

CRIMES CONTRA A HONRA E LIBERDADE DE EXPRESSÃO: BREVE COMPARATIVO ENTRE BRASIL, EUA E ITÁLIA

Arthur Blois Villela¹
Débora Alessandra Peter²

Resumo: Os crimes contra a honra geram muitos processos judiciais, haja vista a facilidade de alegar-se ofensa. A honra é direito da personalidade e parte da dignidade da pessoa humana. Mas não é absoluta, não podendo limitar a liberdade de expressão, pois nenhum direito fundamental é hierarquicamente superior a outro. Sendo assim, este trabalho discute a possibilidade de aplicação da exceção da verdade nos crimes de difamação e injúria, de modo a não permitir a condenação por fatos ou conceitos manifestamente verdadeiros, que não trariam desgosto ao homem médio. Através de abordagem qualitativa, utilizando de pesquisa bibliográfica, jurisprudencial e legislativa, analisam-se os crimes contra a honra e a exceção da verdade no direito brasileiro. Então, discute-se o choque entre os direitos da personalidade e a liberdade de expressão, para defender, por fim, a posição preferencial desta, como ocorre nos Estados Unidos da América e na Itália.

Palavras-chave: Crimes contra a Honra; Direitos da Personalidade; Liberdade de Expressão; Exceção da Verdade; Injúria e Difamação.

Abstract: Crimes against honor are the source of many lawsuits since it is easy to charge someone of them. The honor is a personality right and is also part of the dignity of the human person. But it is not absolute; it cannot limit freedom of expression since no right is hierarchically superior to other rights. That being so, this article discusses the possibility of enforcing the exception of the truth regarding the crimes of defamation of character and insult, in such a way as to not allow convictions based on undoubtedly true facts and concepts, which would not hurt the feelings of most people. Through a qualitative approach with bibliographical research, jurisprudence and legislative analysis, crimes against honor and the exception of truth in Brazilian law are studied. The opposition between personality rights and freedom of expression is discussed. Finally, the preference position of freedom of expression is defended, considering the way such argument is treated in the USA and Italy.

Keywords: Crimes against Honor; Personality Rights; Freedom of Expression; Exception of the Truth; Insult and Defamation of Character

Sumário: 1. Introdução - 2. Conceito de honra e crimes relacionados - 2.1 Elementos dos crimes contra a honra - 2.2 Tipos penais - Calúnia – 2.3 Tipos penais - Difamação e Injúria - 2.4 Exceção da verdade e da notoriedade - 3. A dignidade da pessoa humana e a posição preferencial da liberdade de expressão - 3.1 A 1ª

¹ Bacharel em Relações Internacionais pela Universidade Federal de Pelotas. Advogado. Professor de Língua e Cultura Italiana. arthur.b.villela@hotmail.com

²Advogada. Mestre em Desenvolvimento e Meio Ambiente. Professora de Direito. deborapeter1@hotmail.com

Emenda da Constituição Americana e a liberdade de expressão - 3.2 Os crimes contra a honra no Código Penal Italiano - 4. Considerações Finais - Referências

1. INTRODUÇÃO

Hodiernamente pode-se dizer que alguns adjetivos ou fatos têm potencial para ofender quem os ouve, mesmo que descrevam a realidade, em conceitos claros. Assim, caso alguém chame outra pessoa de *negro*, *loira*, *gordo*, *deficiente*, dentre outros adjetivos, poderá vir a ser condenado por crime contra a honra na modalidade de injúria; ou, caso a alguém sejam atribuídos os fatos de *agir como comunista*, *se portar como um esquerdista caviar*, *votar como coxinha* ou *reacionário*, *ser prostituta*, dentre outros, poderá ser condenado por difamação. Ainda que os conceitos e os fatos hipoteticamente descritos acima fossem verdadeiros e de simples verificação, os crimes de injúria e difamação se confirmariam; em nosso país, nesses casos, não se admite a exceção da verdade.

Porém, observa-se que, no Brasil, os crimes contra a honra são tratados de maneira distinta, uma vez que a calúnia admite a excludente da tipicidade em razão da exceção da verdade. Perante essa exceção, se houver prova da verdade do crime que foi afirmado, o acusado por crime de calúnia não sofrerá condenação.

O presente trabalho pretende arguir que, sendo verdadeiro o conceito ou o fato atribuído a potencial vítima de crime contra a honra, o suposto ofensor não deveria sofrer qualquer condenação, em razão da liberdade de expressão garantida pela Carta Magna.

De maneira geral, quando bem fundamentado e utilizado, o acesso à justiça se presta a reparar um dano que, talvez, sem o auxílio do Judiciário, restasse sem qualquer reparação. Porém, quando utilizado indiscriminadamente, diante de qualquer dissabor, o processo não é nada mais do que um entrave à boa justiça. Frente à ameaça da condenação, o medo da punição estatal cerceia a liberdade de expressão constitucionalmente garantida.

O objetivo deste trabalho é, assim, o de pôr em discussão se é possível a utilização da exceção da verdade não somente em relação ao crime de calúnia, mas também aos crimes de injúria e difamação. Discute-se, assim, o limite dos direitos da personalidade, nomeadamente a honra, quando em tensão com a liberdade de expressão.

Pretende-se defender, através de pesquisa bibliográfica, jurisprudencial e legislativa, e em especial o Direito Norte-Americano e o Direito Italiano, que essa aplicação seja possível, e que não seja punível nenhum dos crimes contra a honra quando oponível e provada a exceção da verdade. Entretanto, se admitiria a punibilidade quando a prática fosse reiterada, considerando-se assim o aumento da gravidade em razão da reincidência.

Em outras palavras, quando a honra se encontra diante da liberdade de expressão, mesmo em situações controversas, não se deveria relegar a liberdade sempre a um segundo plano. Ainda que esta seja a teoria defendida pela maioria dos doutrinadores brasileiros, como se verá adiante, não é o que vem ocorrendo no Direito Italiano e no Direito Norte-Americano.

Busca-se, primeiramente, compreender o que exatamente são os crimes contra a honra no direito penal brasileiro, de modo a perceber quando e como podem ocorrer. Em um segundo momento, analisa-se as excludentes da exceção da verdade e da notoriedade. Mais adiante, lembra-se resumidamente a ponderação de

interesses quando há choque entre direitos fundamentais, nomeadamente os direitos da personalidade e a liberdade de expressão. Por fim, faz-se um brevíssimo comparativo entre o ordenamento brasileiro referente ao assunto, a Primeira Emenda da Constituição Norte-Americana e os crimes contra a honra no Código Penal Italiano; deste modo, relevam-se as diferenças entre a liberdade de expressão neste e naqueles países e sugere-se a ocorrência de dano não existente, diante de ofensas não reiteradas.

2. CONCEITO DE HONRA E CRIMES RELACIONADOS

Primeiramente, poder-se-ia dizer que honra, de maneira geral, é valor imaterial, insuscetível de mensuração de qualquer natureza, inerente à personalidade humana. É o respeito próprio do cidadão que acaba por resultar em bom nome e estima pública, e merece ser protegido como qualquer outro direito da personalidade. Pode ainda ser subdividida em dois conceitos, a honra objetiva e a honra subjetiva. A honra objetiva seria a reputação de uma pessoa, o conceito que os demais membros da sociedade têm a seu respeito, em relação a seus atributos morais, éticos, culturais, intelectuais, físicos ou profissionais. Ou seja, é o reflexo de suas ações na esfera pública, sob o julgamento da sociedade que lhe cerca, ou o apreço de que desfruta aos olhos dos outros. A honra subjetiva, por sua vez, é a opinião que construímos sobre nós mesmos, ou ainda nossa autoestima e nossa autocrítica. Em outras palavras, é atributo que diz respeito apenas à própria pessoa, dependendo apenas de seus sentimentos e sensibilidade (BITENCOURT, 2012).

Segundo Bitencourt (2012), pela extensão do conceito de honra, não seria adequado distinguir honra objetiva e subjetiva, que não passaria de adjetivação limitada, não atingindo a essência do bem juridicamente protegido. Em seguida, nos lembra que o Código Penal Brasileiro não faz distinção entre honra profissional e comum. Caso a honra seja desrespeitada, podem ser tipificados os crimes de calúnia, difamação ou injúria, conforme os artigos 138, 139 e 140 do mesmo Código. O objetivo da penalização é, na medida do possível, evitar a reincidência e retornar ao *status quo*.

2.1 Elementos dos crimes contra a honra

Os crimes contra a honra são crimes comuns, não exigindo qualquer tipo de qualificação ou condição especial por parte do agente. Ademais, são crimes formais, sendo desnecessário resultado naturalístico; a lei descreve uma ação e um resultado, mas o crime consuma-se no momento da ação, e o resultado de dano à reputação do ofendido é mero exaurimento do delito. Por isso mesmo, e ainda pelo fato de serem crimes verbais, são crimes simples de serem praticados, não acarretando quaisquer dificuldades ao agente (GONÇALVES, 2013).

De maneira geral, o sujeito passivo dos crimes contra a honra é uma pessoa física. Entretanto, como exceção, é possível também que figure no polo passivo uma pessoa jurídica ou até mesmo um morto, caso em que a ação será proposta por seus descendentes (CAPEZ, 2012).

Como se depreende do parágrafo único do art. 18 do Código Penal Brasileiro, a regra geral é a de que crimes culposos não serão punidos, salvo disposição em contrário. E, analisando o Capítulo V, artigos 138 a 145 do *codex* penal, chega-se à conclusão de que os crimes contra a honra apenas são tipificados quando na sua forma dolosa, estando de acordo com a regra geral. Porém, para haver

responsabilização, é necessário que haja dolo específico, a vontade consciente de ofender a honra da vítima, e não apenas dolo genérico; são afastadas assim situações como brincadeiras, defesas em processos ou a narração de um fato, ou ainda uma indisposição casual entre duas ou mais pessoas, que não seja reiterada (CAPEZ, 2012).

2.2 Tipos penais – Calúnia

O primeiro crime contra a honra do Código Penal, a calúnia, está previsto no art. 138, *in verbis*: “Caluniar alguém, imputando-lhe falsamente fato definido como crime”. O bem jurídico tutelado pela norma tipificadora é a honra objetiva, bem este que é disponível. O consentimento do ofendido exclui a tipicidade da conduta do ofensor, desde que presentes os requisitos à sua validade: antecedência ou concomitância do consentimento e capacidade de consentir. Isso se dá tendo em vista que, se a vítima pode neutralizar a operação jurisdicional depois de movimentada a máquina judiciária, razoável que se atribua esse mesmo efeito à manifestação de concordância anterior ao processo (GRECO, 2012).

Quanto ao sujeito do crime de calúnia, para ser sujeito ativo basta ser pessoa física imputável, sem necessidade de qualquer outra condição. A pessoa jurídica, por não ter capacidade penal, não pode ser sujeito ativo dos crimes contra a honra. Os inimputáveis, por qualquer causa, também não podem ser sujeitos ativos de nenhum desses crimes, embora possam ser sujeitos passivos, dependendo do seu nível de discernimento (BITENCOURT, 2012).

Em relação ao sujeito passivo, Bitencourt (2012) ensina que qualquer pessoa pode sê-lo, não se exigindo nenhuma condição especial. Os mortos também podem ser caluniados (art. 138, § 2º), mas seus parentes serão os sujeitos passivos, visto que a honra é um atributo dos vivos e somente estes têm personalidade, à qual se liga a honra. O que fundamenta a incriminação é o interesse dos parentes em preservar o bom nome do finado. O mesmo autor assevera que, tratando-se de pessoa jurídica, há divergência doutrinário-jurisprudencial sobre a possibilidade ou não de ser sujeito passivo de calúnia.

Ademais, o elemento da calúnia é o dolo de dano, que é constituído pela vontade consciente de caluniar a vítima, imputando-lhe a prática de fato definido como crime (GRECO, 2012).

Consumam-se os crimes de calúnia quando o conhecimento da imputação chega a uma terceira pessoa. Não se consumam quando apenas a vítima tem ciência da ofensa, uma vez que é a honra externa a lesada, aquela perante a sociedade, e não a interna, de nosso âmago. Torna-se indispensável a publicidade para existir ofensa à honra objetiva.

Normalmente, esse crime não admite a tentativa, ainda que em teoria ela seja possível dependendo do meio utilizado, como a exemplo do envio de uma carta que pode vir a ser interceptada. Já no caso de calúnia por meio da fala, uma vez que não pode ser fracionada, torna a tentativa, por óbvio, impossível (GRECO, 2012).

Analisando-se a adequação típica da conduta, calúnia é a imputação falsa a alguém de fato definido como crime. Precisam estar presentes, simultaneamente, três requisitos: imputação de fato criminoso; falsidade da imputação; *animus caluniandi*. Ausente qualquer desses elementos, não há que se falar em crime de calúnia. A imputação deve referir-se a fato determinado, individualizáveis suas circunstâncias identificadoras, não sendo necessários detalhes minuciosos (GRECO, 2012). Não é preciso que se afirme categoricamente a imputação do fato,

pois se pode caluniar colocando em dúvida a sua autoria ou questionando a sua existência (calúnia equívoca ou implícita). Há calúnia reflexa quando, por exemplo, imputa-se falsamente alguma autoridade de ter aceitado suborno (corrupção passiva). O terceiro que teria oferecido a propina também é, reflexamente, vítima de calúnia (corrupção ativa) (BITENCOURT, 2012).

O fato imputado deve ser definido como crime e ser falso, quanto a ele mesmo ou à autoria. Na primeira hipótese, o fato é inexistente; na segunda, a ocorrência é verdadeira e falsa é a autoria. Se o agente está convencido de que a imputação é verdadeira, não responde pelo crime, pois incorre em erro de tipo ao ignorar uma elementar da tipificação: “falsamente” (CAPEZ, 2012).

Pode haver ainda outros requisitos, quando tratar-se de outra forma de calúnia, a propalação, que consiste em levar ao conhecimento de outrem a calúnia de que tomou conhecimento. Não é necessário que um número indeterminado de pessoas tome conhecimento da imputação, é suficiente que se comunique a outrem, mesmo em caráter confidencial. A propalação ou a divulgação são atividades, são condutas tipificadas e não resultado. A estratégia de afirmar que não acredita na veracidade do fato que está propalando ou divulgando não afasta a configuração típica, pois, mesmo na dúvida, não deixa de divulgá-lo, expondo a reputação da vítima (BITENCOURT, 2012).

Um ponto muito importante a ser ressaltado é que, para a maioria da doutrina, não há calúnia se o fato é produto de incontinência verbal decorrente de acirrada discussão quando palavras são proferidas irrefletidamente e sem avaliação de conteúdo (BITENCOURT, 2012; CAPEZ, 2012; NUCCI, 2010). Porém, Greco (2012) discorda, reiterando que basta a formalidade da exigência típica para a ocorrência do crime, não importando a real intenção do agente.

2.3 Tipos penais – Difamação e Injúria

A difamação, por sua vez, está tipificada no art. 139: “Difamar alguém, imputando-lhe fato ofensivo à sua reputação”. O bem jurídico tutelado pela norma tipificadora é também a honra objetiva. Da mesma forma que a calúnia, o consentimento válido do ofendido exclui a tipicidade da conduta ofensiva (GRECO, 2012).

O sujeito ativo da difamação pode ser qualquer pessoa física imputável. A exemplo da calúnia, a pessoa jurídica e o inimputável não podem ser sujeitos ativos. Também qualquer pessoa pode ser sujeito passivo, porém, por ser uma exceção explícita da calúnia, diante do crime de difamação não é possível nem que os mortos nem seus parentes configurem no polo passivo (BITENCOURT, 2012).

O elemento subjetivo geral da difamação também é o dolo de dano, a vontade consciente de difamar a vítima, imputando-lhe a prática de fato desonroso à sua imagem. Consuma-se o crime pela publicidade e a conseqüente ofensa à honra objetiva (GRECO, 2012).

Analisando-se a adequação típica da conduta, para a ocorrência de difamação, deve-se imputar fato desonroso, não tendo relevância sua veracidade ou não. É igualmente irrelevante o conhecimento do sujeito ativo acerca desta veracidade. Excetuando-se a vítima, qualquer pessoa deve tomar conhecimento da imputação. É absolutamente indispensável a intenção, voluntária e consciente, de difamar. Se não houver *animus diffamandi* não haverá crime (CAPEZ, 2012).

Lembre-se que a maioria da doutrina, como no caso da calúnia, não considera a ocorrência de difamação se o fato é produto de incontinência verbal

decorrente de discussão irrefletida (BITENCOURT, 2012; CAPEZ, 2012; NUCCI, 2010).

O último crime contra a honra previsto no Código Penal, a injúria, encontra-se no art. 140, que declara: “Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro”. Assim como nos crimes de calúnia e difamação, o bem jurídico protegido, nesse caso, também é a honra. Porém, diferentemente dos crimes anteriores, aqui se trata da honra subjetiva, isto é, a pretensão de ser respeitado quanto à própria dignidade, a autoestima, o sentimento que se nutre em relação a si mesmo. O próprio texto legal limita os aspectos da honra que podem ser ofendidos: a *dignidade* (respeitabilidade ou amor próprio) e o *decoro* (correção moral ou compostura) (NUCCI, 2010).

No crime de injúria, para ser sujeito ativo, assim como na calúnia e difamação, basta ser pessoa física imputável, desnecessária outra condição qualquer. Do mesmo modo, a pessoa jurídica e os imputáveis não podem ser sujeitos ativos, independentemente do motivo. Em relação ao sujeito passivo, regra geral, é possível que seja qualquer pessoa, não se exigindo nenhuma condição especial: dependendo de seu nível de discernimento, o imputável pode tornar-se sujeito passivo; não é possível nem que os mortos nem que seus descendentes configurem no polo passivo, já que, como já se disse, essa possibilidade é uma exceção explícita do Código para o crime de calúnia; tratando-se de pessoa jurídica, não há possibilidade alguma de ser sujeito passivo do crime de injúria, já que a pessoa jurídica não goza de honra subjetiva ou amor próprio a ser atingido (NUCCI, 2010).

Ao analisar a adequação típica da injúria, depreende-se que injuriar é ofender a dignidade ou o decoro de alguém, através da expressão de uma opinião ou conceito por parte do sujeito ativo, de modo a ofender a honra interna da vítima. Ou seja, diferentemente do que foi analisado anteriormente, no crime de injúria não existe qualquer imputação de fatos, apenas declaração de conceitos ou opiniões sobre a vítima, que atinjam sentimentos pessoais como a estima própria, ou seja, o juízo positivo que cada um tem de si mesmo (BITENCOURT, 2012).

É de suma importância que a injúria chegue até o ofendido, pois a ofensa proferida ou executada que ninguém conhece não existe no mundo jurídico. Contrariamente à calúnia e à difamação, a injúria não atinge a honra objetiva, mas sim a subjetiva. Logo, necessita que a própria vítima a conheça, e não a sociedade. É também indispensável que se encontre o contexto da injúria, pois ela nem sempre decorre da literalidade do que foi proferido. Não se deve confundir injúria com uma simples grosseria ou falta de civilidade, que seriam apenas sinal de falta de educação (NUCCI, 2010).

Em relação a subdivisões, a injúria pode ser: *imediate*, se for proferida diretamente pelo agente; *mediata*, caso se utilize de outra forma ou meio de ofender que não passe necessariamente pelo agente; *direta*, quando fizer referência ao próprio ofendido; *indireta* ou *reflexa*, quando, ao ofender alguém, se acabar atingindo também terceiro, com ou sem ligação com o agente e sua vítima; *explícita*, quando não houver dúvidas diante da ofensa, e *equivoca*, quando revestir-se de incertezas (BITENCOURT, 2012).

Ademais, a injúria pode ser *simples*, praticada de qualquer forma, com gestos, palavras, símbolos ou atitudes, através de todos os meios idôneos cabíveis para manifestar-se o pensamento, ou *qualificada*, que pode ser ainda subdividida. Caso seja empregada violência na sua execução, ocorre a chamada *injúria real*, ou, se

tiver o propósito de discriminar, configura-se a *injúria preconceituosa* (BITENCOURT, 2012).

Além disso, é realmente indispensável que a vítima seja pessoa determinada, ou seja, que possa ser identificada sem maiores problemas, não sendo necessária sua identificação nominal. Se a ofensa for dirigida a determinada coletividade, equipara-se à pessoa indeterminada, não cabendo injúria, a exemplo de ofensas contra “os negros”, “os católicos” ou “os comunistas” (BITENCOURT, 2012).

2.4 Exceção da verdade e da notoriedade

A exceção da verdade significa a faculdade do agente de poder provar a veracidade do fato imputado (art. 141, § 3º, do Código Penal), quando do crime de calúnia, mediante procedimento especial (art. 523 do Código de Processo Penal). Caluniar é imputar falsamente, ou seja, é absolutamente necessária a falsidade da acusação, sob pena de não haver calúnia de jeito maneira (BITENCOURT, 2012).

Não é admitida a exceção da verdade: em crimes de ação privada, enquanto o ofendido não for condenado por sentença irrecorrível; nos fatos imputados contra o Presidente da República ou contra chefe de governo estrangeiro; se o ofendido foi absolvido do crime imputado por sentença irrecorrível (BITENCOURT, 2012).

Nos fatos imputados contra o Presidente da República ou contra chefe de governo estrangeiro, diz parte da doutrina que a imputação da prática de fato criminoso, ainda que verdadeira, mancharia a autoridade que desempenha e o exporia ao ridículo, levando-o a vergonha incompatível com a grandeza do cargo (BITENCOURT, 2012). Greco (2012) e Greco Filho (2012) discordam dessa posição, alegando que, se assim fosse, inexistiria presunção de inocência e exercício da ampla defesa; o processo deve ser suspenso, pois, se o crime fosse imputado automaticamente, se impediria de maneira sumária a defesa do réu, garantida pelo art. 5º, inciso XL da CRFB/88.

A não admissibilidade da exceção da verdade, enquanto não houver condenação, advém simplesmente da presunção de inocência; não se pode imputar crime a alguém se ainda transcorre processo, em que pode ser considerada inocente. Por último, se o ofendido foi absolvido do crime imputado por sentença irrecorrível, essa sentença, em hipótese alguma, poderá ser revista *pro societate*, de modo que o acusado será, para efeitos jurídicos, permanentemente inocente. O impedimento de revisão de sentença penal absolutória não pode admitir que qualquer pessoa do povo ou autoridade possa atacar a *res judicata* (GRECO, 2013).

Na difamação, por outro lado, via de regra, não é admitida a exceção da verdade, sendo somente possível quando o fato ofensivo for imputado a funcionário público e relacionar-se ao exercício de suas funções (art. 21, § 1º da extinta Lei de Imprensa); à imprensa, porém, às vezes é admitida a exceção da verdade. Por outro lado, diante de difamação é possível alegar exceção da notoriedade, sobre fato que ocorreu à vista de todos ou é sabido por todos, não tendo sido boato com a intenção de ofender, criado de maneira obscura ou a partir de segredos (BITENCOURT, 2012).

Em caso de injúria, tanto a exceção da verdade quanto a exceção da notoriedade são inexistentes. Mesmo que o conceito explicitado em relação a outrem seja óbvio, factível e facilmente observável por todos, independentemente de julgamentos de valor, se a vítima declarar-se ofendida poderá ingressar com um processo por injúria (BITENCOURT, 2012).

Ocorre que meros aborrecimentos, dissabores, mágoas, irritações ou mesmo sensibilidades exacerbadas, que podem surgir facilmente de uma ofensa à honra, estão fora da atuação da justiça, instituto este que só deve ser invocado diante de dor intensa, vexame, sofrimento ou humilhação que fuja à normalidade, sendo capaz de interferir no comportamento psicológico normal do indivíduo. Assim sendo, não basta qualquer acontecimento ofensivo para que haja enquadramento automático no processo, o que pode acabar com o embasamento da ação, descartada a possibilidade de retratação prévia, em caso de crime contra a honra. Nesse sentido, nas palavras de Venosa (2004, p. 39):

Não é qualquer dissabor comezinho da vida que pode acarretar a indenização. Aqui, também é importante o critério objetivo do homem médio, o *bonus pater familias*: não se levará em conta o psiquismo do homem excessivamente sensível, que se aborrece com fatos diuturnos da vida, nem o homem de pouca ou nenhuma sensibilidade, capaz de resistir sempre às rudezas do destino. Nesse campo, não há fórmulas seguras para auxiliar o juiz. Cabe ao magistrado sentir em cada caso o pulsar da sociedade que o cerca.

Em razão da possibilidade de ajuizamento de ações decorrentes de difamação ou injúria por fatos verdadeiros, haja vista a inexistência em geral da exceção da verdade para esses crimes, podem ser ajuizadas ações forçosamente fundamentadas, que, pela ótica do homem médio, não justificariam o movimento da máquina jurídica. Conforme se vê pela exposição de Venosa, se faz necessária da parte do juiz uma averiguação do caso concreto, para perceber se a ofensa é algo verdadeiramente marcante ou se é algo mais próximo da irrelevância sentimental. Ações mal fundamentadas aumentam de forma considerável o número de processos em tramitação no Judiciário. Desnecessário salientar a perda de tempo e dinheiro, e o desvio de atenção de funcionários que decorre do movimento da máquina jurídica diante de fatos que são manifestamente verdadeiros e não automaticamente ofensivos, colaborando para a falta de celeridade.

Mais ainda, pense-se na inversão de direitos, em que o autor, presumidamente ofendido por um fato ou conceito verdadeiro, pode tranquilamente nunca ter sofrido abalo nenhum, auferir possíveis vantagens pecuniárias e ainda vingar-se do presumido ofensor, censurando-o com a chancela da Justiça.

3. A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E A POSIÇÃO PREFERENCIAL DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO

A honra, que aqui já foi analisada, é parte dos direitos da personalidade. São chamados assim os direitos relacionados à vida, à integridade corporal e psíquica, à liberdade, à honra, ao decoro, à intimidade, aos sentimentos afetivos e à própria imagem. Esses direitos, por sua vez, são abarcados pelo princípio fundamental da *dignidade da pessoa humana*, que, em palavras simples, significa o respeito que deve ser garantido à existência de qualquer ser humano. É um valor supremo que atrai e permeia todos os direitos fundamentais do homem, não apenas formalmente, mas com um objetivo de normatividade eficaz (SILVA, 2012).

A dignidade da pessoa humana ganhou sua formulação clássica no pensamento de [Immanuel Kant](#), em defesa de que as pessoas deveriam ser tratadas como um fim em si mesmas, e não como objetos ou meios à consecução de outros fins. O filósofo alemão (2004, p. 65) assim formulou o princípio:

No reino dos fins, tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem preço, pode ser substituída por algo equivalente; por outro lado, a coisa que se acha acima de todo preço, e por isso não admite qualquer equivalência, compreende uma dignidade.

Nesse sentido, cumpre lembrar que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 foi precedida de 21 anos de regime de governo autoritário, que, à época, em muito limitou a liberdade de expressão. A importância dada aos direitos fundamentais e todo o seu conteúdo relacionado decorre da reação do constituinte ao regime restritivo de direitos pelo qual se passou (SARLET, 2015).

Por isso, em respeito à vontade do Constituinte de 1988, apesar de serem evidentemente importantes, os direitos da personalidade não devem acabar imbuídos de caráter absoluto, de prevalência sobre os demais direitos fundamentais, entre eles a liberdade de expressão. Questiona-se até que ponto a manifestação de um conceito negativo constitui uma violação à dignidade da pessoa humana, uma vez que parece pouco razoável e perigoso que a liberdade de expressão esteja vinculada apenas à expressão de fatos agradáveis. Aristóteles (1998) defendeu que o ser humano é um animal político, vive agrupado, necessita de contato e diálogo com outros seres humanos na *polis*, para que possa ter uma vida virtuosa. Esse contato acaba, não raro, dando lugar a discordâncias e desgostos, porém, caso se aceite todo e qualquer sentimento de ofensa automaticamente, se estará limitando a liberdade de expressão de maneira desmedida.

Muitas pessoas, por desconhecimento jurídico, má-fé, ou sensibilidade exagerada, ainda que de difícil prova, ingressam muito rapidamente com queixas ou notícias-crime. Basta isso para produzir efeitos nefastos na vida pessoal do réu, tanto econômicos quanto psicológicos. O Direito Penal tem caráter subsidiário, decorrente da dignidade humana, e deve sempre ser a *ultima ratio*, depois que todas as outras opções de resolução do problema através de outros ramos do Direito tiverem falhado, de forma a evitar resultados traumáticos (CAPEZ, 2011).

O art. 5º da CRFB/88 (BRASIL, 2014), prevê vários incisos com o intuito de proteger tanto a liberdade de expressão quanto os direitos da personalidade, *in verbis*:

- IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;
- V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;
- X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;
- XLI - a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais;

À primeira vista, o leitor despreparado poderia supor que esses princípios estão em choque direto um contra o outro. Porém, o choque entre princípios constitucionais é apenas aparente, pois, diante da unidade constitucional, as normas de nossa constituição devem se harmonizar, obrigatoriamente. Cabe ao interpretador-aplicador da norma, diante do caso concreto, encontrar, proporcionalmente, qual o princípio mais marcante. Na situação em específico, um dos princípios será preponderante, sem que isso signifique uma preponderância em absoluto.

Simplificadamente, a ponderação pode ser descrita como um processo em três fases. Em primeiro lugar, é necessário que o juiz encontre normas capazes de

solucionar o caso em questão, salientando eventuais conflitos entre elas. Em um segundo momento, se necessita observar o caso concreto e analisá-lo de acordo com as normas encontradas. É esta análise que identificará qual norma é mais marcante naquela situação em específico. Por fim, deve-se buscar a proporcionalidade e a razoabilidade, de forma a não excluir completamente nenhum direito que porventura se relacione à situação (BARROSO, 2008).

A liberdade de expressão garante o direito de manifestarmos no mundo externo nosso pensamento de foro íntimo, e nosso pensamento, já disse Descartes (2007), é a única coisa que pode com absoluta certeza garantir que estamos vivos. Assim, embora possamos tentar dissociar a liberdade da própria vida, ambas andam de mãos dadas, haja vista que um morto não pode ser livre, e um vivo não-livre não goza sua vida ao máximo. Isso por si só justificaria a posição de preferência (ou *preferred position*, na proposição original do direito norte-americano) da liberdade de expressão, em tese, em relação a outros direitos individualmente considerados, declarada em *Murdock vs Pennsylvania* (1943) (SUPREMA CORTE, 2015).

Alguns operadores do direito sustentam, por outro lado, que a liberdade de expressão pode e deve sofrer restrições, quando isso for necessário para a proteção de outros direitos fundamentais (D'URSO, 2010; BISINOTO, 2011). Ademais, a partir da iniciativa jurisprudencial, facilmente detectável, assentou-se a tendência da proteção contra a expressão do pensamento alheio através da ampliação gradual das possibilidades de alegação de dano moral e do entendimento de que este é presumido, como se vê a seguir:

JUIZADO ESPECIAL CÍVEL. DIRETO CIVIL. **XINGAMENTO POR MEIO DE CONVERSA NO FACE BOOK. DANO MORAL CONFIRMADO.** VALOR MANTIDO. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. SENTENÇA MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. 1. Pela prova documental coligida aos autos, **é possível perceber que recorrido e recorrente possuíam um acordo, o qual foi desfeito e, por isso, gerou insatisfação em ambos. Porém, o réu/recorrente proferiu xingamento capaz de injuriar o autor/recorrido.** Não há relevância no fato da conversa não ter sido compartilhada com terceiros, a ofensa é de caráter pessoal. 2. Valor condenatório mantido, visto que atende aos Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade. Dano moral confirmado. 3. Não se conhece de pedido disposto em contrarrazões a recurso inominado. 4. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. SENTENÇA MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS, SERVINDO A SÚMULA DO JULGAMENTO COMO ACÓRDÃO, NA FORMA DO ARTIGO 46 DA LEI 9099/95. Honorários pelo recorrente vencido, estes arbitrados em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação (Acórdão n.660912, 20120710113525ACJ, Relator: WILDE MARIA SILVA JUSTINIANO RIBEIRO, 1ª Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do DF, Data de Julgamento: 05/03/2013, Publicado no DJE: 13/03/2013. Pág.: 222).

RESPONSABILIDADE CIVIL - DANO MORAL - **CRIME CONTRA A HONRA (INJÚRIA) - FATO GERADOR DO DIREITO REPARATÓRIO COMPROVADO - SUFICIÊNCIA DA PROVA TESTEMUNHAL - DANO MORAL CARACTERIZADO - INDENIZAÇÃO DEVIDA - FIXAÇÃO DO QUANTUM, ATENDENDO-SE A FINALIDADE REPARATÓRIA E PROFILÁTICA DO INSTITUTO INDENIZATÓRIO - PROCEDÊNCIA DA AÇÃO - RECURSO PROVIDO (TJ-SP - APL: 994092805440 SP, Relator: Dimas Carneiro, Data de Julgamento: 03/03/2010, 7ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 16/03/2010).**

Mesmo levando o entendimento acima em consideração, é evidente que o dano relevante que afete direito personalíssimo não será sempre reparável, independentemente da ponderação de interesses, já que uma simples presunção factual ou sensação negativa não deve ter o condão de limitar a liberdade de expressão, censurar o pensamento e atacar uma das bases da democracia. Dever-se-ia dar maior preferência à liberdade de expressão, para que seja limitada apenas excepcionalmente. Assim, incitar-se-ia o amadurecimento das pessoas e algum destravamento do Poder Judiciário. Além disso, impedir-se-ia a censura indireta por parte do Estado, harmonizando da melhor forma possível os princípios envolvidos. Nesse sentido, veja-se:

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A HONRA. INJÚRIA. TROCA MÚTUA DE INSULTOS SOB IMPULSO DE EXALTAÇÃO EMOCIONAL. DOLO NÃO CONFIGURADO. RECURSO NÃO PROVIDO. - Não se depreendendo da alteração o propósito de ofender a honra subjetiva da recorrente, não se tem por configurado o elemento subjetivo necessário a tipificar a conduta descrita no art. 140 do Código Penal, impondo-se a manutenção de decreto absolutório (TJ-MG - APR: 10043100015296001 MG, Relator: Matheus Chaves Jardim, Data de Julgamento: 21/03/2013, Câmaras Criminais / 2ª CÂMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 05/04/2013).

APELAÇÃO CRIME. DELITO CONTRA A HONRA. ARTIGO 138, DO CÓDIGO PENAL. DECLARAÇÕES QUE NÃO SE REVESTEM DE ANIMUS CALUNIANDI, MAS, SIM, DE ANIMUS NARRANDI, O QUE LEVA À CONCLUSÃO DE AUSÊNCIA DO ELEMENTO SUBJETIVO DO TIPO PENAL. IMPROCEDÊNCIA DA AÇÃO. APELO MINISTERIAL IMPROVIDO (Apelação Crime Nº 70042599357, Primeira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Newton Brasil de Leão, Julgado em 27/06/2012).

Percebe-se, pelo exposto acima, que a simples troca de ofensas, por mais pesadas que sejam, não é suficiente para configurar crime contra a honra. É necessária não apenas a factibilidade da ofensa, mas também o *animus offendendi* indubitável. Nesse caminho se dirigiu a posição de boa parte da doutrina. É preciso *querer* ofender, e não apenas proferir palavras. Do mesmo modo, narrar uma história, ainda que recheada de fatos desagradáveis e palavras de baixo calão, não é sinônimo de ofender. Mais uma vez, tem-se a necessidade de intencionar a ofensa, e não simplesmente projetá-la no mundo dos fatos. Uma história pode ser marcada por baixeiras, e o narrador, se pretender contá-la verdadeiramente, precisa contá-la como é. Em outras palavras, parece justo ser necessária não apenas uma ofensa à honra ou desgosto advindo de uma discussão sem grandes proporções, presente na vida de todos nós, mas sim uma ofensa capaz de criar abalo psíquico duradouro, facilmente detectável pelo homem médio; ou, ainda, que se repita constantemente, de modo a causar desgosto também constante, não sendo aleatória e dificilmente repetível. Sobre a liberdade de expressão e a honra, atente-se:

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL E O EXERCÍCIO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO CHARGE VEICULADA EM JORNAL. EXAME DOS LIMITES INTERNOS E EXTERNOS DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO. COMPREENSÃO DA CHARGE NO ÂMBITO DO JORNALISMO ATUAL. - RESPONSABILIDADE CIVIL E O EXERCÍCIO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO- A liberdade de expressão assim como a

honra possuem proteção constitucional, no art. 220 e art. 5º, X, respectivamente. A honra possui como fundamento o princípio da dignidade da pessoa humana, desdobrando-se nas dimensões subjetiva e objetiva. Não se constituindo em direito absoluto, é importante determinar em relação o seu âmbito normativo a partir da proteção constitucional de outros direitos fundamentais. A liberdade de expressão é característica do Estado Democrático de Direito, constituindo-se na expressão de pensamentos, idéias e opiniões. - EXAME DOS LIMITES INTERNOS E EXTERNOS DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO POR MEIO DE CHARGE – A liberdade de expressão possui um âmbito maior de proteção, relativamente à liberdade de informação. A publicação da charge em jornal local constituiu-se no exercício da liberdade de expressão, retratando crime de abigeato do qual o autor foi vítima. Não caracterizado o abuso de direito. Ausência de excesso manifesto imposto pelas finalidades da liberdade de expressão. A charge, no âmbito do jornalismo, constitui-se em desenho humorístico, cujo tema é acontecimento atual e que comporta crítica. Publicação de charge como instrumento de crítica social à falta de segurança dos agricultores da localidade e às consequências a que estão expostos. Análise dos limites externos. **Critério da preferred position para a liberdade de expressão.** Assunto que se tornou público pela concessão de entrevista pela parte autora. Ponderação dos direitos em jogo para abarcar a complexidade do sistema jurídico. Inexistência de violação dos direitos da personalidade no caso concreto. A charge publicada não foi direcionada para atacar o autor, mas possui dimensão pública de crítica social. Ausência do dever de indenizar. APELAÇÃO DA RÉ PROVIDA. RECURSO DO AUTOR PREJUDICADO. (Apelação Cível Nº 70041494345, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Leonel Pires Ohlweiler, Julgado em 10/08/2011)

Depreende-se da ementa supracitada que a liberdade de expressão é fundamento essencial de uma sociedade democrática, sem a qual a própria democracia ameaça sucumbir, o que, por sua vez, faz ruir a base do Estado de Direito. A honra, como outras bases da dignidade da pessoa humana, não é absoluta e deve fazer parte de um exame sério de ponderação dos princípios constitucionais, sob pena de causar censura e atacar a sofrida redemocratização brasileira, consubstanciada na nossa Magna Carta atual. Ademais, em termos jurídico-constitucionais, a liberdade de expressão é cláusula pétrea, não sendo possível reduzi-la ou condicioná-la senão através de mudança em toda a ordem constitucional (SILVA, 2012). Ou seja, não se está considerando a redução de um direito fundamental por outro direito menor, se é possível dizê-lo, mas sim em face de um direito também de suma importância, o que justifica a possibilidade de sua posição preferencial em caso de colisão de direitos fundamentais.

3.1 A Primeira Emenda da Constituição Americana e a liberdade de expressão

Apesar de os Estados Unidos possuírem um sistema jurídico baseado na *Common Law*, a qual “constroi” o direito baseado nos costumes e na jurisprudência, diferentemente do que ocorre em solo pátrio com a *Civil Law*, podemos tirar valiosas lições daquele país. Entre os americanos, o direito de liberdade de expressão é veementemente protegido por meio da Primeira Emenda, de 1791, de sua Constituição (1787) que prevê que:

O Congresso não fará nenhuma lei com o intuito de estabelecer uma religião, ou proibir seu livre exercício; ou **cercear a liberdade de expressão**

ou de imprensa; ou o direito do povo de se reunir pacificamente e peticionar o governo para a reparação de injustiças (Arquivo Nacional Americano, tradução nossa, s.d.). *Grifo nosso.*

Os colonos americanos fugiram da Inglaterra, dentre outras razões, para poder viver sua religião e poder expressar suas ideias livremente. John Milton, no séc. XVIII, foi um dos primeiros defensores da liberdade de expressão no contexto inglês, cujas ideias enraizaram-se e propagaram na América. Ele posicionava-se contra o *Licensing Act*, que dava ao governo a possibilidade de censurar qualquer notícia jornalística que desagradasse aos governantes ou tivesse potencial para causar tumultos antes mesmo que fosse publicada. No mesmo período, estava em vigência entre os ingleses também o *Seditious Label*, que permitia que se processasse e prendesse os cidadãos que dissessem ou publicassem informações capazes de macular a honra de qualquer outra pessoa, especialmente os poderosos, ainda que essas informações fossem verdadeiras (LEWIS, 2010).

O *Licensing Act* foi abolido sem muita resistência nos EUA com a publicação da Primeira Emenda, e a Suprema Corte reiterou esse entendimento em *Near v. Minnesota* (1931): *a Primeira Emenda proíbe restrições [de assunto] anteriores à publicação de um jornal* (SUPREMA CORTE, tradução nossa, 2015). É notório como até hoje a imprensa americana não costuma retratar-se ou mesmo pagar multas por suas publicações, diferentemente da imprensa inglesa. Quando alguém se torna figura pública nos EUA, estará para sempre sujeito à livre opinião pública, ainda que mentirosa ou desagradável (LEWIS, 2010).

O *Seditious Libel* deixou de ser aplicado de maneira geral por volta da mesma época, muito embora decisões específicas da Suprema Corte só tenham aparecido muito mais tarde, o que será analisado quando se tratar da difamação mais adiante. O raciocínio feito pelos colonos foi simples: em uma monarquia como a inglesa, marcada pela hereditariedade do poder real, não era possível conceber que o rei cometesse erros puníveis, afinal sempre esteve e sempre estaria no poder, devendo manter uma boa imagem indefinidamente. Em uma república, com alternância de poder, todos estão sujeitos a erros, diante dos quais a sociedade pode decidir retirar seus governantes do poder. A liberdade de expressão é uma das bases mais sólidas da ideia republicana moderna (LEWIS, 2010).

A Primeira Emenda, apesar de ter sido promulgada em 1791, só foi citada como base para uma defesa ampla da liberdade de expressão em 1919, a partir da interpretação da Suprema Corte Americana. Ocorria que a emenda havia sido originalmente pensada para a esfera federal do governo, e, pelo pacto federativo americano, os Estados tinham e ainda têm liberdade para aceitar ou não a legislação federal não vinculante em seus territórios. Mas a partir daquele ano a Suprema Corte estendeu a jurisdição da Primeira Emenda a qualquer situação que viesse a ocorrer em território americano, estivesse esse fato diretamente sob a égide das leis federais ou não (ZOLLER, 2009).

O direito à liberdade de expressão nos Estados Unidos é tão forte que é protegido da repressão governamental até mesmo diante de discursos evidentemente ofensivos e controversos. Por óbvio, então, se o discurso extremo é permitido, os processos por ofensa com base em opiniões divergentes ou desgostos individuais jamais serão levados adiante. O sistema americano se fundamenta na presunção de que a convivência livre de ideias divergentes, sem participação estatal, promove o encontro da verdade e a refutação de falsidades. Desse modo, a melhor forma de se contrapor a um discurso ofensivo não é através de censura e

regulamentação, mas com outro discurso verdadeiramente mais convincente e justo aos olhos da sociedade. Fica claro, então, que cada um deve lidar da melhor maneira possível com as críticas que receber (LEWIS, 2010).

Porém, ainda que a Primeira Emenda proporcione uma vasta gama de proteções à liberdade de expressão nos Estados Unidos, esta não é absoluta. De maneira geral, o governo americano pode colocar restrições de tempo, lugar e modo no exercício da liberdade de expressão, mas não pode restringir o conteúdo nem o ponto de vista propagado por um discurso. Entretanto, em *Schenck v. United States* (1919) o juiz da Suprema Corte Oliver Wendell Holmes fez sua famosa declaração de que *a liberdade de expressão não protege alguém que decida dar alarme falso sobre fogo em um teatro lotado*. Segundo ele, a questão está em saber se *as palavras foram usadas em circunstâncias [...] capazes de criar um perigo claro e presente, que traga consigo os malefícios que o Congresso tem o direito de prevenir* (SUPREMA CORTE, tradução nossa, 2015). E, mesmo que restrições baseadas em conteúdo sejam normalmente inadmissíveis, existem algumas exceções. Dentre elas, há a incitação à violência iminente, as ameaças reais, discursos difamatórios e as obscenidades; esta última não será analisada neste trabalho.

No caso brasileiro, a simples proposta de uma ideia controversa, como a do discurso apoiando abertamente a vingança, já seria passível de censura, pois não há distinção explícita entre incitação à violência iminente ou não, conforme o art. 286 do Código Penal. No caso americano, em *Brandenburg v. Ohio* (1969) a Suprema Corte decidiu que defender o uso da força não é um ato protegido pela Primeira Emenda apenas quando *direcionado a incitar ou produzir violência iminente [...] e for provável que [essa violência] venha a ocorrer* (SUPREMA CORTE, tradução nossa, 2015). A Corte retirou a condenação de integrantes do Klu Klux Klan por defender que a violência era um meio legítimo de reforma política, porque suas ações não buscavam a violência imediata, iminente. Esta decisão emendou *Schenk v. United States*, que apenas declarava a necessidade de um perigo claro e presente para limitar a liberdade de expressão. A conclusão lógica é que a mera defesa de algo violento ou controverso é protegida pela Primeira Emenda (VOLOKH, 2008).

No que tange às ameaças reais, de acordo com o entendimento firmado, por exemplo, em *Virginia v. Black* (2003), se as ameaças forem feitas por um emissor específico e direcionadas a uma pessoa ou grupo de pessoas, com a intenção de expô-las a risco real de ferimento ou morte, mesmo que em meio escrito, a Primeira Emenda não as protegerá; o fator *risco real* lhes dá o nome de ameaças reais (SUPREMA CORTE, tradução nossa, 2015). Contudo, existem algumas exceções à regra. A Corte declarou que *ameaças podem não ser punidas se o homem médio [reasonable person] entendê-las como uma hipérbole evidente* em *Watts v. United States* (1969) (SUPREMA CORTE, tradução nossa, 2015; VOLOKH, 2008). Nesse sentido, o entendimento brasileiro coaduna-se com o norte-americano, caso se atente ao art. 147 do Código Penal (BRASIL, 2014).

A calúnia nos Estados Unidos é abarcada pela difamação, não se fazendo diferença entre ofensa à honra por um fato genérico ou por uma alegação de crime. Em relação à difamação, diferentemente do que ocorre no Brasil, o discurso difamatório é sempre uma *falsa* declaração de fato, que prejudica a reputação de uma pessoa, conforme decisão em *Gertz v. Robert Welch, Inc.* (1974) (SUPREMA CORTE, 2015). Declarações de opinião, ou fatos manifestamente verdadeiros, por mais ofensivos e enojantes que sejam, jamais serão considerados difamação nos termos da lei americana. Porém, existem diferentes padrões para os funcionários públicos e indivíduos particulares, assim como no Brasil; funcionários públicos

podem provar difamação apenas se puderem demonstrar má-fé real ou dolo. Essa interpretação é também estendida para cobrir figuras públicas, que só podem ser ofendidas por um fato falso, e manifestamente prejudicial à sua reputação. A difamação de indivíduos particulares, por outro lado, pode ser provada bastando que as declarações sejam falsas e causem dano à reputação, sem necessidade de prova de má-fé ou dolo. Ademais, apenas indivíduos podem sofrer difamação, não sendo possível, então, difamar grupos ou coletividades (VOLOKH, 2008).

O discurso de ódio, geralmente definido como um discurso ofensivo a uma pessoa ou grupo com base em raça, etnia, gênero, religião, orientação sexual ou deficiência, no Brasil abarcado pela injúria preconceituosa, recebe proteção da Primeira Emenda. Mas, muito embora os Estados Unidos não restrinjam completamente esse tipo de discurso, em [*Chaplinsky v. New Hampshire*](#) (1942), a Suprema Corte defendeu que o discurso de ódio não é protegido se for constituído de *palavras tendentes à luta [fighting words]*, ou seja, palavras ofensivas que tenham gerado uma reação violenta imediata em uma pessoa normal (SUPREMA CORTE, 2015). No Brasil, como já se disse, a injúria será caracterizada independentemente de se tratar de conceitos verdadeiros ou falsos, bastando a dor interna individual (BITENCOURT, 2012).

Há diferenças notáveis entre o ordenamento jurídico brasileiro e o americano. Claramente, percebe-se o fato de que apenas falsidades são consideradas difamação nos Estados Unidos, em contraste com a indiferença quanto à veracidade ou falsidade das declarações no Brasil, que correspondem ao antigo *Seditious Libel* americano. Além disso, a injúria não será caracterizada naquele país diante de conceitos obviamente verdadeiros, salvo a exceção de causar violência imediata; até mesmo diante de falsidades a caracterização é difícil. Em contraste, no Brasil, a possibilidade de ocorrência de injúria é praticamente ilimitada. Em outras palavras, nos EUA, a exceção da verdade abarca inclusive o crime de difamação e o de injúria, sendo esta última permitida até mesmo no caso de falsidades ou violência verbal pura.

A posição difundida em nosso país, de por vezes privilegiar os direitos da personalidade, contrasta frontalmente com a posição americana, que dá preferência à liberdade de expressão. No Brasil, as condenações por crimes contra a honra têm plena capacidade de censurar através da máquina jurídica do Estado, fato que, além de promover a infantilização da sensibilidade do homem médio, não auxilia, de maneira alguma, a discussão de por que determinadas opiniões ou ideias foram colocadas em circulação. A falta dessa discussão pode criar rancor, e não é garantia de que ofensas muito piores e calculadas não ocorram novamente.

Já se sabe, pela passagem da História, que cercear a liberdade de expressão, proibindo certos discursos, não melhora a qualidade da democracia. Quando se proíbe os cidadãos de falar sobre determinados temas, tendo em vista a necessidade humana de sociabilidade, traz-se a consequência de obrigá-los a discutir esses temas secretamente. No pensamento americano, ao permitir que as pessoas expressem suas opiniões, ainda que o governo ou outros cidadãos discordem delas, a Primeira Emenda promove transparência, coesão social, verdade e justiça (Departamento de Estado Americano, s.d.).

Entende-se, naquele país, que persuasão e convencimento são a solução, e não a intervenção da máquina jurídica do Estado nas relações interpessoais. Em outras palavras, não se estende a proteção constitucional a discursos controversos como uma convivência com o ódio e a intolerância, mas sim como uma maneira de fomentar o diálogo e a compreensão. Todo conflito de ideias tem o potencial para se

e levar a uma síntese superior, de ideias mais completas e bem fundamentadas, como já ensinava Hegel, criador do conhecido método da dialética moderna. John Stuart Mill também asseverava que uma ideia suprimida pode conter uma verdade, total ou parcial, da qual a sociedade necessita. Ademais, mesmo uma crença falsa é valorosa, na medida em que o debate sobre ela pode testar e confirmar a verdade da visão contrária (LEWIS, 2010).

3.2 Os crimes contra a honra no Código Penal Italiano

O Direito Italiano, assim como o Direito Brasileiro, é parte da tradição do Direito (Civil) Romano Germânico, codificado, diferentemente dos Estados Unidos, que são parte da tradição de *Common Law*, baseada primariamente na criação e interpretação da jurisprudência (NOGUEIRA, 2013). Assim, é útil trazer o posicionamento da Itália em relação aos crimes contra a honra, justamente pelo fato de aquele país pertencer à mesma tradição jurídica brasileira.

Segundo [Francesco Antolisei](#) (2008), a ofensa à honra consiste em uma agressão ao *complexo de condições das quais depende o valor social da pessoa*, ou seja, sua posição moral e suas características intelectuais e físicas, capazes de individualizá-la e gerar seu *mérito no ambiente em que vive, isto é, sua reputação* (tradução nossa).

Todavia, a Corte Suprema (órgão judiciário de última instância da Itália) exige que a reputação seja considerada de acordo com critérios de relevância objetiva, efetivamente observáveis na opinião social.

A reputação não se identifica com a consideração que cada um tem de si ou com o simples amor próprio, mas sim com o sentido de dignidade profissional em conformidade com a opinião do grupo social, segundo um particular contexto histórico. Não constituem, portanto, ofensa à reputação as inconveniências, os ferimentos à suscetibilidade [psicológica]. (Corte Suprema, *Cassazione penale* 2536/1995, tradução nossa, 2015).

Observa-se que, assim como em nosso país, a ofensa em teoria não deveria surgir de qualquer desgosto cotidiano, que seja apenas um ferimento na imagem psicológica perfeita que o ser humano produz de si mesmo, muitas vezes inconsistente com a realidade.

No ordenamento italiano a agressão à honra pode ocorrer através da injúria e da difamação, cuja diferença maior é se a ofensa é dirigida à pessoa em si, na sua presença, ou apenas à imagem que a sociedade tem dela, pelas suas costas (VILLA, 1992).

A injúria, presente no artigo 594 do Código Penal Italiano, ocorre *quando qualquer um ofende a honra ou o decoro de uma pessoa presente [...]* (tradução nossa), ainda que através de meio telefônico ou telegráfico; a pena é aumentada caso a injúria seja cometida na presença de outras pessoas. Há dois requisitos, então, para a configuração do delito de injúria: ofensa à honra ou ao decoro e a presença do ofendido. (RONCO, ARDIZZONE E ROMANO, 2010).

O bem jurídico tutelado é a dignidade e o decoro das pessoas. A dignidade deve ser entendida como o sentimento e a ideia que cada um tem de si mesmo. O decoro é compreendido como o respeito e a estima que cada pessoa possui na sociedade. Estes dois conceitos podem ser agrupados em um conceito maior, a *reputação*. O delito é consumado imediatamente, a partir do momento em que a vítima percebe através dos sentidos a ofensa que lhe foi dirigida. A tentativa é

admissível, na medida em que a ofensa pode ser perpetrada por meio escrito, o qual pode vir a ser interceptado antes de chegar ao destinatário (RONCO, ARDIZZONE E ROMANO, 2010).

Percebe-se neste ponto que, apesar da grande semelhança entre os dois ordenamentos jurídicos, a legislação italiana traz alguns detalhes interessantes. Primeiramente, em nosso país não se fala em reputação, como termo guarda-chuva, mas apenas em dignidade e decoro. Em segundo lugar, o decoro, sob a ótica italiana, tem o sentido de honra objetiva, pois se trata do respeito que a pessoa possui em seu grupo social. Ou seja, injuriar, na Itália, significa ferir a dignidade e o respeito próprio (honra subjetiva), como no Brasil; mas também significa ferir o decoro, o respeito social (honra objetiva), diante do ofendido, com ou sem a presença de outras pessoas em torno que possam vir a escutar as ofensas.

O artigo 599 do Código Penal Italiano limita a punibilidade do tipo: *se as ofensas são recíprocas, o juiz pode declarar não puníveis um ou ambos os ofensores (a chamada retorsão [ritorsione]), ou ainda se as ofensas são dirigidas imediatamente após entrar em um estado de ira determinado por um fato alheio injusto (a chamada provocação)* (ALTALEX, tradução nossa, s.d.). A retorsão é razão especial de não punibilidade da injúria, enquanto a provocação é motivo de exclusão de culpabilidade tanto da injúria quanto da difamação (BIANCHINI, 2006). O instituto italiano da retorsão permite que o juiz declare que apenas um dos ofensores é culpado, enquanto que a discussão acirrada e desmedida, que em nosso país não possui nome detalhado, afasta a punibilidade de ambos os partícipes. A provocação não encontra paralelo específico brasileiro, muito embora seja possível afirmar que, sob a categorização geral da injúria, a falta de verdadeiro *animus injuriandi* também descaracterizaria a culpa.

Um detalhe importante que deve ser ressaltado é que o Código Penal Italiano não faz distinção, como o brasileiro, entre um fato (um verbo, no crime de difamação) e um conceito (um nome, no crime de injúria). Ambas as ocorrências são chamadas de *fato*, em ambos os crimes, havendo apenas a distinção entre um fato determinado, verdadeiro e passível de prova, seja nome ou verbo; e um fato indeterminado, decorrente de opinião, seja nome ou verbo (VILLA, 1992).

A difamação, tipificada no art. 595 do Código Penal Italiano, ocorre quando *qualquer um, fora dos casos indicados no artigo precedente, comunicando-se [através de qualquer meio] com outras pessoas, ofende a reputação alheia [...]* (tradução nossa). Se a ofensa disser respeito a fatos determinados, for emitida através de meio de comunicação ou dirigida a um funcionário público, a pena é aumentada. A calúnia não possui um artigo específico no Código Penal Italiano, sendo considerada parte da difamação (RONCO, ARDIZZONE E ROMANO, 2010).

Diferentemente da injúria, o crime de difamação pode ser consumado apenas na ausência do ofendido. O bem jurídico tutelado é a reputação (dignidade e decoro, honra subjetiva e objetiva). Notem-se os detalhes: no crime de difamação é necessária a comunicação *com outras pessoas*, na *ausência* do ofendido, enquanto a injúria necessita da *presença* do ofendido, ainda que seja possível que outras pessoas ouçam as ofensas (RONCO, ARDIZZONE E ROMANO, 2010).

Por sua vez, o art. 596 do Código Penal da Itália declara que:

Ao acusado dos delitos previstos nos dois artigos precedentes não é admitido provar, para se ausentar da culpa, a verdade ou notoriedade do fato [indeterminado] atribuído à pessoa ofendida. Todavia, quando a ofensa consiste na atribuição de um fato determinado, a pessoa ofendida e o

ofensor podem, de acordo, antes do trânsito em julgado de sentença irrecorrível, submeter a um júri da honra a decisão sobre a verdade do fato. [...] a prova [da verdade] será admitida no processo penal:

1- Se a pessoa ofendida é um funcionário público e o fato a este atribuído se refere ao exercício das suas funções;

2- Se em decorrência do fato atribuído à pessoa ofendida ainda corre [...] um processo penal;

3- Se o querelante demanda formalmente que o juízo decida pela verdade ou a falsidade do fato atribuído àquele;

[Nos casos previstos nos incisos 1, 2 e 3] Se a verdade do fato é provada [antes da condenação] ou se a pessoa a qual o fato é atribuído é condenada, e posteriormente se prove a verdade da alegação, o autor da imputação não é punível [...] (ALTALEX., tradução nossa, s.d.).

Como se pode ver, apesar da calúnia não ser descrita em um artigo individualizado, o inciso dois deixa claro que, se ainda não houve condenação penal, a exceção da verdade é admitida. Ademais, estes crimes admitem a *exceptio veritatis* quando a ofensa se tratar da atribuição de um fato determinado (na concepção italiana de fato), caso no qual ofendido e ofensor podem submeter a questão da veracidade do fato a um júri da honra (*giuri d'onore*), previamente à sentença. De maneira geral ao acusado de um delito contra a honra não é permitido provar pessoalmente ao júri a veracidade ou notoriedade do que alega, com o objetivo de livrar-se da condenação, a não ser em três situações: se o ofendido é funcionário público, e o fato atribuído a ele se refere ao exercício de sua função; se ainda está aberto ou se está por iniciar um processo contra o ofendido com relação ao fato; se o acusado, em desacordo com a decisão do júri, faz um pedido ao juiz para que possa ele mesmo fornecer prova do que houve (VILLA, 1992; BIANCHINI, 2006).

Independentemente das eventuais diferenças em relação ao processo nos Estados Unidos, na Itália existe a possibilidade de utilizar-se da exceção da verdade diante de qualquer crime contra a honra, contrariamente ao caso do Brasil.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ocorrendo ofensa a direito da personalidade, através de crime contra a honra, o que decide o cabimento jurídico do processo é apenas a subjetividade do juiz. Por vezes, o magistrado aceitará a ocorrência de ofensa, e, noutras vezes, a julgará não suficiente para justificar uma condenação, independentemente da veracidade dos fatos ou conceitos alegados.

Essa subjetividade tem o poder de objetivamente calar muitas vozes: as dos que efetivamente provocaram dano a outrem, pretendido ou não, e as daqueles que deixam de expressar opiniões, temerosos em razão das possíveis consequências jurídicas. É a possibilidade de um efeito amplificador dessas questões que se torna prejudicial. Em outras palavras, a liberdade de expressão, garantida constitucionalmente, base da democracia e do Estado de Direito, que permite a todas as pessoas externar opiniões, pode ser subjugada pelo próprio Estado que deveria defendê-la.

Um comportamento doente, que insista em ofender indiscriminada e frequentemente, é um fato que deve ser atacado pelo Direito. Por outro lado, o sentimento negativo casual, advindo de fato ou conceito verdadeiro, é apenas resultado do despreparo das pessoas em relação ao diferente, é fato e comportamento que jamais será extirpado da existência. Não importam quantos

processos sejam instaurados e quantas indenizações sejam pagas, as ofensas serão parte de caminhada humana e não devem jamais ser justificativa para calar a liberdade de expressão. Consertar as frustrações da vida, fazer as pessoas enfrentarem a dor diante da verdade, o dia a dia da vida adulta, cabe à Psicologia, não ao Direito.

É bem verdade que existem sólidas razões para que o legislador brasileiro tenha preferido permitir a exceção da verdade apenas para o delito de calúnia, e não para a difamação e a injúria. Se os cidadãos soubessem que jamais seriam punidos por externar verdades, poderiam decidir ofender sempre calculadamente, criando uma rede de rancor, mau humor e tristeza. Ou até mesmo poderiam “plantar verdades” com planos mirabolantes e conseguir atingir a honra alheia através da mentira, afinal todos os segmentos da vida humana estão suscetíveis a imperfeições, inclusive o Processo e o Direito de maneira geral. Do modo como a legislação está hoje, a exceção da verdade para a calúnia, diferentemente da difamação e da injúria, só será cabível se houver condenação penal, após todo um processo penal pautado pela ampla defesa.

Ainda que seja bem fundamentado, este argumento não nos convence, haja vista que emudecer a população é sempre algo perigoso. O silêncio também faz crescer o rancor e tende a fomentar o mercado negro de ideias, como a História tem provado. A experiência americana, nesse particular, parece mais vantajosa que a brasileira, já que, naquele contexto, a liberdade de expressão terá preferência sobre os direitos da personalidade. Com essa preferência, sempre haverá espaço para o debate sem medo, o que propicia não só o crescimento individual, mas também o social.

A experiência italiana também se mostra útil, pois, apesar de o caminho para se utilizar a exceção da verdade ser um pouco mais tortuoso que o americano, ainda assim é possível alegá-la contra todos os crimes contra a honra.

O Direito Brasileiro não admite a exceção da verdade nos crimes de injúria e difamação e, ao tomar este caminho, privilegia a proteção do dissabor individual em detrimento da liberdade de expressão e do direito da sociedade de conhecer a verdade, ainda que o dissabor decorra de fatos verdadeiros. Ou seja, mesmo sendo verdadeiro o conceito ou o fato atribuído a potencial vítima de crime contra a honra, o suposto ofensor sofrerá condenação, seja de pena restritiva de direito ou pecuniária, relegando a liberdade de expressão garantida pela Carta Magna a um segundo plano. Contrariamente ao que prevalece no Brasil, no Direito Norte Americano e no Direito Italiano a liberdade de expressão está em posição preferencial.

Algum incauto poderia sugerir que os povos italiano e norte-americano têm mais preparo psicológico para lidar com a verdade e a crítica, o que é apenas parcialmente verdade. De acordo com Edward Hall e seu estudo dos diferentes contextos utilizados pelos povos quando se comunicam, os Estados Unidos são um país caracterizado por comunicações de baixo contexto, nas quais a mensagem é mandada de forma direta e “dura”, sem meias palavras e gentilezas. Porém, tanto a Itália como o Brasil, dois países latinos, utilizam-se de comunicação de alto contexto, circular, indireta e “macia”, logo este por si só não pode ser um motivo para que nosso país não siga o exemplo italo-americano³.

Por fim, conforme se viu, não há nenhum impedimento para a utilização da exceção da verdade em relação a todos os crimes contra a honra em nosso país. Basta haver vontade política por parte do Legislativo, talvez tomando como base algum dos ordenamentos estrangeiros aqui analisados. Tendo em vista a ausência

de exceção da verdade para os crimes de injúria e difamação no Brasil, é simples argui-los e obter uma condenação em razão de fatos ou conceitos verdadeiros, que não deveriam atingir o âmago do *pater famílias*, o homem médio. Por esse motivo, é imperativo que a legislação seja alterada para permitir a exceção da verdade para a injúria e a difamação, e retirar a presença do Estado desta faceta da vida.

REFERÊNCIAS:

ALTALEX. *Codice Penale*.

Disponível em: <http://www.altalex.com/?idnot=36653>. Acessado em 20/07/2015 às 20:00hs.

ANTOLISEI, Francesco. *Manuale di diritto penale*. Milão: Giuffré, 2008.

Apelação Cível nº 20120710113525, Acórdão nº 660912. 1ª Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do DF. Relator: Wilde Maria Silva Justiniano Ribeiro.

Julgado em 05/03/2013.

----- nº 70041494345. 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do RS.

Relator: Leonel Pires Ohlweiler. Julgado em 10/08/2011.

----- nº 994092805440. 7ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de SP.

Relator: Dimas Carneiro. Julgado em 03/03/2010.

Apelação Crime nº 10043100015296001. 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de MG. Relator: Matheus Chaves Jardim. Julgado em 21/03/2013.

----- nº 70042599357. 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do RS.

Relator: Newton Brasil de Leão. Julgado em 27/06/2012.

ARISTÓTELES. *Política*. Tradução de Roberto Leal Ferreira. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

Arquivo Nacional Americano. *Bill of Rights Transcript*.

Disponível em: <http://www.archives.gov>. Acessado em 20/07/2015 às 20:00hs.

BARROSO, Luís Roberto. *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. São Paulo: Renovar, 2008.

BIANCHINI, Ivano. *Ingiuria, offensività, scriminante del diritto di critica*. Macerata, 2006.

BISINOTO, Thaís. *Especialistas discordam sobre liberdade de expressão*. 2011.

Disponível em: <http://puc-riodigital.com.puc-rio.br>. Acessado em 20/07/2015 às 20:00hs.

BITENCOURT, Cesar Roberto. *Código Penal Comentado*. São Paulo: Saraiva, 2012.

----- *Tratado de Direito Penal 2*. São Paulo: Saraiva, 2012.

- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. 2014.
Disponível em: www.planalto.gov.br. Acessado em 20/07/2015 às 20:00hs.
- *Código Penal Brasileiro*. 2014.
Disponível em: www.planalto.gov.br. Acessado em 20/07/2015 às 20:00hs.
- CAPEZ, Fernando. *Código Penal Comentado*. São Paulo: Saraiva, 2012.
- *Curso de Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 2011. Volume 1. P. 38-39.
- *Curso de Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 2012. Volume 2. P. 279 – 338.
- Corte Suprema di Cassazione*. Disponível em: <http://www.cortedicassazione.it/corte-di-cassazione/>. Acessado em 20/07/2015 às 20:00hs.
- Departamento de Estado Americano. *Freedom of Expression in the United States*. S.d.
Disponível em: <http://iipdigital.usembassy.gov>. Acessado em 20/07/2015 às 20:00hs.
- DESCARTES, René. *Discurso do Método*. 2007.
Disponível em: www.intratext.com. Acessado em 20/07/2015 às 20:00hs.
- D'URSO, Luiz Flávio Borges. *A liberdade de expressão deve ter limites?* 2010.
Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2010-set-26/bienal-democracia-liberdade-expressao-limites>. Acessado em 20/07/2015 às 20:00hs.
- GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. *Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 2013. Parte Geral.
- GRECO, Rogério. *Código penal comentado*. Niterói: Impetus, 2012. P. 352 – 382.
- GRECO FILHO, Vicente. *Manual de Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 2010. P. 417 – 419.
- KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos*. Trad. Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2004. P. 64 – 65.
- LEWIS, Anthony. *Freedom for the thought that we hate: a biography of the first amendment*. Nova Iorque: Basic Books, 2010.
- NOGUEIRA, Gustavo Santana. *Common Law e Civil Law*.
Disponível em: http://www.editorajuspodivm.com.br/i/f/paginas_gustavo_nogueira.pdf. Acessado em 20/07/2015 às 20:00hs.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. Curitiba: RT, 2010. P. 673 – 695.

RONCO, Mauro. ARDIZZONE, Salvatore. ROMANO, Bartolomeo (Org). *Codice Penale Iperestuale Commentato*. UTET, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. P. 67.

SILVA, José Afonso da. [Curso de direito constitucional positivo](#). São Paulo: Malheiros, 2012.

Suprema Corte dos Estados Unidos. Disponível em: <http://www.supremecourt.gov>. Acessado em 20/07/2015 às 20:00hs.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil – Volume IV*. São Paulo: Atlas, 2004.

VILLA, Antonello. *I delitti contro l'onore*. Padova: CEDAM, 1992.

VOLOKH, Eugene. *First Amendment and Related Statutes: Problems, Cases and Policy Arguments*. Foundation Press, 2008.

ZOLLER, Elisabeth. *The United States Supreme Court and the Freedom of Expression*. Disponível em: http://ilj.law.indiana.edu/articles/84/84_3_Zoller2.pdf. Acessado em 20/07/2015 às 20:00hs.

Contatos:

Arthur Blois Villela

Endereço: Rua Dr. Cassiano, 560, Pelotas, RS, Brasil

CEP: 96015-700

Telefone: (53) 8142 2920

Email: arthur.b.villela@hotmail.com

Débora Alessandra Peter

Endereço: Rua Daniel Capdebosco, 57, Pelotas, RS, Brasil

CEP: 96065-730

Telefone: (53) 8115 6228

Email: deborapeter1@hotmail.com