

CRIMES CONTRA A HONRA: UMA ANÁLISE DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO COMO CAUSA DE JUSTIFICAÇÃO

Paulo Henrique Burg Conti

Doutorando em Ciências Criminais - PUCRS

Resumo: objetiva-se demonstrar no presente estudo que a liberdade de expressão pode ser utilizada como causa de justificação em situações nas quais, em tese, a honra estaria sendo lesionada.

Palavras-chave: Liberdade de expressão. Crimes contra a honra. Causa de justificação.

Resumen: en este estudio el objetivo es demostrar que la libertad de expresión puede ser utilizada como causa de justificación en situaciones en las que, en teoría, el honor estaría siendo lesionado.

Palabras clave: Libertad de expresión. Delitos contra el honor. Causa de justificación.

INTRODUÇÃO

A humanidade vivencia um momento histórico repleto de numerosas mudanças, resultantes do processo de modernização e socialização, marcadas definitivamente pela aceleração do tempo e diminuição do espaço¹. A “globalização”, denominação dada atualmente ao referido fenômeno, proporcionou a intensificação desse processo, pautado basicamente pela consolidação da complexidade contemporânea da sociedade de massa. Assim, pode-se mencionar como causa-consequência desse panorama, a intensificação dos inter-relacionamentos sociais, reais ou virtuais, o desenvolvimento dos meios de transporte, que promoveu o encurtamento das distâncias e a aproximação dos povos, bem como o surgimento da automação industrial e da internet.

Tais avanços são também perceptíveis no campo dos meios de comunicação e manifestação de opinião, através da transmissão de notícias em tempo real. O desenvolvimento de inovadores mecanismos de comunicação e expressão tem possibilitado, especialmente no âmbito dos Estados Democráticos, a proliferação de

¹ Sobre a aceleração do tempo e o aumento da velocidade nas relações sociais do presente mundo globalizado, consequência do aprimorado desenvolvimento tecnológico, recomenda-se a obra de VIRILIO, Paul, *A inércia polar*. Lisboa: Dom Quixote, 1993. Nela, o autor afirma que, atualmente, a velocidade dilata o tempo no próprio instante em que contrai o espaço, fazendo com que a temporalidade sofra uma mutação onde o futuro, o presente e o passado se convertam em figuras conjuntas.

opiniões e manifestações que em inúmeras situações são questionadas quanto ao respeito à dignidade e à honra das pessoas, sejam físicas ou jurídicas.

Nesse contexto, o presente trabalho realizará, inicialmente, uma análise do direito fundamental de liberdade de expressão, abarcando seus aspectos conceituais, além de expor as dimensões (subjéctiva e objectiva) de tais direitos, assim como os titulares e destinatários da norma fundamental.

Na sequência, será feito um estudo da noção de bem jurídico, reconhecendo-se a honra como bem jurídico-penal, verificando suas correntes conceituais e características, ressaltando as perspectivas de enquadramento conceitual no ordenamento jurídico brasileiro e os dispositivos e formas de tutela.

Por fim, caberá a promoção de uma reflexão acerca da (im)possibilidade de utilização do direito fundamental de liberdade de expressão como causa de justificação nos crimes contra a honra, tendo-se como norte os postulados e institutos hermenêutico-legais constitucionais e penais, no âmbito de um Estado Democrático de Direito.

O DIREITO FUNDAMENTAL À LIBERDADE DE EXPRESSÃO: ASPECTOS CONCEITUAIS, DIMENSÕES E SUJEITOS

Inicialmente, pode-se afirmar que os direitos fundamentais não apresentam nenhum elemento conceitual configurador que esteja, necessariamente, presente em todos os seus tipos juridicamente reconhecidos, podendo-se, inclusive, encontrar tais elementos em direitos que não possuem *status* de fundamental. Corroborando a opinião de Prieto Sanchis² a atribuição de uma nomenclatura de “fundamentalidade” a um direito é, muitas vezes, uma questão duvidosa e discutível que só pode ser dirimida mediante uma visão histórica dos direitos fundamentais.

Nesse sentido, a ideia conceitual de direitos fundamentais não constitui uma perspectiva fechada, uma formulação única e exclusiva, mas uma perspectiva aberta a variadas e distintas concepções e desenvolvimentos, uma vez que tais direitos representam categorias éticas, culturais e históricas. Assim, os direitos fundamentais são um produto de seu próprio tempo, em razão do seu carácter histórico, sendo impossível compreender sua dimensão conceitual sob um ponto de vista externo à história. Tal enfoque permite a dinamicidade de reconhecimento de direitos fundamentais,

² PRIETO SANCHIS, Luis. *Estudios sobre derechos fundamentales*. Madrid: Debate, 1994, p. 87-88.

especialmente, num momento histórico de desenvolvimento tecnológico e crescente complexidade social, caracterizado também pela disseminação dos meios de informação de massa e a acelerada velocidade da formação de opinião³.

Sendo historicamente relacionados com a vida, a dignidade, a liberdade, a igualdade e com a participação política, atualmente os direitos fundamentais representam espaços de desenvolvimento pessoal e de autodeterminação reconhecidos pela Constituição à universalidade dos indivíduos, seja por possuírem certos atributos, seja por participarem em determinados procedimentos e instituições, tendo em vista a promoção de uma existência humanamente digna, de forma livre e responsável, tanto no plano individual quanto coletivo. Dessa forma, os direitos fundamentais encontram-se numa posição de primazia, conformando positivamente e negativamente toda a ordem jurídica⁴.

No tocante à liberdade de expressão, sabe-se que sua consagração como direito fundamental constitui uma das essências do Estado Democrático de Direito, representando um significativo direito de personalidade e atuando como alicerce da prática da democracia. Assim, a liberdade de expressão pode ser compreendida sob vários aspectos, dentre eles: como liberdade de opinião, liberdade de divulgação de fatos, liberdade de informação, liberdade de comunicação; podendo se manifestar por palavras, pela mímica e outros modos de expressão corporal, cobrindo, portanto, um amplo espectro de atividades, manifestadas desde a coleta de informações até a utilização e proteção dos meios para que ocorra⁵.

Dessa forma, considerado num sentido amplo, o direito à liberdade de expressão compreende um conjunto de direitos fundamentais denominados genericamente de liberdades comunicativas ou liberdades da comunicação. Tal liberdade de expressão em sentido amplo abrange uma liberdade de expressão em sentido estrito, por vezes denominada liberdade de opinião, de informação, de imprensa, de radiodifusão, constituintes do conceito genérico de liberdade de comunicação social supracitado⁶.

Sendo a liberdade de expressão “direito mãe” de todas as liberdades comunicativas, deve-se ressaltar que o dever de concretização hermenêutica de tais liberdades está vinculado às finalidades substantivas que historicamente foram sendo

³ PRIETO SANCHIS, Luis. *Estudios sobre...* p. 91-93.

⁴ MACHADO, Jónatas E. M. *Liberdade de expressão: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*. Coimbra: Coimbra, 2002, p. 370.

⁵ BORNHOLDT, Rodrigo Meyer. *Liberdade de expressão e direito à honra: uma abordagem no direito brasileiro*. Joinville: Bildung, 2010, p. 81, 83-85.

⁶ MACHADO, Jónatas E. M. *Liberdade de expressão: dimensões...* p. 371.

aderidas à ideia de liberdade de expressão. Na opinião de Machado⁷, todos esses direitos fundamentais devem ser protegidos na plenitude de suas implicações individuais, sistêmicas e culturalmente criadoras, suscetíveis de produzirem a redefinição de identidades, narrativas e padrões dominantes no seio de uma qualquer comunidade.

Portanto, o conceito atual de liberdade de expressão engloba uma visão social, que se configura como um meio insubstituível de controle do poder do Estado, de forma que se pode sustentar que sem o reconhecimento e a garantia dessa liberdade não há uma verdadeira democracia⁸.

A liberdade de expressão, como direito fundamental, apresenta em seu duplo caráter, uma dimensão subjetiva e uma dimensão objetiva⁹. A dimensão subjetiva das liberdades de comunicação compreende uma dimensão negativa, caracterizada pela defesa frente a atos de interferência estatal e de terceiros, sendo responsabilidade dos poderes públicos garantir sua efetivação¹⁰.

Tal dimensão subjetiva negativa supõe, num viés, um dever de abstenção por parte do Estado, de forma a proteger a esfera de liberdade individual do titular do direito, que o Estado apenas excepcionalmente e justificadamente, pode relativizar. Noutra viés, compreende um dever estatal de proteção do direito fundamental perante agressões de terceiros, cabendo tal dever não apenas ao legislador e à Administração, mas também aos tribunais, os quais estão constitucionalmente legitimados a aplicar os direitos, liberdades e garantias nas relações entre particulares. Não obstante, os direitos fundamentais também apresentam uma dimensão subjetiva positiva, uma vez que além de representar uma garantia da esfera de liberdade individual contra os poderes públicos, podem integrar, em alguns casos, direitos de participação e direitos de prestações positivas por parte do Estado¹¹.

⁷ MACHADO, Jónatas E. M. *Liberdade de expressão: dimensões...* p. 371-372.

⁸ JAEN VALLEJO, Manuel. *Libertad de expresión y delitos contra el honor*. Madrid: Colex, 1992, p. 22.

⁹ A decisão paradigmática que reconheceu o duplo caráter do direito fundamental de liberdade de expressão e, por conseguinte, dos direitos fundamentais de uma forma geral foi proferida pelo Tribunal Constitucional Federal alemão, em 15/01/1958, na Bverfge 7, 198 (Lüth – Urteil). Nela, os direitos fundamentais foram, pela primeira vez, claramente apresentados, ao mesmo tempo, como direitos públicos subjetivos de resistência, direcionados contra o Estado e como ordem ou ordenamento axiológico objetivo. Também foram lançadas as bases dogmáticas das figuras da *Drittwirkung* e *Ausstrahlungswirkung* (eficácia horizontal) dos direitos fundamentais, do efeito limitador dos direitos fundamentais em face de seus limites (*Wechselwirkung*), da exigência de ponderação no caso concreto e da questão processual do alcance da competência do Tribunal Constitucional Federal no julgamento de uma Reclamação Constitucional contra uma decisão judicial civil. (MARTINS, Leonardo (org.). *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Montevídeu: Fundación Konrad-Adenauer, 2005, p. 381-382.

¹⁰ MACHADO, Jónatas E. M. *Liberdade de expressão: dimensões...* p. 379.

¹¹ MACHADO, Jónatas E. M. *Liberdade de expressão: dimensões...* p. 380.

Também pode ser visualizada uma dimensão objetiva no direito fundamental de liberdade de expressão. Tal dimensão, designada também de democrático-funcional, é integrada numa ordem constitucional de valores cuja aplicação normativa se estende ao Estado e à sociedade, ou seja, às normas de direito fundamental incorpora-se também um ordenamento axiológico objetivo, que vale para todas as áreas do direito como uma fundamental decisão constitucional¹². No tocante às dimensões objetivas dos direitos fundamentais da comunicação, pode-se observar a força normativa dos direitos fundamentais sobre os poderes públicos e sobre os poderes sociais, bem como a existência de corolários estruturais e institucionais resultantes desses direitos¹³.

No contexto norte-americano, por exemplo, a dimensão objetiva das liberdades de comunicação também está associada à ideia de que as mesmas possuem uma função cultural de promoção da tolerância no plano social, assim como de saudável não conformismo no plano individual. Assim, a dimensão objetiva apoia-se no entendimento dos direitos fundamentais não apenas como dimensão negativa e defensiva de resistência contra o Estado, mas também no lado positivo e na sua função promocional¹⁴.

Em sede de titularidade de direitos fundamentais o princípio relevante é o da universalidade, no qual os mesmos se estendem a todos os cidadãos e pessoas jurídicas, equiparando-se para os efeitos os estrangeiros e apátridas. O direito à liberdade de expressão, como um direito fundamental, também é inerente a todos os seres humanos, estendendo-se, igualmente, às pessoas jurídicas. Assim, o princípio da universalidade, aplicado à liberdade de expressão, irradia a incidência do direito a todos os indivíduos¹⁵.

No que diz respeito ao direito de liberdade de expressão em relação às pessoas jurídicas deve-se fazer uma análise distintiva levando-se em consideração a sua natureza jurídica, isto é, se privada ou pública. Por um lado, as pessoas jurídicas de direito privado gozam de direitos fundamentais que não pressuponham características intrínsecas ou naturais do homem (v.g. vida, casamento), sendo, portanto, titulares do direito de liberdade de expressão¹⁶.

Já no que se refere às pessoas jurídicas de direito público, sua titularidade de direitos fundamentais é controversa na doutrina. Observa-se, *prima facie*, uma tendência

¹² MARTINS, Leonardo (org.). *Cinquenta anos de...* p. 383.

¹³ MACHADO, Jónatas E. M. *Liberdade de expressão: dimensões...* p. 383.

¹⁴ MACHADO, Jónatas E. M. *Liberdade de expressão: dimensões...* p. 383.

¹⁵ MACHADO, Jónatas E. M. *Liberdade de expressão: dimensões...* p. 392.

¹⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1998, p. 384.

de não considerá-las titulares de tais direitos, incluindo a liberdade de expressão, uma vez que se os direitos fundamentais representam uma esfera de liberdade do indivíduo perante os poderes públicos, não sendo lógico reconhecer a esses últimos os referidos direitos em razão de exercerem tarefas públicas. Seria, assim, incompatível reconhecer o Estado, simultaneamente, como titular e destinatário de direitos fundamentais. As exceções a essa regra são as universidades, autarquias ou órgãos de comunicação social quando desempenham função institucional de garantia da liberdade dos particulares contra as interferências dos poderes públicos¹⁷.

As liberdades comunicativas têm como destinatários imediatos as entidades públicas, estando vinculados os poderes legislativo, executivo e judiciário. Existe, entretanto, controvérsia sobre sua incidência perante as entidades privadas. Por um lado, conforme o pensamento liberal, está consolidada a ideia de que os direitos fundamentais são acima de tudo direitos subjetivos públicos de defesa contra o Estado e de que a Constituição é um instrumento de limitação dos poderes públicos sem qualquer pretensão de irradiar seus ditames na esfera jurídica privada. Por outro lado, em razão da possibilidade de sucumbência dos direitos fundamentais em face dos poderes sociais, a doutrina constitucional vem reconhecendo a vinculação das entidades privadas aos direitos fundamentais (*Drittwirkung* – Alemanha, *State action* – Estados Unidos)¹⁸.

A HONRA COMO BEM JURÍDICO-PENAL E SUA PROTEÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO

Como ressaltado por D'Ávila¹⁹, a compreensão do crime como ofensa a bens jurídico-penais, seja como dano ou perigo de dano a bens dotados de dignidade penal, embora possa parecer trivialidade no espaço de discursividade jurídico-penal brasileiro, é um entendimento que encontra no Direito Penal contemporâneo um ambiente hostil, de difícil afirmação e perpetuação, embora, num aparente paradoxo, também um dos períodos em que mais tem a oferecer.

Por suposto, sem a realização de um comportamento antijurídico que por sua intrínseca gravidade requer a cominação de uma pena, e sem a presença de um objeto de proteção que por sua significação social exija a garantia punitiva, o Direito Penal careceria de sentido como ordem jurídica de valor e como meio de controle político-

¹⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional...* p. 385-386.

¹⁸ MACHADO, Jónatas E. M. *Liberdade de expressão: dimensões...* p. 409-410.

¹⁹ D'ÁVILA, Fábio Roberto. *Ofensividade em direito penal: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2009, p. 57.

criminal. Por isso, destacar o valor do bem jurídico no Direito Penal constitui tarefa óbvia, mas em todo caso imprescindível. O reconhecimento do conceito de bem jurídico representa um requisito básico necessário para a justificação normativa do sistema penal²⁰.

Nesse sentido, pode-se afirmar que o Direito Penal compartilha com os demais ramos do Direito a tarefa de promoção da segurança jurídica e da paz social. Entretanto, a especial função de proteção do Direito Penal deriva da tarefa de prevenção-repressão frente às perturbações que colocam em perigo a referida paz social. Tais perturbações, conforme o tipo de conduta realizada, afetam interesses que, para a convicção majoritária da comunidade, são considerados valiosos e, por isso, necessitados de proteção jurídico-penal. A doutrina, costumeiramente, define os referidos interesses penalmente protegidos como “bens jurídicos”, estabelecendo como finalidade inerente ao Direito Penal a proteção desses através da utilização de meios específicos^{21/22}.

Atualmente, considera-se que o bem jurídico é o núcleo material de toda norma de conduta e de todo tipo constituído por ela. A interpretação da lei penal, sem a diretriz derivada da noção de bem jurídico, é simplesmente impossível. Dito de outro modo, o bem jurídico é um conceito essencial para análise da ordem penal, englobando valores tanto individuais como macrossociais²³.

Por bem jurídico pode-se entender todas as categorias conceituais que assumem um valor, contêm um sentido ou sustentam um significado positivamente valorado, dentro de uma consideração institucional da vida regulada pelo Direito, como merecedoras da máxima proteção jurídica, representada pela cominação penal de determinados comportamentos descritos nos tipos penais. Por isso, o conceito de bem jurídico contém os valores fundamentais da vida comunitária, cuja garantia jurídica constitui imprescindível condição para o próspero desenvolvimento da convivência humana, e em cuja manutenção inalterada e incólume possui o ordenamento positivo

²⁰ POLAINO NAVARRETE, Miguel. *El injusto típico en la teoría del delito*. Corrientes: Mave, 2000, p. 319.

²¹ MAURACH, Reinhart. *Derecho penal: parte general*. Buenos Aires: Astrea, 1994, v. 2, p. 333.

²² Luzón Peña afirma, nesse sentido, que o bem juridicamente protegido é uma categoria elaborada e incidente sobre todo o Direito Penal, sendo também utilizada em outros ramos do Direito. Alude, por um lado, a um objeto valioso – daí o nome de *bem* – e, por isso, merecedor de proteção jurídica e, por outro, o próprio objeto que efetivamente é tutelado pelo Direito (LUZÓN PENA, Diego-Manuel. *Curso de derecho penal: parte general*. Madrid: Universitas, 1996, v. 1, p. 325-326).

²³ MAURACH, Reinhart. *Derecho penal...* p. 339.

um interesse que pretende assegurar com suas normas, frente a indesejadas lesões ou ameaças de lesões aos mesmos²⁴.

A honra como bem jurídico-penal não apresenta uma noção conceitual de simples configuração. No entendimento de Jaen Vallejo²⁵ existe uma dificuldade de se estabelecer um conceito uniforme de honra pelas próprias circunstâncias de relatividade e circunstancialidade que incorpora, em razão de uma variedade de fatores, tais como, o ambiente cultural, histórico e geográfico. Não obstante, de maneira geral, na atualidade, se entende que a honra é uma concretude da dignidade pessoal e, por isso, é atribuível a todas as pessoas.

É verificável na doutrina especializada um discurso jurídico-penal sobre o conceito de honra pautado, principalmente, nos aspectos de faticidade e normatividade. Explica Andrade²⁶ que os conceitos fáticos de honra se baseiam em elementos descritivos, de conteúdo psicológico ou sociológico, fenomenologicamente observáveis. Assim, na concepção fática, a honra se apresenta como honra interior (subjéctiva) – que constitui a opinião ou o sentimento que uma pessoa tem de si mesma, sobre o seu próprio valor – e como honra exterior (objéctiva) – que constitui a representação que as outras pessoas possuem sobre o valor de uma pessoa propriamente dita, a denominada reputação que uma pessoa detém perante os outros.

Assim, a honra em seu plano fático, consubstancia-se na dignidade pessoal refletida na consideração das demais pessoas e no sentimento da própria pessoa sobre si mesma, ou seja, há uma distinção do aspecto objéctivo ou consideração externa ou social frente ao aspecto subjéctivo ou consideração interna ou individual. O conceito objéctivo se identifica com a boa reputação ou honra externa, enquanto que o conceito subjéctivo é compreendido pela concepção individual de autoestima ou sentimento de honra²⁷.

Entretanto, em razão dos limites que a concepção fática de honra enseja, uma vez que se vincula apenas na compreensão da honra como mero fato de reputação ou do bom nome da pessoa, emerge atualmente, a concepção normativa de honra. Dessa forma, no viés normativo, a ideia de honra não se basta pelo mero fato da reputação,

²⁴ POLAINO NAVARRETE, Miguel. *El injusto típico...* p. 488-489.

²⁵ JAEN VALLEJO, Manuel. *Libertad de expresión...* p. 149.

²⁶ ANDRADE, Manuel da Costa. *Liberdade de imprensa e inviolabilidade pessoal: uma perspectiva jurídico-criminal*. Coimbra: Coimbra, 1996, p. 79.

²⁷ JAEN VALLEJO, Manuel. *Libertad de expresión...* p. 150.

erigindo-se como critério determinante, por sua vez, o “real valor da pessoa”, a “merecida” ou “fundada pretensão de respeito”²⁸.

Além disso, também a concepção normativa de honra apresenta uma dimensão subjetiva e uma dimensão objetiva. Para a primeira, a honra compreende o valor interior da pessoa baseado na dignidade humana, isto é, um *status* de reconhecimento de valor da pessoa, o valor que a pessoa apresenta em face das referências para si determinantes. Já para a segunda, a honra apresenta uma dimensão social, representando a merecida pretensão de respeito da pessoa no contexto das relações de interação social em que vive²⁹. Nessa visão, a concepção normativa de honra vincula o bem jurídico com a dignidade da pessoa e, assim, pode-se dizer que a honra representa a pretensão de respeito para com a dignidade pessoal. A honra não seria algo que se tem ou que se sente, mas algo que compõe e integra a dignidade humana³⁰.

Ainda há autores que reconhecem uma concepção de honra pautada em ditames normativos e fáticos, conjuntamente, constituindo uma visão intermediária do bem jurídico em tela. Nesse diapasão, a honra é entendida como um bem jurídico complexo, concretude da dignidade da pessoa, apesar de não se confundir com ela e que deve ser protegida tanto pela consideração social merecida ou possuída como pelo juízo pessoal desse merecimento³¹.

Adentrando-se na análise da honra na ordem jurídica brasileira, percebe-se que a doutrina tradicional a reconhece sob o prisma da concepção fática, seja no viés subjetivo, seja no viés objetivo. Entretanto, assim como Bornholdt³², disposta quem defenda a adoção de uma lógica conceitual normativista em que sejam centrais os princípios da verdade e do pluralismo, quando não se estiver diante de questões de ordem íntima, protegidas pelo direito à privacidade.

Dessa maneira, em conexão com o artigo 1º, inciso III da Constituição brasileira, a honra será compreendida como um fator de proteção à dignidade humana, consubstanciando-se seu primeiro grau de proteção. Secundariamente, deve incidir uma proteção da honra enquanto direito de personalidade. Conquanto não consagrado expressamente pelo direito brasileiro, a Constituição alude em inúmeros dispositivos à personalidade, seja por meio de um direito geral de liberdade e de igualdade, seja em

²⁸ ANDRADE, Manuel da Costa. *Liberdade de imprensa...* p. 80.

²⁹ ANDRADE, Manuel da Costa. *Liberdade de imprensa...* p. 81.

³⁰ JAEN VALLEJO, Manuel. *Libertad de expresión...* p. 151.

³¹ JAEN VALLEJO, Manuel. *Libertad de expresión...* p. 151.

³² BORNHOLDT, Rodrigo Meyer. *Liberdade de expressão...* p. 307.

relação à cultura, família, esporte, etc. Por fim, a terceira dimensão de proteção da honra declara que, independentemente da existência de normas infraconstitucionais civis e penais que a tutelem, quaisquer agressões à honra poderão ser objeto de punibilidade pelo só prisma do Direito Constitucional^{33 34}.

A LIBERDADE DE EXPRESSÃO COMO CAUSA DE JUSTIFICAÇÃO NOS CRIMES CONTRA A HONRA

Tendo em vista os conceitos e argumentos expostos até aqui, questiona-se, a partir de agora, se a liberdade de expressão pode ser utilizada como causa de justificação nos crimes contra a honra. Acredita-se que, através de suas dogmáticas, o Direito Penal e o Direito Constitucional congregam institutos e mecanismos capazes de oferecer uma resposta para tal dilema, de forma a estabelecer os justos limites ao exercício da liberdade de expressão num Estado Democrático de Direito.

Antes de mais nada, deve-se frisar que a compatibilidade constitucional da responsabilização criminal em casos de ofensa contra a honra apenas pode ser apurada no caso concreto e não em tese geral. Substantivamente, deve-se considerar que a conotação do Direito Penal com a proteção do mínimo ético da vida social tende a configurar uma diminuição da incidência desse ramo do Direito num contexto em que as possibilidades de lesão aos direitos de personalidade são cada vez mais inevitáveis, tendo em vista a existência, atualmente, de uma esfera desinibida, forte e amplamente aberta de discussão pública³⁵.

Independentemente disso, enquanto o Direito Penal se ocupar da tutela do bom nome e da reputação, o mesmo deve ser interpretado em conformidade com a Constituição e com a efetivação das liberdades associadas à comunicação, ficando sua utilização reservada apenas aos casos mais graves. Pelas suas próprias características, a responsabilidade criminal necessita da incidência de alguma espécie de dano, patrimonial ou moral, sendo adequada para a proteção do interesse objetivo da coletividade referente às dimensões pessoais da honra³⁶.

³³ BORNHOLDT, Rodrigo Meyer. *Liberdade de expressão...* p. 308.

³⁴ Importante ressaltar que o Código Penal brasileiro tipifica os crimes contra a honra nos artigos 138 a 145 (art. 138 – crime de calúnia, art. 139 – crime de difamação e art. 140 – crime de injúria).

³⁵ MACHADO, Jónatas E. M. *Liberdade de expressão: dimensões...* p. 776.

³⁶ MACHADO, Jónatas E. M. *Liberdade de expressão: dimensões...* p. 776.

Passando-se, especificamente, à busca de uma solução para o conflito estabelecido entre o exercício da liberdade de expressão e a tutela da honra, pode-se sustentar, preliminarmente, que quando a liberdade de expressão é exercida na defesa de interesses coletivos legítimos ou com a finalidade de informação e crítica do agir político, deve-se resolver a colisão de direitos pelo plano objetivo e institucional dos princípios gerais e constitucionais, não cabendo no caso o viés subjetivo, pautado nas ações pessoais concretas. Assim, Jaen Vallejo³⁷, citando o posicionamento de Bacigalupo, destaca que o referido conflito de interesses deve ser resolvido sobre a base do princípio da ponderação, podendo o direito de liberdade de expressão e informação, sob certas condições, possuir uma hierarquia superior ao direito à honra, operando, dessa forma, como causa de justificação em relação aos respectivos tipos penais.

A primeira dessas condições a despontar denomina-se *exceptio veritatis* (exceção de verdade). Tal condição tem na sua origem histórica a possibilidade de denúncia dos abusos de poder cometidos pelas autoridades, oferecendo campo para críticas e opiniões contrárias. Esse sentido ainda é conservado na atualidade, incidindo nos inúmeros âmbitos da sociabilidade, mesmo quando estejam envolvidas entidades privadas, especialmente aquelas que, por sua natureza e influência, têm mais facilidade em encobrir e realizar ações lesivas a interesses públicos e particulares³⁸.

Assim, apesar ser de aplicação universal, a exceção de verdade deve ser compatível com as condições contemporâneas em que se exerce a atividade jornalística, de forma massiva e imediata, bem como com as diferentes maneiras de exercício do poder político, econômico, social, cultural e religioso. De acordo com Machado³⁹, a exceção de verdade é válida para casos de difamação e injúria a qualquer indivíduo, respeitando-se os limites de intimidade e privacidade, assim como para os casos de calúnia, onde o acusado demonstre a verdade dos fatos ou a existência de sérios fundamentos para a presumir. Percebe-se, então, que se apresenta como causa dessa forma de defesa, o cumprimento, por parte do acusado, do dever de averiguar previamente a verdade da imputação, de acordo com as circunstâncias do caso, podendo-se, inclusive, dependendo da situação, se exigir apenas uma verdade parcial.

Nesse sentido, a tutela da honra pessoal depende da falsidade da imputação (ou de sua falta de prova) e, por conseguinte, do comportamento do próprio afetado. Nos

³⁷ JAEN VALLEJO, Manuel. *Libertad de expresión...* p. 234-235.

³⁸ MACHADO, Jónatas E. M. *Liberdade de expressão: dimensões...* p. 781.

³⁹ MACHADO, Jónatas E. M. *Liberdade de expressão: dimensões...* p. 782.

casos de colisão entre a liberdade de expressão e a honra, uma legítima proteção penal desse último bem jurídico deve se limitar a defesa da honra “merecida”, pois a intervenção do Estado mediante a pena para proteger uma honra apenas aparente não parece de modo algum justificada⁴⁰.

Na opinião de Jaen Vallejo⁴¹ o lugar adequado para tratar a responsabilidade penal do autor de um crime contra a honra e o conflito entre a honra e a liberdade de expressão é a antijuridicidade, levando-se em consideração a causa de justificação do exercício de um direito. Dessa forma, nos delitos contra a honra, quando a ação típica consiste na afirmação de fatos, a determinação da antijuridicidade não depende apenas da ausência de causas de justificação, mas necessita de um complemento, qual seja, a falsidade ou impossibilidade de provar o fato afirmado pelo autor, que desonra a vítima, afetando sua dignidade.

Entretanto, o fracasso dessa prova ainda não significa que o fato típico será antijurídico. Deve-se também levar em consideração o exercício da liberdade de informação como causa de justificação. A verdade não pode ser compreendida em um sentido objetivo e absoluto, uma vez que a liberdade de expressão serve para a formação de uma opinião pública livre, garantia do pluralismo político em um sistema democrático. Por conseguinte, bastará que o exercício da liberdade de expressão pelo autor esteja destinado à formação de opinião pública em assuntos de interesse coletivo, ao mesmo tempo em que o autor tenha cumprido o cuidado referente ao conteúdo da verdade de sua declaração, podendo assim, justificar sua ação⁴².

Por outro lado, uma segunda condição para se vislumbrar a liberdade de expressão como causa de justificação nos crimes contra a honra é o interesse legítimo. Assim, por interesse legítimo entende-se, sob o ponto de vista das liberdades de comunicação e das finalidades dos preceitos constitucionais, a construção de um âmbito de discursividade pública amplamente aberta, na qual seja realizada de forma autônoma a formação da opinião pública e da vontade política, assim como o controle democrático das instituições públicas. A disseminação dessas atividades demonstra a presença de um interesse legítimo, possibilitando aproximar a noção de interesse legítimo a de interesse público⁴³.

⁴⁰ JAEN VALLEJO, Manuel. *Libertad de expresión...* p. 236.

⁴¹ JAEN VALLEJO, Manuel. *Libertad de expresión...* p. 238 e 244.

⁴² JAEN VALLEJO, Manuel. *Libertad de expresión...* p. 249.

⁴³ MACHADO, Jónatas E. M. *Liberdade de expressão: dimensões...* p. 784.

No entendimento de Andrade⁴⁴, a prossecução de interesses legítimos se caracteriza como instância normativa de superação de conflitos de interesses pela abertura à criação e consolidação de novos valores, se distinguindo, dessa forma, das demais causas de justificação que apresentam um *status* pré-ordenado e de conservação. Assim, a prossecução de interesses legítimos não atua apenas no sentido de conservação dos valores vigentes e atuais, mas também à criação de valores novos, sendo-lhe imanente um elemento dinâmico ou evolutivo.

Dessa forma, a ideia conceitual de interesse legítimo pode ainda guardar relação com o debate de uma qualquer questão que tenha suscitado a atenção da crítica por parte da esfera pública, apesar de não poder se presumir esse efeito pelo simples fato de haver sido publicada a questão pelos meios de comunicação social. Não obstante, ainda deve-se recordar que os interesses legítimos não têm, necessariamente, que ser interesses públicos, uma vez que determinadas ofensas à honra incidem no âmbito privado⁴⁵.

Portanto, para que a liberdade de expressão possa apresentar uma posição especial no conjunto dos direitos reconhecidos na Constituição e como causa de justificação, deve ter por objeto a participação na formação de opinião pública em assuntos de interesse da coletividade em geral, de forma que cumpra sua função de garantia da instituição política, fundamental em um Estado democrático⁴⁶.

Por fim, acredita-se que, preenchendo-se os pressupostos da exceção de verdade e interesse legítimo, em caso de colisão entre a liberdade de expressão e a honra e, aplicando-se uma correta ponderação de interesses, pode-se proporcionar à liberdade de expressão uma hierarquia superior ao direito a honra, sendo a diferença valorativa suficientemente relevante para que aquela possa operar como causa de justificação, ainda que a conduta do autor lesione o bem jurídico honra⁴⁷.

Assim, o direito à liberdade de expressão, em seu sentido amplo, pode e deve operar como causa de justificação no âmbito dos crimes contra a honra, ainda na hipótese de não existência de dispositivo legal exposto, pois como direito fundamental, a liberdade de expressão goza também de efeitos justificantes. O reconhecimento constitucional da liberdade de expressão exige que seu conteúdo essencial seja respeitado pelas leis e, inclusive, pelo Código Penal. Isso significa que, em casos de colisão de direitos, a liberdade de expressão pode ser invocada diretamente como causa

⁴⁴ ANDRADE, Manuel da Costa. *Liberdade de imprensa...* p. 366-367.

⁴⁵ MACHADO, Jónatas E. M. *Liberdade de expressão: dimensões...* p. 784-785.

⁴⁶ JAEN VALLEJO, Manuel. *Libertad de expresión...* p. 271.

⁴⁷ JAEN VALLEJO, Manuel. *Libertad de expresión...* p. 268.

de justificação, devendo atuar o princípio da ponderação de interesses como instrumento para resolver o conflito posto e fundamentar a justificação⁴⁸.

CONCLUSÃO

Vivenciamos um momento de inter-relacionamentos sociais complexos, regidos pela acelerada velocidade, dominados pela lógica do tempo curto. Nesse panorama, tudo entrou em fase de mudança acelerada e radical. Assiste-se ao advento de uma nova forma de sociedade que assume o significado de uma ruptura com um passado recente. Como consequência, emerge um choque antropológico brutal, devido, sobretudo, ao colapso anunciado dos instrumentos técnico-institucionais de segurança.

Presencia-se o desenvolvimento dos meios de comunicação, sendo possível a transmissão de notícias e a manifestação de opiniões de forma rápida e instantânea. Constata-se, a disseminação do exercício da liberdade de expressão através dos meios de informação tradicionais, ao mesmo tempo que, se verifica a emergência de novas tecnologias que possibilitam o exercício de tal liberdade em ambiente virtual. Em decorrência disso, abrem-se possibilidades reais de lesão a bens jurídicos relacionados a essas ações comunicativas, como por exemplo, à honra. A temática dos limites da liberdade de expressão retorna à discussão, incrementada, agora, pela possibilidade de sua utilização como causa de justificação nos crimes contra a honra.

Observa-se que a liberdade de expressão, mesmo não estando inserida de forma expressa na Constituição, é um direito fundamental decorrente do direito geral de liberdade e igualdade. Apresenta em seu âmago uma dupla dimensionalidade, quais sejam, uma dimensão subjetiva – caracterizada pela defesa do indivíduo contra atos de interferência estatal e contra atos de terceiros, assim como o direito de requerer prestações positivas do Estado – e uma dimensão objetiva – constituída por uma ordem de valores sócio-culturais que se inserem na esfera constitucional. Como direito fundamental pode ser oposta por pessoas físicas ou jurídico-privadas frente ao Estado e outros particulares.

Por outro lado, a honra se consubstancia como verdadeiro bem jurídico, digno de proteção penal. Sua tutela advém tanto da ordem jurídica infraconstitucional como da ordem jurídica constitucional, podendo ser compreendida por vertentes fáticas e

⁴⁸ JAEN VALLEJO, Manuel. *Libertad de expresión...* p. 266.

normativas. Para as primeiras, a honra é compreendida como a noção individual de apreço da pessoa e o grau de reconhecimento que ela possui no meio social, enquanto que para as segundas representa a dignidade intrínseca que cada pessoa apresenta em si e perante o corpo coletivo.

No transcorrer do presente estudo, procurou-se demonstrar que a liberdade de expressão pode atuar como causa de justificação nos crimes contra a honra. Tal incidência ocorre quando presente os pressupostos de exceção da verdade e de prossecução de interesse legítimo, independentemente de existência de previsibilidade legal infraconstitucional, uma vez o exercício da liberdade de expressão decorre de direito fundamental que, devidamente ponderado, se faz prevalecer sobre a honra.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Manuel da Costa. *Liberdade de imprensa e inviolabilidade pessoal: uma perspectiva jurídico-criminal*. Coimbra: Coimbra, 1996.

BORNHOLDT, Rodrigo Meyer. *Liberdade de expressão e direito à honra: uma abordagem no direito brasileiro*. Joinville: Bildung, 2010.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1998.

D'ÁVILA, Fábio Roberto. *Ofensividade em direito penal: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2009.

JAEN VALLEJO, Manuel. *Libertad de expresión y delitos contra el honor*. Madrid: Colex, 1992.

LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Curso de derecho penal: parte general*. Madrid: Universitas, 1996, v. 1.

MACHADO, Jónatas E. M. *Liberdade de expressão: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*. Coimbra: Coimbra, 2002.

MARTINS, Leonardo (org.). *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Montevideú: Fundación Konrad-Adenauer, 2005.

MAURACH, Reinhart. *Derecho penal: parte general*. Buenos Aires: Astrea, 1994, v. 2.

POLAINO NAVARRETE, Miguel. *El injusto típico en la teoría del delito*. Corrientes: Mave, 2000.

PRIETO SANCHIS, Luis. *Estudios sobre derechos fundamentales*. Madrid: Debate, 1994.

VIRILIO, Paul, *A inércia polar*. Lisboa: Dom Quixote, 1993.