado⁷⁹:

A exigência de responsabilidade subjetiva quer dizer que, em havendo delito doloso ou culposos, a consequência jurídica deve ser proporcional ou adequada à gravidade do desvalor da ação representado pelo dolo ou culpa, que integral, na verdade, o tipo de injusto e não a culpabilidade.

Destarte, no exercício de responsabilização subjetiva deve ser analisada a existência de dolo (art. 18, inciso I, do Código Penal) ou culpa (art. 18, inciso II, do Código Penal) na conduta do agente. Por dolo, entende-se o resultado obtido através da vontade ou

78 BUSATO, Paulo César. **Direito penal**: parte geral. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 71 e 72.
79 PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. 14. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 125.

assunção de produção pelo agente. De outra banda, a culpa consiste no resultado gerado por negligência, imprudência ou imperícia daquele que o deu causa.

Adiante, tem-se que a partir do princípio da culpabilidade denotam-se duas características acerca da responsabilização penal: a subjetividade e a personalidade.

Subjetividade consiste justamente na impossibilidade de associação causal entre a conduta e o resultado, conforme anteriormente pontuado. A culpabilidade se impõe como elemento indispensável, devendo o dolo ou a culpa integrarem a conduta do agente.

A personalidade, por seu turno, manifesta-se na fase de imposição da pena, por meio de duas consequências do princípio da culpabilidade, quais sejam, a intranscendência e a individualização da pena. A intranscendência corresponde à impossibilidade da pena extrapolar o âmbito do autor do crime, de modo que a responsabilização penal será sempre pessoal. A individualização, por seu turno, consiste, nas palavras de Nilo Batista⁸⁰, na “exigência de que a pena aplicada considere aquela pessoa concreta à qual se destina”. Assim, impõe-se que, mesmo nos casos de coautoria, no qual cada um dos partícipes contribuiu de maneiras semelhantes para o resultado, a aplicação da pena considere individualmente as suas condições.

4. DESCRIMINALIZAÇÃO

O direito penal, em razão de seu caráter valorativo, baseia-se na distinção entre condutas consideradas pela sociedade como “normais” e “desviadas”. Por sua vez, tal dicotomia é fruto das relações interpessoais, objeto de estudo da sociologia. Uma vez traçado um padrão comportamental a ser seguido pelos membros da sociedade, permite-se aferir se determinada conduta merece ser taxada como criminosa ou não.

Por seu turno, a criminalidade aponta para a reação social a determinado comportamento que venha a perturbar a habitualidade, suscitando entre os membros do corpo social indignação, irritação, sentimento de culpa e outros sentimentos análogos. Nessa esteira, Alessandro Baratta⁸¹ ressalta que:

80 BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 12. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 101.

81 BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**. 6. ed. Rio de

O comportamento deve ser capaz de perturbar a percepção habitual, de *routine*, da “realidade tomada por dada” (taken-for-granted reality). [...] Tal comportamento é, antes de tudo, percebido como o oposto do comportamento “normal”, e a normalidade é representada por um comportamento predeterminado pelas próprias estruturas, segundo certos modelos de comportamento, e correspondente ao papel e à posição de quem atua.

Este “etiquetamento” de comportamentos baseado no senso comum conduz à definição de desvio alinhado à responsabilização moral e reação social, que exige o rompimento da *routine* por meio de uma conduta consciente do agente, e a possibilidade de ação diversa, de acordo com as normas. Desse modo, a ciência jurídica constrói as normas penais a partir da absorção dos comportamentos desviados, orientados pelo senso comum, de maneira a determinar a imputação delitiva em obediência às seguintes categorias: violação da norma, consciência e vontade.

Assim, o direito penal busca cumprir com o dever de garantir ao jurisdicionado a segurança jurídica, que nas palavras de Zaffaroni⁸² corresponde à função de “*proteção dos bens jurídicos (direitos), como forma de assegurar a coexistência*”. Por sua vez, os bens jurídicos devem ser reflexo dos valores considerados relevantes pela sociedade. Desse modo, exige-se que o ordenamento jurídico se amolde àquele grupo social sobre o qual gera efeitos, de modo a ensejar o equilíbrio social.

Para Juarez Cirino dos Santos⁸³, a violação das regras é fruto da desorganização social, em razão de falhas normativas do sistema social consistentes em: a) ausência de normas; b) conflito cultural; e c) quebra ou bloqueio das regras existentes. Por seu turno, o autor⁸⁴ aponta que:

O restabelecimento do equilíbrio do sistema de regras constitutivas requer (a) ou modificações nas regras para disciplinar as mudanças não previstas (b) ou socialização das áreas subculturais (organizadas em torno de valores diferentes) segundo os valores das regras sociais constitutivas.

Nessa esteira, insere-se o conceito de *política criminal*, que consiste no processo de adaptação da legislação criminal e dos órgãos que a aplicam à realidade fruto das

Janeiro: Revan, 2011, p. 95 e 96.

82 ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Manual de direito penal brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 92.

83 SANTOS, Juarez Cirino dos. **A criminologia da repressão: uma crítica ao positivismo em criminologia**. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 88.

84 SANTOS, loc. cit.

incessantes mudanças sociais. As políticas criminais contemporâneas apontam para a superação do encarceramento, diante do fracasso da pena privativa de liberdade, em prol de medidas alternativas. Sobre o tema, assevera Nilo Batista⁸⁵:

A constatação pela pesquisa empírica, nos últimos cinquenta anos, do fracasso da pena privativa de liberdade com respeito a seus objetivos proclamados, levou a uma autêntica *inversão de sinal*: uma política criminal que postula a permanente redução do âmbito de incidência do sistema penal. Assim se estende Fragoso: “uma política criminal moderna orienta-se no sentido da descriminalização e da desjudicialização, ou seja, no sentido de contrair ao máximo o sistema punitivo do Estado, dele afastando todas as condutas anti-sociais que podem ser reprimidas e controladas sem o emprego de sanções criminais”.

Com efeito, são diversas as linhas ou tendências que se oferecem como forma de reforma dos sistemas penais. De acordo com Juarez Cirino dos Santos⁸⁶, “a *‘redefinição’ de estratégias de controle social passa pelas medidas de descriminalização e despenalização, para se consumir em políticas de substitutivos penais*”. Assim, surgem métodos mais adequados do que o encarceramento, como alternativas às formas tradicionais de controle social.

4.1 PROCESSOS DE CRIMINALIZAÇÃO

O controle social pode ser definido como uma característica da convivência em sociedade, podendo atuar através de vários meios, tais quais a família, a escola, a religião ou mesmo a lei. Através do controle social busca-se a criação de uma estrutura organizacional capaz de ensejar o convívio em equilíbrio dos grupos da sociedade. Para Zaffaroni⁸⁷: “*é certo que toda sociedade apresenta uma estrutura de poder, com grupos que dominam e grupos que são dominados, com setores mais próximos ou mais afastados dos centros de decisão*”.

Esta “proximidade” de determinados grupos aos centros de decisão, no direito penal, permite a formulação de questionamentos acerca da maneira de exercício do poder punitivo

85 BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 12. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 35.

86 SANTOS, Juarez Cirino dos. **A criminologia radical**. Rio de Janeiro: forense, 1981, p. 79.

87 ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Manual de direito penal brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 62.

estatal, sobretudo no tocante à igualdade e direcionamento das normas penais. Ou seja, a partir dos diferentes patamares de controle social suscita-se a seletividade das normas penais, notadamente ante a diferenciação de tratamento a indivíduos de classes diversas, consistente na teoria do “*Labeling Approach*” ou Etiquetamento Social.

De acordo com Alessandro Baratta⁸⁸, existe um mito acerca da igualdade no direito penal. Segundo o autor, o direito penal em tese cumpriria com seu dever de proteger igualmente todos os cidadãos contra ofensas aos bens jurídicos essenciais, nos quais estão igualmente interessados; bem como a lei penal se destinaria de maneira igualitária a todos os membros da sociedade, de modo que os autores de comportamentos antissociais e violadores de normas penalmente sancionadas teriam iguais chances de tornarem-se sujeitos do processo de criminalização, e submeterem-se às mesmas consequências daqueles que editam as leis. Contudo, Baratta⁸⁹ suscita que na realidade o direito penal opera de maneira extremamente desigual, uma vez que:

a) o direito penal não defende todos e somente os bens essenciais, nos quais estão igualmente interessados todos os cidadãos, e quando pune as ofensas aos bens essenciais o faz com intensidade desigual e de modo fragmentário; b) a lei penal não é igual para todos, o *status* de criminoso é distribuído de modo desigual entre os indivíduos; c) o grau efetivo de tutela e a distribuição do *status* de criminoso é independente da danosidade social das ações e da gravidade das infrações à lei, no sentido de que estas não constituem a variável principal da reação criminalizante e da sua intensidade.

Essa diferenciação da atuação do direito penal ocasionaria então um processo de seletividade, que pode ser fragmentado em três etapas: processo de criminalização primário, secundário e terciário.

A primeira etapa, denominada de processo de criminalização primário, consiste na definição dos bens jurídicos a serem tutelados pelo direito penal. É promovida pelo próprio Estado, através do poder legislativo. Nesse estágio, segundo a doutrina crítica, formulam-se os conteúdos dos tipos penais e a quantificação das penas obedecendo-se a uma lógica de desigualdade, de maneira a estabelecer previamente a seara de indivíduos que serão criminalizados. Para Vera Andrade⁹⁰:

88 BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 162.

89 BARATTA, loc. cit.

90 ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 279.

Quanto aos “conteúdos” do Direito Penal abstrato, esta lógica se revela no direcionamento predominante da criminalização primária para atingir as formas de desvio típicas das classes e grupos socialmente mais débeis e marginalizados. Enquanto é dada a máxima ênfase à criminalização das condutas contrárias às relações de produção (crimes contra o patrimônio individual) e políticas (crimes contra o Estado) dominantes e a elas dirigida mais intensamente à ameaça penal; a criminalização de condutas contrárias a bens e valores gerais como a vida, a saúde, a liberdade pessoal e outros tantos não guarda a mesma ênfase e intensidade da ameaça penal dirigida à criminalidade patrimonial e política.

De acordo com essa ótica, portanto, os tipos penais seriam formulados com a finalidade prévia de precaver aquelas condutas tipicamente praticadas por indivíduos integrantes das classes sociais mais vulneráveis, enquanto resguardam às classes dominantes sanções com um grau de severidade menor.

Adiante, o processo de criminalização secundário sugere a corroboração da estigmatização das classes marginalizadas pelas próprias instituições oficiais de controle social. Dessarte, a atuação oficial seria voltada à persecução dos delitos típicos dos grupos sociais mais débeis. Essa estigmatização seria nada menos do que a concretização da seleção prévia dos destinatários das normas penais, efetuada pelos operadores do direito através de sua discricionariedade.

Nessa linha, Vera Andrade aponta que⁹¹:

A lei penal configura tão só um marco de decisão, no qual os agentes do controle social formal desfrutam ampla margem de discricionariedade na seleção que efetuam, desenvolvendo uma atividade criadora proporcionada pelo caráter “definitorial” da criminalidade. Nada mais errôneo que supor (como faz a Dogmática Penal) que, detectando um comportamento delitivo, seu autor resultará automática e inevitavelmente etiquetado. Pois, entre a seleção abstrata, potencial e provisória operada pela lei penal e a seleção efetiva e definitiva operada pelas instâncias de criminalização secundária, medeia um complexo e dinâmico processo de refração.

Uma consequência do processo de criminalização secundário consiste na denominada cifra oculta da criminalidade, que corresponde àqueles crimes que não chegam a ser submetidos ao radar de atuação dos órgãos oficiais. Tal fenômeno gera uma discrepância entre o índice de crimes que são investigados, processados e julgados em relação ao número total de transgressões de normas penais que ocorrem na sociedade. Sobre o índice oculto de criminalidade, Vera Andrade explica que⁹²:

91 Ibid., p. 260.

92 ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão de segurança jurídica**: do controle da violência à violência do controle penal. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 262.

As estatísticas criminais possibilitam também a conclusão de que a cifra negra varia em razão da classe de estatística (policial, judicial ou penitenciária): nem todo delito cometido é perseguido; nem todo delito perseguido é registrado; nem todo delito registrado é averiguado pela polícia; nem todo delito averiguado é denunciado; nem toda denúncia é recebida; nem todo recebimento termina em condenação.

Desse modo, percebe-se que em verdade a ingerência penal é promovida de maneira extremamente ineficiente, uma vez que apenas uma parcela dos crimes é de fato solucionada. Ou seja, na realidade o titular do poder punitivo, ao propor o objetivo de exercício do controle social, não logra êxito em cumpri-lo, seja por deficiência estrutural, seja por ineficiência do sistema normativo.

Finalmente, a derradeira etapa do processo de seletividade do sistema penal consiste no processo de criminalização terciário. Este estágio corresponde à aceitação e internalização do marginalizado acerca do rótulo a si imputado. Com efeito, trata-se nada menos do que a reprodução pelo indivíduo exposto a uma experiência social caótica do meio em que encontra-se inserido.

Nessa esteira, Alessandro Baratta⁹³ destaca que o cárcere consiste em meio extremamente propício para a criação de uma população criminosa, recrutada principalmente nas fileiras do proletariado, notadamente pela incapacidade das instituições carcerárias em cumprir com a função de reeducação e reinserção social em razão de sua notória e recorrente defasagem estrutural. Desse modo, o cárcere representa, em grande parte dos casos, a consolidação definitiva de uma carreira criminosa.

4.2 DESCRIMINALIZAÇÃO

Segundo anteriormente exposto, após décadas de promoção de uma política criminal voltada ao encarceramento sem a obtenção de um resultado positivo, começam a surgir uma série de propostas alternativas ao exercício do controle social através da pena privativa de liberdade. A descriminalização, sobretudo, é apontada por boa parte da doutrina como uma medida saudável à superação do direito penal em detrimento de medidas alternativas para resolução dos conflitos.

93 BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 167 e 168.

Alessandro Baratta⁹⁴, discorrendo sobre a perspectiva de contração e superação do direito penal, obtempera que:

Parece claro que a linha fundamental de uma política criminal alternativa é dirigida para a perspectiva da máxima contração e, no limite, da superação do sistema penal, que veio a ser configurado, *pari passu*, com o desenvolvimento da sociedade capitalista, como um sistema cada vez mais capilar e totalizador de controle de desvio, através de instrumentos administrados por uma autoridade superior e distante das classes sobre as quais, sobretudo, este aparato repressivo exerce a própria ação.

Com efeito, a contração e superação do direito penal parece caminhar rumo à diminuição da ingerência estatal por meio da pena, ou mesmo da tutela a bens jurídicos através do direito punitivo. Desse modo, apresenta-se como consequência da contração do direito penal a exclusão do seu campo de atuação de determinados bens jurídicos que possam ser tutelados por ramos alternativos do direito.

Outrossim, por exclusão de bens jurídicos do campo de atuação do direito penal pode-se entender a própria atividade de descriminalização, que, segundo Zaffaroni⁹⁵: “*é a renúncia formal (jurídica) de agir em um conflito pela via do sistema penal*”. Nessa esteira, o autor aponta que atualmente existem propostas apresentadas pelo Comitê Europeu para a Descriminalização para a exclusão de vários delitos, tais quais os furtos em fábricas pelos funcionários, furtos em grandes lojas, entre outros.

Por seu turno, a descriminalização pode se dar, em certos casos, sem que o sistema penal tenha formalmente perdido sua competência, mas que o operador do direito vislumbre uma inviabilidade clara de exercício do poder punitivo em razão de mudanças no senso comum que passaram a acatar determinada conduta outrora reprovada. É o caso do adultério, por exemplo, que no Brasil somente foi excluído oficialmente do Código Penal com o advento da Lei n. 11.106 de 28 de março de 2005.

Contudo, na maioria dos casos, espera-se tão somente que o Estado intervenha na resolução de conflitos de maneira não punitiva, valendo-se de sanções administrativas, civis, educação, acordo, etc.

94 BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 205 e 206.

95 ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Manual de direito penal brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 324.

4.3 DESPENALIZAÇÃO

Ao lado da descriminalização, a despenalização se apresenta como alternativa hígida à ingerência penal mediante imposição de penas privativas de liberdade. Com efeito, tal medida consiste em nada mais do que uma das linhas atualmente propostas para a reforma dos sistemas penais.

Nas palavras de Zaffaroni⁹⁶:

A despenalização é o ato de “degradar” a pena de um delito sem descriminalizá-lo, no qual entraria toda a possível aplicação das alternativas às penas privativas de liberdade (prisão de fim de semana, multa, prestação de serviços à comunidade, multa reparatória, semidetenção, sistemas de controle de conduta em liberdade, prisão domiciliar, inabilitações etc.).

Com efeito, a política criminal adotada no Brasil vem instituindo meios despenalizadores, com destaque para o instituto denominado *sursis*, previsto no art. 77, do Código Penal, que consiste na possibilidade de suspensão das penas privativas de liberdade não superiores a dois anos, mediante o cumprimento de determinadas condições estabelecidas pelo Juízo com base no art. 78 do mesmo diploma legal.

Também, citam-se os arts. 181 e 182, do Código Penal, que modificam certas modalidades dos crimes contra o patrimônio, submetendo a prévia representação os delitos praticados contra o cônjuge desquitado ou judicialmente separado, os irmãos, e os tios ou sobrinhos com quem o agente coabite; bem como isentando de pena o autor que pratique o crime contra cônjuge, ascendente ou descendente. Destaca-se que por força da Lei n. 10.741/2003, os arts. 181 e 182 do Código Penal não são aplicáveis aos crimes de roubo ou de extorsão, ou nos casos em que haja emprego de grave ameaça ou violência à pessoa, bem como a estranhos que participem do delito e em qualquer caso, se o crime é praticado contra maior de sessenta anos.

De outra banda, cumpre ressaltar que diferentemente da *descriminalização*, na *despenalização* a conduta praticada continua a ser considerada criminosa, e o agente é efetivamente condenado. Da mesma forma, a *despenalização* difere-se da *diversificação* uma vez que esta corresponde a uma alternativa à persecução penal, consistente na

96 ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Manual de direito penal brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 324.

possibilidade de suspensão do processo sem o alcance de resolução de mérito, enquanto aquela corresponde à abstenção de aplicação da pena após a condenação do réu.

4.4 DESCRIMINANTES PUTATIVAS

As discriminantes putativas advêm de uma falsa percepção da realidade pelo agente, que o levam a cometer um ato típico. *Putare*, do latim, significa errar, enquanto *putativum* consiste em algo que se supõe legítimo ou verdadeiro, porém não o é. Desse modo, a discriminante putativa consiste na lesão a um bem jurídico ocasionada pelo agente que, em razão de um engano mental, pratica uma conduta típica. De acordo com o § 1º, do art. 20, do Código Penal: “*é isento de pena quem, por erro plenamente justificado pelas circunstâncias, supõe situação de fato que, se existisse, tornaria a ação legítima. Não há isenção de pena quando o erro deriva de culpa e o fato é punível como crime culposos*”.

Com efeito, o engano pode ser fático ou normativo. No engano fático, o agente crê encontrar-se sob uma das hipóteses permissivas previstas no art. 23 do Código Penal (estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento de dever legal ou exercício regular de direito). Por exemplo, nos casos de legítima defesa putativa, prevista no art. 25 do Código Penal, nos quais os acontecimentos do mundo físico demonstram ao agente a necessidade de repelir uma aparente agressão injusta, que denota perigo ou iminência de perigo. Nestes casos, a conduta é justificável, uma vez que o agente acredita ser a sua conduta imprescindível dentro daquela situação aparente. Contudo, nestes casos, se o erro sobre a percepção da realidade é evitável, o agente responderá por culpa, conforme estabelecido pelo art. 20, do Código Penal.

De outra banda, no engano quanto a elemento normativo não existe falsa percepção imaginária da realidade. Nestes casos, o agente pratica o ato em razão de erro sobre a existência de uma causa excludente de ilicitude, ou crendo agir dentro dos limites de uma excludente de antijuridicidade. No primeiro caso, cita-se como exemplo o médico que pratica a eutanásia contra seu paciente, por acreditar existir no Brasil um Código Penal que autoriza tal prática. Por sua vez, no segundo caso o exemplo trazido por Guilherme de

Souza Nucci⁹⁷ é o do agente que mata o ofensor de sua honra crendo existir uma excludente de ilicitude autorizando tal conduta.

De acordo com Zaffaroni⁹⁸, a exigibilidade de compreensão acerca da ilicitude ou da evitabilidade do erro consiste em uma questão a ser analisada dentro do caso concreto. Por conseguinte, seria impossível o estabelecimento de regras fixas que sejam úteis nos casos limites. Deve-se, portanto, ser levado em conta elementos acerca das características pessoais dos envolvidos, como profissão, grau de instrução, grupo cultural, bem como eventuais obscuridades da lei, contradições jurisprudenciais ou administrativas, opinião vulgar, etc. De acordo com o autor, como em qualquer limite da culpabilidade, é impossível a fixação de regras que passam pelo alto nas particularidades individuais.

Por seu turno, além dos casos acima citados, pode o detentor do direito de punir deixar de impor pena em casos expressamente previstos em lei. Tratam-se das hipóteses de isenção de pena ou imunidade penal, nas quais, nas palavras de Nucci⁹⁹, *“por razões de política criminal, levando em conta motivos de ordem utilitária [...] o legislador houve por bem afastar a punibilidade de determinadas pessoas”*.

São exemplos de circunstâncias de isenção de pena os casos previstos no art. 181, do Código Penal e art. 29, §2º, da Lei n. 9.605/98, nos quais está presente uma ordem expressa ao magistrado para que, dentro das respectivas circunstâncias, deixe de aplicar a pena.

Portanto, mesmo tendo ocorrido uma conduta típica, antijurídica e culpável, caso esta se enquadre em uma das hipóteses de isenção de pena, não haverá reprimenda ao autor em decorrência de política criminal.

4.5 CRIMES CONTRA A HONRA

De acordo com o modelo de criminologia proposto por Alessandro Baratta durante a segunda metade do séc. XX, a ingerência do estado na resolução de conflitos haveria de marchar rumo à contração do direito penal como meio de exercício do controle social.

97 NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal comentado**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 212.

98 ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Manual de direito penal brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 580.

99 NUCCI, Guilherme de Souza. op. cit., p. 970.

Contudo, a legislação penal pátria, que baseia-se na *Civil Law*, adota a lei escrita como principal fonte do Direito. Desse modo, por vezes a mudança legislativa com o fito de acompanhar o desenvolvimento da sociedade pode exprimir certa resistência quando se trata da modificação de determinadas matérias.

Por seu turno, o Código Penal brasileiro entrou em vigor no dia 1º de janeiro de 1942, ou seja, há cerca de setenta e seis anos. Por tal motivo, forçoso reconhecer que durante este período a sociedade brasileira passou por várias mudanças culturais, sendo certo que determinados valores atualmente não gozam da protuberância que outrora expressaram.

Nessa toada, tem-se no Código Penal determinadas figuras que tutelam bens jurídicos que, a primeira vista, mostram-se passíveis de submissão ao crivo das tendências contemporâneas de reforma do direito penal, como é o caso dos crimes contra a honra, por exemplo.

A honra, como bem jurídico, é objeto de proteção pelo direito há séculos. Na antiguidade, inclusive, punia-se o crime de injúria com penas físicas, como amputação de língua ou óleo fervente pela boca. Atualmente no Brasil, o Código Penal traz os crimes contra a honra como delitos de menor potencial ofensivo. Tal fator exprime certa minimização acerca da atuação do direito penal para proteção deste bem jurídico, muito provavelmente em decorrência da reduzida potencialidade de ameaça à sociedade.

Em 1988, a Constituição da República, através do inc. X do seu art. 5., consagrou a honra como garantia fundamental do cidadão, assegurando a indenização por danos materiais ou morais decorrentes de sua violação. A partir daí, tem-se uma proteção tríplice à honra pelo ordenamento jurídico brasileiro: constitucional, penal e civil.

Contudo, destaca-se que a proteção magna, decorrente da Constituição da República, giza os limites da tutela jurídica à honra a uma sanção de natureza cível, através da prestação pecuniária. Outrossim, omite-se em relação à tutela penal. Dessa maneira, o texto constitucional exprime de maneira implícita a prescindibilidade de intervenção penal na tutela à honra, reservando o dever de resguardar tal direito tão somente à seara cível.

Em verdade, a omissão constitucional no tocante à tutela penal à honra deve ser interpretada em harmonia com as diretrizes que as políticas criminais contemporâneas apresentam para reforma dos sistemas penais. Nessa esteira, vale citar o caráter subsidiário do direito penal, que delimita o *Jus Puniendi* aos casos nos quais não é possível uma solução através de ramos diversos do direito penal, justamente por ser a pena a medida sancionadora mais gravosa.

Portanto, o ordenamento jurídico há de utilizar, em primeiro lugar, as maneiras menos lesivas de proteção aos bens jurídicos, resguardando a atividade punitiva quando comprovada ineficácia de tais meios. Daí, o direito penal como *ultima ratio*.

De outra banda, a honra consiste em uma garantia personalíssima, sendo disponível o exercício de seu direito. Seu conceito corresponde ao conjunto de qualidades físicas, morais e intelectuais do indivíduo, podendo ser caracterizada como um sentimento do ser humano. Ou seja, trata-se, em verdade, de um conceito amplo e difuso, uma vez que a ideia de moralidade pode variar entre indivíduos da mesma sociedade.

Na atualidade, a sociedade exprime em várias circunstâncias certa relativização de valores, de uma maneira que não se verificava no século passado. Tal relativização atinge incisivamente o conceito de honra, tornando-o cada vez mais amplo.

Desse modo, tem-se a honra como um bem jurídico abstrato, no qual não é possível ao certo determinar as suas proporções. O interesse em sua persecução, ainda, é estritamente individual, diferindo-se daqueles bens jurídicos cuja ofensa afeta toda a estrutura social, nos quais o interesse de persecução é geral.

A mácula à honra, portanto, atinge tão somente o interesse pessoal do ofendido. Assim, na maioria das modalidades de crimes contra a honra previstas no Código Penal, a persecução é promovida mediante ação penal privada.

Por se tratarem de crimes de menor potencial ofensivo, os crimes contra a honra se submetem ao procedimento sumaríssimo, sendo processados nos juizados especiais criminais, conforme disposto na Lei n. 9.099/95. Desse modo, submetem-se aos institutos despenalizadores da transação penal e suspensão condicional do processo, bem como à composição civil.

Na prática, percebe-se que grande proporção das persecuções decorrentes de crimes contra a honra sequer chegam a ser sentenciadas, justamente em decorrência dos institutos despenalizadores. Ainda, a própria possibilidade de composição civil entre as partes exprime a viabilidade de tais casos serem resolvidos desde logo na esfera extrapenal. De igual modo, é frequente a prática de utilização do aparato penal para persecução de interesses paralelos pelos ofendidos, como forma de vingança contra seus desafetos, de maneira a desviar o objetivo do direito penal de controle social.

Em verdade, o processo penal há de ser resguardado somente àqueles casos nos quais haja um impacto social considerável, uma vez que pode culminar com a restrição de

liberdade do indivíduo, sanção de grau maior no ordenamento jurídico pátrio. Sobre o tema, ensina Guilherme de Souza Nucci¹⁰⁰:

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

Nessa esteira, vale ressaltar que a simples instauração do processo penal, nas palavras de Julio Fabbrini Mirabete¹⁰¹, já atinge o chamado '*status dignitatis*' do imputado, razão pela qual se justifica o seu resguardo somente aos casos de efetiva reprovabilidade.

Por outro lado, destaca-se o entendimento proposto pela corrente doutrinária afeta à criminologia crítica, que defende a superação do direito penal em virtude do fracasso do encarceramento como meio de solução para a criminalidade. É uma experiência negativa constatada através de anos de tentativa de reinserir o criminoso na sociedade através da restrição de liberdade. A adoção de medidas alternativas ao direito penal parece, de longe, a medida a ser tomada para evolução da ingerência estatal na resolução dos conflitos sociais.

No caso da honra especificamente, tendo-se em conta a própria natureza estritamente particular do bem jurídico, corroborado com a relativização de seu peso na sociedade contemporânea, impõe-se a aquiescer a possibilidade de submissão de sua tutela a ramos alternativos do direito, conforme intrinsecamente sugerido pelo próprio legislador constituinte de 1988.

Ao questionar-se acerca da imprescindibilidade do direito penal na tutela à honra, a resposta parece inclinada à negação. A penalização jamais consistiu medida eficiente para recuperação de bens jurídicos e reconciliação entre ofensor e ofendido, tampouco na recuperação daquele que cometeu o crime. Pelo contrário, a prisão, nas palavras de Zaffaroni¹⁰², "*corrompe, embrutece, dessocializa*".

De outra banda, analisando-se pelo aspecto da vítima, a sanção penal de igual modo parece menos eficiente do que outros meios para recomposição da honra ferida, como por exemplo a indenização pecuniária, a disponibilização de tratamentos terapêuticos ou

100 NUCCI, Guilherme de Souza. **Prisão e liberdade**: as reformas processuais penais introduzidas pela Lei 12.403, de 4 de maio de 2011. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 13.

101 MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo penal**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2000, p.106.

102 ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **En busca de las penas perdidas**: deslegitimación y dogmática jurídico-penal. 2. ed. Santa Fé de Bogotá: Temis, 1993.

acompanhamento psicológico. Em verdade, por vezes o direito penal exerce o poder punitivo contra o agente, esquecendo-se de propiciar à vítima, principal prejudicada pela prática delituosa, o tratamento ideal para superar o trauma sofrido. Sobre o tema, assevera Molina¹⁰³:

O abandono da vítima do delito é um fato incontestável que se manifesta em todos os âmbitos: no Direito Penal (material e processual), na Política Criminal, na Política Social, nas próprias ciências criminológicas. Desde o campo da Sociologia e da Psicologia social, diversos autores, têm denunciado esse abandono: O Direito Penal contemporâneo – advertem – acha-se unilateral e equivocadamente voltado para a pessoa do infrator, relegando a vítima a uma posição marginal, no âmbito da previsão social e do Direito civil material e processual.

Por seu turno, a ingerência penal na proteção da honra que outrora era justificável, hoje em dia não denota consistir na solução mais adequada. Destarte, conspira-se para a exclusão dos crimes contra a honra do radar do direito penal, ou, ao mínimo, seu condicionamento a prévia apreciação pelos ramos extrapenais, garantindo-se efetivamente a atuação penal como a *ultima ratio*. Ou seja, em havendo uma alternativa ao direito penal, parece extremamente positivo a reserva deste meio em detrimento da medida diversa.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após séculos de políticas criminais voltadas ao encarceramento sem a obtenção de resultados positivos para a ressocialização do indivíduo tratado como “delinquente” - fracasso que se torna evidente com o acontecimento de eventos catastróficos ligados à falência do sistema carcerário, como as frequentes rebeliões nos presídios brasileiros e o notório massacre do Carandiru, no ano de 1992 – começam a surgir, a partir da segunda metade do séc. XX, linhas de políticas criminais alternativas que propõem a reconstrução do direito penal, buscando-se a alteração do foco punitivo para um objetivo reparativo e preventivo.

No estudo da criminologia crítica, linha de política criminal voltada à busca por um direito penal alternativo, o prof. Alessandro Baratta sugere um ideal de sociedade na qual o direito penal não se faz necessário, caracterizando a sua superação como uma forma de

progresso social. Segundo o autor, a superação do direito penal somente seria possível com a substituição de nossa sociedade por uma sociedade melhor.

Por seu turno, tal mudança decorreria de um processo gradativo de formação dos membros do corpo social, que passaria pela disposição equânime de oportunidades dentro da sociedade e emprego de políticas visando a igualdade de recursos. Este processo teria reflexos imediatos na estipulação das políticas criminais, através de alterações legislativas.

Com efeito, preliminarmente à adoção de tais medidas, seria necessária a adequação da lei penal à sociedade contemporânea. Isto porque, o sistema jurídico-penal brasileiro, pautado na *civil law*, possui como principal fonte de direito uma codificação penal desenvolvida ainda na primeira metade do séc. XX. Portanto, não há como negar que essenciais mudanças culturais sobrevieram à sociedade brasileira desde então. Nesse sentido, o caso específico da honra merece especial destaque.

A honra, como virtude subjetiva e objetiva, durante séculos consistiu em elemento crucial dentro das sociedades. Contudo, após a intensificação do movimento de globalização a partir da segunda metade do séc. XX, percebe-se a individualização e relativização de vários valores. Nesse contexto, a honra adquire um conceito cada vez mais amplo, posto que com o crescimento dos centros urbanos várias culturas diferentes começam a coexistir dentro de um mesmo espaço, de modo a ensejar a presença de diversos e variados valores na mesma sociedade. Desse modo, a honra adquire um caráter amplo e difuso, variando de acordo com os valores atinentes a cada grupo social. Consequentemente, seu peso dentro da sociedade perde considerável espaço em relação ao que representava até o início do séc. XX.

Nessa toada, sendo certo que a honra possui um caráter amplo e difuso, a sua tutela através do direito penal mostra-se de certa forma questionável, uma vez que os parâmetros para definição de uma conduta delituosa devem ser estabelecidos através de critérios objetivos. Giro outro, uma vez que a tutela penal à honra não constitui desdobramento constitucional, é certo que a manutenção dos crimes de calúnia, difamação e injúria decorre da política criminal adotada.

Por seu turno, uma vez que existem alternativas à imposição de pena privativa de liberdade para tutela da honra, tal qual o próprio direito à indenização previsto no art. 5º, inc. X, da Constituição da República de 1988, a exclusão da aludida seara de crimes do radar do direito penal consistiria em medida consoante às propostas de reforma dos sistemas penais.

Em verdade, descriminalizar os crimes contra a honra não consistiria em jogar o bem jurídico ao léu, mas sim reconhecer a existência de formas alternativas e construtivas de reparação dos danos, priorizando-se o atendimento à vítima à punição ao autor.

Destarte, garantir-se-ia o direito penal como *a ultima ratio*, privilegiando-se uma linha de ingerência estatal menos lesiva, voltada à composição dos conflitos no lugar da marginalização do indivíduo. Desse modo, dar-se-ia um passo rumo à superação do direito penal, de modo a ensejar uma prestação jurisdicional mais hígida e efetiva.

REFERÊNCIAS

- AMARANTE, Aparecida I.. **Responsabilidade civil por dano à honra**. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
- ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. São Paulo: Malheiros, 2003.
- BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.
- BECCARIA, Cessare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Hunter Books, 2012.

BRASIL, **Código penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988**.

Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 227**. A pessoa jurídica pode sofrer dano moral. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp>.

BUSATO, Paulo César. **Direito penal: parte geral**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

COSTA RICA, San José. **Convenção americana sobre direitos humanos**. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_america.htm.

GARCIA, Basileu. **Instituições de direito penal**. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 1972.

GRECO FILHO, Vicente. **Tóxicos: Prevenção e repressão**. Comentários à Lei 11.343/2006 – Lei de Drogas. São Paulo: Saraiva, 2011.

LIMA, Renato Brasileiro. **Legislação criminal especial**. 3 ed. Salvador: JusPODIVM, 2015.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo penal**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

MOLINA, Antonio García-Pablos de. **Criminologia**. 3. ed. São Paulo: RT, 2000.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal comentado**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Prisão e liberdade: as reformas processuais penais introduzidas pela Lei 12.403, de 4 de maio de 2011**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. 14. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **A criminologia da repressão: uma crítica ao positivismo em criminologia**. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **A criminologia radical**. Rio de Janeiro: forense, 1981.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Manual de direito penal brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.