

## **LIBERDADE DE EXPRESSÃO E CRIMES CONTRA A HONRA NOS PAÍSES DA OEA**

**Aluna: Flavia Kamenetz Nhuch**

**Orientador: Fábio Carvalho Leite**

### **Introdução**

Em 2009, Paulo Henrique Amorim, jornalista e apresentador da TV Record, direcionou ofensas a Heraldo Pereira, jornalista da TV Globo. Afirmou que este era um “negro de alma branca” em seu blog *Conversa Fiada*. Disse, também, que “ele não conseguiu revelar nenhum atributo para fazer tanto sucesso, além de ser negro e de origem humilde”. O Tribunal de Justiça do Distrito Federal, no dia 20 de junho de 2013, decidiu que as palavras de Paulo Henrique constituíam injúria qualificada – a chamada injúria racial. Foi considerado crime de injúria, também, a afirmação de que o jornalista Heraldo Pereira “se ajoelha” e se “agacha” perante o ministro Gilmar Mendes, do Supremo Tribunal Federal.

De acordo com a decisão do TJ-DF, Paulo Henrique Amorim foi condenado a um ano e oito meses de prisão e 15 dias-multa. Por conta de sua idade mais avançada – 70 anos -, sua pena foi reduzida em três meses; porém, como as ofensas foram publicadas em um meio considerado de grande visibilidade, foi aplicada uma agravante. A pena, por ser inferior a quatro anos, foi convertida em restritiva de direitos.

Esse caso ilustra como o Brasil enfrenta a colisão entre as garantias constitucionais e fundamentais da liberdade de expressão e dos direitos de personalidade. Nesse país, a privação da liberdade ainda é considerada como meio funcional de coerção para coibir delitos contra a honra. Assim, a manifestação de pensamento de Paulo Henrique Amorim foi considerada crime, e o tema em questão, curiosamente, não é problematizado nem debatido pela doutrina penal brasileira. Os crimes contra a honra não são discutidos à luz da liberdade de expressão.

Considerando que o Brasil é membro da Organização dos Estados Americanos, e diante desse posicionamento jurídico em relação aos crimes contra a honra, esse trabalho se propõe a analisar e investigar o comportamento desse país e dos demais membros da OEA face a essa questão. Esse estudo aponta para uma coesão legislativa entre essas nações, cuja maioria de suas leis penais alinha-se no sentido de aplicar a pena privativa de liberdade para os delitos de calúnia, injúria e difamação.

A liberdade de expressão é um princípio fundamental consagrado não apenas nas Constituições democráticas da maior parte dos países, como, também, em Tratados e Cartas internacionais. É importante observar que a proteção oferecida ao discurso é direcionada,

naturalmente, aos discursos considerados desprezíveis e, até, repugnantes. Não haveria necessidade de proteger o discurso que somente elogia. O discurso que incomoda é o que precisa da garantia da liberdade de expressão.

Enquanto isso, os direitos da personalidade são os alicerces que garantem uma vida humana e digna a todos. Suas ramificações incluem o direito à honra, à intimidade, à privacidade, ao nome, entre outros. Estão previstos em Constituições democráticas e na Declaração Universal dos Direitos do Homem. Por decorrerem do princípio da dignidade da pessoa humana, basta o nascimento com vida para obtê-los – existem independentemente de qualquer ato formal de aquisição. São oponíveis tanto ao Estado quanto aos particulares da sociedade.

Nesse cenário, a dúvida que nos resta é: se um indivíduo for punido em pleno exercício de sua liberdade de expressão, ele poderia ter se manifestado? A censura prévia se difere da censura posterior nesses casos?

## **Metodologia**

Em primeiro lugar, através de reuniões semanais e de uma leitura inicial para contextualizar a questão, foram discutidos e problematizados vários casos em que a liberdade de expressão e os direitos da personalidade colidiam e sua devida reparação. Com a compreensão e o entendimento do tema através da leitura doutrinária, foi estudado e observado o dualismo da liberdade de expressão e da proteção dos direitos da personalidade nos casos em concreto que encontrados em 33 dos 35 países da OEA. O presente estudo não abrangeu a questão no âmbito dos EUA e do Canadá, pelas razões adiante apresentadas.

Um esclarecimento inicial necessário: para a elaboração deste trabalho, adotou-se, com relação ao conceito de despenalização, o entendimento firmado pelo Ministro Sepúlveda Pertence, no julgamento do RE 430207 QO/RJ<sup>1</sup>, ocorrido em 13/02/2007, de sua relatoria. Segundo o ilustre jurista, a característica marcante da despenalização seria a exclusão de penas privativas de liberdade como sanção principal ou substitutiva da infração penal. O mesmo ocorre com o conceito de descriminalização, utilizado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos e pela imprensa dos países analisados como uma forma de suprimir a pena privativa de liberdade, instituindo o pagamento de uma multa. Sendo assim, ambos refletirão “descarcerização” do delito, ou seja, a eliminação do cumprimento da pena por meio de prisão.

A partir da metodologia da análise individualizada, foi possível delinear um panorama geral, identificando os países que criminalizam e os que não criminalizam os delitos contra a honra – a injúria, a calúnia e a difamação –, e a existência ou não de processo de descriminalização em cada país analisado. Por meio de investigação jurisprudencial nas Supremas Cortes dos países pesquisados, e de estudo dos jornais locais, foram reunidos os

---

<sup>1</sup> “Considerou-se que a conduta antes descrita neste artigo continua sendo crime sob a égide da lei nova, tendo ocorrido, isto sim, uma despenalização, cuja característica marcante seria a exclusão de penas privativas de liberdade como sanção principal ou substitutiva da infração penal.”; disponível em: <http://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/1356373/posse-de-droga-para-uso-pessoal-e-crime-logo-incide-falta-grave>

argumentos, os contextos e os fundamentos apresentados pelos países que descriminalizaram os delitos contra a honra. Com o propósito de agregar uma ótica local, foram, ainda, feitos contatos com estudantes de Direito de El Salvador, por meio de um grupo de uma rede social (Facebook), o que permitiu a seleção prévia dos primeiros países que descriminalizaram as figuras da injúria, calúnia e difamação – México, Uruguai e Argentina.

Feita a análise da situação dos três países acima, e compreendidas as razões que motivaram essas nações a descriminalizar os delitos contra a honra, foi iniciado o estudo acerca da posição de El Salvador, diante de sua recente orientação no mesmo sentido, em grande parte por influência das ações positivas tomadas por México, Uruguai e Argentina. Em relação a El Salvador, foi, ainda, levantado o trabalho desenvolvido por um parlamentar uruguaio, contratado pelo Banco Interamericano de Desenvolvimento para o governo salvadorenho, para participar da comissão *ad hoc* constituída com o fim de instituir o direito de resposta como garantia na abolição do tipo penal da calúnia, injúria e difamação.

Através da leitura de jornais locais e de sites de ONGs dos países estudados, pôde ser acompanhada a discussão política e jurídica, em cada nação enfocada pelo trabalho, referente ao pleito para a descriminalização.

Com base nos estudos e pesquisas acima relatados, foi possível compilar os resultados desejados, para a apresentação deste trabalho.

Importante salientar que a decisão de não incluir os EUA e o Canadá no presente estudo se deveu ao fato de que essas são duas nações cujas legislações já foram objeto de estudos extensos, que apresentaram leituras e resultados bastante consistentes e de conhecimento geral. O objetivo desse estudo foi o de revelar mais amiúde, no âmbito penal, a posição dos demais 33 países que compõem a OEA, cujas projeções no cenário internacional, no que toca ao assunto da liberdade de expressão, sempre foram menos protagonistas que os EUA e o Canadá.

## **Resultados**

### **A) O panorama geral dos países da OEA:**

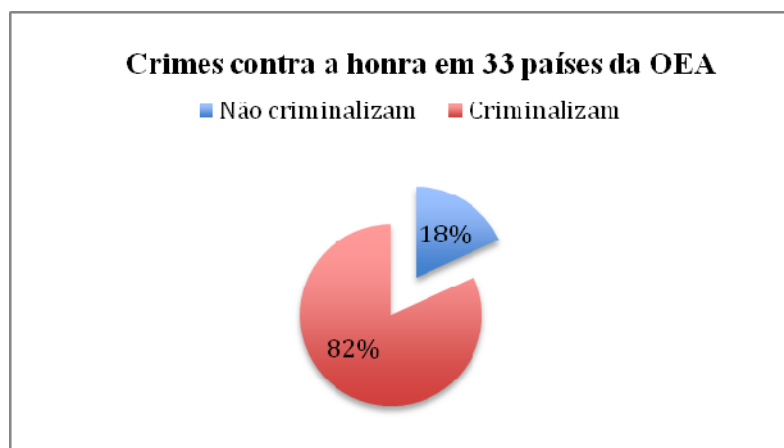
Atualmente, a maioria esmagadora dos países que compõem a Organização dos Estados Americanos, que são, no total, 35, ainda criminaliza os delitos contra a honra. A pesquisa não tratará somente de dois: Estados Unidos e Canadá.

Através de leituras dos jornais locais e dos Códigos Penais de cada um dos países, no presente momento, foi possível chegar à conclusão de que 27 paísestêm legislação que trata da injúria, calúnia e difamação na esfera penal, com penas privativas de liberdade<sup>2</sup> (além de multas pecuniárias e possível trabalho forçado) e 6 já passaram por um processo de descriminalização ou nunca adotaram o campo penal como possível meio de reparação nas situações de ofensa<sup>3</sup>.Então, no universo de 33 países analisados sob esse prisma, encontra-se a seguinte porcentagem:

---

<sup>2</sup> Brasil, Peru, Chile, Paraguai, Bolívia, Equador, Colômbia, Venezuela, Panamá, Guatemala, Jamaica, Trinidad e Tobago, República Dominicana, Antígua e Barbuda, São Cristóvão e Nevis, Guiana, Santa Lúcia, São Vicente e Granadinas, Haiti, Suriname, Porto Rico, Barbados, Granada, Honduras, Dominica, Belize e Bahamas.

<sup>3</sup> Argentina, Uruguai, México, El Salvador, Costa Rica e Nicarágua.



Além disso, observa-se que cada país tem suas próprias peculiaridades quando se trata das possíveis modificações a serem feitas quanto à legislação penal. As ilhas caribenhas, por exemplo, têm sido um alvo para o IPI (Instituto Internacional de Imprensa), que tem realizado campanhas pela descriminalização da difamação, visitando, principalmente, a República Dominicana, Jamaica<sup>4</sup>, Barbados e Trinidad e Tobago desde 2011.<sup>5</sup>

Numa recente visita à Antígua e Barbuda, realizada também pelo IPI, o Primeiro Ministro Winston Baldwin Spencer, ao se manifestar a favor da descriminalização, admitiu que “em uma época moderna, há dificuldade de justificar a existência de tais leis (crimes contra a honra)”<sup>6</sup>.

Há países, como Costa Rica<sup>7</sup> e El Salvador<sup>8</sup>, que ainda têm no seu Código Penal os institutos da injúria, calúnia e difamação, apesar de terem sofrido “descarcerização”, e atualmente só tratarem da multa pecuniária.

No caso do Paraguai e do Panamá, a partir do momento em que a calúnia e a difamação sejam praticadas na frente de uma “multidão” ou através de um meio de comunicação social, oral ou escrito, a pena, que antes era de dias-multa, passa a ter a possibilidade de se tornar privativa de liberdade.

Entre os 33 países estudados, foi dado maior foco ao México, Uruguai e Argentina, pelo fato de terem iniciado esse movimento em prol da descriminalização dos crimes contra a honra e,

<sup>4</sup> Discussão atual na Jamaica, disponível em: <http://jamaica-gleaner.com/latest/article.php?id=46237>

<sup>5</sup> Tabela de penas de restrição de liberdade nos países caribenhos, disponível em: [http://www.freemedia.at/fileadmin/media/Documents/Caribbean\\_Defamation\\_Table.pdf](http://www.freemedia.at/fileadmin/media/Documents/Caribbean_Defamation_Table.pdf)

<sup>6</sup> Disponível em: <http://www.freemedia.at/home/singleview/article/antiguan-political-leaders-commit-to-repealing-criminal-defamation.html>

<sup>7</sup> “Difamación – artículo 146 – Será reprimido conveinte a sesentadías multa en que deshonnare a otro o propalare especies idóneas para afectarsureputación.” – Código Penal da Costa Rica

<sup>8</sup> “Difamacion – art. 178 – El que atribuyere a una persona que no esté presente una conducta o calidad de dañarsudignidad, menoscabando su fama o atentando contra supropiaestimación, sera sancionado con multa de cincuenta a cientoveintedías multa.” – Código Penal de El Salvador

potencialmente, influenciado outras nações a tomarem rumo pelo mesmo caminho, como, por exemplo, El Salvador, que será citado adiante.

O México, uma federação composta por trinta e um Estados e um Distrito Federal, apresenta uma situação complexa, em razão da falta de alinhamento entre seus Estados e o Governo Federal, no que toca à política de descriminalização dos delitos contra a honra. Esse desalinhamento político fica muito claro na resistência de diversos dos Estados em adotar a postura do Governo Federal de despenalizar os crimes de injúria, a calúnia e a difamação. Dos seus 31 Estados, 16 estados ainda mantêm vigente a reparação para os crimes contra a honra na esfera penal. O primeiro estado a aceitar essa proposta foi a Ciudad de México, em 2006, e os mais recentes são Veracruz (2010) e Puebla (2012).

Em março de 2007, houve, portanto, a descriminalização dos delitos contra a honra. A votação foi iniciada em abril de 2006 durante o mandato de Felipe Calderón. Na votação do Senado, 102 senadores foram a favor da descriminalização, nenhum contra e 1 se absteve. Os artigos 1º a 31 da Lei de Delitos de Imprensa também foram revogados.

Em franco posicionamento em apoio às medidas de descriminalização adotadas pelo governo mexicano, o Fórum Regional Federal da SIP (Sociedade Interamericana de Imprensa) redigiu, em agosto de 2011, em Puebla, México, um documento intitulado “Declaração de Puebla”, que reconheceu que a violação da liberdade de expressão acarreta consequências tanto para o direito dos formadores de opinião, quanto da sociedade em geral, que fica privada de receber fluxo de informações e participar do “mercado de ideias”.

Um caso famoso do México é o *La Jornada vs. Letras Libres*. Em março de 2004, a revista *Letras Libres* criticou a aliança entre o jornal espanhol *Gara*, ligado ao grupo terrorista ETA, e o *La Jornada*, acusando este último de ser cúmplice, também, do ETA. O jornal, dessa forma, resolveu abrir um processo contra a revista e, 7 anos depois, a decisão da Primeira Sala da Suprema Corte de Justicia de la Nación do México julgou em favor da revista, e, portanto, da liberdade de expressão, abrindo um precedente positivo.<sup>9</sup>

Já o Uruguai, em 2009, promulgou a lei que despenalizou os delitos de difamação e injúria, votada por unanimidade, desde que as informações sejam de interesse público ou envolvam pessoas públicas e de relevância social, havendo necessidade de se provar a “real malícia”. Esta é doutrina fixada pela Suprema Corte dos Estados Unidos no caso *Sullivan vs. The New York Times*<sup>10</sup>, conceito introduzido para se determinar condutas que são claramente negligentes ou

---

<sup>9</sup>Disponível em: <http://www.libertad-expresion.org.mx/noticias/la-jornada-vs-letras-libres/>

<sup>10</sup> “In *New York Times v. Sullivan*, supra, the United States Supreme Court ruled that the existing common law of defamation violated the guarantee of free speech under the First Amendment of the Constitution. It held that the citizen's right to criticize government officials is of such tremendous importance in a democratic society that it can only be accommodated through the tolerance of speech which may eventually be determined to contain falsehoods. The solution adopted was to do away with the common law presumptions of falsity and malice and place the onus on the plaintiff to prove that, at the time the defamatory statements were made, the defendant either knew them to be false or was reckless as to whether they were or not.”; Disponível em: [http://www.hrcr.org/safrica/expression/nytimes\\_sullivan.html](http://www.hrcr.org/safrica/expression/nytimes_sullivan.html)

propositalmente mentirosas do autor do fato.<sup>11</sup> Também foi aprovada a supressão do desacato como crime quando direcionado a funcionários públicos.

O presidente José Mujica já afirmou que “a imprensa é um mal absolutamente necessário e imprescindível” e que “a melhor lei de imprensa é a que não existe”.<sup>12</sup>

Por fim, também em 2009, no dia 18 de novembro, a Argentina sancionou a lei que elimina de seu Código Penal os delitos de calúnia e injúria<sup>13</sup>, respondendo a um velho pleito das organizações de jornais e da Corte Interamericana de Direitos Humanos. A Argentina, assim como o Uruguai, introduziu também a figura da “real malícia”,

Um caso emblemático que marcou a história da Argentina foi o do *Eduardo Kimel vs. Argentina*<sup>14</sup>. Kimel foi processado por injúria e calúnia por ter citado um juiz argentino, Guillermo Rivarola, no seu livro chamado “O Massacre de São Patrício”, recordando o assassinato de 3 padres e 2 seminaristas durante o regime militar, em 1976, criticando a lentidão do poder judiciário nesse caso. Ele foi condenado a 1 ano de prisão e 20 mil pesos como multa. A Corte Interamericana de Direitos Humanos criticou fortemente a decisão argentina de sentenciar o jornalista, condenando o Estado pela violação de seus direitos em maio de 2008. Pela decisão, a Argentina deveria “realizar um ato público de reconhecimento de sua responsabilidade dentro dos seis meses a partir da notificação da sentença”<sup>15</sup>.

## **B) A mudança em El Salvador:**

Um possível resultado do debate e modificações na legislação, realizados por alguns países da OEA acerca da liberdade de expressão e do peso excessivo de uma punição através do cerceamento da liberdade de um indivíduo por crimes de opinião, foi a repercussão que gerou em El Salvador.

Em 2011, o presidente salvadorenho Mauricio Funes saiu em defesa de uma reforma para descriminalizar os crimes contra a honra.<sup>16</sup> A Assembleia Legislativa, na época, aprovou um decreto, em 8 de setembro, para substituir as penas de prisão por multas, quando se tratasse de casos de crimes contra a honra e a privacidade de terceiros. O decreto também previa a suspensão de jornalistas que cometessem tais delitos, por um período que variava de 6 meses a 2 anos, em vez do pagamento de uma multa, e o presidente Funes não concordou com essa condição.

---

<sup>11</sup>Disponível em: <http://es.rsf.org/uruguay-la-despenalizacion-de-los-delitos-09-07-2009,33395.html>

<sup>12</sup> Disponível em: <http://www.lanacion.com.ar/1317526-mujica-a-la-prensa-no-hay-que-andar-toqueteandola>

<sup>13</sup>Disponível em: [http://www.diariojudicial.com/contenidos/2009/11/19/noticia\\_0006.html](http://www.diariojudicial.com/contenidos/2009/11/19/noticia_0006.html)

<sup>14</sup>Caso *Kimel vs. Argentina*, sentence de 2/05/2008, disponível em: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_177\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_177_esp.pdf)

<sup>15</sup>Disponível em: <http://knightcenter.utexas.edu/archive/blog/?q=pt-br/node/450>

<sup>16</sup> Disponível em: <https://www.knightcenter.utexas.edu/pt-br/blog/presidente-de-el-salvador-apoia-projeto-de-lei-que-despenaliza-crimes-contra-honra-mas-com-alte> e <http://www.presidencia.gob.sv/novedades/noticias/item/1447-presidente-observa-decreto-legislativo-referido-a-reformas-sobre-la-critica-en-los-medios-de-comunicación.html>

Esse decreto também defendia o direito da vítima à réplica: estabeleceu-se um prazo de 3 dias para que os meios de comunicação publicassem a resposta do ofendido, sem qualquer custo para este último.

Os argumentos de Mauricio Funes ao defender a descriminalização dos crimes contra a honra eram que (i) mais do que criminalizar, é necessário estabelecer uma regulação mais clara quanto ao seu exercício, (ii) injúria é algo muito subjetivo, porque, às vezes, uma palavra a mais no discurso acaba fazendo diferença e se tornando ofensiva à alguém, (iii) é imprescindível que a reparação ao dano causado à outrem tenha caráter econômico e (iv) “não se pode penalizar aqueles que expressam suas opiniões sem a intenção de prejudicar a imagem ou reputação de alguém, mas de construir uma sociedade melhor para todos”.<sup>17</sup>

No dia 28 de setembro de 2011, uma carta<sup>18</sup> direcionada ao presidente Funes, criticando a despenalização dos crimes contra a honra sem a existência de uma alternativa de defesa para o ofendido, como o direito de resposta, foi redigida por 3 organizações: a FESPAD (Fundación de Estudios para la Aplicación del Derecho), ARPAS (Asociación de Radios y Programas Participativos de El Salvador) e ISD (Iniciativa Social para la Democracia). Alguns de seus argumentos:

La convivencia social y democrática desde el enfoque de derechos, pasa por el equilibrio entre los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen, con respecto a la libertad de expresión y el derecho a la información (...).

Somos de la opinión que con las reformas aludidas, se está sobreponiendo el derecho a la libre expresión y difusión del pensamiento, el cual es un derecho resistente, sobre los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen, situación que deja en grave vulnerabilidad la personalidad de la mayoría (...).

Esta reforma pone en riesgo potencial el honor y la intimidad de las personas, ya que se suprime el ejercicio de la acción penal por la comisión de estos delitos al ejercicio de derecho de respuesta, que en la legislación penal salvadoreña es una deuda pendiente.

Com essas questões pendentes, a Assembleia Legislativa de El Salvador reativou a Comissão *Ad Hoc*<sup>19</sup>, na primeira semana de agosto de 2012, para discutir o projeto de lei que estabeleceria o direito de retificação e resposta, apresentado em setembro de 2011, como complemento da despenalização dos crimes contra a honra.

<sup>17</sup> Disponível em: <https://knightcenter.utexas.edu/pt-br/comment/reply/1698>

<sup>18</sup> Disponível em: <http://www.fespad.org.sv/documentos/solicitud-veto-836.pdf>

<sup>19</sup> Disponível em: <http://www.diariocolatino.com/es/20121105/opiniones/109465/Establecer-el-derecho-de-respuesta.htm>

Com a ajuda financeira do BID (Banco Interamericano de Desenvolvimento) para consultoria parlamentar a essa Comissão, contrataram o uruguaio Edison Lanza (escolhido pelos próprios parlamentares salvadorenhos), que, nas reuniões, exemplificou que o Uruguai conta com a lei de direito de resposta há 26 anos, “o que significa que em El Salvador poderia haver um vazio legal ao estabelecer esse direito universal encarnado na Constituição da República de El Salvador”.

Além da presença do parlamentar uruguaio, haveria, também, a participação de meios de comunicação nacionais, da União dos Periodistas e de outras organizações, assim como propostas do setor acadêmico em relação ao tema.

Nesse projeto de lei, havia uma proposta de publicar em um lugar visível as informações do diretor responsável e do proprietário do meio de comunicação, para dar maior transparência e facilitar o contato de quem viesse a solicitar o direito de resposta.

No caso dos meios audiovisuais, seriam exibidos, 2 vezes ao dia, os nomes dos donos físicos ou jurídicos e seus respectivos dados, além do diretor e redator responsável.

Fora isso, determinou-se que o direito de resposta teria que ser publicado no mesmo lugar e com as mesmas características da informação inexata publicada, não havendo lugar para direito de resposta em questões políticas, literárias, históricas, artísticas ou científicas, a não ser que, para o Poder Judiciário, esse meio tivesse sido utilizado para o propósito da prática da difamação.<sup>20</sup>

Haveria, ainda, um prazo de 15 dias para o ofendido solicitar seu direito de resposta e 5 dias para ser publicado de maneira gratuita, e, caso contrário, o ofendido poderia reclamar por via judicial, com um prazo estabelecido de 24h para a protelação da sentença, que fixaria dias-multa até a publicação da devida resposta.

Em julho de 2013, a Assembleia Legislativa aprovou, com 68 votos de um total de 84, a Lei Especial de Exercício do Direito de Retificação ou Resposta. À luz do seu artigo primeiro:

El objetivo de la presente ley es regular el ejercicio del derecho de rectificación o respuesta como protección de los derechos de honor, intimidad personal y familiar y a la propia imagen, en concordancia con el irrestricto ejercicio de la libertad de expresión y de información.<sup>21</sup>

### **C) Os crimes contra a honra e a reforma do Código Penal no Brasil:**

Atualmente, os crimes contra a honra estão previstos no Código Penal brasileiro entre os artigos 138 a 145. Nos casos da calúnia e da difamação, as penas são compostas por privação de liberdade e multa, enquanto na injúria, varia entre o encarceramento ou o pagamento da multa.

---

<sup>20</sup> Disponível em:

[http://www.elsalvador.com/mwedh/nota/nota\\_completa.asp?idCat=47673&idArt=8034098](http://www.elsalvador.com/mwedh/nota/nota_completa.asp?idCat=47673&idArt=8034098)

<sup>21</sup> Disponível em: <http://www.laprensagrafica.com/aprueban-ley-de-derecho-respuesta>



A calúnia<sup>22</sup> é aduzida no momento em que alguém realiza uma imputação falsa de um fato definido como crime praticado por outrem. Dessa forma, para se caracterizar a calúnia, (i) um fato deve ser imputado, (ii) esse fato deve ser considerado um crime e (iii) o fato deve ser, obrigatoriamente, falso. Há, portanto, elementos objetivos e subjetivos, sendo o primeiro a imputação do fato criminoso e o segundo a intenção de caluniar, o *animus caluniandi*.

A difamação<sup>23</sup>, por sua vez, é configurada quando fatos determinados, sejam falsos ou verdadeiros, são imputados à outra pessoa com a finalidade de macular sua honra objetiva, ou seja, sua reputação. Diferentemente do que ocorre com a calúnia, não se exige que o fato imputado pela difamação seja falso.

Por último, a injúria<sup>24</sup>, considerada o tipo penal “menos grave” dos crimes contra a honra, ao contrário da calúnia e da difamação, visa proteger a honra subjetiva que o agente tem de si mesmo<sup>25</sup>. Imputa-se, dessa forma, uma qualidade negativa, atributos pejorativos à pessoa do agente.

É prevista, também, a injúria qualificada, disposta no art. 140, § 3º, que versa:

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.

A primeira parte pode colocar muitos em dúvida no quanto a distancia do crime de racismo. A injúria preconceituosa – nesse caso, racial – ocorre quando o agente utiliza de palavras depreciativas com o intuito de ofender a honra subjetiva da vítima, e não da raça de forma objetiva e geral, elemento presente no racismo.

Existe uma proposta de reforma ao Código Penal, elaborada por uma comissão de juristas, já em tramitação no Senado. Em meio a outras possíveis modificações a serem realizadas, nota-se que os crimes contra a honra, se o projeto for aprovado, terão um tratamento mais rígido.

O delito da calúnia passará a ter como pena um a três anos de prisão e multa, lembrando que, atualmente, a contraprestação penal para esse tipo de conduta é de detenção de seis meses a dois anos e multa. A difamação passará a ser punida com pena de um a dois anos de prisão e multa, enquanto, por ora, é de três meses a um ano de detenção e multa. Por último, o crime de injúria terá como pena de seis meses a um ano de prisão e multa, sendo que, hoje em dia, está prevista para esse mesmo tipo penal, a detenção de um a seis meses ou o pagamento de multa.

Além do aumento das penas dos crimes contra a honra, ainda há uma agravante: “as penas serão aumentadas se qualquer dos crimes é cometido por meio jornalístico, inclusive o eletrônico,

---

<sup>22</sup> Art. 138 do Código Penal brasileiro.

<sup>23</sup> Art. 139 do Código Penal brasileiro.

<sup>24</sup> Art. 140 do Código Penal brasileiro

<sup>25</sup> GRECO, Rogério. Código Penal comentado. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2012; pág. 367.

digital ou qualquer outro meio de comunicação que facilite a divulgação da calúnia, difamação e injúria.”<sup>26</sup>

O Desembargador José MuiñosPiñeiro Filho, integrante da Comissão que elaborou o anteprojeto do novo Código Penal, afirma que a proposta é de revogar a figura do desacato, atendendo ao pedido da Comissão de Liberdade de Expressão da OEA e da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

A Comissão também entendeu, assim como ocorre em El Salvador, que críticas literárias, artísticas, científicas e jornalísticas não constituem difamação e injúria, salvo quando haja, claramente, o *animus diffamandi/animus injuriandi*.

De acordo com o Desembargador Luiz Gustavo Grandinetti<sup>27</sup>, há mais de 1.500 condutas tipificadas no Brasil. “O Brasil é o quarto país do mundo em termos de contingente carcerário”, diz. O aumento das penas, proposto pelo anteprojeto do novo Código Penal, chega a ser preocupante por conta do sistema prisional que o continente brasileiro oferece.

Se um crime é praticado por um meio que facilite sua divulgação, de acordo com o Desembargador Muiños, a pena é aumentada em dobro. Em tese, um jornalista poderia pegar até 6 anos por calúnia, cujo crime terá pena de até 3 anos de detenção. Desloca-se, assim, as infrações da qualificação de menor potencial ofensivo para uma qualificação de ofensividade média.

Grandinetti observa que o direito penal deveria ser, em todos os casos, *ultima ratio*. Afirma que a sociedade tem tendência a tratar todas as questões por meio do campo penal, criminalizando toda e qualquer conduta.

Miguel Reale Júnior, ex-ministro da Justiça e professor de Direito Penal, entende que o anteprojeto apresenta erros gravíssimos, tanto na parte geral quanto na parte especial do Código. “É um passeio pelo absurdo. Há imprecisões técnicas, ausência de conhecimento técnico-jurídico da definição de conceitos básicos de Direito Penal (...). É um conjunto de conceitos absurdamente impróprios, de desconhecimento grave do direito penal. Se vão emendar, é melhor fazer um anteprojeto que não tenha tantos absurdos. O melhor seria começar do zero.”<sup>28</sup>

De acordo com Alexandre Assunção e Silva:

O tipo penal, para proteger todas as pessoas contra a discriminação, precisaria ser muito mais amplo, em razão do princípio da legalidade,

---

<sup>26</sup>Disponível em:

[http://www.observatoriodaimprensa.com.br/news/view/\\_ed724\\_codigo\\_penal\\_e\\_o\\_aumento\\_das\\_penas\\_para\\_crimes\\_de\\_imprensa](http://www.observatoriodaimprensa.com.br/news/view/_ed724_codigo_penal_e_o_aumento_das_penas_para_crimes_de_imprensa)

<sup>27</sup>Palestra na EMERJ: “Liberdade de imprensa, de expressão, de opinião e o anteprojeto do novo Código Penal”. 25/10/2012.

<sup>28</sup>Disponível em: <http://congressoemfoco.uol.com.br/noticias/questao-de-foco/reale-“projeto-causa-vergonha-internacional”/>

problema que não há na imposição de sanções civis, que pressupõe tão só a ocorrência de dano moral.<sup>29</sup>

Aparentemente, entende-se que a garantia de exprimir opiniões é dada em relação a qualquer possibilidade de censura anterior à manifestação, possibilitando, dessa forma, que tal ideia participe do fluxo de informações, e não *a posteriori*. Isso ocorre porque uma possível ofensa geraria um dano, e esse dano mereceria ser reparado penal, civil ou administrativamente.

A insegurança jurídica surge como uma breve consequência para a subjetividade da ofensa, evidenciada por casos similares que são julgados de forma diferente; afinal, como as decisões variam no “caso a caso”, alguém que deseje se manifestar com críticas, por exemplo, não saberá se seu discurso estará protegido ou não, e, se não estiver, se poderá enfrentar pena de detenção ou pagamento de multas.

Daniel Sarmento observa:

É necessário redobrada cautela quando se trata de limitar a liberdade de expressão em razão do conteúdo das ideias manifestadas. É preciso evitar a todo custo que este direito fundamental tão importante para a vitalidade da democracia e para a auto-realização individual torne-se refém das doutrinas morais majoritárias e das concepções sobre o “politicamente correto”, vigentes em cada momento histórico.<sup>30</sup>

A análise acima desenvolvida sobre o cenário atual que prepondera nos países que compõem a Organização dos Estados Americanos pode ser o elemento balizador e justificador do atual quadro brasileiro no que toca à sua resistência em descriminalizar os delitos contra a honra. O Brasil pode estar numa zona cômoda quando se trata do embate da liberdade de expressão e dos direitos da personalidade, e falta esforços para trazer esse assunto a um debate público. Adicionalmente, sua jurisprudência frágil e pouco ousada limita o desenvolvimento do tema e agrava o estreitamento do entendimento desse confronto entre aquelas duas garantias constitucionais.

## Conclusão

A presente pesquisa teve como objetivo analisar a existência, ou não, dos crimes contra a honra nos países da OEA, e seu devido tratamento. Como observado, a grande maioria dessas nações ainda utiliza do recurso penal como meio de reparação de discursos ofensivos.

A prisão resultante de um crime de opinião tem um peso desproporcional ao delito. O direito penal deveria estar revestido de caráter subsidiário. De acordo com Claus Roxin:

---

<sup>29</sup>SILVA, Alexandre Assunção e. Liberdade de expressão e crimes de opinião. São Paulo: Editora Atlas, 2012; pág. 152.

<sup>30</sup>SARMENTO, Daniel. Livres e Iguais: Estudos de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006; pág. 209.

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 (...). Por isso se denomina a pena como a ‘*ultima ratio* da política social’ e se define sua missão como proteção subsidiária de bens jurídicos.<sup>31</sup>

Por mais que não exista, por enquanto, uma censura posterior, a reparação por meios civis ou penais gera, efetivamente, uma autocensura. O possível debate é inibido (o chamado “chillingeffect”), fazendo com que a censura anterior pudesse ser comparada, em alguns momentos, com a censura posterior. Um resultado diferente poderia ser obtido se fosse adotado o direito de resposta como alternativa preferencial, já que essa contrapartida não tem caráter punitivo e poderia satisfazer o indivíduo que se sentiu ofendido e injustiçado, e ajudaria na criação de um debate em potencial, podendo, dessa forma, modificar, nesse aspecto, o cenário atual dos países da OEA.

A adoção da contraprestação punitiva aos delitos contra a honra através da privação da liberdade deve ser repensada e debatida. A despenalização dos crimes contra a honra, refletida pela supressão do encarceramento pela prática de tais delitos, seria uma alternativa à descriminalização desses tipos penais e colocaria em maior equilíbrio a ação e a consequência dela derivada. O pequeno potencial ofensivo dos crimes contra a honra, açambarcado pelo acima referido Princípio da Intervenção Mínima, deveria nortear a mudança das legislações penais sobre o tema.

O quadro geral da OEA tem apontado para a resistência à descriminalização dos crimes contra a honra, ignorando, nesse posicionamento, seu pequeno potencial ofensivo e do Princípio da Intervenção Mínima. O Brasil, como país membro da OEA, e especialmente diante de sua inegável transição de nação subdesenvolvida para *player* internacional com influência política, segue alinhado aos demais membros dessa Organização, resistindo em eliminar de seu sistema penal condutas menos graves e com menores caracteres delitivos.

Sem a possibilidade da existência de ideias divergentes, o Estado estaria afirmando, teoricamente, que haveria somente um discurso a ser tratado como verdadeiro, e essa é uma posição perigosa. A ofensa é algo pessoal – o ofendido é quem a sente. Por ter esse caráter subjetivo, muitas vezes, o autor do crime provavelmente nem sabe que cometeu algo ilícito, pelo simples fato de acreditar com toda sua convicção e boa-fé que aquela ideia ou opinião era verdadeira. Fora isso, justamente pela subjetividade do que é considerado ser ofensa ou não, o juiz que poderia decidir aquele caso concreto pode tomar empatia pelo ofendido, vez que teria mais dificuldade de se colocar no lugar de quem proferiu a ofensa. Dessa forma, por mais natural que seja – afinal, juízes são humanos –, o mérito da questão acaba por ser deixado de lado, enquanto a situação em si que o poder judiciário enfrenta, naquele momento, ganha mais força. Assim, casos concretos parecidos são, eventualmente, julgados de formas diferentes.

---

<sup>31</sup>ROXIN, Claus. Derecho penal, t. I, pág. 65.

De todo modo, é importante estabelecer uma doutrina e uma jurisprudência solidificadas em relação aos temas da liberdade de expressão e dos crimes contra a honra, evitando, dessa forma, o perigo escondido na subjetividade dos entendimentos individuais: a insegurança jurídica.

### **Referências**

- 1 - SILVA, Alexandre Assunção e. **Liberdade de expressão e crimes de opinião**. São Paulo: Editora Atlas, 2012.
- 2 - LEWIS, Anthony. **Liberdade para as ideias que odiamos: uma biografia da Primeira Emenda à Constituição Americana**. São Paulo: Aracati, 2011.
- 3 - VANEIGEM, Raoul. **Nada é sagrado, tudo pode ser dito: reflexões sobre a liberdade de expressão**. São Paulo: Parábola Editorial, 2004.
- 4 - GRECO, Rogério. **Código Penal comentado**. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2012.
- 5 - GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2012.
- 6 - SARMENTO, Daniel. **Livres e iguais: estudos de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.
- 7 - Jurisprudências das Supremas Cortes do Uruguai, Argentina, México e El Salvador.
- 8 - Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos
- 9 - Atualizações dos *sites* Knight Center for Journalism in the Americas, IFEX, Artigo 19 e jornais locais