

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP

José Antonio Encinas Manfré Filho

A injúria qualificada pelo preconceito e seus desdobramentos

MESTRADO EM DIREITO

São Paulo
2015

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP

José Antonio Encinas Manfré Filho

A injúria qualificada pelo preconceito e seus desdobramentos

Dissertação apresentada à Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito Penal sob a orientação do Prof. Dr. Antônio Carlos da Ponte.

São Paulo
2015

Manfré Filho, José Antonio Encinas.

A injúria qualificada pelo preconceito e seus desdobramentos. /

José Antonio Encinas Manfré Filho. 2015.

125 f.

Dissertação (Mestrado), Pontifícia Universidade Católica, 2015.

Orientador: Prof. Dr. Antonio Carlos da Ponte.

1. Honra. 2 Constituição. 3. Bem jurídico. 4. Injúria I. Título

José Antonio Encinas Manfré Filho

A injúria qualificada pelo preconceito e seus desdobramentos

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção de título de Mestre em Direito Penal, sob a orientação do Prof. Dr. Antônio Carlos Ponte.

São Paulo, ____ de _____ de 2016.

Prof. Dr. Antônio Carlos Ponte
(Orientador)

Prof. Dr. Motauri Ciochetti de Souza

Prof. Dr. Vladimir Brega Filho

Suplentes:

Prof. Dr. Pedro Henrique Demercian

Prof. Dr. Silvio Carlos Alvarez

*A meus pais, José Antonio e Rosa,
pelo apoio e carinho de sempre, alicerce de todos os momentos.
Aos meus irmãos André e João Antonio,
pela amizade e companheirismo.
Ao meu sobrinho João, pela felicidade que sua vinda
representa a todos nós.*

AGRADECIMENTOS

Ao meu orientador, Professor Livre Docente Antonio Carlos da Ponte, agradeço-lhe pelas essenciais e valorosas lições conferidas não apenas no processo de elaboração desta obra, mas também nas aulas e nas demais etapas do mestrado, tendo sido uma grande satisfação poder contar com o apoio, com a amizade e com a cultura jurídica do senhor.

À minha família, elemento essencial da vida, pelo carinho e apoio de sempre.

RESUMO

O escopo deste trabalho se refere ao tratamento do delito de injúria qualificada pelo preconceito, previsto no parágrafo terceiro do artigo 140 do Código Penal, pautado em abordagens históricas acerca do direito a honra, em sede constitucional, bem como sobre o tratamento dado ao crime de injúria ao longo dos diplomas penais vigentes no Brasil, até se chegar à previsão atual constante do Código Penal. Ainda, aborda-se como a prática dessa conduta, embora alicerçada pela violação da honra subjetiva do ofendido, aspecto individual, pode projetar as consequências em relação a esse interesse jurídico também de um grupo indeterminado de pessoas, reverberando em maior escala na coletividade, ainda mais em virtude do avanço dos meios de comunicação humanos, como é o caso da *Internet*, aspectos que permitem seja admitida a noção de maltrato a uma *honra coletiva*. Com base nesses pressupostos, também são vistos desdobramentos, como a possibilidade de, por meio da injúria, expressar-se escopo de intolerância e ódio, aspecto em voga nos dias atuais, ainda mais devido à questão racial, preconceituosa, envolvida nessa forma de comportamento. Por fim, calcado no postulado da proporcionalidade, na faceta da necessidade de proteção efetiva de bens jurídicos, admitirem-se mudanças na legislação, no caso, a respeito da ação penal voltada ao processamento do delito de injúria discriminatória.

Palavras-chave: Honra. Constituição. Bem jurídico. Injúria. Preconceito. Intolerância.

ABSTRACT

The scope of this study refers to the processing of the offense from qualifying insult by prejudice specified in the third paragraph of Article 140 of the Criminal Code, based on historical approaches regarding the entitlement to honor, in constitutional legal seat and over the treatment given to offense of libel through the prevailing criminal law degrees in Brazil, we even include the steady the current forecast the Criminal Code. Also, issues to consider as the practice of such conduct, although driven by the breach of subjective honor of the offended individual part may project the effects with respect to that legal interest, well as an unknown group of people, echoing on a wider scale at the community. Further more as a result of advance human media, such as the case with the Internet aspects that allows you to admit the idea of mishandling to collective honors. Based upon these premises, they are also seen deployments, such as the possibility, through the injury, express themselves an intolerance scope and hate aspect into vogue nowadays even more owing to racially issue, prejudiced, involved in such way of behaving . Eventually, based on the assumption proportionality, to veneer of the necessity of effective protection from legal assets, admitting themselves changes in legislation, in case concerning the criminal action aimed at the processing from a discriminatory insult.

Keywords: Honors. Constitution. Legal right. Injury. Prejudice. Intolerance.

SUMÁRIO

Introdução	9
1 O direito à honra e o delito de injúria no direito brasileiro: históricos constitucional e penal	11
1.1 Ordenações Afonsinas	11
1.2 Ordenações Manuelinas	13
1.3 Ordenações Filipinas	14
1.4 Constituição do Império de 1824	17
1.5 Código criminal do Império de 1830	19
1.5.1 O delito de injúria	22
1.6 Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891	27
1.7 Código penal de 1890	30
1.7.1 O crime de injúria	32
1.8 Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934	37
1.9 Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1937	40
1.10 Código penal de 1940	42
1.10.1 O delito de injúria	44
1.11 Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946	48
1.12 Constituição da República Federativa do Brasil de 1967	50
1.13 Emenda constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969, à Constituição de 1967	52
1.14 Código penal de 1969	53
1.15 Constituição da República Federativa do Brasil de 1988	54
2 Apontamentos no direito internacional	60
2.1 Declaração Universal de Direitos do Homem e do Cidadão	60
2.2 Pacto Internacional de Direitos Cíveis e Políticos	64
2.3 Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial	67

2.4 Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência.....	69
3 O bem jurídico penal.	71
3.1 Bem jurídico penal e a delimitação constitucional.....	73
3.2 Bens jurídicos penais universais.	75
4 O delito de injúria.	79
4.1 O objeto jurídico de tutela.....	80
4.2 Elemento subjetivo.	82
4.3 A modalidade qualificada pelo preconceito.....	83
4.3.1 Fundamentos da previsão.	84
4.3.2 Elementares da forma qualificada.....	91
5 Desdobramentos acerca da injúria preconceituosa.	97
5.1 A intolerância.....	97
5.2 A relação entre injúria preconceituosa e intolerância.....	101
5.3 Apontamentos acerca da tipificação do delito.....	106
Conclusão.	116
Referências.	118

INTRODUÇÃO

O escopo deste estudo se refere ao estudo do tipo penal da injúria, previsto no parágrafo terceiro do artigo 140 do Código Penal, conhecido como *injúria preconceituosa ou discriminatória*.

No contexto dos crimes contra a honra, cuida-se de previsão normativa relativamente recente, tendo sido introduzida no sistema jurídico penal por meio da Lei 9.459/1997, atinente ao comportamento de ofender a dignidade ou o decoro por meio do uso de elementos referentes à raça, cor, etnia, religião ou origem relativos à pessoa ofendida. Houve a ampliação do rol de hipóteses a partir do ano de 2003, pela Lei 10.741/2003, o *Estatuto do Idoso*, a qual trouxe as duas últimas modalidades, consistente no uso de expressões atinentes à condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência.

Para se chegar ao estudo desse tipo penal, desenvolveram-se apontamentos históricos nos campos constitucional e penal, abordando-se como os textos constitucionais que vigoraram no Brasil trataram acerca do direito a honra, além de outros interesses relacionados. Ainda, como os diplomas penais brasileiros buscavam a tutela desse bem jurídico, observando-se o tratamento dado à conduta de injúria até a previsão atual constante do Código Penal.

Feitas essas exposições, passa-se ao estudo propriamente dito da forma qualificada do delito de injúria, prevista no parágrafo terceiro do artigo 140 do Código Penal, analisando-se as razões pelas quais fora trazido ao ordenamento jurídico, bem como os elementos da descrição típica.

Efetuada as abordagens sobre esse tipo penal, cerne deste trabalho, busca-se o estudo de aspectos relacionados a essa conduta. Um deles, diz respeito a tema de grande repercussão nos dias atuais, a intolerância. Os atos de expressão de ódio, aversão, muito são comuns nas condutas relacionadas a racismo e preconceito, atos que configuram violação ao direito a igualdade.

Com a injúria pautada pelo preconceito, essa situação também se mostra presente, como é dito também nessa exposição, fazendo-se comentários também sobre o avanço das formas de comunicação, em especial pela *Internet*, que muito contribui para a ampliação da projeção subjetiva da violação do bem jurídico relacionado, a honra, o que também contribui para a expressão de intolerância nesse contexto.

Somado a esses aspectos, é feito o cotejo com o postulado da proporcionalidade do direito penal, em especial no componente da vedação de proteção penal deficiente, para se abordar aspecto outro relacionado com a previsão desse delito voltado à tutela da honra.

Nesse passo, sob o enfoque de impacto em maior extensão na coletividade, desencadeado pela conduta injuriosa pautada por preconceito, fazendo-se com que a violação ao bem jurídico não se concentre primordialmente na honra subjetiva da pessoa ofendida, projetando-se também nos interesses e na dignidade de todo um grupo indeterminado de pessoas, aborda-se questões acerca da ação penal voltada ao processamento desse delito, com a sugestão de mudança a ser considerada pelo legislador brasileiro.

Enfim, são traçadas exposições acerca do delito de injúria qualificada pelo preconceito, além de pontos de vista a propósito de uma melhor compreensão da conduta na realidade dos dias atuais, com o escopo de aprimoramento acerca do entendimento que dele deve ocorrer.

1 O DIREITO À HONRA E O DELITO DE INJÚRIA NO DIREITO BRASILEIRO: HISTÓRICOS CONSTITUCIONAL E PENAL

Como se verifica, nesta etapa inicial do trabalho se terá o escopo de analisar os textos das Cartas Magnas vigentes ao longo da história brasileira, assim como dos códigos penais que aqui tiveram aplicabilidade.

Essa abordagem se renderá a apontamentos relacionados com o objeto deste trabalho, no caso, referentes ao direito de proteção da honra – escopo da tipificação do crime de injúria, observando-se de que forma o legislador constituinte tratou desse valor, bem como de questões relacionadas, como preconceito, discriminação e intolerância.

Isso não bastasse, relevante a análise das legislações penais, com o estudo do delito de injúria, sempre em paralelo com os textos magnos que acompanhavam os correspondentes períodos de vigência.

Entretanto, cabível iniciar por meio do estudo de normas anteriores à formação do Estado brasileiro, algumas das quais que aqui tiveram vigência antes de sua declaração de Independência, como se verá a seguir.

1.1 Ordenações Afonsinas

As presentes Ordenações se referem ao conjunto de normas editadas durante o reinado de Dom Afonso V, em Portugal, no decorrer do século XV.

Percebe-se, não só neste diploma como em outras ordenações, a punição a diversas condutas com fundamento de caráter religioso, sendo que se confundia a respeito das ideias de crime e de pecado. Isso não bastasse, não se encontra uma organização sistemática e unitária acerca da descrição das (diversas) condutas passíveis de punição.

De outra parte, nela se encontram disposições que expressam escopos discriminatórios, sobretudo alicerçados em aspectos religiosos, em face dos povos judeus e dos mouros, estabelecendo-se privilégios aos que fossem cristãos.

Então, no Livro II das Ordenações, como exemplo, temos o Título LXVII, no qual se previa a proibição de um judeu entrar na casa de uma mulher cristã, sem que o respectivo marido nela se encontrasse, devendo os contatos ser travados na rua ou, no máximo, na porta

da residência, sem desconsiderar outras formas de restrição. Não se deslembra, por sinal, que uma mulher cristã somente poderia adentrar a uma tenda de um mercador judeu se estivesse acompanhada por um homem cristão.

Adiante, no Título LXVIII previa-se a vedação aos judeus de procederem com o arrendamento de igrejas ou outros locais sagrados nos quais haja arrecadação de dízimos.

Interessante notar-se, também, em outro Título, o LXX, que as pessoas judias não podiam usufruir dos benefícios da Lei de Avoenga, relativa a questões de transmissão de bens imóveis.

Ao longo do Livro II, ademais, encontramos diversas outras formas de diferenciação empreendidas contra os judeus, como é o caso da obrigação de viverem no interior das *judarias*, proibindo-os de conviver entre os cristãos, bem como de deixar esses locais após determinado horário (Título LXXVI).

A propósito, em relação aos mouros havia também outras vedações editadas pelo Rei Dom João VI, como, entre o mais, de se casar com mulher cristã, ou adentrar à respectiva casa, bem como dela ingressar no interior das mourarias (Título CV). Ainda, pontuamos a impossibilidade de que um mouro tivesse como empregado seu uma pessoa cristã, conforme consta no Título CVI.

De outra banda, no Livro V das Ordenações, encontra-se no Título XXV ainda outra forma de discriminação para com os judeus e mouros, pela qual estava vedado a uma pessoa que professasse a religião cristã, então vigente, se relacionar com alguém da religião judaica, sob pena de se impor pena de morte em virtude dessa relação.

Também, no Título seguinte, XXVI, punia-se a conduta do judeu ou mouro que se apresente como cristão, ou que professe a religião cristã, ou que se encontrar em algum local de culto respectivo.

Por fim, no Título LXXXXVIII, proscrita era a conduta de descrença a Deus, ou seja, proibia-se a abstenção de crença na religião católica, sendo que a pessoa descoberta nessa condição estava sujeita a punições severas, como a pena de morte. A propósito, esta espécie de sanção era aplicável em grande parte dos comportamentos estabelecidos como vedados nos textos das Ordenações em apreço.

1.2 Ordenações Manuelinas

As Ordenações Manuelinas, por sua vez, foram editadas pelo rei de Portugal D. Manuel a partir do ano de 1512, época em que passaram a ocorrer diversos descobrimentos de terras pelos portugueses, são tidas como o primeiro sistema legislativo impresso. Sucedeu, assim, as Ordenações Afonsinas.

Verifica-se no corpo desse diploma também considerações que se mostravam como alicerces de formas de diferenciação ainda marcada pelo aspecto religioso, que era o elemento fundamentador da autoridade real e justificante das formas discriminatórias enunciadas.

Nesse sentido, também no respectivo Livro II encontramos algumas previsões desse jaez em relação aos povos judeus e mouros, como é o caso do Título XLI, em que se proíbe a permanência deles no espaço do reino, com base na vontade superior de Jesus Cristo (sic), além de determinar o confisco de terras e outros bens a eles pertencentes.

Ademais, há o Título XVI, no qual se proibia aos povos judeus e mouros a permanência deles no território do Reino de Portugal, sob pena de se sujeitarem à aplicação de pena de morte. Também, no título seguinte, o XVII, encontra-se restrições ao direito de herança, sempre se privilegiando os cristãos também nesse aspecto.

Por sua vez, no Livro V, Título II, pune-se severamente – com possibilidade de condenação à morte, como também, por sinal, se previa para grande parte das diversas condutas –, a heresia, em que, novamente, observamos ocorrer a punição a um pecado, uma atitude contrária a preceitos religiosos vigentes, equiparável àquela época a uma conduta criminosa.

Em seguida, destaca-se o Título XXI, encontra-se previsão outro referente à proibição de cristãos se relacionarem com judeus e mouros, à semelhança do estipulado no Título XXV do Livro V das Ordenações Afonsinas, visto alhures.

Vale mencionar que, em virtude da grande profusão de leis extravagantes no período, todas a vigorar em conjunto com as Ordenações, editou-se em 1569 o chamado *Código Sebastião*, durante o reinado de Dom Sebastião, em Portugal. A elaboração ficou a cargo de Dom Duarte Nunes Leão, tendo vigorado em conjunto com as Ordenações Manuelinas, como forma de manter atualizado o texto delas.

A parte do Código na qual se manteve a previsão das condutas criminosas foi a Parte IV, *Dos Delitos, dos Atos Ilícitos e das Contravenções*, sem apresentar grandes mudanças, em especial nos pontos de maior interesse ao objeto deste trabalho. A vigência do Código persistiu até a edição de outras Ordenações, as Filipinas.

1.3 Ordenações Filipinas

No tocante à compilação em apreço, podemos notar alguns aspectos relativos ao foco desta abordagem, acerca das condutas concernentes a discriminação. Nessa senda, em continuação às Ordenações Manuelinas, mas com algumas modificações, observamos no Livro V disposições acerca dos Mouros, que expressam escopo de diferenciação em relação a eles.

É o caso, com efeito, do Título CVIII, segundo o qual nenhum cristão ou estrangeiro que se encontre no reino pode ir a terras pertencentes a Mouros sem autorização do rei, sob pena de perda de bens e possibilidade de pena de degredo a uma das colônias, o Brasil.

Outra hipótese é a disciplinada no Título CIX, em que se listam uma série de restrições em relação aos Mouros, como proibição de envio às terras deles de bens como armas, mercadorias e até metais preciosos – neste caso, conforme o Título CX – pertencentes ao reino.

Um último aspecto interessante de se mencionar é o constante do Título CXI, no qual se veda a um cristão convertido à religião católica, e que antes professava a religião judaica, de se dirigir a terras de Mouros, sob pena de perder seus bens. Ainda, a pessoa em face da qual se comprove ter auxiliado nesse deslocamento do cristão fica sujeita à pena de morte natural.

Com efeito, vale lembrar que as Ordenações Filipinas foram as únicas a lograr efetiva vigência no Brasil. Foram editadas e entraram em vigor no ano de 1603, durante o reinado de Felipe III, da Espanha, a qual detinha à época o poder sob o reino de Portugal.

Explica-nos, a propósito, José Henrique Pierangeli, por meio das seguintes considerações:

As Ordenações Afonsinas nenhuma aplicação tiveram no Brasil, pois, quando em 1521 foram revogadas pelas Ordenações Manuelinas, nenhum núcleo colonizador havia se instalado em nosso país. Só em 1532, Martim Afonso de Souza iniciou a colonização, fundando a cidade de São Vicente. Vigiam, portanto, as Ordenações Manuelinas. A partir de 1534 até 1536, as terras do Brasil foram divididas em capitanias hereditárias, em número de 14, que foram entregues a 12 donatários. [...] como já tivemos a oportunidade de escrever, “embora formalmente, as Ordenações Manuelinas e as compilações de Duarte Nunes de Leão vigorassem à época das capitanias hereditárias e dos primeiros governos gerais, segundo o que se tem afirmado, no Brasil vigoravam as determinações régias, aliadas às Cartas de Doação, com força semelhante à dos forais, por elas regulando a justiça local. O Direito empregado, no período das capitanias hereditárias, na prática, era quase o arbítrio dos donatários. Aquelas legislações vigoravam, portanto, restritamente. (PIERANGELI, 2001, p.60-61).

Dessa forma, em matéria penal, as Ordenações Filipinas, também conhecidas como *Código Filipino*, foram as primeiras normas vigentes em nosso país, o qual era no período em apreço colônia do reino de Portugal.

Sem desdouro à importância das anteriores ordenações, encontramos nessas compilações diversos aspectos concernentes à expressão de formas de intolerância contra determinados grupos, caso dos judeus e mouros, vistos como povos de categoria inferior nesse período.

Não se deslembra, por sinal, a característica marcante de se fundamentar muitas das previsões e a aplicação das respectivas sanções em virtude de concepções divinas, não bastasse, por outro lado, haver outras pautadas no escopo de legitimação do poder do imperador.

Nesse passo, de acordo com o que leciona Ruy Rebello Pinho,

É comum dizer-se que as Ordenações transformaram os pecados em crimes. Há exagero nesta assertiva. Muitos fatos, hoje meros pecados, se encontram sujeitos a penas graves na velha legislação. Mas nem todo pecado era punido. Nem mesmo os considerados graves pela própria Igreja. Vejam-se, por exemplo, os vícios capitais, cujo primeiro, segundo nos ensina o catecismo, é a soberba. Nenhum monarca português sequer pensaria em combater o orgulho de seus súditos, que se manifestava de inúmeros modos. (PINHO, 1973, p.97-98).

Por sinal, este caráter não deixa de justificar o excesso de condutas vedadas, bem como a desproporção das sanções cominadas, pois, para grande parte dos comportamentos, o agente estaria sujeito a pena de morte, que podia se executar de diversos modos.

Visto esse aspecto, cabível a apreciação de outro aspecto previsto nas Ordenações Filipinas, como dito, a única a vigor no Brasil.

Nessa senda, nela é possível encontrar um antecedente do que se pode considerar como delitos contra a honra, uma previsão que buscava tutelar de algum modo o conceito de um indivíduo perante a sociedade, e porque não, dele para si mesmo.

Assim, a propósito do que hoje consideramos como injúria, consta no respectivo Livro V, Título XLII, cuja rubrica é *Dos que ferem, ou injurião as pessoas, com quem trazem demandas*, o seguinte:

Toda a pessoa, que ferir, disser, ou fizer qualquer injuria a outra, que com ella trouxer demanda, ou o mandar fazer, haverá a pena crime e civil em

dobro, que houvera, se com ele não trouxera demanda. [...] E no caso que ferir ou mandar ferir, perderá todo o direito que na demanda podia ter em vida do ferido, e por sua morte seus herdeiros o poderão prosseguir. [...] E se algum ferir, ou per o dito modo fizer qualquer ofensa, ou injuria a algum Procurador do Concelho, com o qual Concelho ele, ou outra pessoa, que lhe toque, trazer demanda, ou a quem contra ele procurar, ou requerer qualquer feito, ou causa, ou lho mandar fazer, haverá a pena em tresdobro, assi cível, como crime, que houvera, se com elle não trouxera demanda. (MENDES, 1870).

Ademais, também estabelecia o Título XLIX acerca *Dos que resistem, ou desobedecem aos Officiaes da Justiça, ou lhes dizem palavras injuriosas*, entre o mais, nos seguintes termos:

Qualquer pessoa, que resistir contra algum dos Dezebargadores de cada huma das cazas, assi dá Supplicação, como do Porto, ou contra algum dos Corregedores da Corte, ou da Caza do Porto, ou da cidade de Lisboa, ou Meirinhos da nossa Corte, ou da Caza do Porto, ou Alcaides da cidade de Lisboa, querendo-os prender, ou mandando-lhes fazer cousa, que toque a seu Officio e poder, que tem, e na resistencia algum dos sobreditos fosse ferido, quem o fizer, morra por isso morte natural. [...] E se resistir a algum dos sobreditos, não tirando armas, ou lhe disser palavras injuriosas sobre cousas de seu Officio, será degradado para Africa per dez annos. [...]. (MENDES, 1870).

Por fim, tem-se o disposto no Título L, que descreve a conduta *Dos que fazem, ou dizem injurias aos Julgadores, ou a seus Officiaes*, o qual atualmente estaria melhor relacionado com o crime de desacato, previsto no artigo 331¹ do Código Penal.

De todo modo, claro está que as nomeadas Ordenações também buscavam a punição de condutas lesivas da honra, malgrado, como se verifica, estivesse a conduta de injúria, além de muitas outras, delimitada a situações específicas, não constando de previsão geral e abstrata, como atualmente se encontra na legislação penal.

Assim, analisados, ainda que sucintamente, os textos das Ordenações, passemos ao estudo, em conjunto, das constituições e dos códigos penais vigentes ao longo da história do Brasil, até chegarmos à análise, dessas respectivas normas, segundo os textos atualmente em vigência.

¹ Desacatar funcionário público no exercício da função ou em razão dela: Pena - detenção, de seis meses a dois anos, ou multa.

1.4 Constituição do Império de 1824

Trata-se de carta constitucional outorgada pelo imperador D. Pedro I, em 25 de março de 1824, pouco tempo depois da declaração de independência, em 7 de setembro de 1822.

Cuida-se de período de enormes transformações sociais e políticas, haja visto a recente independência em face de Portugal, bem como fortes mudanças na economia brasileira. A propósito, em relação a esta Constituição buscou alicerces o Código Criminal do Império, de 1830, primeira legislação penal genuinamente brasileira, que será vista em momento oportuno.

Assim, pautada em valores de índole liberal, como se percebe, sobretudo, ao longo do artigo 179 do referido texto constitucional, nele encontramos normas referentes à proibição de comportamentos que possam traduzir ideias atinentes a preconceito, a intolerâncias, enfim.

Num primeiro passo, assegurava-se, conforme o inciso IV, a livre manifestação do pensamento, nestes termos:

Todos podem communicar os seus pensamentos, por palavras, escriptos, e publical-os pela Imprensa, sem dependencia de censura; com tanto que hajam de responder pelos abusos, que commetterem no exercicio deste Direito, nos casos, e pela fórma, que a Lei determinar. (BRASIL, 1824).

Nesse passo, garante-se a liberdade de manifestação da opinião, bem como a comunicação por intermédio dos meios de comunicação, vedando-se a censura deles pelos órgãos institucionais. Todavia, essa prerrogativa não admitia abusos, em relação aos quais o emissor das manifestações se responsabilizaria nos termos da lei.

A propósito, embora a proteção da honra não estivesse expressamente prevista no diploma constitucional ora analisado, a partir desse dispositivo se poderia extrair o fundamento da previsão referente ao crime de injúria, prevista no Código Criminal do Império, editado em 1830, no correspondente artigo 236².

Assim, este tipo penal, que será abordado com maiores esclarecimentos em outro momento, cumpriu a previsão constitucional no sentido de se buscar a punição a condutas relativas a abuso no exercício do direito à livre manifestação.

² Julgar-se-ha crime de injuria: 1º Na imputação de um facto criminoso não compreendido no artigo duzentos e vinte e nove; 2º Na imputação de vícios ou defeitos, que possam expôr ao ódio, ou desprezo publico; 3º Na imputação vaga de crimes, ou vícios sem factos especificados; 4º Em tudo o que pode prejudicar a reputação de alguém; 5º Em discursos, gestos ou sinais reputados insultantes na opinião publica.

Também, por outro lado, vale a referência, o Código Criminal do Império também previa tipos referentes a condutas relativas a abusos cometidos por meio dos órgãos de imprensa, conforme artigo 303 e seguintes.

Não nos esqueçamos de que a edição desse diploma penal se deu, sobretudo, em cumprimento a expresso mandado constitucional da respectiva promulgação, conforme artigo 179, inciso XVIII da Carta de 1824.

Portanto, atos abusivos efetuados no exercício desse direito constitucional, que possam englobar ofensas, atos discriminatórios, perseguições, encampados em motivos religiosos, étnicos, raciais, políticos, enfim, desde que não fossem admitidos pela própria Constituição da época, conforme veremos em seguida, e sempre levando em conta os costumes, os valores de então, encontravam-se passíveis de sanção penal.

De outra parte, a respeito da liberdade de crença religiosa, considera-se o disposto no inciso V também do artigo 179: *Ninguém póde ser perseguido por motivo de Religião, uma vez que respeite a do Estado, e não offenda a Moral Publica.*

Interessante, primeiramente, pontuar-se que durante o período imperial não se adotava a concepção laica de Estado, como hoje se encontra na atual Carta Magna de 1988 (artigo 5º, inciso VI) e que já se verificou a partir da promulgação da Constituição Republicana de 1891. A religião católica era oficialmente compreendida, consoante estabelece o artigo 5³ da Constituição Imperial Brasileira, sendo que as demais formas de expressão religiosa eram admitidas desde que não fossem publicamente professadas, devendo os cultos se circunscrever ao âmbito interno dos locais próprios.

Assim, proibia-se a prática de atos concernentes a perseguições pautadas por motivos religiosos, entretanto, sem que houvesse permissão efetiva ao livre pluralismo de crenças, pois, as práticas religiosas diversas do catolicismo não poderiam estar de encontro aos preceitos adotados pela religião oficial e à moral pública.

A propósito desse dispositivo (artigo 179, inciso V), leciona-nos Joaquim Rodrigues de Sousa, espelhando o entendimento vigente à época, que

A soberania temporal limita-se a exigir respeito à Religião do estado, e por circunstancias e considerações de ordem publica a não permittir o culto publico de outra religião, deixando-lhe livre o domestico, ou particular em

³ A Religião Catholica Apostolica Romana continuará a ser a Religião do Império. Todas as outras Religiões serão permitidas com seu culto doméstico, ou particular em casas para isso destinadas, sem forma alguma exterior de Templo.

casas para isto destinadas sem forma alguma exterior de templo, como fez a nossa Constituição.

Com isto nada offende os direitos, a liberdade da razão e consciência do individuo, ou do hospede do paiz, que professa outra religião: crendo elle ser da essencia desta o culto publico, cumpre-lhe deixar a terra, cujas leis só o culto particular lhe permittem, não consentindo entretanto que ninguem seja perseguido por motivo de religião, uma vez que respeite a do estado, e não ofenda a moral publica Barbara tyrannica e cega á respeito dos interesses do estado, foi a perseguição, feita por Portugal aos judeus no reinado de D. Manoel, pela França ao calvinistas no reinado de Luiz XIV, e aos catholicos no dominio da convenção; pela Inglaterra á estes no reinado de Elisabeth. Quanto se tem abusado da Religião!!! (SOUSA, 1870, p.62-63).

Ou seja, ao longo do período imperial, as formas de violência, discriminação e intolerância eram expressamente vedadas, mormente se voltadas contra as doutrinas da religião oficialmente adotada, e contra os bons costumes, a moral vigente, enfim, os valores ínsitos ao meio social desses tempos, algo bastante abstrato e que comportava interpretações bastante subjetivas pelas autoridades julgadoras, o que poderia levar a absurdos, abusos na aplicação das leis.

Por sua vez, procedemos a uma abordagem acerca do diploma penal vigente logo após a Constituição de 1824, qual seja, o Código Criminal do Império.

1.5 Código Criminal do Império de 1830

Após declarada a independência do Brasil em relação a Portugal, bem como vigente a Constituição do Império de 1824, marcada por concepção eminentemente liberal – como se infere, sobretudo, das normas do respectivo artigo 179 –, buscou-se a edição de legislação penal consentânea com os valores e interesses da época.

Por sinal, como mencionado neste trabalho, havia a determinação constitucional no sentido de se elaborar um código penal pautado nos postulados de justiça e equidade, segundo estabelecia o inciso XVIII do referido artigo 179.

Ademais, conforme leciona José Henrique Pierangeli (2001, p. 68) sobre essa legislação,

Muito embora se possa afiançar, com absoluta segurança, não ter a nossa primeira codificação penal se prendido a algum modelo de legislação ou de projetos existentes, e, portanto, ser original, é evidente ter ela sofrido, em alguns passos, influências das idéias dominantes na época. Como já assinalamos, idéias iluministas já se apresentavam nitidamente na Carta Constitucional de 1824, e, que está, de várias maneiras, estabelecera a linha

do pensamento a ser seguida pelo legislador ordinário na elaboração da legislação da novel nação.

Então, o projeto referente a esse código que fora considerado pela comissão encarregada para a respectiva elaboração foi o apresentado por Bernardo Pereira de Vasconcellos.

Conforme apontamento de Vicente Piragibe (1932, p. 13,14), ao analisar o parecer exarado por essa comissão, extrai-se as seguintes ideias:

A comissão mixta do Senado e da Câmara dos Deputados, encarregada de estudar os projetos de código, em parecer datado de 31 de agosto de 1829, preferiu o apresentado por Bernardo Pereira de Vasconcellos ao projeto de José Clemente Pereira “por ser aquelle mais amplo no desenvolvimento das maximas jurídicas e mais nutrido nas variedades de penas”. Sobre o conjuncto do trabalho diz o parecer: “A commissão não recomenda como obra perfeita o projecto offerecido, nem a tanto é dado a homens; mas, comparando-o com a legislação actual, não receia affirmar a utilidade, a necessidade mesmo de ser adoptado. Nós não temos codigo criminal, não merecendo este nome o acervo de leis desconexas, dictadas em tempos remotos, sem conhecimento dos verdadeiros princípios e influenciadas pela superstição e grosseiros prejuízos, equalando ás de Draco na barbaria, excedendo-as na qualificação obscura dos crimes, irrogando penas e faltas a que a razão humana nega existencia e outras que estão fora dos limites do poder civil”.

Referia-se, no tocante à ausência de legislação penal sistêmica, ordenada e completa, haja vista que, antes da edição deste Código, vigente no Brasil eram as disposições do Livro V das Ordenações Filipinas, como afirmamos no tópico apropriado.

Então, verifica-se no primeiro diploma penal verdadeiramente brasileiro aspectos marcantes.

Inicialmente, a organização sistêmica adotada, com separação entre Parte I, voltada às regras gerais para determinação dos crimes e aplicação de pena, e Parte II, com os crimes em espécie, o que conferia unidade e coerência ao sistema jurídico penal em testilha.

De outra parte, tem-se as regras de legalidade e anterioridade dos delitos e das penas (artigo 1^{o4}), a adoção de uma classificação acerca de crime (artigo 2^{o5}), a previsão acerca do

⁴ Art. 1º. Não haverá crime, ou delicto (palavras synonymas neste Codigo) sem uma Lei anterior, que o qualifique.

⁵ Art. 2º Julgar-se-ha crime, ou delicto:

1º Toda a acção, ou omissão voluntaria contraria ás Leis penaes.

que se entende como concurso material de crimes (artigo 61⁶), a imprescritibilidade das penas (artigo 65), além de pressupostos a respeito de insignificância das condutas, conforme artigo 10, parágrafo 4º.

Outro ponto que merece destaque diz respeito à pena de morte – apesar das ideias iluministas que nortearam essa legislação, sobretudo em consideração à Constituição de 1824, fora ela mantida no ordenamento –, com disciplina sobre a correspondente forma de execução (artigos 38 a 43⁷).

Essa espécie de sanção fora reservada a certos delitos, considerados mais graves, como para algumas modalidades do crime de homicídio. Ademais, não se deslembra que, haja vista a sociedade escravocrata da época, e pelo interesse existente na manutenção dessa situação por questões econômicas, a pena capital se direcionava, em considerável escala, aos escravos, conforme deixava claro o disposto nos artigos 113 e 114⁸, ao tratar do crime de *insurreição*.

2º A tentativa do crime, quando fôr manifestada por actos exteriores, e principio de execução, que não teve effeito por circumstancias independentes da vontade do delinquente. Não será punida a tentativa de crime ao qual não esteja imposta maior pena, que a de dous mezes de prisão simples, ou de desterro para fóra da Comarca.

3º O abuso de poder, que consiste no uso do poder (conferido por Lei) contra os interesses publicos, ou em prejuizo de particulares, sem que a utilidade publica o exija.

4º A ameaça de fazer algum mal a alguém.

⁶ Art. 61. Quando o réo fôr convencido de mais de um delicto, impôr-se-lhe-hão as penas estabelecidas nas leis para cada um delles; e soffrerá as corporaes, umas depois das outras, principiando, e seguindo da maior para a menor, com attenção ao gráo de intensidade, e não ao tempo da duração.

⁷ Art. 38. A pena de morte será dada na forca.

Art. 39. Esta pena, depois que se tiver tornado irrevogavel a sentença, será executada no dia seguinte ao da intimação, a qual nunca se fará na vespera de domingo, dia santo, ou de festa nacional.

Art. 40. O réo com o seu vestido ordinario, e preso, será conduzido pelas ruas mais publicas até a forca, acompanhado do Juiz Criminal do lugar, aonde estiver, com o seu Escrivão, e da força militar, que se requisitar. Ao acompanhamento precederá o Porteiro, lendo em voz alta a sentença, que se fôr executar.

Art. 41. O Juiz Criminal, que acompanhar, presidirá a execução até que se ultime; e o seu Escrivão passará certidão de todo este acto, a qual se ajuntará ao processo respectivo.

Art. 42. Os corpos dos enforcados serão entregues a seus parentes, ou amigos, se os pedirem aos Juizes, que presidirem a execução; mas não poderão enterral-os com pompa, sob pena de prisão por um mez á um anno.

Art. 43. Na mulher prenhe não se executará a pena de morte, nem mesmo ella será julgada, em caso de a merecer, senão quarenta dias depois do parto.

⁸ Art. 113. Julgar-se-ha commettido este crime, retinindo-se vinte ou mais escravos para haverem a liberdade por meio da força. Penas - Aos cabeças - de morte no gráo maximo; de galés perpetuas no médio; e por quinze annos no minimo; - aos mais - açoutes.

Art. 114. Se os cabeças da insurreição forem pessoas livres, incorrerão nas mesmas penas impostas, no artigo antecedente, aos cabeças, quando são escravos.

Este ponto fora lembrado, por sinal, na justificativa trazida no parecer da comissão encarregada da elaboração, e que é citado por Vicente Piragibe, *verbis*:

A comissão modificou em alguns pontos o projecto primitivo. Ella mesmo o diz na seguinte passagem do parecer: “[...] limita-se, portanto, a commissão a notar que o systema penal soffreu grandes alterações ou fosse na qualidade das penas, que quis melhor proporcionar á natureza dos delictos ou em sua quantidade; e, todos os delictos classificou graus, e só deixou a pena de morte no delicto de homicídio com certas circumstancias agravantes e para o roubo e no de insurreição (delicto em que há sempre homicídios e ainda nestes delictos se deixou no grau maximo) [...]”. (PIRAGIBE, 1932, p. 16).

De outra parte, marcante a adoção do instituto do dia-multa, nos termos do artigo 55⁹, em que se estabelecia o montante do pagamento da pena de multa de acordo com o que o condenado auferia por um dia de trabalho ou rendimentos de seus bens.

Vistas essas considerações, passemos à análise do dispositivo penal relacionado com o objeto deste trabalho, atinente à conduta de injúria.

1.5.1 O delito de injúria

Nesse passo, previa-se na Seção III, do Capítulo II (*Dos crimes contra a segurança da honra*), no Título II (*Dos crimes contra a segurança da pessoa e vida*) da Parte III (*Dos crimes particulares*) as condutas de *calumnia* e *injuria*, descritas ao longo dos artigos 229 a 246.

Nesse passo, para facilitar a compreensão dos apontamentos, transcrevemos parte desses dispositivos:

Art. 229. Julgar-se-ha crime de calumnia, o attribuir falsamente a algum um factu, que a lei tenha qualificado criminoso, e em que tenha lugar a acção popular, ou procedimento official de Justiça.

Art. 230. Se o crime de calumnia fôr commettido por meio de papeis impressos, lithographados, ou gravados, que se distribuirem por mais de quinze pessoas contra corporações, que exerçam autoridade publica.

⁹ Art. 55. A pena de multa obrigará os réos ao pagamento de uma quantia pecuniaria, que será sempre regulada pelo que os condemnados poderem haver em cada um dia pelos seus bens, empregos, ou industria, quando a Lei especificadamente a não designar de outro modo.

Penas - de prisão por oito mezes a dous annos, e de multa correspondente á metade do tempo.

Art. 231. Se a calumnia fôr contra qualquer Depositario, ou Agente de Autoridade publica, em razão do seu officio.

Penas - de prisão por seis a dezoito mezes, e de multa correspondente á metade do tempo.

Art. 232. Se fôr contra qualquer pessoa particular, ou empregado publico, sem ser em razão do seu officio.

Penas - de prisão por quatro mezes a um anno, e de multa correspondente á metade do tempo.

Art. 233. Quando a calumnia fôr commettida sem ser por algum dos meios mencionados no artigo duzentos e trinta, será punida com metade das penas estabelecidas.

Art. 234. O que provar o factio criminoso imputado, ficará isento de toda a pena.

Art. 235. A accusação proposta em Juizo, provando-se ser calumniosa, e intentada de má fé, será punida com a pena do crime imputado, no gráo minimo.

Art. 236. Julgar-se-ha crime de injuria:

1º Na imputação do um tacto criminoso não comprehendido no artigo duzentos e vinte e nove.

2º Na imputação de vicios ou defeitos, que possam expôr ao odio, ou desprezo publico.

3º Na imputação vaga de crimes, ou vicios sem factos especificados.

4º Em tudo o que pôde prejudicar a reputação de alguem.

5º Em discursos, gestos, ou signaes reputados insultantes na opinião publica.

Art. 237. O crime de injuria commettido por algum dos meios mencionados no artigo duzentos e trinta.

1º Contra corporações, que exerçam autoridade publica.

Penas - de prisão por quatro mezes a um anno, e de multa correspondente á metade do tempo.

2º Contra qualquer Depositario, ou Agente de Autoride publica em razão do seu officio.

Penas - de prisão por tres a nove mezes, e de multa correspondente á metade do tempo.

3º Contra pessoas particulares, ou empregados publicos, sem ser em razão de seu officio.

Penas - de prisão por dous a seis mezes, e de multa correspondente á metade do tempo.

Art. 238. Quando a injuria fôr commettida, sem ser por algum dos meios mencionados no artigo duzentos e trinta, será punida com metade das penas estabelecidas.

Art. 239. As imputações feitas a qualquer Corporação, Depositario, ou Agente de Autoridade publica, contendo factos ou omissões contra os deveres dos seus empregos, não sujeitam a pena alguma, provando-se a verdade dellas.

Aquellas porém que contiverem factos da vida privada, ou sejam contra empregadas publicos, ou contra particulares, não serão admittidas á prova.

Art. 240. Quando a calumnia, ou injuria forem equivocadas, poderá o offendido pedir explicações em Juizo, ou fóra d'elle.

O que em Juizo se recusar a estas explicações, ficará sujeito ás penas da calumnia, ou injuria, á que o equivoco der lugar. (BRASIL, 1830).

Assim, de acordo com as sobreditas normas do Código Criminal vigente no período imperial no Brasil, a injúria podia compreender a falsa imputação de fato criminoso, desde que não fosse este sujeito por lei a processamento mediante o que hoje consideramos como ação penal pública, ou por meio de *procedimento oficial de justiça*, nos termos do artigo 229 do Código. Nesse caso, reservava-se o tipo penal da injúria caso a imputação fosse de crime de menor gravidade, ao qual a lei penal fixasse sanção menos gravosa, e ainda permitisse o manejo da ação penal privada para o correspondente processamento.

A respeito desse aspecto distintivo entre os delitos, no período em apreço, considera-se citação conferida por José Marcellino Pereira de Vasconcellos, em que

O Dr. Carlos Perdigão, em uma nota á pag. 107 da Gazeta Jurídica, vol. 3º, diz o seguinte: – Da combinação do art. 240 com os 229 e 236 do Cod. Crim., e segundo os princípios da jurisprudencia aceita em muitos dos mais cultos paizes, a unica differença entre as duas imputações falsas, a calúnia e injuria, é a de referir-se, a 1ª, a um facto criminoso sobre o qual tem logar o procedimento official, e a 2ª, não, pois nella só cabe a acção privada, dando-se em ambos os casos possibilidade da prova, que isenta da penalidade. A excepção unica é a que está na 2ª parte do art. 239 do mesmo Cod. O legislador teve ahi todo o recato e razão de sobra para velar o santuario da família, e livra-la dos rigores da prova. (VASCONCELLOS, 1881, p. 124).

Como veremos ao abordar a atual redação do crime de injúria, constante do Código Penal vigente, percebe-se que o legislador ordinário de 1830 conferia maior amplitude à conduta em apreço. Não se limitava apenas à proteção de aspectos subjetivos da honra do indivíduo.

Por sinal, abrangia a violação à honra objetiva, ou seja, ao conceito da pessoa perante a sociedade, à forma como ela era considerada pela comunidade, nos termos do parágrafo segundo do artigo 236.

Percebe-se que, neste ponto, havia uma preocupação, sobretudo, em evitar que a difusão de conceitos negativos, de cunho pejorativo, ofensivo, pudesse redundar em atos violentos em face da pessoa imputada, pois considerava a imputação de vícios ou defeitos que pudessem gerar ódio e desprezo público contra ela.

Consideremos que a questão discriminatória poderia aqui estar inserida, embora não houvesse previsão expressa nesse sentido. De todo modo, por exemplo, como no período posterior ao início de vigência do Código Criminal do Império ainda existia o regime de escravidão, a atribuição a alguém de características relacionadas a essas pessoas, com o escopo de ofender, provocar uma diminuição do conceito, e que, tendo em vista o preconceito

que se prestava a essas pessoas nessa condição, poderia configurar uma conduta injuriosa, valendo-se de elementos de raça para tanto.

Não somente este ponto, mas outros aspectos passíveis de gerar tratamento discriminatório como confissão religiosa, também, poderiam estar abarcados nessa forma prevista.

De outra parte, prosseguindo na análise do artigo 236, o parágrafo terceiro estabelece como injúria imputar-se de forma vaga, ou seja, sem precisão ou delimitação mais elaborada, a prática de conduta criminosa ou a existência de vícios, ou seja, condições pessoais inferiores, geradoras de conceito negativo, desprezo.

Assim, aqui seria o ato de dizer que certa pessoa praticou uma conduta prevista como crime, porém sem especificação acerca do que teria ocorrido, dizendo-se, por exemplo, que uma pessoa “rouba” o dinheiro de uma instituição, ou que ela é “folgada”, “despreparada”, enfim.

A propósito dos parágrafos segundo e terceiro do artigo 236, em especial sobre a elementar do tipo *expôr ao odio, ou desprezo publico*, de consideração a opinião de Thomaz Alves Junior, expressa a partir da seguinte indagação:

Qual será pois o característico que justifique o §2º do art. 236?
 Não devemos considerar como tal a clausula, que possam expôr ao odio ou desprezo publico, porque esta clausula embora não expressa no §3º, deve ahi ser subentendida, e portanto commum a ambos.
 Com effeito tratando-se de vicios, e defeitos definidos só podem ser incriminados os que expoem o individuo ao odio e desprezo publico. E na imputação vaga de vicios e defeitos não será esta condição necessaria?
 A negativa traz absurdo e por isso esta condição embora não escripta no §3º deve-se subentender e portanto consideral-a commum a ambos os paragraphos. (ALVES JUNIOR, 1883, p. 489).

Interessante considerar-se, assim, que tanto na imputação de vícios ou conceitos negativos, certos e determinados, ou de fatos em tese criminosos, ou defeitos, porém vagos, o escopo de exposição a ódio e desprezo público deve ser considerado para tipificação da conduta. Podemos entender, então, que aqui se encontrava uma disposição voltada a impedir comportamentos gravosos, até com escopo de expressar preconceito e intolerância, a partir de injúrias direcionadas a alguém ou a um grupo de pessoas.

De outra parte, prosseguindo-se, o parágrafo quarto enuncia o comportamento de se imputar a alguém qualquer aspecto, qualquer condição pessoal ou conduta, que seja prejudicial à reputação do indivíduo. Ou seja, observa-se a tutela outra esfera do bem jurídico

honra, no seu caráter objetivo, por se referir à reputação, ao conceito atribuído pelo meio social a alguém.

Como se verá, essa previsão referente à injúria irá se tornar um tipo penal distinto em outras legislações penais, qual seja, o da difamação, como é o caso da previsão do artigo 142¹⁰ do atual Código Penal.

N'outro giro, o parágrafo quinto determina que incorra em conduta injuriosa aquele que maneja ou profere, em discursos, sejam eles públicos ou privados, gestos ou sinais considerados insultantes na opinião pública.

Primeiramente, mostra-se nítido o caráter vago dessa previsão, a qual permite uma série de interpretações pelo julgador, levando em conta as circunstâncias sociais e políticas do momento. Malgrado o princípio da legalidade, esse tipo penal poderia atrair substancial carga valorativa em sua análise, o que poderia gerar insegurança na aplicação da lei.

De todo modo, é de consideração que, nesta categoria, a injúria poderia ser aplicada não por meio da expressão de palavras, faladas ou escritas, mas também, por meio de gestos ou sinais feitos com alguma parte do corpo humano, ou pelo uso de algum objeto, os quais fossem considerados insultantes pela coletividade.

Prosseguindo-se na análise dos dispositivos legais, chama a atenção alguns aspectos previstos no período imperial.

Um deles, a possibilidade de se cometer injúria contra pessoa jurídica de direito público, as chamadas *Corporações*, que exerçam função pública, nos termos do artigo 237, parágrafo primeiro.

Ademais, previam-se causas de aumento de pena, aplicando-se em dobro as penas cominadas, caso a prática fosse direcionada em face de membros dos Poderes constituídos. É o que estabelecia o artigo 242, caso a vítima da injúria fosse o Imperador ou a Assembleia Geral Legislativa, ou, segundo o artigo 244, o Regente ou a Regência, ou o Príncipe Imperial, a Imperatriz, ou alguma das Câmaras Legislativas (o que hoje equivaleria às Assembleias Legislativas, no âmbito dos Estados).

Também, se a conduta de injúria fosse executada contra membros da Família Imperial, ou também das Câmaras Legislativas, em virtude de atos relativos às atribuições deles, também se dobrava a pena prevista, nos termos do artigo 245.

¹⁰ Difamar alguém, imputando-lhe fato ofensivo à sua reputação. Pena – detenção, de três meses a um ano, e pagamento de cinco a trinta dias-multa.

Verifica-se, assim, a preocupação do legislador na punição dos atos lesivos à honra, por meio do delito de injúria.

Porém, percebe-se, pela análise dos dispositivos respectivos do Código Criminal do Império, um substancial interesse na sanção de condutas desse jaez que fossem executadas contra algum membro de uma instituição pública da época, bem como à pessoa do Imperador, sendo que, em caráter marcadamente residual, estabelecia-se a pena aplicável quando o delito fosse praticado em face de um particular, aplicando-se, por sinal, pena bastante reduzida, de dois a seis meses de prisão e multa, nos termos do artigo 237, parágrafo terceiro.

Merece citação, ainda, aspecto relacionado ao que hoje conhecemos como *Exceção da Verdade*, previsto para determinados crimes contra a honra, no caso, a calúnia e a difamação, em que o agente pode ter excluída a aplicação de pena caso prove a verdade de uma alegação imputada a alguém.

Nesse passo, esse instituto estava considerado na legislação penal imperial, conforme o artigo 239¹¹ e, admitia-se a respectiva aplicação no caso da prática de injúria, o que se justifica se se considerar a amplitude conferida à prática delituosa em apreço, que abrangia mais de uma forma de violação à honra, como verificamos, não se restringindo apenas ao campo subjetivo desse bem da vida.

Em suma, essas são as considerações acerca do Código Criminal de 1830, em especial a respeito do delito de injúria, diploma esse analisado em cotejo com a Constituição Imperial de 1824. Antes de se estudar a legislação penal subsequente, do período pós proclamação da República, far-se-á apontamentos acerca do texto constitucional respectivo, do ano de 1891.

1.6 Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891

Com efeito, a partir de novas transformações sociais e políticas vivenciadas no Brasil, em especial, com a abolição da escravatura, em 13 de maio de 1888, por intermédio da Lei Áurea, e a subsequente mudança da forma de governo para a republicana, a partir da

¹¹ As imputações feitas a qualquer Corporação, Depositario, ou Agente de Autoridade publica, contendo factos ou omissões contra os deveres dos seus empregos, não sujeitam a pena alguma, provando-se a verdade dellas. Aquellas porém que contiverem factos da vida privada, ou sejam contra empregadas publicos, ou contra particulares, não serão admittidas á prova.

proclamação em 15 de novembro de 1889, verificou-se a necessidade de edição de nova carta constitucional, a fim de que se adaptasse às novas realidades.

Assim, verifica-se nesse estatuto uma evolução no tocante aos direitos fundamentais em comparação com a Carta de 1824.

Não se deslembra, inicialmente, tendo em vista o escopo deste trabalho, direito a igualdade, posto no parágrafo 2º do artigo 72, em que *Todos são iguaes perante a lei*.

A garantia ao tratamento equânime é direito fundamental, embora nesse período estejamos diante de previsão de isonomia de ordem preponderantemente formal, ligada sobretudo ao propósito de obstar a concessão de privilégios em virtude de posição social e econômica. Cuida-se de um dos mais marcantes aspectos rechaçados nas práticas de discriminação a grupos sociais, seja por raça, religião, etnia, origem, enfim, sobre o qual as legislações deveriam estar encampadas.

Outro ponto interessante diz respeito ao parágrafo 3º do artigo 72, atinente à questão da liberdade religiosa, pelo qual *Todos os individuos e confissões religiosas podem exercer publica e livremente o seu culto, associando-se para esse fim e adquirindo bens, observadas as disposições do direito commum*.

Assim, a liberdade de culto e de crença passou a ser ampla, sendo que nessa época o Brasil se tornava laico também, conforme decisão exarada pelo legislador constituinte (artigo 72, parágrafos 6º e 7º¹²).

Deixando-se de nutrir vínculos a uma religião oficial, não apenas continuavam proscritas as perseguições por motivos religiosos, quaisquer fossem. Também se eliminou o elemento subjetivo do respeito à *moral pública*, previsto na ordem constitucional anterior, malgrado tenha consignado o constituinte de 1891, no parágrafo 5º¹³ do mesmo artigo 72, no tocante à liberdade de culto religioso e de veneração aos mortos em cemitérios, dever-se respeitar a moral comum e as disposições legais.

No tocante ainda ao referido §3º, explica João Barbalho Ulhoa Cavalcanti que

¹² Artigo 72: A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no paiz a inviolabilidade dos direitos concernentes á liberdade, á segurança individual e á propriedade, nos termos seguintes: [...] § 6º Será leigo o ensino ministrado nos estabelecimentos públicos; § 7º Nenhum culto ou igreja gosará de subvenção official, nem terá relações de dependencia ou alliança com o Governo da União, ou o dos Estados. A representação diplomatica do Brasil junto á Santa Sé não implica violação deste principio.

¹³ Os cemiterios terão character secular e serão administrados pela autoridade municipal, ficando livre a todos os cultos religiosos a pratica dos respectivos ritos em relação aos seus crentes, desde que não offendam a moral publica e as leis.

Em nome de principio algum póde a autoridade publica impôr ou prohibir crenças e praticas relativas a este objecto. Fora violentar a liberdade espirital e o protegel-a, bem como ás outras liberdades, está na missão d'elle. Leis que a restrinjam, estão fóra da sua competencia e são sempre parciaes e damnosas. E' certo que nenhuma poderá jamais invadir o dominio do pensamento; esse libra-se ácima de todos os obstaculos com que se pretenda tolhel-o. [...] é fóra de duvida que, na sua tarefa de garantir o direito em todas as suas relações, do poder publico é dever assegurar aos membros da comunhão politica que elle preside, a livre pratica do culto de cada um e impedir quaesquer embaraços que o difficultem ou impeçam, procedendo n'isso de modo igual para com todas as crenças e confissões religiosas. (CAVALCANTI, 1992, p. 305).

De rigor mencionar, por outro lado, outro direito assegurado, já previsto na ordem anterior, referente à liberdade de manifestação do pensamento, posto no parágrafo 12 do artigo 72, assim estipulado:

Em qualquer assumpto é livre a manifestação de pensamento pela imprensa ou pela tribuna, sem dependencia de censura, respondendo cada um pelos abusos que commetter, nos casos e pela fórma que a lei determinar. Não é permittido o anonymato. (BRASIL, 1891).

Mais uma vez, os órgãos de imprensa e os locais para difusão de ideias estavam à disposição para a livre manifestação de opiniões e palavras, não se admitindo excessos, ou o uso para atingir a honra e os direitos de outros, de modo que os atos intolerantes, de oposição e segregação a certos interesses, estariam enquadrados na vedação deste princípio magno.

Verifica-se, portanto, uma amplitude nos direitos de igualdade e crença, fora outros de grande valia à pessoa e às instituições, de modo a expressar a evolução no campo protetivo desempenhada por meio da mudança da ordem constitucional em questão, com o advento da República no Brasil.

Por fim, vale lembrar que na Carta Magna em apreço também não estavam presentes normas referentes à proteção da honra, um dos aspectos desta abordagem, embora, como também será citado posteriormente, também estivesse tipificada a conduta de injúria no Código Penal de 1890, no respectivo artigo 317, que veremos posteriormente.

Entretanto, o citado dispositivo – assim como se verificava por meio do texto constitucional de 1824 –, não deixava de se conformar a um fundamento da tipificação do crime de injúria, ao deixar claro que os abusos cometidos no exercício desse direito de manifestação sujeitavam os respectivos agentes às punições previstas em lei, uma delas, a da seara criminal, caso a expressão adotada pudesse configurar a conduta de injúria.

Passemos, assim, aos apontamentos relativos ao Código Penal Republicano, do ano de 1890, cujas balizas também se conformavam ao texto constitucional em análise, malgrado tenha entrado em vigência antes da correspondente promulgação.

1.7 Código penal de 1890

Conforme adiantado alhures, cuida-se de estatuto penal editado após a proclamação da República, a qual se verificou em 15 de novembro de 1889. O início de vigência dele se verificou por meio do Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890.

Antes, em especial após a promulgação da Constituição Imperial de 1824, verificaram-se diversas modificações sociais e políticas no Brasil.

Nesse passo, o sistema de escravidão veio perdendo força a partir das transformações ocorridas na Europa, sobretudo posteriormente à Revolução Francesa. Desse modo, deu-se a abolição desse regime por meio da edição da Lei Áurea, em 1888.

Isso não bastasse, alterou-se o sistema político vigente, saindo o modelo imperial a partir da proclamação do regime republicano, em 15 de novembro de 1889.

Além dessas circunstâncias, a legislação penal anterior, de 1830, vinha sofrendo mudanças devido a edição de inúmeras legislações esparsas, regendo outras condutas consoante as necessidades sociais da época.

Assim, com as mudanças políticas e sociais do período, vislumbrou-se a necessidade de se elaborar um novo Código Penal, alinhado aos anseios humanitários vigentes e à nova estrutura política.

Referidas ideias, de inspiração clássica, aliás, já se iniciaram antes, quando do Código Criminal do Império, no sentido de se assegurar direitos e garantias das pessoas frente ao Estado, bem como afastar penas mais gravosas, cruéis.

Esses aspectos lograram evolução, sendo que a edição do Código Penal Republicano em 1890 refletiu a adoção desses postulados.

A propósito, vale lembrar que a vigência dessa legislação se deu antes mesmo da promulgação da Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de fevereiro de 1891, a segunda Carta Magna a ter vigência em nosso sistema jurídico. Havia pressa na mudança da legislação penal, o que, por sinal, vale mencionar, veio expresso até mesmo no Preâmbulo que acompanha o texto legal do Decreto nº 847 de 1890, conforme se verifica:

O Generalissimo Manoel Deodoro da Fonseca, Chefe do Governo Provisorio da Republica dos Estados Unidos do Brazil, constituído pelo Exercito e Armada, em nome da Nação, tendo ouvido o Ministro dos Negocios da Justiça, e reconhecendo a urgente necessidade de reformar o regimen penal, decreta o seguinte: [...]. (BRASIL, 1890).

Por sinal, a respeito do contexto e das características desse diploma, considera-se lição dada por Galdino Siqueira, segundo o qual,

Inspirado ainda na intuição clássica, não satisfez completamente as aspirações e necessidades do país, sendo objecto, por isso, de intensa critica, em muitos pontos procedente [...] No entanto, tendo ante si o longo periodo de tempo decorrido da independencia, com todos esses ensinamentos que o tempo e a experiência ministram; como paradigma o código de 1830 e as diversas leis penais posteriores, onde se condensavam muitos principios eminentemente jurídicos, além das codificações dos outros povos, as mais recentes apontadas como obras perfectissimas, todo esse contingente precioso e abundante trazido pelas sciencias sociaes e anthropologicas, em geral, e pela criminologia em particular, era de esperar que o codificador, já distinguido pelo ultimo governo do Imperio com igual incumbencia, nos dotasse com um código que correspondesse á nossa civilização, ás tradições do nosso direito. (SIQUEIRA, 1921, p. 13-14).

Não se desconsidera buscase essa legislação espelhar a necessidade de mudanças no sistema jurídico penal da época, tendo trazido inovações, sem deixar de lado a inspiração humanista do sistema anterior.

Entretanto, o Código de 1890 sofreu diversas modificações subsequentes por intermédio da edição de leis esparsas que buscavam melhor delimitar institutos nela contidos.

Nesse ponto, tamanha fora a rapidez com que se buscou proceder com modificações que a primeira legislação modificadora foi editada ainda no ano de 1890, no dia 12 de dezembro, pouco mais de dois meses após sua edição, por meio do Decreto 1.162, editado pelo Governo Provisório da República de então.

Analisados esses aspectos, viu-se que essa legislação buscou alinhar-se, sobretudo, aos ditames da Escola Clássica de Direito Penal, em maior escala que o diploma imperial de 1830. Por sinal, estava em consonância com a evolução nos direitos e garantias fundamentais previstos constitucionalmente, o que fica claro, sobretudo, pela abolição da pena de morte, além de outros mecanismos sancionatórios cruéis e infamantes, como expressam os artigos 43 e 44¹⁴, que delimitaram outras formas de cumprimento da pena de prisão.

¹⁴ Art. 43. As penas estabelecidas neste código são as seguintes: a) prisão celllular; b) banimento; c) reclusão; d) prisão com trabalho obrigatorio; e) prisão disciplinar; f) interdicção; g) suspensão e perda

Nesse passo, também interessante notar o surgimento do instituto do livramento condicional no ordenamento jurídico brasileiro, relativo à fase de execução criminal, o qual veio delimitado no artigo 52¹⁵ do Código.

Ademais, passou-se a admitir a possibilidade de prescrição dos crimes e das condenações, nos termos dos artigos 71, e 78 a 85¹⁶, o que não se admitia no sistema penal anterior.

1.7.1 O crime de injúria

Passando-se à apreciação do instituto relacionado com o objeto desta pesquisa, a descrição típica a respeito do crime de injúria veio catalogado no Código Penal de 1890 no capítulo único do Título XI (Dos Crimes contra a Honra e a Boa Fama) do Livro II (Dos Crimes em Espécie), nos artigos 315 a 325.

do emprego publico, com ou sem inhabilitação para exercer outro; h) multa; Art. 44. Não ha penas infamantes. As penas restrictivas da liberdade individual são temporarias e não excederão de 30 annos.

¹⁵ Art. 52. O livramento condicional será revogado, si o condemnado commetter algum crime que importe pena restrictiva da liberdade, ou não satisfizer a condição imposta. Em tal caso, o tempo decorrido durante o livramento não se computará na pena legal; decorrido, porém, todo o tempo, sem que o livramento seja revogado, a pena ficará cumprida.

¹⁶ Art. 71. A acção penal extingue-se: 1º Pela morte do criminoso; 2º Por amnistia do Congresso; 3º Pelo perdão do offendido; 4º Pela prescrição.

Art. 78. A prescrição da acção, salvos os casos especificados nos arts. 275, 277 e 281, é subordinada aos mesmos prazos que a da condemnação.

Art. 79. A prescrição da acção resulta exclusivamente do lapso de tempo decorrido do dia em que o crime foi commettido. Interrompe-se pela pronuncia.

Art. 80. A prescrição da condemnação começa a correr do dia em que passar em julgado a sentença, ou daquelle em que for interrompido, por qualquer modo, a execução já começada. Interrompe-se pela prisão do condemnado.

Paragrapho unico. Si o condemnado em cumprimento de pena evadir-se, a prescrição começará a correr novamente do dia da evasão.

Art. 81. A prescrição da acção e da condemnação interrompe-se pela reincidencia.

Art. 82. A prescrição, embora não allegada, deve ser pronunciada ex-officio.

Art. 83. A acção criminal e a condemnação, nos crimes a que a lei infligir exclusivamente pena pecuniaria, prescreverão em um anno a contar da data do crime ou da condemnação.

Art. 84. A condemnação a mais de uma pena prescreve no prazo estabelecido para a mais grave.

Paragrapho unico. A mesma regra se observará com relação á prescrição da acção.

Art. 85. Prescrevem: Em um anno, a condemnação que impuzer pena restrictiva da liberdade por tempo não excedente de seis mezes; Em quatro annos, a condemnação que impuzer pena de igual natureza por tempo de dous annos; Em oito annos, a condemnação que impuzer pena de igual natureza por tempo de quatro annos; Em doze annos, a condemnação que impuzer pena de igual natureza por tempo de oito annos; Em dezeseis annos, a condemnação que impuzer pena de igual natureza por tempo de doze annos; Em vinte annos, a condemnação que impuzer pena de igual natureza por tempo excedente de doze annos.

Embora a descrição típica abarque mais de um crime, o de calúnia, que continua a ser tratado em conjunto com o de injúria no Código de 1890, transcrevemos todos os tipos para facilitar os comentários apropriados.

Dessa forma, dispõe-se na seguinte conformidade na legislação:

Art. 315. Constitue calunnia a falsa imputação feita a alguém de facto que a lei qualifica crime.

Paragrapho unico. É isento de pena o que provar ser verdadeiro o facto imputado, salvo quando o direito de queixa resultante d'elle for privativo de determinadas pessoas.

Art. 316. Si a calunnia for commettida por meio de publicação de pamphleto, impresso ou lithographado, distribuido por mais de 15 pessoas, ou affixado em logar frequentado, contra corporação que exerça autoridade publica, ou contra agente ou depositario desta e em razão de seu officio:

Penas: de prisão celllular por seis mezes a dous annos e multa de 500\$ a 1:000\$000.

§ 1º Si commettida contra particular, ou funcionario publico, sem ser em razão do officio:

Penas: de prisão celllular por quatro mezes a um anno e multa de 400\$ a 800\$000.

§ 2º Si commettida por outro qualquer meio que não algum dos mencionados:

Pena: a metade das estabelecidas.

Art. 317. Julgar-se-há injuria:

- a) a imputação de vicios ou defeitos, com ou sem factos especificados, que possam expor a pessoa ao odio ou desprezo publico;
- b) a imputação de factos offensivos da reputação, do decoro e da honra;
- c) a palavra, o gesto, ou signal reputado insultante na opinião publica.

Art. 318. É vedada a prova da verdade, ou notoriedade do facto imputado á pessoa offendida, salvo si esta:

- a) for funcionario publico, ou corporação, e o facto imputado referir-se ao exercicio de suas funcções;
- b) permittir a prova;
- c) tiver sido condemnada pelo facto imputado.

Art. 319. Si a injuria for commettida por qualquer dos meios especificados no art. 316:

§ 1º Contra corporações que exerçam autoridade publica ou contra qualquer agente ou depositario de autoridade publica:

Penas: de prisão celllular por tres a nove mezes e multa de 400\$ a 800\$000.

§ 2º Si contra particular, ou funcionario publico, sem ser em razão do officio:

Penas: de prisão celllular por dous a seis mezes e multa de 300\$ a 600\$000.

§ 3º si a injuria for commettida por outro qualquer meio, que não algum dos especificados no art. 316, será punida com a metade das penas.

Art. 320. É tambem injuria:

§ 1º Usar de marca de fabrica, ou commercio, que tiver offensa pessoal; ou expor á venda objectos revestidos de marcas offensivas;

§ 2º Apregoar, em logares publicos, a venda de gazetas, papeis impressos, ou manuscriptos de modo offensivo a pessoa certa e determinada, com o fim de escandalo e aleivosia:

Penas: de prisão celllular por dous a quatro mezes e de multa de 100\$ a 300\$000.

Art. 321. Quando a calúnia e a injúria forem equivocadas poderá o offendido pedir explicações em juízo.

O que se recusar a dá-las, ou não as der satisfactorias, a juízo do offendido, ficará sujeito ás penas da calúnia ou injúria, a que o equívoco der lugar.

Art. 322. As injúrias compreendem-se: em consequência não poderão querelar por injúria os que reciprocamente se injuriarem.

Art. 323. Não tem lugar acção criminal por offensa irrogada em allegações, ou escriptos produzidos em juízo pelas partes, ou seus procuradores. Todavia o juiz que encontrar calumnias, ou injúrias, em allegações de autos as mandará riscar, a requerimento da parte offendida, quando tiver de julgar a causa, e na mesma sentença imporá ao autor uma multa de 20\$ a 50000\$.

Art. 324. Si a injúria, ou calúnia, forem commettidas contra a memoria de um morto, o direito de queixa poderá ser exercido pelo conjuge, ascendentes, descendentes ou irmãos.

Art. 325. O criminoso que houver paga, ou promessa de recompensa para commetter alguma injúria, ou calúnia, incorrerá, além das penas respectivas, na multa do decuplo dos valores recebidos ou promettidos. (BRASIL, 1890).

Analisando-se os primeiros dispositivos, notamos que a descrição a respeito do que se trata injúria pouco fora modificada em comparação ao previsto no Código Criminal de 1830.

Porém, um aspecto a chamar a atenção é que se passou a não mais se admitir a prática desse delito por meio da imputação de fato considerado criminoso, o que, em tese, poderia configurar apenas o delito de calúnia, nos termos do artigo 315.

Por outro lado, continuava a buscar a tutela da honra não apenas no aspecto subjetivo, mas também no objetivo, no conceito alcançado pelo indivíduo no meio social em que se encontra, como se percebe pela descrição posta na alínea *b* do artigo 317. Este dispositivo, aliás, elencou a descrição básica da conduta, no que ela consiste objetivamente.

Também se conservou a distinção entre forma simples e forma qualificada de prática da injúria. No caso desta última, comina-se pena mais grave se a conduta for praticada por alguns dos modos previstos no artigo 316, e se for dirigida a imputação do fato ofensivo à honra a corporações, entidades que exerçam função pública, ou qualquer agente ou autoridade que componha a administração pública, nos termos do artigo 319.

Explica-nos a respeito Oscar de Macedo Soares que o agravamento da pena pela injúria quando praticada pelos modos estabelecidos no artigo 316 (publicação ou afixação de textos), ou pela qualidade pessoal da vítima se justifica

[...] pelo augmento do mal immediato ou pelo augmento do damno político. Incide no primeiro caso a injúria exercitada por meio de publicação escripta: a

perdurabilidade do meio empregado e a comunicação da injúria agravão a dôr do offendido e diminuem a sua reputação; é profundamente ferida – além da honra interna, que é um phenomeno psychico, – a honra objectiva, que é a estima exterior. (SOARES, 1907, p. 648).

Não ocorrendo algumas dessas formas diferenciadas da conduta, pelo modo de execução ou condição pessoal da vítima, haveria a incidência da forma comum, quando dirigida a ofensa ao particular.

Embora a questão atinente ao elemento subjetivo da conduta deverá ser tratada com maior minudência no capítulo voltado ao estudo do crime de injúria consoante o previsto no atual Código Penal brasileiro, não se deslembra do elemento subjetivo, o dolo, a dever nortear a prática criminosa.

A respeito desse aspecto, conforme interpretação que se extraia do tipo penal à época da vigência do Código Republicano, aduz Oscar de Macedo Soares que

O animus injuriandi constitue o dolo específico da figura. [...] o proposito directo e maligno de denegrir a reputação alheia, é a vida mesma, a alma, por assim dizer, da injúria [...] porque é delle que as palavras tiram força e poder de violar o direito e ferir a honra alheia, só assim realisando o objectivo, que é essencial a este delicto. Não basta que as palavras soem injúria; é indispensável demonstrar que foram ditas com o fim de denegrir a reputação alheia. (SOARES, 1907, p. 651).

Por fim, vale a referência acerca de outras formas de prática do comportamento injurioso.

Nesse sentido se dispõe no artigo 320, ao esclarecer que também haverá a injúria por meio do uso de símbolos ou marcas passíveis de destinação ao comércio que retratem ofensas pessoais, ou então, pela distribuição de publicações também com cunho ofensivo em face de alguém determinado com o escopo de gerar escândalo, tumulto social, envolvendo a pessoa da vítima.

Sem a pretensão de maiores apontamentos a respeito, em relação aos demais dispositivos, tem-se no artigo 321 a possibilidade do *pedido de explicações*, ofertado em juízo por alguém que se sentir vítima de um desses delitos contra a honra, o qual continua a existir em nossa legislação (artigo 144 do Código Penal).

De outra parte, o artigo 322 trata a hipótese do que hoje se considera como *retorsão imediata*, caso que não haverá punição de injúria quando decorreu ela de outra proferida pela vítima. Outras hipóteses de exclusão do crime estão no artigo 323, quando

a ofensa for proferida no âmbito judicial, em discussão das partes acerca das questões postas nos autos.

Ainda, o artigo 324 deixava expressa a possibilidade de cometimento de injúria em face da honra de pessoa falecida, situação em que o direito de queixa, resultante da prática delitiva, poderia ser exercido pelo cônjuge, ascendente, descendente ou irmãos do ofendido, para que o agente possa ser responsabilizado criminalmente.

Por fim, no artigo 325 estabelecia-se punição mais gravosa àquele que ordenasse alguém a praticar injúria contra terceiro, mediante paga ou promessa de recompensa, o qual se sujeitava a pagamento de pena de multa mais elevado.

Feitas as apreciações acerca do delito de injúria, é possível concluir-se que, embora ainda não estivesse previsto na legislação de 1890 mecanismos de prática do delito via imputação de aspectos de cunho discriminatório, como cor, raça, religião, ou alguma condição pessoal da vítima – diferentemente do que ocorre nas previsões dos artigos 316 e 319, em que o escopo é o incremento da tutela da legitimidade das instituições públicas, da dignidade da função pública –, não seria inviável o uso de alguns daqueles elementos quando da execução da conduta, segundo a legislação penal em análise.

Malgrado a proteção à honra fosse melhor buscada se expressamente esses aspectos constassem da legislação, da previsão da alínea *a* do artigo 317 permitia uma campo de interpretação mais substancial, no sentido de coibir ofensas pautadas em aspectos raciais, ou outros de cunho preconceituoso, a nosso entender.

Apesar disso, vale lembrar as condições sociais e econômicas que o Brasil passava no período, pois a escravidão havia sido extinta pouco tempo antes da edição do Código (no ano de 1888).

Assim, a ofensa certa e determinada dirigida a uma pessoa de pele negra, ou a uma coletividade humana, por meio de publicações escritas também, utilizando-se para tanto de aspectos relacionados a essa condição, embora poderia ser enquadrada nos tipos penais citados, não provocava no meio social o mesmo impacto, repugnante por sinal, como se verifica nos tempos atuais.

Logo, a proteção à honra dessas pessoas, quando vítimas de ofensas relacionadas à sua condição pessoal, fosse por raça, por religião, ou até uma deficiência física existente, não era objeto de maior preocupação. Tanto assim que situações mais graves, de intolerância, exposição ao ódio, eram passíveis de ocorrer em maior extensão, e quase sempre não eram objeto de punição.

Passadas essas considerações acerca do Código Penal de 1890, em cotejo com os valores expressos na Constituição de 1891, far-se-á breve abordagem sobre os textos constitucionais subsequentes, dos anos de 1934 e 1937, para então se chegar ao estudo do diploma penal de 1940.

1.8 Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934

Devido às mudanças sociais e políticas, sobreveio nova alteração do *status* constitucional a partir da promulgação de nova Carta, em 16 de julho de 1934, por intermédio de Assembleia Nacional Constituinte.

Vislumbra-se, por sinal, uma evolução no tocante às fases ou ondas de direitos fundamentais, pois, anteriormente, focava-se sobretudo nos direitos individuais, voltados à garantia de abstenção de ingerência ao Poder Público em face de um núcleo mínimo de direitos básicos ao bem-estar e à dignidade humana. Assim, além dos direitos e garantias individuais (capítulo II, Título III), previu-se direitos de ordem social e econômica (capítulo III), educação (capítulo II, Título V), aqueles de natureza prestacional.

Então, em especial no campo dos direitos individuais, encontramos as previsões atinentes que se consubstanciam a evitar desigualdades, perseguições e demais formas de intolerância, dos mais diversos tipos. Nessa esteira, listamos o número 1 do artigo 113, que estabelece acerca do direito à igualdade, da seguinte forma:

Todos são iguais perante a lei. Não haverá privilégios, nem distinções, por motivo de nascimento, sexo, raça, profissões próprias ou dos pais, classe social, riqueza, crenças religiosas ou ideias políticas. (BRASIL, 1934).

Está-se aqui diante de relevante previsão cujo norte é o de assegurar a igualdade de todos, brasileiros e estrangeiros, vedando-se distinções pautadas em alguns dos elementos citados, sem que se afaste a possibilidade de distinções voltadas a assegurar a efetiva isonomia de todos perante a lei, desde que não sejam pautadas nos aspectos em apreço.

Leciona Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, a respeito, que

O princípio dirige-se a todos os poderes do Estado. É imperativo para a legislatura, para a administração e para a justiça. [...] O princípio igualitário abre porta para o lado dos órgãos aplicadores (Poderes executivo e

judiciário) e para o lado do órgão legiferante. (PONTES DE MIRANDA, 1936, p. 73-74).

Observamos ainda raízes acerca da proscrição das condutas referentes a intolerância ao analisarmos outras previsões atinentes a direitos individuais, como é o caso dos números 4 e 5 do artigo 113, cujos textos expressam as seguintes atribuições:

Por motivo de convicções filosófica, políticas ou religiosas, ninguém será privado de qualquer dos seus direitos, salvo o caso do art. 111, letra b. É inviolável a liberdade de consciência e crença e garantido o livre exercício dos cultos religiosos, desde que não contravenham à ordem pública e aos bons costume. As associações religiosas adquirem personalidade jurídica nos termos da lei civil. (BRASIL, 1934).

O primeiro deles consubstancia a liberdade de convicção filosófica e política, pelo qual não se admitem privações de direitos, além de se obstar atos de discriminação, perseguição e intolerância contra certos grupos que manifestem ideias contrárias às prevalentes em determinada época e local.

A propósito, novamente, segundo Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda,

A proibição de restringir-se o direito de alguém por motivo de convicção religiosa dirige-se ao Estado e a qualquer pessoa ou entidade intraestatal ou de direito público ou privado. Assim, é contra o art.113, 4), a ordem que vede, em determinada indústria, pessoas estranhas a um credo político ou religioso, como se uma fábrica só admite empregados de certa religião. Não infringe porém a regra do art. 113, 4), o regulamento de um Colégio particular de caráter religioso ou de um Hospital confessional que só admita empregados da mesma confissão (PONTES DE MIRANDA, 1936, p. 138-139).

Em seguida, o número 5 reproduz a liberdade de crença religiosa, mantendo-se o amplo caráter protetivo a esse direito fundamental, a partir do qual condutas intolerantes em face de fiéis de qualquer confissão religiosa, ou liturgias, cultos, doutrinas esbarravam nesta parte do texto constitucional de então.

Por fim, relativo aos direitos individuais insertos na Constituição de 1934, de rigor anotar-se relevante evolução, quanto ao direito de livre manifestação do pensamento, por meio de publicações e manifestações públicas, consoante o número 9 do artigo 113, em que

Em qualquer assunto é livre a manifestação do pensamento, sem dependência de censura, salvo quanto a espetáculos e diversões públicas, respondendo cada um pelos abusos que cometer, nos casos e pela forma que

a lei determinar. Não é permitido anonimato. É assegurado o direito de resposta. A publicação de livros e periódicos independe de licença do Poder Público. Não será, porém, tolerada propaganda, de guerra ou de processos violentos, para subverter a ordem política ou social. (BRASIL, 1934).

Então, ao mesmo tempo em que se mantinha a prerrogativa de livremente se manifestar opiniões, palavras, ideias, esse direito não permitia abusos, voltados à difusão de ofensas, além de atos de expressão de ódio, preconceito, intolerância, em face de qualquer grupo social, político ou religioso. A propósito, verifica-se incremento de restrições no texto magno, se comparado à previsão das Constituições de 1824 e 1891 (artigos 179, IV¹⁷, e 72, §12¹⁸, respectivamente), pois antes não se previa qualquer forma de censura, ao passo que no diploma de 1934 ela passou a ser admitida no tocante a espetáculos e diversões públicos, não bastasse, ao final, impedimentos de profusão de ideias com intuito de propaganda sobre guerra ou violência, para subversão da ordem política ou social.

Nesse ponto, percebe-se maior preocupação em se garantir a ordem interna, a organização política vigente, de modo a se evitar desordem coletiva. A nosso ver, entretanto, buscava-se nesse tempo tutelar interesse mais institucional, do Estado, obstando-se processos subversivos.

Seria contrário a práticas atentatórias em face da organização dos poderes constituídos, aos interesses públicos, ao bem-estar geral, não propriamente interesses, de certos grupos que fossem marginalizados socialmente.

Mais uma vez, embora a proteção ao direito a honra não se encontrasse expressamente prevista na Constituição de 1934, por meio desse dispositivo também estava alicerçada a punição aos crimes contra esse bem jurídico, um deles o de injúria, nos termos do Código Penal de 1890, artigo 317.

Em suma, vistos estão os direitos fundamentais insertos na Carta de 1934 de maior relevo ao campo abordado neste trabalho.

¹⁷ Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte. [...] IV - Todos podem communicar os seus pensamentos, por palavras, escriptos, e publicar-os pela Imprensa, sem dependencia de censura; com tanto que hajam de responder pelos abusos, que commetterem no exercicio deste Direito, nos casos, e pela fórma, que a Lei determinar.

¹⁸ A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no paiz a inviolabilidade dos direitos concernentes á liberdade, á segurança individual e á propriedade, nos termos seguintes: [...] § 12: Em qualquer assumpto é livre a manifestação do pensamento pela imprensa ou pela tribuna, sem dependencia de censura, respondendo cada um pelos abusos que commetter, nos casos e pela fórma que a lei determinar. Não é permittido o anonymato.

1.9 Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1937

Estamos diante de outro cenário na política brasileira. Também conhecida como *polaca*, trata-se de carta outorgada pelo presidente Getúlio Vargas em 10 de novembro de 1937, embora, formalmente, tenha sido elaborada em uma Assembleia Constituinte, oportunidade em que se instalara a chamada ditadura do *Estado Novo*. Assim, era bastante centralizadora de poderes nas mãos do Presidente da República, como deixa claro, entre o mais, o respectivo artigo 14.

Considerados esses aspectos, no tocante, sobretudo, aos direitos individuais catalogados, primordialmente, no artigo 122, verificamos no correspondente parágrafo 1º, a manutenção do princípio da isonomia, embora em menor extensão do que em 1934, visto no capítulo anterior, ao ditar apenas que *todos são iguais perante a lei*.

Ademais, não se alterou a respeito do direito à livre manifestação, culto e crença religiosa, tal como previsto no texto anterior de 1934, conforme o parágrafo 4º do mesmo artigo 122¹⁹.

Primordialmente, os mesmos direitos estabelecidos na ordem constitucional precedente, em um primeiro momento, foram conservados em 1937, à exceção, entre outros, da parte relativa às penas, em especial, sobre a pena de morte, que, por meio da Lei Constitucional número 1 de 16 de maio de 1938, tornou-se passível de aplicação em hipóteses outras além daquelas previstas nas ordens anteriores, não se limitando apenas a crimes militares, conforme consta do número 13 do artigo 122²⁰.

¹⁹ Todos os indivíduos e confissões religiosas podem exercer pública e livremente o seu culto, associando-se para esse fim e adquirindo bens, observadas as disposições do direito comum, as exigências da ordem pública e dos bons costumes.

²⁰ Não haverá penas corpóreas perpétuas. As penas estabelecidas ou agravadas na lei nova não se aplicam aos fatos anteriores. Além dos casos previstos na legislação militar para o tempo de guerra, a pena de morte será aplicada nos seguintes crimes: a) tentar submeter o território da Nação ou parte dele à soberania de Estado estrangeiro; b) atentar, com auxílio ou subsídio de Estado estrangeiro ou organização de caráter internacional, contra a unidade da Nação, procurando desmembrar o território sujeito à sua soberania; c) tentar por meio de movimento armado o desmembramento do território nacional, desde que para reprimi-lo se torne necessário proceder a operações de guerra; d) tentar, com auxílio ou subsídio de Estado estrangeiro ou organização de caráter internacional, a mudança da ordem política ou social estabelecida na Constituição; e) tentar subverter por meios violentos a ordem política e social, com o fim de apoderar-se do Estado para o estabelecimento da ditadura de uma classe social; f) a insurreição armada contra os Poderes do Estado, assim considerada ainda que as armas se

Ademais, conforme disposto no número 15²¹ do mesmo dispositivo, percebe-se a previsão de restrições no tocante à liberdade de manifestação do pensamento, consistentes em hipóteses de censura a publicações, espetáculos e sobre as comunicações radiofônicas.

Verifica-se no teor dessas – e outras disposições contidas na Carta – um caráter voltado à primazia dos interesses institucionais de então, sobretudo com foco na atuação do Poder Executivo, sendo que, no caso, que a imprensa exercia função de natureza pública, e jamais devia recusar propaganda aos atos oficiais do governo.

Na Carta de 1937, assim, sobretudo em virtude do período político conturbado que atravessava o Brasil, previram-se hipóteses outras de restrições a certos direitos e garantias fundamentais.

Percebe-se então maior preocupação com a garantia dos interesses políticos atinentes ao período, sem maior importância com a defesa dos direitos individuais dos cidadãos diante da atuação estatal.

De todo modo, malgrado os aspectos descritos, deixava-se claro também a sujeição àquele que abusasse no exercício do direito de manifestação, sobretudo no âmbito dos meios

encontrem em depósito; g) praticar atos destinados a provocar a guerra civil, se esta sobrevém em virtude deles; h) atentar contra a segurança do Estado praticando devastação, saque, incêndio, depredação ou quaisquer atos destinados a suscitar terror; i) atentar contra a vida, a incolumidade ou a liberdade do Presidente da República; j) o homicídio cometido por motivo fútil ou com extremos de perversidade. www.presidencia.gov.br. Acesso em 01. 03.2015.

²¹ Todo cidadão tem o direito de manifestar o seu pensamento, oralmente, ou por escrito, impresso ou por imagens, mediante as condições e nos limites prescritos em lei. A lei pode prescrever: a) com o fim de garantir a paz, a ordem e a segurança pública, a censura prévia da imprensa, do teatro, do cinematógrafo, da radiodifusão, facultando à autoridade competente proibir a circulação, a difusão ou a representação; b) medidas para impedir as manifestações contrárias à moralidade pública e aos bons costumes, assim como as especialmente destinadas à proteção da infância e da juventude; c) providências destinadas à proteção do interesse público, bem-estar do povo e segurança do Estado. A imprensa reger-se-á por lei especial, de acordo com os seguintes princípios: a) a imprensa exerce uma função de caráter público; b) nenhum jornal pode recusar a inserção de comunicados do Governo, nas dimensões taxadas em lei; c) é assegurado a todo cidadão o direito de fazer inserir gratuitamente nos jornais que o informarem ou injuriarem, resposta, defesa ou retificação; d) é proibido o anonimato; e) a responsabilidade se tornará efetiva por pena de prisão contra o diretor responsável e pena pecuniária aplicada à empresa; f) as máquinas, caracteres e outros objetos tipográficos utilizados na impressão do jornal constituem garantia do pagamento da multa, reparação ou indenização, e das despesas com o processo nas condenações pronunciadas por delito de imprensa, excluídos os privilégios eventuais derivados do contrato de trabalho da empresa jornalística com os seus empregados. A garantia poderá ser substituída por uma caução depositada no principio de cada ano e arbitrada pela autoridade competente, de acordo com a natureza, a importância e a circulação do jornal; g) não podem ser proprietários de empresas jornalísticas as sociedades por ações ao portador e os estrangeiros, vedado tanto a estes como às pessoas jurídicas participar de tais empresas como acionistas. A direção dos jornais, bem como a sua orientação intelectual, política e administrativa, só poderá ser exercida por brasileiros natos; Fonte: www.presidencia.gov.br. Acesso em 01. 03.2015.

de comunicação escrito e falado, às responsabilidades estabelecidas pela legislação ordinária, sendo uma delas a referente à conduta considerada injuriosa.

Aliás, nota-se na alínea “c” do parágrafo 15 a possibilidade de inserção de resposta, defesa ou retificação a respeito de afirmação de caráter injurioso, o que deixa claro que a importância do tipo penal em apreço, sendo que, à época do início de vigência do diploma constitucional de 1937 ainda se aplicavam, primordialmente, as disposições do Código Penal Republicano, de 1890. Novo diploma dessa ordem, como iremos abordar, passou a vigor a partir do ano de 1940.

1.10 Código Penal de 1940

Então, mesmo após a edição do Código Penal Republicano, de 1890, não se fez cessar a crescente profusão de legislações penais esparsas, voltadas ao acompanhamento das circunstâncias sociais e políticas do período.

Tanto é que o Código de 1890 recebeu acréscimos legislativos apenas alguns meses após o respectivo início de vigência, como apontado no capítulo precedente.

Dessa forma, houve enorme profusão de normas jurídico-penais voltadas a acrescentar, alterar ou explicitar as disposições dessa legislação republicana, o que veio a torná-lo confuso em sua apreciação.

Aliás, por essa razão, Vicente Piragibe editou a sua Consolidação das Leis Penais, um Código no qual se condensava o texto original do Código Republicano com os acréscimos legislativos ocorridos posteriormente em cada dispositivo seu. Tanta fora a utilidade que veio a se tornar lei penal aplicável por meio do Decreto nº 22.213, de 14 de dezembro de 1932.

Entretanto, isso não afastou o interesse na formulação de novo sistema normativo penal, mais consentâneo com as transformações sociais e políticas que estavam a ocorrer no Brasil.

Assim, a partir de projeto elaborado pelo Professor Alcântara Machado, que fora submetido a discussões e alterações por comissão de juristas composta por, entre outros, Nelson Hungria, Roberto Lyra, e o Ministro da Justiça da época, Francisco Campos – o período era do governo do Presidente Getúlio Vargas, a partir de 1937, quando se outorgara a Constituição do mesmo ano, conhecida como Polaca, rompendo-se com o caráter iluminista, liberal, dos sistemas constitucionais anteriores – procedeu-se à elaboração do novo diploma.

Malgrado o período em que veio a lume, em que estava o Brasil submetido a um regime ditatorial, o Código de 1940, corporificado por meio do Decreto-lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940, não deixou de adotar soluções apartadas de aspectos relacionados a um período de turbulência política e social.

Não se deixou de lado, então, previsões de ordem liberal, e consentâneas com as evoluções das normas penais nas demais legislações do mundo, tendo sofrido influência, em especial, do código penal italiano, de 1930.

Conforme, por sinal, nos explica Francisco de Assis Toledo,

O Código Penal de 1940 recebeu influência marcante do Código italiano de 1930 (o famoso Código Rocco) e do suíço de 1937 [...] O curioso é que, fruto de um Estado ditatorial e influenciado pelo código fascista, manteve a tradição liberal iniciada com o Código do Império. São palavras de Costa e Silva, não contraditadas pelos demais autores: “Nascido embora sob o regime do Estado Nacional, o código não apresenta peculiaridades que lhe imprimam o cunho de uma lei contrária às nossas tradições liberais”. Basta mencionar que não adotou a pena de morte nem a de ergástulo (prisão perpétua), do modelo italiano. (TOLEDO, 1994, p.63).

Este Código recebeu dupla influência no tocante às escolas penais. Nesse passo, consta na respectiva Exposição de Motivos, de autoria de Francisco Campos, que

Coincidindo com a quase totalidade das codificações modernas, o projeto não reza em cartilhas ortodoxas, nem assume compromissos irretatáveis ou incondicionais com qualquer das escolas ou das correntes doutrinárias que se disputam o acerto na solução dos problemas penais. Ao invés de adotar uma política extremada em matéria penal, inclina-se para uma política de transação ou de conciliação. Nele, os postulados clássicos fazem causa comum com os princípios da Escola Positiva. (TOLEDO, 1994, p.63).

Assim, em comum com diretrizes clássicas assentadas na legislação penal precedente, de 1890, adotou-se novos postulados, advindos da Escola Positiva, entre eles, no que concordam os doutrinadores, se refere ao sistema do duplo binário, pelo qual se estabelecem, como consequências da prática delituosa, penas e medidas de segurança, como formas distintas de sanção.

Dessa forma, aplica-se a primeira ao criminoso imputável, que tinha condições de entender o caráter ilícito da conduta e atuou livremente na execução dela, e a segunda, aos que não se encontram nessa condição, pautada no princípio da prevenção, a partir da periculosidade que representava ao meio social.

A medida de segurança, assim, ganhou destaque e espaço próprio na legislação de 1940, nos termos dos artigos 75 e seguintes, situação que perdura até hoje no Código vigente.

Deixou-se claro a distinção dos institutos, com tratamentos diferenciados conforme a condição do agente, no tocante aos efeitos aplicáveis em virtude da prática delitiva.

No mais, o Código de 1940 continuava ordenado consonante uma parte geral e uma parte especial, voltada está à definição das condutas típicas. Neste ponto, o que chama a atenção é que, diferente dos estatutos anteriores, a categoria dos crimes em espécie não se iniciou mais a partir da delimitação de crimes contra interesses do Estado, das instituições públicas, enfim, mas sim, a partir dos crimes contra a pessoa, ou seja, de tipos penais voltados à tutela de interesses jurídicos primários, como vida, integridade, honra e outros.

1.10.1 O delito de injúria

Embora continue a se fazer presente também nessa legislação penal de 1940 um capítulo apropriado aos *crimes contra a honra*, verifica-se uma distinção em relação aos diplomas anteriores, no tocante ao crime de injúria, já que este recebeu descrições desvinculadas de outras espécies de tipos penais que compõe o campo dos delitos contra a honra, como se verificava antes no tocante ao crime de calúnia, que era tratado em conjunto com a injúria.

Nesse aspecto, no capítulo V do Título I da Parte Especial, o artigo 140 passou a tratar acerca do que se entende por injúria, na seguinte conformidade:

Art. 140. Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro:
Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa, de quinhentos mil réis a dois contos de réis.
§ 1º O juiz pode deixar de aplicar a pena:
I - quando o ofendido, de forma reprovável, provocou diretamente a injúria;
II - no caso de retorsão imediata, que consista em outra injúria.
§ 2º Se a injúria consiste em violência ou vias de fato, que, por sua natureza ou pelo meio empregado, se considerem aviltantes:
Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa, de quinhentos mil réis a três contos de réis, além da pena correspondente à violência. (BRASIL, 1940).

Com base nessa disciplina se encontra tipificada a conduta de injúria, a qual, salvo algumas mudanças que iremos analisar, conserva-se até os dias atuais no Código Penal.

Num primeiro momento, comparando-se a descrição constante do Código de 1940 com a dos diplomas penais anteriores, percebemos uma substancial melhora na organização dos dispositivos, pois se reservou, para cada figura delitiva da honra, um artigo próprio acompanhado do correspondente *nomen iuris*. A propósito, ao longo do texto de todo o código, percebe-se uma melhora na sistematização dos dispositivos, com melhor organização e delimitação sistêmica, facilitando o respectivo estudo.

Então, deslocou-se a figura delitiva da calúnia para o artigo 138²², e a da difamação no artigo 139²³, admitindo-se, para cada qual, a possibilidade de *exceção da verdade*, o que, para a injúria, passou a não mais se admitir.

Esse aspecto, assim, torna melhor compreensível os aspectos referentes ao tipo penal, como o bem jurídico tutelado, os elementos objetivo e subjetivo, entre outros.

Por sinal, a respeito do bem jurídico, do escopo do legislador dirigido ao resguardo de um dado bem da vida essencial ao bem-estar e à higidez das relações humanas, cumpre lembrarmos com mais descrições acerca do elemento *honra* considerado para os fins da legislação penal.

Nessa esteira, comparando-se os artigos 138, 139 e 140, este último relativo à injúria, elegeu-se critério para delimitar aspectos desse direito fundamental, os quais submetidos ao campo de resguardo desejado pela norma jurídica penal.

Cuida-se este, então, das delimitações *objetiva* e *subjetiva* da honra. A primeira delas se encontra abarcada pelos dois primeiros tipos penais mencionados no parágrafo anterior, crimes de calúnia e difamação, e a segunda delas (subjetiva), é o objeto de proteção do tipo previsto no artigo 140, a *injúria*.

²² Artigo 138. Caluniar alguém, imputando-lhe falsamente fato definido como crime: Pena - detenção, de seis meses a dois anos, e multa, de um conto a três contos de réis.

§ 1º Na mesma pena incorre quem, sabendo falsa a imputação, a propala ou divulga.

§ 2º É punível a calúnia contra os mortos.

Exceção da verdade

§ 3º Admite-se a prova da verdade, salvo: I - se, constituindo o fato imputado crime de ação privada, o ofendido não foi condenado por sentença irrecorrível; II - se o fato é imputado a qualquer das pessoas indicadas no n. I do art. 141; III - se do crime imputado, embora de ação pública, o ofendido foi absolvido por sentença irrecorrível.

²³ Artigo 139. Difamar alguém, imputando-lhe fato ofensivo à sua reputação: Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa, de quinhentos mil réis a três contos de réis.

Exceção da verdade

Parágrafo único. A exceção da verdade somente se admite se o ofendido é funcionário público e a ofensa é relativa ao exercício de suas funções.

Acerca destes âmbitos, de enorme consideração se faz o escólio de Galdino Siqueira, sobretudo por chamar a atenção pela necessidade de se proceder com a tutela penal do direito à honra, nos termos ora transcritos:

[...] honra interna ou subjetiva, que é um fenômeno psíquico, de formação lenta e complexa, a opinião que cada pessoa tem de si mesmo, de seu caráter e de suas relações exteriores; é, em suma, os sentimentos ou consciência de seu valor, e honra externa ou objetiva, que é a opinião que os outros têm do valor moral do indivíduo, a reverberação da sua personalidade moral na opinião pública, ou pròpriamente, a boa fama. A honra objetiva compreende também o reconhecimento do valor profissional e o da capacidade para uma dada posição. [...]. Pelas relações de cooperação, que mais e mais se estreitam, oriundas de necessidades materiais e morais, cada indivíduo precisa que seu valor moral, que sua capacidade, encontrem, senão reconhecimento expresso dos outros, a tanto não podendo ir sua pretensão, mas a abstenção de atos que importem ofensa a êsse valor moral e social, que constituem um patrimônio mais precioso que os bens materiais. O direito faltaria a seu fim de proteger a personalidade humana tôda inteira, se não tutelasse a honra individual, parte conspícua dessa personalidade, e, assim, alimentando discórdias, dificultando a vida social. (SIQUEIRA, 1947, p. 156-158).

Procedendo-se a uma análise dos últimos argumentos considerados pelo citado estudioso, notamos que a honra, mesmo se considerado no campo subjetivo, exerce papel relevante no exercício das faculdades e possibilidades humanas empregadas para o sucesso das relações pessoais e profissionais. Então, o menoscabo a esse interesse jurídico não deixa de desencadear uma lesão de natureza geral, com larga projeção nos sentimentos de outros membros da coletividade, motivo pelo qual deve ser devidamente reprimida, à altura da gravidade a ela inerente.

Nesses termos, a propósito, se encontra a explicação de Edgard Magalhães Noronha, em que

[...] a defesa da honra não se faz apenas no interesse do indivíduo, senão também no da vida comunitária. Existe igualmente interesse público na preservação da honra da pessoa, na sua incolumidade moral que, ao lado de outros bens jurídicos, é indispensável à vida em sociedade. Daí a tutela penal, consistente na punição dos que ultrapassam determinados limites, ofendendo a objetividade jurídica em questão. (NORONHA, 1976, p. 122).

Também este é o posicionamento, sobre o objeto jurídico de tutela da norma penal, de Adalberto José Queiroz Telles de Camargo Aranha, ao abordar, no tocante aos crimes contra a honra, haver projeções individual e coletiva relativas à proteção desse bem jurídico, conforme ora se transcreve:

Temos para nós que a norma penal traduz dupla objetividade jurídica, defendendo não somente um dos valores relevantes do homem, como também a própria sociedade, a coletividade, pela harmonia que deve existir como condição de convivência humana. No nosso entender, a objetividade jurídica projeta-se sob duplo aspecto: individual e social. Em primeiro lugar defende e tutela um interesse individual, protegendo a honra pessoal, bem personalíssimo por excelência; ao depois, também tutela um interesse social, evitando as profundas desavenças que poderiam ocorrer na vida social, no convívio social, não permitindo que uma pessoa seja injustamente atingida em sua honra, com os inevitáveis reflexos nos círculos sociais em que convive, com a conseqüente repulsa da comunidade. [...] embora a maior parte dos doutrinadores divise uma objetividade jurídica única, qual seja, a defesa de um direito individual, isto é, a honra pessoal, direito personalíssimo por excelência, temos para nós que há uma segunda objetividade, já percebida pelos romanos, vale dizer, evitar a perturbação social, o conflito numa comunidade, pois, quando uma ofensa à honra é lançada num agrupamento social, produz inúmeros reflexos, com a repulsa ao ofensor ou ao ofendido, com as discórdias e desavenças. Defende, ao mesmo tempo, um direito individual e a harmonia social. (ARANHA, 1995, p. 6-7).

Antes de passarmos a maiores considerações a propósito do crime de injúria, para então podermos abordar a questão da forma discriminatória ou preconceituosa, cabe mencionar que a redação original do Código Penal de 1940, no tocante a esse crime, conserva-se praticamente a mesma.

Dessa forma, mesmo após a Reforma de 1984, que procedeu com alterações no tocante à Parte Geral desse diploma, o crime de injúria se encontra tipificado quase que da mesma forma do que quando da edição dessa coletânea legal.

O que se altera, como veremos, foi a previsão referente à injúria preconceituosa, em que se agregou novo parágrafo (terceiro) ao artigo 140 por meio da Lei 9.459/1997, seguido de novo acréscimo pela Lei 10.741/2003.

Por essa razão, não iremos nos ater às mudanças empreendidas a partir do advento da Lei 7.209/1984, que incorpora o texto do Código Penal – também considerado como o Código de 1984 – em vigência no Brasil, em que se modificaram questões como pena, culpabilidade, entre outros aspectos apropriados à Parte Geral.

Antes de procedermos ao estudo mais aprofundado do artigo 140 do Código Penal, ainda mais da forma qualificada pelo escopo de preconceito – aspectos que serão abordados em capítulo apropriado – cabível a análise dos demais textos constitucionais vigentes ao longo da história brasileira, com destaque para a atual Constituição de 1988, apontando o tratamento do direito de proteção da honra, como veremos a seguir.

1.11 Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946

Cessado um período de enorme turbulência política, pelo fim do governo de Getúlio Vargas, e, primordialmente, com as inspirações advindas do pós-segunda guerra mundial, passou esta Carta a vigorar em 18 de setembro de 1946.

Dessa forma, por meio da convocação de Assembleia Constituinte, marcada por ideias democráticas, procedeu-se à formulação de nova Carta Política. Interessante, a propósito, segundo José Afonso da Silva, que, está Constituição,

[...] ao contrário das outras, não foi elaborada com base em um projeto preordenado, que se oferecesse à discussão da Assembleia Constituinte. Serviu-se, para sua formação, das Constituições de 1891 e 1934. Voltou-se, assim às fontes formais do passado, que nem sempre estiveram conformes com a história real [...] Mas, assim mesmo, não deixou de cumprir sua tarefa de redemocratização, propiciando condições para o desenvolvimento do país durante os vinte anos que o regeu. (SILVA, 2012, p.86).

Então, observando-se o texto constitucional sobredito, pouco se verifica acerca do objeto deste estudo, a não ser pela previsão de direitos e garantias fundamentais vistos em outras oportunidades.

Nessa esteira, o artigo 141 reitera previsões, como a isonomia (parágrafo 1º), a liberdade de consciência e de crença (parágrafo 7º), entre outros. Porém, há um importante aspecto visto nesta Carta Magna, no tocante à liberdade de pensamento e manifestação, assegurada no parágrafo 5º do referido dispositivo.

Assim, nele se estabelece que

É livre a manifestação do pensamento, sem que dependa de censura, salvo quanto a espetáculos e diversões públicas, respondendo cada um, nos casos e na forma que a lei preceituar pelos abusos que cometer. Não é permitido o anonimato. É assegurado o direito de resposta. A publicação de livros e periódicos não dependerá de licença do Poder Público. Não será, porém, tolerada propaganda de guerra, de processos violentos para subverter a ordem política e social, ou de preconceitos de raça ou de classe. (BRASIL, 1946, grifo nosso).

Conforme destacado alhures, verifica-se nessa parte um avanço do constituinte de 1946, sobretudo em comparação ao que estabeleciam as Constituições anteriores, em especial a de 1934, a respeito da preocupação em impedir que o exercício do direito de manifestação e opinião, e da atividade jornalística e publicitária possam ser usados como mecanismo para

difusão de ideias ligadas a violência, e atos de preconceito, e também, intolerância ligada a aspectos racial ou social, como a questão das classes.

Preleciona, a propósito, Themistocles Brandão Cavalcanti que

O preceito é sábio e merece ter aplicação rigorosa, mas sem espírito preconcebido. A discriminação nunca poderá ser tolerada tendo por fim estabelecer a luta de classes ou de raças, o que não se deve confundir com qualquer movimento tendente a fazer desaparecer qualquer discriminação existente. [...] O que há de essencial no sistema, é a responsabilidade pelos excessos cometidos, e a repressão severa contra a ação deletéria de publicações, muitas vezes subvencionadas por grupos, cujos objetivos se escondem através de publicações aparentemente sem expressão. (CAVALCANTI, 1949, p.83-84).

De outra parte, Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda nos explica, no tocante a essa restrição enunciada a esse direito fundamental, que a partir dela podiam ser editadas leis cujas normas estejam voltadas à sanção de condutas que se constituam em propaganda de guerra, de preconceito de classes ou de raça.

Nesse sentido, interessante verificar-se o respectivo ensinamento:

A Constituição de 1946 seguiu a solução técnica de 1934, para melhor. Cumpre que não lhe atribuamos o que ela não diz. Só anui o §5º em que se vedem: a) a propaganda de guerra; b) a propaganda de processos violentos para se subverter a ordem política; c) a propaganda de processos violentos para se subverter a ordem social; d) a propaganda de preconceitos de raça e de classe, matéria – anti-racista – que não se achava na Constituição de 1934. Na parte final do texto, permissão de leis que punam a propaganda de guerra e de processos violentos para se subverter a ordem política ou social, de preconceitos étnicos ou de classe [...] O texto, in fine, diz que não será, porém, tolerada propaganda de guerra ou de processos violentos para subverter a ordem política ou social, ou de preconceitos de raça ou de classe. Que se quis com isso dizer? Que se admite a pré-censura? De modo nenhum. Que se concedeu o direito de proibição? Sim, e a faculdade, para o Estado, de edictar leis penais a respeito. (PONTES DE MIRANDA, 1947, p. 232-234).

Não se desconsidera que essa previsão, respeitante ao direito fundamental à liberdade de manifestação do pensamento, foi um avanço no tocante à proteção em face de atos de expressão de preconceito de ordem racial, que, por meio da imprensa ou da publicação de livros e periódicos, pudessem vir a ocorrer.

Mesmo servindo como guia ao legislador ordinário no sentido de buscar a punição de condutas dessa natureza, essa previsão também estava a desempenhar importante papel como

fonte de ideias ao intérprete do direito no sentido de buscar a proteção de grupos étnicos ou raciais, em situações nas quais estivessem se sujeitando a alguma situação de vulnerabilidade.

De todo modo, cabível considerar-se que, no período posterior à promulgação da Constituição de 1946 sobreveio a Lei 1.390/1951, também conhecida como Lei Afonso Arinos, em referência ao parlamentar Afonso Arinos de Melo Franco (1905-1990), que teve por escopo tipificar condutas referentes a preconceito racial.

Assim, dando concretude ao dispositivo constitucional sobredito, buscou estabelecer previsões voltadas ao combate à discriminação dessa ordem, prevendo normas penais em face de quem praticasse condutas de cunho restritivo ou obstativo da fruição de direitos e serviços – como atendimento em hospedagens, supermercados e outros estabelecimentos públicos – a outras pessoas tendo como justificativa para essa atitude a cor da pele.

Embora não diga respeito a violações a honra da pessoa segundo questões raciais, como é o caso da injúria discriminatória, à época esta legislação representou importante avanço no combate ao tratamento preconceituoso, antiisonômico por aspectos raciais, e que não deixou de ser um instrumento a contribuir também para a previsão de norma tendente a proscrever condutas injuriosas dessa categoria, como veremos melhor.

1.12 Constituição da República Federativa do Brasil de 1967

Passamos ao texto constitucional seguinte, que passou a vigorar no decorrer do período da ditadura militar (1964-1985), a partir de 15 de março de 1967. Cuida-se de Carta cuja elaboração foi voltada à legitimação do regime militar então reinante.

Com foco no tema ora abordado, verifica-se, no §8º do artigo 150 – a partir do qual se enunciam os direitos e garantias individuais – a disposição relativa à liberdade de manifestação do pensamento, em moldes semelhantes como analisamos na Constituição anterior, de 1946, no respectivo artigo 141, §5º.

Assim, dispõe a mencionada norma constitucional do ano de 1967 que

É livre a manifestação de pensamento, de convicção política ou filosófica e a prestação de informação sem sujeição à censura, salvo quanto a espetáculos de diversões públicas, respondendo cada um, nos termos da lei, pelos abusos que cometer. É assegurado o direito de resposta. A publicação de livros, jornais e periódicos independe de licença da autoridade. Não será, porém, tolerada a propaganda de guerra, de subversão da ordem ou de preconceitos de raça ou de classe. (BRASIL, 1967).

Podemos notar, por sinal, uma mudança, sobretudo na segunda parte do preceito, que não constou mais a expressão *de processos violentos para subverter a ordem política e social*, existente no apontado dispositivo da Carta de 1946, para, na de 1967, haver somente o termo *subversão da ordem*.

Assim, podemos considerar que fora mantida a preocupação em se punir atos de preconceito e de discriminação por questão racial ou social, praticados por intermédio da liberdade de manifestação exercida pela imprensa falada ou escrita.

Da mesma forma, essa norma constitucional também servia de fundamento para a punição dos crimes contra a honra, como estava a fazer o então vigente Código Penal de 1940.

De outra banda, importante a análise de outra disposição, também inserida no campo dos direitos e garantias individuais, qual seja, atinente ao princípio da isonomia, posto no parágrafo 1º do artigo 150, que enuncia: *Todos são iguais perante a lei, sem distinção, de sexo, raça, trabalho, credo religioso e convicções políticas. O preconceito de raça será punido pela lei*.

Estabelecia-se, então, o direito ao tratamento equânime, consoante as condições pessoais de cada indivíduo, tornando-se proscritas formas de diferenciação tendo como pano de fundo o sexo, a raça, trabalho, crença religiosa ou a convicção política.

Ademais, deixava-se claro a determinação constitucional no sentido de se punir comportamentos concernentes a preconceito racial.

Novamente consideramos as lições de Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, agora a respeito da isonomia prevista na Carta de 1967, em especial no tocante a essa segunda parte da norma constitucional, vazadas na seguinte conformidade:

O art. 150, §1º, 2ª parte, não contém exemplo de aplicação do princípio da isonomia. Heterotópico, mais se prende ou só se prende à lei penal, que há de conter regras jurídicas contra os preconceitos de raça. A lei penal tem de inserir regras jurídicas sobre crime de preconceito de raça, para que, no plano do direito penal, não possam ficar sem punição atos – positivos ou negativos – que ofendam a outrem, porque a causação se prende ao preconceito de raça. (PONTES DE MIRANDA, 1967, p. 713).

Como se verifica, a previsão atinente ao direito à igualdade teve substancial ampliação, sobretudo se se comparar com aquela disposta na Constituição anterior, de 1946, em cujo artigo 141, parágrafo 1º, declarara-se tão somente *todos são iguais perante a lei*.

Não se desconsidera que o constituinte de 1967 não só buscou listar os meios de diferenciação vedados, entre eles o racial, como também deixou orientação ao legislador penal para que editasse normas voltadas à sanção de comportamentos relativos a preconceito de raça.

O diploma legal que bem cumpria com essa função à época foi a Lei 1.390/1951, também conhecida como *Lei Afonso Arinos*, referida no tópico anterior, que se conservava vigente ante o diploma constitucional de 1967.

De outra parte, considera-se ainda que na sobredita Carta Magna também não se previa expressamente, no campo dos direitos e garantias individuais, a proteção à honra.

Assim, o mencionado artigo 140, parágrafo 8º também continuava a servir como alicerce na tipificação de condutas lesivas a esse bem jurídico, consoante estabelecia o Código Penal então vigente, o de 1940, no artigo 140²⁴.

Em suma, estes são os fundamentos básicos que justificam a luta contra atos de discriminação e intolerância pautadas em difusão de elementos raciais violadores da honra, do conceito do indivíduo perante si e a sociedade, ao tempo do texto magno de 1967.

1.13 Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969, à Constituição de 1967

Com relação às profundas e extensas mudanças operadas em relação ao texto de 1967, por meio da presente emenda, e levando em conta os dispositivos constitucionais de maior relevância ao escopo desta abordagem, o que se verifica, em relação aos direitos à isonomia e a liberdade de manifestação do pensamento, que analisamos nos tópicos precedentes, foi apenas uma mudança de posição dos dispositivos em comparação ao texto original de 1967.

Assim, o primeiro, pelo direito à igualdade, foi transferido para o parágrafo 1º do artigo 153, com alteração do texto original apenas no tocante à ordem das palavras, na

²⁴ Art. 140. Injúria alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou decoro: Pena: detenção, de um a seis meses, ou multa, de quinhentos mil réis a dois contos de réis.

§1º O juiz pode deixar de aplicar a pena: I – quando o ofendido de forma reprovável, provocou diretamente a injúria; II – no caso de retorsão imediata, que consista em outra injúria.

§2º Se a injúria consiste em violência ou vistorias de fato, que, por sua natureza ou pelo meio empregado, se considerem aviltantes:

Pena – detenção, de três meses a um ano, e multa, de quinhentos mil réis a três contos de réis, além da pena correspondente à violência.

segunda expressão, na qual antes se dizia *o preconceito de raça será punido pela lei*, e, a partir de 1969, passou a constar *será punido pela lei o preconceito de raça*.

O segundo, por sua vez, foi deixado no parágrafo 8º do mesmo artigo 153, com um leve acréscimo na parte final, no qual se vedavam as publicações de livros, jornais e periódicos lesivas à moral e aos bons costumes²⁵.

1.14 Código penal de 1969

Não se deslembra ter sido elaborado pelo Professor Nelson Hungria anteprojeto com escopo de reforma ao Código Penal, em virtude das mudanças operadas nas legislações após 1940.

Conforme nos explica José Henrique Pierangeli,

Embora não se pretendesse elaborar um Código totalmente novo, uma vez que o próprio Governo considerava o de 1940 como a melhor de nossas codificações, o novo estatuto, convertido em lei pelo Decreto-lei nº 1.004, de 21 de outubro de 1969, passou a receber inúmeras críticas, entre as quais podemos mencionar, a adoção da pena indeterminada, considerada uma inovação extremamente infeliz, e a redução, para dezesseis anos, da idade mínima para a imputabilidade, dependente esta de exame criminológico para a verificação de sua capacidade de entendimento e auto-determinação, questão que foi abordada em diversos congressos de Direito Penal e Criminologia, merecendo contundentes críticas. (PIERANGELI, 2001, p. 14).

Sem adentrarmos a discussões acerca das mudanças que buscou empreender, esse diploma, que ficou conhecido como o Código de 1969, embora tenha sido aprovado e convertido em lei, não chegou a ter vigência no sistema normativo brasileiro, mesmo tendo sido editadas normas que adiam o correspondente início.

Ainda assim, mencionamos, mesmo que sucintamente, a parte referente ao crime de injúria. Nesse passo, nos artigos 144 e 145 do Decreto-lei nº 1.004/1969 se estabelecia o seguinte:

Art. 144. Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decôro:

²⁵ É livre a manifestação de pensamento, de convicção política ou filosófica, bem como a prestação de informação independentemente de censura, salvo quanto a diversões e espetáculos públicos, respondendo cada um, nos termos da lei, pelos abusos que cometer. É assegurado o direito de resposta. A publicação de livros, jornais e periódicos não depende de licença da autoridade. Não serão, porém, toleradas a propaganda de guerra, de subversão da ordem ou de preconceitos de religião, de raça ou de classe, e as publicações e exteriorizações contrárias à moral e aos bons costumes.

Pena - detenção, até seis meses, ou pagamento de sessenta dias-multa, no máximo.

§ 1º O juiz pode deixar de aplicar a pena:

I - se o ofendido, de forma reprovável, provocou indiretamente a injúria;
II - no caso de retorsão imediata, que consista em outra injúria.

Injúria real

Art. 145. Se a injúria consiste em violência ou vias de fato, que, por sua natureza ou pelo meio empregado, se considerem aviltantes:

Pena - detenção, de três meses a um ano e pagamento de cinco a vinte dias-multa, além das penas correspondentes à violência. (BRASIL, 1969).

Basicamente, a descrição típica, comparado ao previsto no texto de 1940, não se alterou, exceto no tocante à quantidade de sanção penal. Todavia, um aspecto que merece atenção no texto do diploma de 1969 é o previsto no artigo 147, que previa o tipo penal de *ofensa à memória dos mortos*, no seguinte teor:

Caluniar, difamar ou injuriar a memória de pessoa morta:

Pena: detenção, até seis meses, ou pagamento de sessenta dias-multa, no máximo. (BRASIL, 1969).

Dessa forma, buscou-se admitir a prática da ofensa da honra, incluindo a subjetiva, em face de pessoas já falecidas, porém, tal inovação não chegou a vigor. Mesmo assim, não se deve esquecer que a lei penal atual admite a tipificação da conduta de difamação contra os mortos, nos termos do artigo 138, parágrafo segundo, do Código Penal.

Nesse passo, a honra objetiva, ou seja, o conceito e a respeitabilidade da pessoa falecida perante a coletividade é penalmente tutelada.

1.15 Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

Feito o acompanhamento histórico das normas constitucionais e penais, no presente tópico ingressa-se na abordagem dos temas em apreço segundo o previsto na atual Carta Magna Brasileira, observando-se, sobretudo, como se buscou ampliar o escopo protetivo da honra e da questão concernente à intolerância por motivos de discriminação ou preconceito.

Nesse passo, com o advento do texto constitucional atual, compreendeu-se uma série de ampliações na seara dos direitos e garantias fundamentais, aspecto este a se revestir de grande valia à questão da tutela da honra e a proteção em face de atos de preconceito.

Então, fora eleito pelo constituinte como o paradigma, o elemento norteador dessa categoria de direitos, o princípio da dignidade da pessoa humana, alçado como fundamento da

República Federativa do Brasil como Estado Democrático de Direito, nos termos do artigo 1º, inciso III, da Constituição.

Considerados são os postulados fundamentais, enumerados, em grande parte, no artigo 5º da Carta Magna, com base no valor da pessoa humana, sendo ela a base de mensuração dos direitos fundamentais, sejam os individuais – como a vida, liberdade, propriedade –, assim como os sociais, os coletivos etc.

Conforme expõe a respeito José Afonso da Silva, esse princípio enuncia o

[...] valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida [...] o conceito de dignidade da pessoa humana obriga a uma densificação valorativa que tenha em conta o seu amplo sentido normativo-constitucional e não uma qualquer ideia apriorística do homem, não podendo reduzir-se o sentido da dignidade humana à defesa dos direitos pessoais tradicionais, esquecendo-a nos casos de direitos sociais, ou invocá-la para construir 'teoria do núcleo da personalidade' individual, ignorando-a quando se trate de garantir as bases da existência humana. (SILVA, 2012, p. 105).

Assim, no Título II da Constituição Federal estão listados os Direitos e Garantias Fundamentais, em grande extensão, sem esgotar outras disposições dessa natureza postas ao longo do texto constitucional, conforme deixa clara a disposição do artigo 5º, parágrafo 2º.²⁶ Abrangem-se os direitos e garantias individuais e coletivos (capítulo I, artigo 5º), voltados primordialmente a um resguardo de interesses ínsitos ao ser humano ante o Estado; os direitos sociais (capítulo II, artigos 6º a 11), concebidos sob índole prestacional; os direitos de nacionalidade (capítulo III, artigos 12 e 13), os direitos políticos (capítulo IV, artigos 14 a 16) e disposições acerca dos partidos políticos (capítulo V, artigo 17).

No que diz respeito à questão da proteção da honra, tomando-se por base os direitos e garantias fundamentais enunciados, nele se encontra um elenco de balizas acerca do escopo de proteção aos interesses jurídicos pelos quais se busca a proscrição de condutas injuriosas e expressivas de preconceito e discriminação.

Nesse passo, temos em primeiro plano o princípio basilar da dignidade da pessoa humana, que alicerça as demais normas do sistema constitucional, e também, o disposto no artigo 5º, *caput*, referente ao direito a igualdade.

²⁶ Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Cuida-se este de valor primordial, o direito ao tratamento equânime, segundo as diferenças de cada um, voltando-se a interpretação desse dispositivo sob o norte da isonomia material, efetiva, não meramente formal, no acesso e fruição de direitos e garantias.

De outra parte, no artigo 5º, inciso X, enuncia-se a garantia de proteção de um dos valores essenciais ao objeto deste trabalho, qual seja, a honra, que passou a ser resguardada nos seguintes termos: *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.*

Consagrou-se, assim, a inviolabilidade deste atributo da pessoa humana, devendo a lei estar em consonância com a proteção dele, no sentido de se buscar evitar lesões e sancionar os atos de maltrato a esse direito, embora o sistema jurídico brasileiro, antes de 1988, já contemplasse disposições voltadas à proteção da honra, como é o caso dos tipos penais previstos nos Códigos Penais que antecederam à atual Carta Magna, o que se verá mais adiante.

A respeito do que se deve considerar como honra, considera-se o enfoque dado por José Afonso da Silva, segundo o qual

A “honra” é o conjunto de qualidades que caracterizam a dignidade da pessoa, o respeito dos concidadãos, o bom-nome, a reputação. É direito fundamental da pessoa resguardar essas qualidades. A pessoa tem o direito de preservar a própria dignidade [...] até contra ataques da verdade, pois aquilo que é contrário à dignidade da pessoa deve permanecer um segredo dela própria. Esse segredo entra no campo da privacidade, da vida privada – e é aqui onde o direito à honra se cruza com o direito à privacidade. (SILVA, 2007, p. 101-102).

Pela análise da conceituação citada, deixa-se claro que a proteção à honra se dirige ao duplo aspecto que enuncia, qual seja, a honra objetiva e a honra subjetiva.

A primeira, como já adiantamos, refere-se à reputação, ao conceito do indivíduo perante o meio social em que se encontra, o modo como é visto e considerado.

Por outro lado, a honra subjetiva se refere aos atributos pessoais do indivíduo, a consideração dele consigo mesmo, segundo sua dignidade e suas condições pessoais.

Constitui-se aqui a ideia de que atitudes desproporcionais, exageradas, que possam resvalar na violação, deste interesse humano, referido diretamente à sua dignidade, são vedadas constitucionalmente, e por essa razão, a feitura e interpretação da lei ordinária devem estar de acordo com esse postulado.

Ademais, não se deslembra que a Constituição de 1988 também assegura a liberdade de manifestação do pensamento, bem como de acesso à informação, nos termos dos incisos IX e XIV e do mesmo artigo 5º, ora transcritos:

IX – é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença; [...]

XIV – é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional. (BRASIL, 1988).

Como se verifica, a atuação no tocante ao exercício da livre manifestação do pensamento, bem como do direito à informação, devem estar harmonizados com o resguardo da honra, da intimidade, da vida privada, sendo que os excessos no exercício daquelas prerrogativas devem se sujeitar às sanções do ordenamento jurídico, tanto civis como penais.

Por essa razão, os atos injuriosos, ou seja, que resvalam no exagero, na intenção de mácula à dignidade da pessoa, do respeito e delimitação que tem para consigo mesma e também perante a sociedade, são tipificados pelo ordenamento jurídico-penal, como um dos mecanismos de atuação do Estado no sentido de evitar lesões aos bens jurídicos essenciais à organização social e política em que se está.

Nessa esteira, conforme importante esclarecimento de Alexandre de Moraes,

Encontra-se em clara e ostensiva contradição com o fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III), com o direito à honra, à intimidade e à vida privada (CF, art. 5º, X) converter em instrumento de diversão ou entretenimento assuntos de natureza tão íntima como falecimentos, padecimentos ou quaisquer desgraças alheias, que não demonstrem nenhuma finalidade pública e caráter jornalístico em sua divulgação. Assim, não existe qualquer dúvida que a divulgação de fotos, imagens ou notícias apelativas, injuriosas, desnecessárias para a informação objetiva e de interesse público (CF, art. 5º, XIV), que acarretem injustificado dano à dignidade humana autoriza a ocorrência de indenização por danos materiais e morais, além do respectivo direito à resposta. (MORAES, 2005, p. 47).

Ademais, lecionam Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra da Silva Martins (1989, P. 64-65) que

A proteção à honra consiste no direito de não ser ofendido ou lesado na sua dignidade ou consideração social. Caso ocorra tal lesão, surge o direito de defesa. Com respeito à honra, exerce ela um efeito moderador sobre outros direitos, tais como o de prestação de informação e de imprensa. A segunda parte do dispositivo cuida de assegurar um direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação. É óbvio que a Constituição não quis excluir outras formas de punição também compatíveis com a lesão a estes direitos, haja vista a existência dos crimes contra a honra. O que ela

quis deixar certo é que além da responsabilização administrativa, quando for o caso, cabe também uma responsabilização de natureza civil.

De outra parte, pela análise desses dispositivos constitucionais, notamos como a ideia de proporcionalidade e harmonização entre valores relativos a direitos e garantias fundamentais se faz de muita importância, de modo a se assegurar que, no exercício do direito de se expressar uma opinião pessoal, de se manifestar a respeito de um assunto, e até de se dirigir a uma pessoa e lhe imputar uma ideia, algum conceito ou qualquer forma de consideração pessoal, não se acabe por violar, dentre outros, o direito à honra, ao respeito e ao tratamento digno, sob pena de se poder acionar outras regras do ordenamento com o escopo de repressão do comportamento violador, além de reparação ao mal causado.

Ainda a respeito da relação entre os princípios que informam a proteção à honra e o exercício do direito de informação e de livre manifestação, é de consideração o entendimento de Virgílio Afonso da Silva, pelo qual,

O que ocorre quando dois princípios colidem – ou seja, prevêm consequências jurídicas incompatíveis para um mesmo ato, fato ou posição jurídica – é a fixação de relações condicionais de precedência. Como foi visto acima, princípios são mandamentos de otimização, ou seja, normas que exigem que algo seja realizado na maior medida possível diante das condições fáticas e jurídicas existentes. Essas condições raramente são ideais, já que essa tendência expansiva do conceito de princípios [...] tende a fazer com que a realização de um princípio quase sempre seja restringida pela realização de outro. O exemplo-padrão para esse fenômeno costuma ser a colisão entre a liberdade de imprensa e o direito de privacidade ou o direito à honra das pessoas. Realizar uma ampla liberdade de imprensa pode, em muitos casos, ser incompatível com a proteção ideal da privacidade de algumas pessoas. Esse tipo de colisão não pode ser resolvido, contudo, a partir da declaração de invalidade de um dos princípios. Ou seja, mesmo após a solução da colisão os princípios da liberdade de imprensa e da proteção à privacidade continuam tão válidos quanto antes. Não se pode dizer também que um institui uma exceção ao outro, já que às vezes prevalecerá um, às vezes o outro, ao contrário do que acontece no caso das regras. Tudo dependerá das condições do caso em questão [...] (SILVA, 2009, p. 50).

Efetuada esse cotejo da questão referente à tutela da dignidade da pessoa humana, além do direito à honra no texto da Carta Magna de 1988, antes de se analisar a previsão atual do artigo 140 do Código Penal e a respectiva forma qualificada pelo preconceito, cabível agora passarmos a breve incursão no campo do direito internacional, observando-se os diplomas internacionais relacionados com a questão da proteção dos direitos à igualdade, à honra, e a vedação de atos referentes a preconceito e discriminação.

2 APONTAMENTOS NO DIREITO INTERNACIONAL

Abordado os aspectos constitucionais atinentes à proteção do direito à honra, bem como analisado a evolução no tratamento do crime de injúria nos códigos penais vigentes na história brasileira, cumpre-nos analisar, mesmo que de forma breve, documentos internacionais, dos quais signatário o Brasil, para entendermos como são cotejados os interesses afeitos à dignidade da pessoa humana, e, por conseguinte os direitos à igualdade e à honra e, também, à vedação a atos de preconceito, discriminação, e intolerância.

Inicialmente, lembremos que no período pós-Segunda Guerra Mundial, verificou-se urgência na elaboração de mecanismos de proteção a direitos humanos fundamentais, haja vista as terríveis experiências vivenciadas referentes a violações várias a direitos básicos, como nos mostrou a ocorrência de milhares de mortes nas guerras, no período nazifascista na Europa – a propósito, certamente o maior expoente de formas de preconceito e intolerância marcados por questão racial, religiosa –, não bastasse violações de outra ordem.

Foi a partir dessa circunstância que, após a criação da Organização das Nações Unidas, estabeleceu-se uma série de documentos aos quais milhares de países apresentaram adesão, e que servem de parâmetro na criação de regras internas, bem como de interpretação das normas veiculadoras de direitos humanos.

A seguir, passemos a abordar alguns deles, sobretudo aqueles mais relacionados com o objeto deste trabalho.

2.1 Declaração Universal de Direitos do Homem e do Cidadão

Adotada pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948, nela se proclamou a *Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão*, documento no qual se condensou postulados básicos e primordiais no tocante à enunciação dos direitos humanos, ao qual o Brasil se fez também signatário, ao lado de mais de 170 países. Assim, todos devem pautar as legislações e as atuações políticas e sociais segundo esses ditames.

No preâmbulo desse documento, assim, constam as linhas mestras do tratamento dos direitos e garantias, estando a dignidade da pessoa humana como a base de todas as enunciações. A propósito, transcreve-se a seguir trecho com alguns desses propósitos:

Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo, considerando que o desprezo e o desrespeito pelos direitos humanos resultaram em atos bárbaros que ultrajaram a consciência da Humanidade e que o advento de um mundo em que os todos gozem de liberdade de palavra, de crença e da liberdade de viverem a salvo do temor e da necessidade foi proclamado como a mais alta aspiração do ser humano comum, [...] (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2009).

Assim, não bastasse o primado do respeito à dignidade da pessoa humana, como elemento a cotejar todos os direitos humanos elencados, no parágrafo segundo desse preâmbulo se estabeleceu ainda como baliza a liberdade de crença e opinião, e o reconhecimento de que atos bárbaros de violação a direitos humanos não mais podem ser aceitos.

A propósito, leciona Flávia Piovesan que

A Declaração Universal de 1948 objetiva delinear uma ordem pública mundial fundada no respeito à dignidade da pessoa humana, ao consagrar valores básicos universais. Desde seu preâmbulo, é afirmada a dignidade inerente a toda pessoa humana, titular de direitos iguais e inalienáveis. Vale dizer, para a Declaração Universal a condição de pessoa é o requisito único e exclusivo para a titularidade de direitos. A universalidade dos direitos humanos traduz a absoluta ruptura com o legado nazista, que condicionava a titularidade de direitos à pertinência à determinada raça (a raça pura ariana). (PIOVESAN, 2009, p. 140).

Pautado nesses aspectos, também é de consideração o disposto no artigo II da Declaração, que preleciona o direito à igualdade de todos no exercício e fruição dos direitos estabelecidos, sem que se admita qualquer forma de discriminação, nos seguintes termos:

1 - Todo ser humano tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, idioma, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição. (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2009).

Esse trecho do artigo II espelha como a Carta Magna brasileira se encontra em sintonia com o documento maior em matéria de Direitos Humanos, como se verifica já a partir do Título I, referente aos *Princípios Fundamentais*, pelos artigos 1º, inciso III (alusivo à dignidade da pessoa humana), e 3º, incisos I e IV, correspondentes aos postulados de uma

sociedade livre, justa e solidária e a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Ademais, o artigo VII da Declaração Universal elenca o princípio da igualdade de todos os seres humanos, e novamente proscribe tratamentos discriminatórios e, ainda, incitações, atos de cunho intolerante tendentes a fortalecer situações de discriminação, como ora se verifica:

Todos são iguais perante a lei e têm direito, sem qualquer distinção, a igual proteção da lei. Todos têm direito a igual proteção contra qualquer discriminação que viole a presente Declaração e contra qualquer incitamento a tal discriminação. (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2009).

Outra disposição desse documento, de enorme valia ao objeto deste trabalho, encontra-se no artigo XII, o qual estabelece que os Estados aderentes devem buscar também o direito à proteção da honra, e as respectivas legislações devem se conformar a esse escopo, como ora se enuncia:

Ninguém será sujeito à interferência em sua vida privada, em sua família, em seu lar ou em sua correspondência, nem a ataque à sua honra e reputação. Todo ser humano tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques. (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2009).

Encontra-se aqui, então, alguns dos postulados com os quais nosso sistema jurídico constitucional se encontra em harmonia, e as normas constantes do artigo 5º da Constituição Federal são o exemplo por excelência, como é o caso do caput do artigo 5º, que prevê o direito à igualdade e a liberdade, e o inciso X, que estabelece a proteção à honra, um dos valores ínsitos à dignidade humana.

Por essa razão mesmo o crime de injúria se mostra como um dos mecanismos legais de proteção a esse direito, punindo-se atos de violação ao campo subjetivo, interno do ser humano, pois compõe os valores e atributos que garantem uma condição humana saudável.

Entre o mais, também é de relevo extrair da Declaração Universal de Direitos Humanos o disposto nos artigos XVIII e XIX, os quais, respectivamente, seguem ora anotados:

Todo ser humano tem direito à liberdade de pensamento, consciência e religião; este direito inclui a liberdade de mudar de religião ou crença e a liberdade de manifestar essa religião ou crença, pelo ensino, pela prática, pelo culto e pela observância, em público ou em particular. Todo ser humano tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir

informações e idéias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras. (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2009).

Nesse passo, estabelecem as balizas atinentes aos direitos à liberdade de crença religiosa e política, bem como de manifestação e opinião. Não se desconsidera que a intolerância de ordem racial também atua no campo da repressão de opiniões e ideias contrárias às que se busca fazer prevalecer num dado contexto social.

Busca-se impor uma forma de pensar e agir, bem como, fazer prevalecer ideias ou doutrinas desrespeitosas de direitos de certas pessoas ou grupos sociais, políticos ou religiosos. A expressão de atos de discriminação e ódio racial ou étnico, por exemplo, pela difusão de palavras ofensivas a pessoas negras ou egressas de determinada localidade, ou que façam parte de alguma religião, serve como mecanismo também voltado a tolher o direito de manifestação e expressão de crença delas, razão pela qual compete aos Estados integrantes da Organização das Nações Unidas que manifestaram concordância para com esse documento internacional fazer cumprir tais pressupostos.

Como se vê, a tutela desses direitos (igualdade, liberdade, honra, fora outros de enorme importância) se faz necessário como forma de se garantir a manutenção do postulado básico da dignidade da pessoa humana. Esta configura o manto que cobre todo esse elenco de direitos e garantias, ao qual nossa Constituição manifesta harmonia, e, assim, não só o legislador, mas também os exercentes dos demais poderes públicos devem conferir fiel observância.

De outra banda, a partir da formulação da Declaração Universal de Direitos Humanos, editou-se outros dois documentos, estes sim verdadeiros pactos internacionais, haja vista que, como aponta Flávia Piovesan, a Declaração em si está desprovida de força vinculativa aos Estados, servindo como código de atuação desejado, entretanto, o que não lhe retira a importância como elenco básico dos direitos humanos.

Tais tratados se referem ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, do ano de 1966, que, ainda nas palavras da mencionada Professora,

[...] passaram a incorporar os direitos constantes da Declaração Universal. Ao transformar os dispositivos da Declaração em previsões juridicamente vinculantes e obrigatórias, os dois pactos internacionais constituem referência necessária para o exame do regime normativo de proteção internacional dos direitos humanos. [...] A partir da elaboração desses pactos se forma a Carta Internacional dos Direitos Humanos, International Bill of

Rights, integrada pela Declaração Universal de 1948 e pelos dois pactos internacionais de 1966. (PIOVESAN, 2009, p.160).

Assim, tendo em vista o interesse relacionado com a presente abordagem, passemos a abordar apenas o primeiro deles, o Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos.

2.2 Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos

Neste documento, apresentado como efetivo tratado internacional relativo a direitos humanos, com a adesão de grande parte dos Estados componentes da Organização das Nações Unidas.

No Brasil, fora incorporado à ordem jurídica por meio do Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992, após aprovação pelo Congresso Nacional e depósito do termo de adesão junto à ONU.

Observando-se o elenco de normas que o compõe, primeiro notamos a reafirmação do compromisso de respeito ao primado da dignidade da pessoa humana, centro de conformação dos demais direitos humanos, nos termos do respectivo Preâmbulo.

A partir dessa delimitação, no artigo 2º, 1, desse tratado, revela-se o compromisso tendente à vedação de atos e tratamentos discriminatórios:

Os Estados Partes do presente pacto comprometem-se a respeitar e garantir a todos os indivíduos que se achem em seu território e que estejam sujeitos a sua jurisdição os direitos reconhecidos no presente Pacto, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer condição. (BRASIL, 1992).

Sobretudo a partir deste pacto, verificamos outros fundamentos segundo os quais qualquer forma de expressão de discriminação, seja por raça, cor, religião, origem, dentre outros, devem ser combatidos pelas legislações dos Estados partes. O sistema constitucional brasileiro, antes mesmo da Carta Magna de 1988, buscava cumprir com esse desiderato, como se viu, por exemplo, por meio da Carta de 1946 (item 1.11).

Ocorre que, em especial, a partir de 1988 se deixou ainda mais clara a disposição do constituinte brasileiro em dar cumprimento à sobredita norma desse Pacto Internacional, como é o caso do disposto no artigo 3º, inciso IV²⁷ da Constituição Federal.

Em seguida, vistas essas previsões de grande valia, como a garantia do direito à vida, à presunção de inocência, ao tratamento digno aos encarcerados, o princípio da legalidade, entre outras normas, é de consideração o disposto no artigo 17, em cujos números 1 e 2 se prevê:

Ninguém poderá ser objetivo de ingerências arbitrárias ou ilegais em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais às suas honra e reputação.
Toda pessoa terá direito à proteção da lei contra essas ingerências ou ofensas. (BRASIL, 1992).

Assim, seguindo a esteira da Declaração Universal, determina-se a tutela da honra, ordenando-se que o legislador estabeleça mecanismos contra as ofensas a ela dirigidas. Nesse passo, prevista também a proteção da honra na Carta Magna (artigo 5º, X), o legislador penal previu normas tendentes a sancionar as violações mais contundentes a esse bem jurídico.

Dessa forma, a previsão dos crimes contra a honra no Código Penal se refere a um dos instrumentos voltados ao cotejo da honra, de modo a amparar situações de violação a esse bem jurídico. O crime de injúria, também a qualificada por preconceito, mesmo que remotamente, traduzem harmonia com o compromisso firmado por nosso país em âmbito internacional, diante do supramencionado dispositivo do Pacto.

Depois, o artigo 18, números 1, 2 e 3, do Pacto, também retrata a liberdade de consciência e de crença religiosas, inserindo-se aqui componente pelo qual também os atos de intolerância dirigidos contra alguém, sejam de qualquer ordem – ataques à vida, lesões à honra, à liberdade –, pautados em questões religiosas, devem ser proscritos pelos países signatários. Conforme redação do dispositivo:

Toda pessoa terá direito a liberdade de pensamento, de consciência e de religião. Esse direito implicará a liberdade de ter ou adotar uma religião ou uma crença de sua escolha e a liberdade de professar sua religião ou crença, individual ou coletivamente, tanto pública como privadamente, por meio do culto, da celebração de ritos, de práticas e do ensino.
Ninguém poderá ser submetido a medidas coercitivas que possam restringir sua liberdade de ter ou de adotar uma religião ou crença de sua escolha.

²⁷ Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: [...] IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

A liberdade de manifestar a própria religião ou crença estará sujeita apenas a limitações previstas em lei e que se façam necessárias para proteger a segurança, a ordem, a saúde ou a moral pública ou os direitos e as liberdades das demais pessoas. (BRASIL, 1992).

Não se deslembra não ser incomum a expressão de preconceito e aversão contra pessoas que comunguem de determinada crença religiosa. Pela história notamos situações alarmantes, como o caso das perseguições às pessoas de religião judaica no período do nazi-fascismo na Europa.

A partir dessa e de outras experiências, somado à evolução verificada no campo dos direitos fundamentais, esculpiu-se a liberdade religiosa como baliza a ser observada pelos Estados signatários desse Pacto.

Também, pelos artigos 19 e 20 desse Estatuto, notamos outro ponto de grande relevância, que se refere à liberdade de manifestação de opiniões e ideias, desde que observados certos limites, e a proibição de expressão de discurso relativo a ódio e intolerância, conforme se verifica:

Artigo 19 – Ninguém poderá ser molestado por suas opiniões.

Toda pessoa terá direito à liberdade de expressão; esse direito incluirá a liberdade de procurar, receber e difundir informações e idéias de qualquer natureza, independentemente de considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro meio de sua escolha.

O exercício do direito previsto no parágrafo 2 do presente artigo implicará deveres e responsabilidades especiais. Consequentemente, poderá estar sujeito a certas restrições, que devem, entretanto, ser expressamente previstas em lei e que se façam necessárias para:

- a) assegurar o respeito dos direitos e da reputação das demais pessoas;
- b) proteger a segurança nacional, a ordem, a saúde ou a moral pública.

Artigo 20 – Será proibida por lei qualquer propaganda em favor da guerra.

Será proibida por lei qualquer apologia do ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitamento à discriminação, à hostilidade ou a violência. (BRASIL, 1992, grifo nosso).

Assim, cumpre ao legislador interno dar observância aos nortes estabelecidos neste documento. A expressão de apologia ao ódio, por motivo racial, de procedência ou por religião, encontra-se vedados, não podendo a ordem interna conflitar com essa norma internacional.

Por meio da ofensa à honra de alguém, conforme iremos abordar neste trabalho, prevê-se mais uma forma pela qual o discurso odioso, discriminatório, pode também ser veiculado,

usando-se como instrumento para o atingimento de bem jurídico o qual compõe o campo de valores inerentes à dignidade humana.

De todo modo, vale mencionar a existência de dispositivo legal na ordem jurídica brasileira que buscou se amoldar ao disposto no artigo 20 do Pacto. Refere-se ao artigo 20, parágrafos 1º e 2º, da Lei 7.716/1989²⁸, que estabelece os crimes de preconceito e discriminação por raça e cor, ou seja, condutas de segregação, violadoras do bem jurídico da isonomia, e no caso, relacionados a atos de incitação à discriminação ou preconceito.

Por fim, a propósito do princípio da igualdade, este se encontra tutelado por meio do artigo 26 do Pacto, nos seguintes termos:

Todas as pessoas são iguais perante a lei e têm direito, sem discriminação alguma, a igual proteção da Lei. A este respeito, a lei deverá proibir qualquer forma de discriminação e garantir a todas as pessoas proteção igual e eficaz contra qualquer discriminação por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer outra situação. (BRASIL, 1992).

Ainda que distinto o bem jurídico em jogo, como veremos, também estão proscritas as condutas violadoras do tratamento isonômico em virtude de questões discriminatórias por raça, cor, religião, dentre outros fundamentos.

Vistos esses apontamentos integrantes dos mencionados documentos que formam a Carta Internacional dos Direitos Humanos, a Declaração Universal de Direitos do Homem e do Cidadão e o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, os quais contêm disposições de interesse ao objeto deste trabalho, é de consideração o estudo de outro documento internacional, o que faremos no tópico a seguir.

2.3 Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial

²⁸ Art. 20. Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional. Pena: reclusão de um a três anos e multa.

§ 1º Fabricar, comercializar, distribuir ou veicular símbolos, emblemas, ornamentos, distintivos ou propaganda que utilizem a cruz suástica ou gamada, para fins de divulgação do nazismo. Pena: reclusão de dois a cinco anos e multa.

§ 2º Se qualquer dos crimes previstos no caput é cometido por intermédio dos meios de comunicação social ou publicação de qualquer natureza: Pena: reclusão de dois a cinco anos e multa.

Este documento internacional, do ano de 1966, do qual o Brasil foi signatário, e que fora incorporado à ordem interna por meio do Decreto 65.810, de 8 de dezembro de 1969, refere-se a disposições tendentes a expressar o compromisso do combate a todas as formas de discriminação pautadas em aspectos de raça, sexo, religião, origem, dentre outros.

Diversos compromissos são elencados no correspondente preâmbulo, todos pautados na necessidade de eliminação e punição dos atos discriminatórios pelos países que fazem parte da Convenção. Não se deslembra, informa-se também pela necessidade de respeito à dignidade da pessoa humana.

Entre o mais, são de consideração os seguintes valores catalogados nessa Convenção, sobremaneira relacionados com a questão da vedação de condutas relacionadas com intolerância por motivo discriminatório:

Alarmados por manifestações de discriminação racial ainda em evidência em algumas áreas do mundo e por políticas governamentais baseadas em superioridade racial ou ódio, como as políticas de apartheid, segregação ou separação. Resolvidos a adotar todas as medidas necessárias para eliminar rapidamente a discriminação racial em todas as suas formas e manifestações, e a prevenir e combater doutrinas e práticas raciais como objetivo de promover o entendimento entre as raças e construir uma comunidade internacional livre de todas as formas de separação racial e discriminação racial, [...]. (BRASIL, 1969).

Assim, embora esse documento esteja mais preocupado com a questão discriminatória em si, de natureza segregacionista, não estando primordialmente pautado pela questão do direito à honra maculado em virtude de ofensas relativas à condição racial, não se desconsidera, de todo modo, essa preocupação em âmbito internacional no tocante a comportamentos intolerantes, pautados na aversão às diferenças, na discriminação, movidos pela questão da cor, da origem, enfim.

Ademais, embora distintos sejam os bens jurídicos atingidos, na hipótese de delito de discriminação em si – focado no direito à igualdade – e o de injúria qualificada pelo preconceito – pautado na honra –, não se pode afastar seja esse documento um fundamento também para a repressão de atos desta última natureza, até por ser modo de expressar escopo de segregação, de rebaixamento pessoal em virtude da cor da pele, com a lesão a um dos interesses humanos essenciais à dignidade pessoal, a honra. Não deixa, assim, de estar contido no âmbito protetivo desejado a partir destas disposições.

Vale ressaltar, no tocante às condutas racistas, que o constituinte brasileiro deu observância aos pressupostos elencados nessa convenção, por meio da previsão constante do

artigo 5º, XLII²⁹, ao delimitar que a prática de racismo configura crime imprescritível e inafiançável, sujeito à pena de reclusão. Isso não bastasse, tem-se as previsões típicas existentes na Lei 7.716/1989, atinentes aos crimes de preconceito e discriminação.

2.4 Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência

Outro pacto que veio a fazer parte do todo o sistema internacional de proteção dos direitos humanos, e que merece menção neste trabalho, é a referida Convenção, voltada à tutela dos direitos de pessoas com deficiência³⁰.

Inicialmente também pautada pelo primado do respeito à dignidade da pessoa humana, essa Convenção tem por escopo garantir o respeito e o tratamento em igualdade de condições às pessoas que ostentem as circunstâncias elencadas no artigo primeiro.

O foco também não deixa de ser o de evitar o tratamento discriminatório, o maltrato ao direito à igualdade. Entretanto, o documento se mostra mais extenso e elenca diversos outros interesses vitais que devem receber guarida contra violações pautadas pela condição de deficiente, como o direito à vida³¹, a proteção contra tratamentos desumanos e degradantes³², e, também, assegura-se o respeito à honra, havendo determinação no sentido de que a lei de cada país sancione violações a esse bem jurídico.

Aliás, é o que se verifica pela transcrição do artigo 22, alusivo ao respeito à privacidade:

²⁹ A prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei;

³⁰ O artigo 1º confere definição acerca de pessoa em condição de deficiência: Pessoas com deficiência são aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas.

³¹ Artigo 10: Os Estados Partes reafirmam que todo ser humano tem o inerente direito à vida e tomarão todas as medidas necessárias para assegurar o efetivo exercício desse direito pelas pessoas com deficiência, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas.

³² Artigo 15: 1.Nenhuma pessoa será submetida à tortura ou a tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes. Em especial, nenhuma pessoa deverá ser sujeita a experimentos médicos ou científicos sem seu livre consentimento. 2.Os Estados Partes tomarão todas as medidas efetivas de natureza legislativa, administrativa, judicial ou outra para evitar que pessoas com deficiência, do mesmo modo que as demais pessoas, sejam submetidas à tortura ou a tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes.

1. Nenhuma pessoa com deficiência, qualquer que seja seu local de residência ou tipo de moradia, estará sujeita a interferência arbitrária ou ilegal em sua privacidade, família, lar, correspondência ou outros tipos de comunicação, nem a ataques ilícitos à sua honra e reputação. As pessoas com deficiência têm o direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques.
2. Os Estados Partes protegerão a privacidade dos dados pessoais e dados relativos à saúde e à reabilitação de pessoas com deficiência, em igualdade de condições com as demais pessoas. (BRASIL, 2009).

Nesse passo, conforme veremos ao abordar o crime de injúria, o legislador penal brasileiro passou a prever, na modalidade qualificada pelo escopo preconceituoso, do parágrafo terceiro do artigo 140 do Código Penal³³, a possibilidade de ofensa à honra com base em elementos alusivos à condição de pessoa portadora de deficiência, a partir de inserção normativa efetuada pela Lei 10.741/2003, denominado como o *Estatuto do Idoso*.

Por fim, vale mencionar que a Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência foi recepcionada no sistema jurídico brasileiro por meio do Decreto da Presidência da República 6.949, de 25 de agosto de 2009, tendo sido equiparado à condição de emenda à Constituição Federal, haja vista ter sido submetido ao rito estabelecido no artigo 5º, parágrafo 3º³⁴.

Assim, trazidos esses enfoques referentes ao campo do direito internacional, cabível se passar a breves apontamentos acerca da noção referente ao bem jurídico penal, para então ingressarmos na análise do delito de injúria qualificada pelo escopo discriminatório.

³³ Art. 140 - Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro: Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa. Parágrafo terceiro: 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.

³⁴ Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

3 O BEM JURÍDICO PENAL

Nesta etapa, interessante traçar alguns pontos acerca da ideia do bem jurídico penal, para então podermos abordar aspectos relativos ao delito de injúria.

Então, por intermédio da fixação de normas disciplinadoras de condutas humanas, marcadamente aquelas consideradas de maior relevância e impacto social, encontra-se o sistema jurídico penal, o qual está pautado, sobretudo, pelo escopo de proteção de bens jurídicos.

Assim, estabelecidos os tipos penais em consonância ao princípio regente da legalidade (artigo 5º, inciso XXXIX³⁵, da Constituição Federal; artigo 1º do Código Penal³⁶), ou seja, segundo modelos de condutas aos quais se prevê abstratamente uma dada consequência caso ocorra o respectivo descumprimento, busca-se a tutela de interesses basilares para a manutenção da vida e da segurança das relações sociais.

A propósito, conforme preconiza Cezar Roberto Bitencourt (2009, p. 4),

O Direito Penal também é valorativo. Estabelece a sua própria escala de valores, que varia de acordo com o fato que lhe dá conteúdo. Nesse sentido, o Direito Penal valoriza suas próprias normas, que dispõe em escala hierárquica. O Direito Penal tem igualmente caráter finalista, na medida em que visa a proteção dos bens jurídicos fundamentais, como garantia de sobrevivência da ordem jurídica.

Sem que haja a pretensão de ingresso em discussões mais profundas acerca da evolução das ideias que nortearam a concepção do bem jurídico penal, sabe-se que a partir do século XIX, conhecido pelo influxo de ideias iluministas, que se passou a conceber a ideia de proteção de interesses e direitos básicos ante o arbítrio dos governantes e dos aplicadores das leis.

Assim, via-se, segundo Franz Von Liszt, tal como menciona César Roberto Bitencourt (2009, P.7), a concepção de um *interesse juridicamente protegido*, a partir do qual se devia pautar a elaboração das normas penais, como o escopo relacionado com a tipificação da conduta, por se desejar a proteção de algo importante à vida humana, à higidez das relações sociais, enfim.

³⁵ Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.

³⁶ Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal.

Enfim, a par das diversas discussões relativas ao que se deve considerar como bem jurídico penal, verifica-se que a elaboração das normas penais deve estar informada pela ideia de proteção de interesses e valores essenciais a uma dada coletividade organizada social e politicamente, necessários à preservação de sadias condições de vida e segurança e, sobretudo, garantia de higidez das relações humanas.

Conforme sintetiza Manoella Guz (2010, p. 34-35).

[...] bem jurídico é um valor socialmente reconhecido como relevante e, portanto, merecedor de proteção estatal [...]. No entanto, vale ressaltar que nem todos os bens jurídicos são dignos de proteção pelo Direito Penal, assim, nem todos os valores protegidos juridicamente são bens jurídicos penais, mas apenas aqueles merecedores da tutela penal. Para que se verifique se um bem jurídico é ou não digno de proteção penal é necessário que se constate se o bem ou interesse em questão, diante do contexto histórico, cultural, ético e social merece uma proteção ainda maior, representada por uma tutela mais efetiva, que reflita uma repreensão mais severa àqueles que venham lesionar, tentem lesionar ou, simplesmente, ameacem lesionar tais bens.

Ademais, não se controverte a respeito da importância do texto constitucional na construção das normas penais, sobretudo no contexto de um Estado Democrático de Direito como o Brasil. Como elemento informador de todas as normas que compõem o ordenamento, como mecanismo de coesão e sistematização, a Constituição Federal dita as balizas segundo as quais o legislador infraconstitucional deve se ater na atividade de produção das normas legais.

Interessante constatar-se aqui um aspecto primordial do Direito Penal, o que se encontra majoritariamente aceito entre os estudiosos. Nesse passo, considera-se reflexão conferida por Claus Roxin a propósito do sistema jurídico-penal:

[...] a tarefa do Direito penal é garantir aos cidadãos uma convivência pacífica e harmoniosa respeitando-se os direitos humanos internacionalmente reconhecidos. Isso decorre dos princípios da nossa Constituição, mas também dos fundamentos teórico-estatais da Democracia. [...] Ao Estado não é permitido criminalizar tudo, mas só poderá proibir quando isso for necessário para a segurança e a liberdade das pessoas. As condições essenciais para uma convivência pacífica e harmônica entre as pessoas são o que chamamos de bens jurídicos. (OLIVÉ et al, 2011, p.49).

Acerca também do bem jurídico penal, de rigor considerar-se outro importante apontamento, sobre o princípio da lesividade, um dos informadores do Direito Penal, em que

[...] a imensa maioria dos penalistas considera que o bem jurídico penal consagra um critério fundamentador, limitador e garantista. Não é uma simples e arbitrária criação legislativa, senão um conceito com conteúdo material, sobre o qual pesam distintos conceitos. [...] O catálogo de bens jurídicos não pode ser deduzido do direito positivo consagrado em um Código penal (conceito intrassistemático), porque se confundiria com a vontade de legislador e perderia todo seu potencial crítico. A característica surgirá de um quadro de valores, que decorrem do catálogo dos direitos fundamentais estruturados em torno dos direitos humanos – aspecto no qual terão especial relevância os tratados internacionais – e da forma de Estado constitucionalmente consagrada. Neste contexto, serão determinadas as relações sociais valiosas para os indivíduos, que permitam sua participação nos processos sociais e contribuam a aprofundar o sistema democrático, ou seja, o que em suma entendemos como bens jurídico-penais. (OLIVÉ et al, 2011, p.92-93).

A partir dessa constatação, entende-se atualmente o quão importante é, para consideração dos valores e interesses mercedores de tutela jurídica, ainda mais a penal, as disposições do texto supremo do ordenamento jurídico, a Constituição.

3.1 Bem jurídico penal e a delimitação constitucional

Como se sabe, o Direito Penal é marcado pelo influxo de uma série de outros postulados, como a irretroatividade da norma penal, salvo se mais benigna (artigo 5º, XL³⁷), o princípio da culpabilidade, da intervenção penal mínima, dentre outros.

Visto sob o enfoque de aspecto primordial, é indispensável a observância dos parâmetros constitucionais na elaboração das normas jurídicas, sobremaneira no campo penal. Entende-se que, a partir dos valores e interesses dispersos na Carta Magna, a formulação das normas punitivas deve guardar correlação, inspirando-se o campo protetivo delas segundo os valores alçados ao nível constitucional.

A propósito, ainda, considera-se a lição de Antonio Carlos da Ponte, segundo o qual

O bem jurídico deve ser avaliado à luz da Constituição Federal e, somente encontrando fundamento nos valores e preceitos nela consagrados é que deverá ser analisado no campo próprio da dogmática penal. Um raciocínio parecido é desenvolvido quando se analisa uma lei penal anterior à Constituição e sua recepção ou não por parte desta última. Não se discute se o valor era ou não protegido pelo Direito Penal, mas se tal valor ganhou status na nova ordem constitucional, podendo ser considerado vigente,

³⁷ A lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu.

válido e eficaz. Atualmente a teoria do bem jurídico é associada aos fins do ordenamento jurídico e do próprio Estado concebido. É o bem jurídico que dá conteúdo à tipicidade e somente a partir dele é possível dar significação ao injusto [...]. Tal simbiose entre bem jurídico-penal e Constituição Federal submete a lei penal a uma série de limitações em alguns casos e em outros à necessidade de sua revisão. Uma leitura constitucional do Direito Penal pode levar à necessidade de despenalização de certas condutas, ao agravamento ou abrandamento da resposta penal no que tange a outras e, finalmente, à incriminação de novos comportamentos. (PONTE, 2008, p. 149-150).

Esse entendimento, que é de grande valia para o tópico subsequente, também é considerado por Márcia Dometila Lima de Carvalho, para quem

A lei penal necessita ficar circunscrita dentro dos limites bem definidos do texto constitucional. O resultado disso é que, na hierarquia dos valores expressos no texto da Lei Maior, capta-se a necessidade da realização de um processo despenalizador, e de outro processo de penalização, realizados, ambos, a partir de premissas constitucionais. [...] Penalização de fatos, até então atípicos, mas que, diante da Lei Maior, passaram a ter relevância social, fatos até então indiferentes ao legislador, mas que não poderão continuar sendo por ofenderem, significativamente, interesses tutelados constitucionalmente. Aqui, pode-se observar, ainda, a existência de fatos que já eram apenados mas cuja apenação deve ser melhor graduada, diante de seu significado de maior relevo para a Constituição. (CARVALHO, 1992, p. 38).

Nesse sentido, não se aparta o cerne de nossa abordagem, qual seja, a tutela do direito à honra, eleito como bem jurídico digno de proteção em âmbito constitucional, sobretudo na sua consideração subjetiva, quando relacionado à dignidade do indivíduo, e passível de vulneração na prática das condutas injuriosas pautadas em elementos discriminatórios, de cunho racial, instrumental este, aliás, que se encontra proscrito expressamente pela Constituição Federal, a qual reclama, por sinal, atividade legislativa voltada à disciplina de condutas pautadas por discriminação e preconceito, como expressa o artigo 5º, inciso XLII: *a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei.*

Não se deslembra que, no tocante ao ordenamento jurídico penal, que deve estar pautado pelos ditames constitucionais, seja na respectiva elaboração pelo legislador, seja na interpretação e aplicação dele pelo operador do direito, o valor principal a informar esse escopo é o princípio regente de todo o conjunto dos direitos e garantias fundamentais, qual seja, a dignidade da pessoa humana, expressa no artigo 1º, inciso III da Carta Magna.

Aliás, esses aspectos nos mostram como a tutela social desejada a certos valores pode dizer respeito a interesses imateriais, não suscetíveis de apreensão física direta. Esse é o caso da proteção da honra, que se refere a bem de âmbito interno, da personalidade do indivíduo.

Considerado esses breves pressupostos, outro ponto atinente aos bens jurídicos penais deve ser abordado, como veremos a seguir.

3.2 Bens jurídicos penais universais

Inicialmente, a consideração acerca desses bens se atinha a questões de índole eminentemente privada do indivíduo, pautada no escopo de proteção de sua integridade e de interesses pessoais diante da atuação estatal, ou ante lesões provocadas pelos outros membros da comunidade.

Assim, a visão era marcadamente individual no tocante à formulação dos interesses e valores a partir dos quais as normas penais deviam conferir proteção por meio da proscrição de certas condutas humanas.

Nesse passo, a ideia de proteção da vida, da propriedade, da honra, da liberdade, entre outros valores, num primeiro momento representou o escopo de garantir bens pessoais, ligados ao bem-estar do indivíduo, em relação aos quais o Estado e as demais pessoas deviam guardar respeito.

Todavia, com a evolução da sociedade, os constantes avanços das relações humanas, econômicas – e o período pós- Revolução Industrial nos enunciou bem essa questão, com o avanço da industrialização e das formas de consumo, sobretudo gerando impactos sociais e ambientais –, passou-se a conceber que a esfera de proteção do Direito não podia se limitar apenas àqueles aspectos mais particulares do indivíduo, considerado isoladamente.

Dessa forma, concebeu-se outra ramificação dos bens jurídicos, ao lado dos bens *individuais*, qual seja, a dos bens jurídicos *universais* ou *supraindividuais*, que são

[...] aqueles concentrados em uma massa abstrata, são de interesse de toda a comunidade, sendo que a necessidade de sua proteção se pauta na possibilidade de condutas contrárias a estes bens gerarem efeitos lesivos em um número indeterminado de pessoas [...] vez que não possuem vítimas específicas. (GUZ, 2010, p. 44-47).

Estamos aqui no âmbito dos bens jurídicos difusos e coletivos, cuja projeção não se limita ao âmbito puramente pessoal do indivíduo, já que a apreensão deles se dá por um grupo

determinável ou indeterminável de pessoas, dizendo respeito a todas elas, e cuja violação produz efeitos a todos as pessoas.

Verificou-se, assim, que a fundamentação das normas jurídicas protetivas de interesses e valores sociais não pode se relacionar apenas com aqueles referentes ao contexto restrito ao indivíduo, mas também deve cotejar objetos de fruição coletiva, que se aplique a diversas pessoas mesmo que não passíveis de mensuração. Entretanto, essa identificação deve ser feita com cautela, segundo as condições sociais vigentes e sempre com amparo no texto constitucional.

Explica-nos, aliás, Flávio Eduardo Turessi que

[...] se por um lado a exclusiva e tradicional tutela penal de bens individuais mostra-se insuficiente para o enfrentamento dos (novos) riscos sentidos em uma sociedade pós-industrial, marcada pelo aumento da complexidade das relações sociais e pelo anonimato nas relações interpessoais [...] o reconhecimento dos bens jurídicos-penais coletivos deve se dar de maneira recíproca e complementar aos bens jurídicos-penais individuais. (TURESSI, 2014, p. 81-82).

Como exemplo, temos a proteção das relações de consumo, do meio ambiente, da segurança viária, saúde pública, entre outros valores, cuja solidez interessa a todos os membros da sociedade, haja vista a importância dele para satisfação de necessidades e obtenção de bens e produtos necessários para consumo e manutenção de condições satisfatórias de vida.

Também por intermédio das balizas estabelecidas pela Constituição Federal se deve pautar a proteção de interesses mais abrangentes como esses. No caso do meio ambiente, por exemplo, é o que enuncia o artigo 225³⁸ da Carta Magna.

³⁸ Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§ 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

I - preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas;

II - preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético;

III - definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção;

IV - exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade;

A respeito dessa outra forma de consideração dos bens jurídicos penais, cuja orientação também deve ser extraída a partir dos postulados constitucionais, justamente pela maior projeção social que a violação, ou mesmo a ameaça de lesão em relação a eles gera, pois pode atingir número indeterminável de vítimas, ou seja, provocar efeitos danosos até mesmo individualmente imensuráveis, explica-nos, novamente, Manoella Guz sobre a necessidade de se reservar mecanismos próprios de prevenção e repressão a delitos que atinjam interesses supraindividuais.

Consoante, assim, leciona esta autora,

Os danos perpetrados contra estes bens, por não possuírem vítimas certas e determinadas, geralmente são descobertos tardiamente e geram prejuízos a toda a coletividade, sendo de extrema complexidade a sua reparação. Por este motivo a atuação do Estado na proteção destes bens deve se mostrar mais preventiva e menos repressiva, buscando evitar o dano e não simplesmente punir aquele que o causou. Aqui se percebe a ineficiência dos tipos penais de dano tradicionalmente utilizados pelo Direito Penal. O mais adequado é adotar tipos penais de perigo.

Além disso, para proteção efetiva de tais bens a legislação penal deve também ser capaz de acompanhar os progressos tecnológicos e científicos que facilitam a prática de crimes contra bens universais, geralmente praticados por organizações criminosas que utilizam estes avanços em seu favor [...] Conforme as sociedades se desenvolvem, também as práticas criminosas se modernizam e a cada momento fica mais difícil o rastreamento de informações e provas de crimes pelas autoridades competentes [...]

Com o desenvolvimento global surgem alterações nas relações sociais, econômicas e financeiras fazendo com que a criminalidade se transforme [...] Além disso, em razão do potencial lesivo de uma conduta perpetrada contra um bem universal, que afetará uma quantidade inimaginável de vítimas, se defende uma atuação preventiva do Estado, pois um Direito unicamente opressor não seria capaz para a salvaguarda destes bens. (GUZ, 2010, p.53-55).

A análise desses aspectos se faz importante para verificarmos de que forma a Constituição Federal inspira a proteção dos valores sociais mais relevantes, e o Direito Penal deve estar assim pautado.

Além do mais, esses apontamentos nos servem para fornecer ideias a respeito de um aspecto que será visto mais adiante, acerca da projeção que a difusão de ofensas relacionadas

V - controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente;

VI - promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente;

VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.

com preconceito e discriminação pode alcançar, sobretudo diante do avanço dos meios de comunicação e, portanto, da diversidade de impactos que um termo injurioso pode gerar nos sentimentos de toda uma coletividade indeterminada de pessoas, gerando uma noção de violação difusa do bem jurídico.

4 O DELITO DE INJÚRIA

A partir desta etapa ingressamos na análise efetiva do tipo penal de injúria, constante do artigo 140 do Código Penal.

Nesse passo, consta desse diploma penal o tipo penal em testilha na seguinte conformidade:

Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou decoro:

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

§1º - O juiz pode deixar de aplicar a pena:

I – quando o ofendido, de forma reprovável, provocou diretamente a injúria;

II – no caso de retorsão imediata, que consista em outra injúria.

§2º - Se a injúria consiste em violência ou vias de fato, que, por sua natureza ou pelo meio empregado, se considerem aviltantes:

Pena – detenção, de três meses a um ano, e multa, além da pena correspondente à violência.

§3º - Se a injúria consiste na utilização de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião, origem ou a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência:

Pena – reclusão de um a três anos e multa. (BRASIL, 1940).

Considerando-se a forma simples prevista para esse delito, expressa no *caput* do dispositivo, entende-se como o ato de injuriar alguém o comportamento de apontar, direcionar, imputar, manifestar, em face de outra pessoa, uma afirmação de cunho ofensivo, por meio de palavras ou gestos, com escopo de maltrato ao sentimento de dignidade ou decoro da pessoa.

Um ponto a ser considerado é que, nesse tipo penal, leva-se em conta o ato de ofender outra pessoa não segundo fatos determinados relativos a ela, acontecimentos que tenha dado causa ou dos quais tenha tido participação, enfim, e que lhes possam ser reputados como depreciativos à sua reputação. Também, afasta-se da hipótese de atribuição de comportamento de natureza criminosa. Estes aspectos são atinentes aos crimes de calúnia e difamação, respectivamente.

O que se busca sancionar é o ato de apontar negativamente uma qualidade, um conceito, alguma consideração pessoal, física ou social da vítima, que possa acarretar a ela um sentimento de menosprezo, de ofensa, de repulsa, que lesione o juízo de valor que ela tem sobre si mesma.

Deve se tratar de termo que seja apto a desencadear ofensa à consideração pessoal da vítima, vista de forma geral, no aspecto do sentimento de respeito que todas as pessoas buscam, ordinariamente.

Conforme explicação de Cezar Roberto Bitencourt (2011, p.348),

A injúria, que é a expressão da opinião ou conceito do sujeito ativo, traduz sempre desprezo ou menoscabo pelo injuriado. É essencialmente uma manifestação de desprezo e de desrespeito essencialmente idônea para ofender a honra da vítima no seu aspecto interno. [...]. Convém registrar, no entanto, a lei não protege excessos de suscetibilidades, amor-próprio exacerbado, autoestima exagerada. É indispensável que seja lesado um mínimo daquela consideração e respeito a que todos têm direito. Por isso, não se deve confundir a injúria com grosseria, incivilidade, reveladoras, somente, de falta de educação.

A conduta de injúria, de outra parte, admite a prática por meio de várias formas, de modo a poder ser classificada como crime de forma livre, ou seja, pode-se ofender por meio de palavras faladas, ou escritas, ou por meio de gestos, expressões corporais etc.

Assim, pode-se injuriar ao chamar uma pessoa utilizando-se de termo ofensivo, como dizer que é “vagabundo”, “imprestável”, “lixo”, dentre tantos outros possíveis, ditados sob o enfoque de gerar sentimento negativo a abalar a autoestima, o conceito próprio do indivíduo.

4.1 O objeto jurídico de tutela

A partir dessas considerações, lembra-se, ainda, a respeito do bem jurídico tutelado, que está a se referir à honra no seu aspecto subjetivo, consoante divisão amplamente adotada entre esta e a chamada honra objetiva. Por essa razão, encontramos as expressões consideradas pelo legislador, a *dignidade* ou *decoro*.

Inicialmente, consoante já se abordou, a honra também é bem jurídico dotado de relevância constitucional³⁹, mostrando-se a tutela penal como mais um instrumento voltado à proteção desse valor.

Com base, novamente, nas ideias de Galdino Siqueira, explica ele, sobre o escopo de tutela penal, que

Como aspecto da honra, objeto da ofensa, temos a dignidade e o decôro (art. 140). A dignidade é a expressão das qualidades que formam a integridade moral do homem, referentes especialmente à probidade, à retidão, à lealdade o ao caráter. O decôro, objetivamente considerado, é a situação individual exterior, resultante do respeito elementar que os homens costumam observar reciprocamente para com a personalidade moral de cada um. A ofensa somente ao decôro pode consistir exclusivamente em uma infração daquele

³⁹ Artigo 5º, inciso 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.

respeito a que cada um tem direito, ou pelo fato só de ser homem, ou segundo sua condição social. (SIQUEIRA, 1921, p.181).

Assim, o escopo protetivo da norma penal em comento se refere à honra subjetiva, o sentimento próprio ao agente, sua esfera íntima de valores e considerações sobre sua pessoa.

Lembra-se, tal como exposto no capítulo antecedente, haver entendimentos no sentido de que a prática de crimes contra a honra tem o condão de gerar lesões não só no direito pessoal de honra, seja ele objetivo ou subjetivo, como também se projetar em esfera coletiva, na sociedade, atingindo-se o interesse social de higidez e harmonia das relações humanas, que se tumultuam pela difusão de fatos ou conceitos negativos a respeito de uma pessoa ou um determinado grupo.

Também, não se afasta possa haver o atingimento dos sentimentos pessoais até de outras pessoas, a dignidade delas, ante uma ofensa dirigida a alguém determinado, caso esse fato tenha maior repercussão na sociedade, maior divulgação, a ponto de outros também se sentirem desprezados em seus valores e atributos pessoais.

Entretanto, embora esse aspecto não possa ser mesmo desconsiderado, ocorre que, objetivamente, essa questão da violação ao interesse voltado à preservação das relações humanas não se encontra diretamente visto como um componente do campo de proteção dos tipos penais dos crimes contra a honra, em especial, no caso da injúria.

Assim, para os fins de configuração do crime de injúria, basta a ocorrência de violação à honra subjetiva da pessoa ofendida, sendo que eventual reflexo social decorrente do comportamento, de modo a resvalar na honra objetiva, na reputação do indivíduo, não altera a consumação do tipo. Conforme apontamento de Júlio Fabbrini Mirabete e Renato N. Fabbrini,

[...] ao contrário do que ocorre com a calúnia e a difamação, na injúria está protegida a honra subjetiva (interna), ou seja, o sentimento que cada qual tem a respeito de seus atributos. Na injúria, pode ser afetada, também, a reputação (honra objetiva) da vítima, desprestigiada perante o meio social, mas esse resultado é indiferente à caracterização do crime. (MIRABETE ; FABBRINI, 2008, p. 140).

De todo modo, iremos retomar outro aspecto mais adiante, relativo à prática da modalidade qualificada pelo preconceito e as projeções sociais mais robustas decorrentes da conduta, em virtude do impacto que uma ofensa disseminada pela sociedade, ainda mais devido à maior facilidade de propagação nos dias atuais, e como isso deve ser considerado na tipificação própria.

4.2 Elemento subjetivo

No mais, cabível apontamento sobre a natureza dolosa do delito de injúria. Assim, exige-se do agente a vontade livre e consciente na prática de injuriar, voltado à busca do resultado lesivo, qual seja, o maltrato à honra subjetiva de outrem. Entretanto, não basta o elementar subjetivo da conduta típica, o simples dolo, mas também, o um elemento subjetivo próprio, o chamado *animus injuriandi*.

Então, assim como nos demais contra a honra, necessita estar caracterizado a intenção do agente de efetivamente causar lesão à honra subjetiva, de provocar repercussão negativa na dignidade pessoal, fazer com que a vítima se sinta abalada com as palavras a ela dirigidas.

Não basta se querer proferir algo de cunho ofensivo ou pejorativo, mas também, buscar-se que os termos façam com que o ofendido se sinta abalado com o que apreende.

Conforme nos explica, novamente, Cezar Roberto Bitencourt (2011, p. 349-350), há a

[...] necessidade do *animus injuriandi*, sem o qual não se poderá falar em conduta típica contra a honra. Nesse sentido, o dolo, enquanto vontade livre e consciente da ação praticada e do eventual resultado antijurídico, é insuficiente para caracterizar o tipo subjetivo dos crimes contra a honra, particularmente do crime de injúria, que ora se examina. [...] além do dolo, faz-se necessário o elemento subjetivo especial do tipo, representado pelo especial fim de injuriar, de denegrir, de macular, de atingir a honra do ofendido. Simples referência a adjetivos depreciativos, a utilização de palavras que encerram conceitos negativos, por si sós, são insuficientes para caracterizar o crime de injúria.

Em sede jurisprudencial, outro não é o entendimento acerca do elemento subjetivo nos crimes contra a honra, conforme se denota em trecho da ementa de aresto oriundo do Superior Tribunal de Justiça, assim disposto:

[...] nos casos em que a inexistência da intenção específica de ofender a honra alheia é flagrante, admite-se, excepcionalmente, em sede de habeas corpus, a análise da presença do dolo específico exigido para a caracterização dos crimes contra a honra. 3. Nos referidos delitos, além do dolo é indispensável a existência do elemento subjetivo especial dos tipos, consistente, respectivamente, no *animus caluniandi*, no *animus diffamandi* e no *animus injuriandi*. Doutrina. Jurisprudência [...] (BRASIL, 2014).

Tratada, dessa forma, a questão relativa ao elemento subjetivo do tipo penal, passemos às demais normas do artigo 140. Nesse passo, o parágrafo primeiro delimita as hipóteses de isenção de pena ao agente.

Analisadas as normas componentes ao artigo 140 do Código Penal, passemos à abordagem, no capítulo que se segue, da modalidade prevista no correspondente parágrafo terceiro, a chamada *injúria discriminatória* ou *preconceituosa*.

4.3 A modalidade qualificada pelo preconceito

No presente tópico, passamos a abordar acerca da modalidade do crime de injúria prevista no parágrafo terceiro do artigo 140, que ora novamente se transcreve:

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

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

[...]

§3º - Se a injúria consiste na utilização de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião, origem ou a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência

Pena - reclusão de um a três anos e multa. (BRASIL, 1940, grifo nosso).

Assim, cuida-se ela da chamada *injúria preconceituosa*, ou *discriminatória*, pela qual, forma qualificada do delito pela qual a prática do ato de ofender a honra subjetiva de alguém se dá com a utilização de termos atinentes à raça, à cor, à etnia, à religião, à origem, ou à condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência.

Para essa espécie, preveu-se a quantidade mais elevada de sanção penal, destinada no caso da prática do crime de injúria, fixada em reclusão de um a três anos, além de pena de multa.

A propósito, essa maior severidade na punição da injúria pautada em conceitos preconceituosos, malgrado necessária e desejada tendo em vista a mais gravosa violação à honra, é objeto de críticas, conforme nos aponta Cezar Roberto Bitencourt (2011, p.363), pelo qual

A despeito de todos aplaudirmos o advento da “Lei do Racismo” para combater pequenas parcelas da população adeptas a preconceitos raciais e religiosos que não condizem com a índole e a tradição da nação brasileira, temos de lamentar o brutal equívoco quanto à cominação penal, o que, aliás, não constitui novidade alguma. Referida sanção equipara-se à sanção aplicável ao homicídio culposo, afora a existência de eventual majorante que pode duplica-la, ferindo o princípio da proporcionalidade, que, tradicionalmente, vem sendo ignorado em toda a última década.

Apesar da situação retratada, não se afasta a importância dessa previsão, no crime contra a honra relativo à injúria, relativa à forma preconceituosa ou discriminatória, a qual, não bastasse expressar a ideia de efetiva segregação, privação de algum direito em face de alguém devido a cor da pele, ou a religião que professe, ou sua origem, serve como elemento voltado a ferir a dignidade, o sentimento do indivíduo, sua autoestima, enfim, sendo de rigor o legislador se ater a essa realidade para punir devidamente condutas dessa natureza.

4.3.1 Fundamentos da previsão

Como adiantado, esse dispositivo, o parágrafo terceiro, não constava da redação original do artigo 140 do Código Penal de 1940. A inserção desse parágrafo no estatuto se deu por intermédio da Lei 9.459, de 13 de maio de 1997, sendo previstos, inicialmente, os elementares de *raça, cor, etnia, religião e origem*, como objetos da ofensa dirigida à honra subjetiva de alguém.

Essa legislação, com efeito, procedeu com alterações no texto da Lei 7.716/1989, a qual define as condutas típicas relacionadas a preconceito e discriminação em virtude de raça ou de cor. Assim, diz respeito ao campo das práticas concernentes ao impedimento, à restrição, ou recusa, à fruição de serviços, ao acesso a certos locais ou estabelecimentos, ao exercício de função pública, dentre outras possibilidades, a uma ou algumas pessoas em virtude da cor da pele.

A propósito, cabível lembrar que a Lei 7.716/1989 representou o cumprimento a mandamento constitucional relacionado à punição de condutas criminosas referentes a racismo, previsto no artigo 5º, inciso XLII, da Constituição Federal, que prevê: *a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei.*

Assim, encontra-se relacionado esse postulado constitucional com o princípio da igualdade, valor maltratado por intermédio das práticas racistas, discriminatórias. Nesse passo, conforme leciona Paulo Thadeu Gomes da Silva (2012, p. 228),

Proteger o direito de igualdade de diferença pelo critério de raça ou de cor significa tanto lançar mão de medida estatal que objetive a igualdade formal, por exemplo, mandado expresso de criminalização pelo qual se considera crime o racismo, quanto de medida estatal que objetive a igualdade fática, por exemplo, ações afirmativas que implementem cotas raciais para a promoção social dos grupos em desvantagem na sociedade [...]

Essas condutas de natureza preconceituosa – de diversos tipos, vale frisar – estão abarcadas pela Lei 7.716/1989. A partir das alterações nela inseridas pela Lei 9.459/1997, o fundamento das condutas discriminatórias passou a ser, além da raça e da cor, a *etnia*, a *religião* e a *procedência nacional* da pessoa vitimada por comportamentos desse jaez.

Ademais, não bastasse as modificações trazidas no campo dos atos preconceituosos dispostos na Lei 7.716/1989, a sobredita Lei 9.459/1997 alterou o artigo 140 do Código Penal, nele inserindo essa forma qualificadora no crime de injúria, conforme texto do correspondente parágrafo terceiro, conhecido como forma qualificada pelo preconceito ou discriminação.

O escopo dessa alteração, feita a partir do ano de 1997, em sede de delito contra a honra, tendo como base a questão preconceituosa ou discriminatória devido raça ou cor da pele da pessoa ofendida, residiu, conforme leciona Guilherme de Souza Nucci (2009, p. 669), na ideia de se

[...] evitar as constantes absolvições que ocorriam quanto às pessoas que ofendiam outras, através de insultos com forte conteúdo racial ou discriminatório, e escapavam da Lei 7.716/89 (discriminação racial) porque não estavam praticando atos de segregação. Acabavam, quando muito, respondendo por injúria – figura do caput deste artigo – e eram absolvidas por dizerem que estavam apenas expondo sua opinião acerca de determinado assunto.

Nesse sentido, também, encontra-se o entendimento de Christiano Jorge Santos (2010, p. 45), pelo qual

[...] a Lei n. 9.459/97 supriu, com a criação desse novo parágrafo, importante lacuna legislativa, há tempos reclamada pelos defensores dos direitos das minorias e grupos discriminados, inconformados com a falta de tipificação específica às mais comuns formas de expressão do preconceito racial, o uso de expressões injuriosas.

Após a tipificação dessa forma de injúria por meio da edição da Lei 9.459/1997, como retratado alhures, sobreveio outra disposição legal que acrescentou novas hipóteses de violação da honra subjetiva por meio da expressão de aspectos discriminatórios, além das já mencionadas.

Cuida-se da Lei 10.741/2003, também conhecida como Estatuto do Idoso, que trouxe a elementar *condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência*.

Assim, ampliou-se o leque de proteção à honra subjetiva de pessoas que se encontram mais sujeitas a desrespeitos e vulnerabilidades no tratamento recebido nas relações sociais, dando-se a conformação atual do parágrafo terceiro do artigo 140⁴⁰, após a edição desse diploma legal de 2003.

Não se olvida, por outro lado, malgrado a distinção de bens jurídicos tutelados, existir relativa proximidade entre a proteção constitucional determinada em face de comportamentos discriminatórios motivados por questões raciais, nos termos do artigo 5º, XLII, da Constituição Federal – o que o legislador buscou dar cumprimento por meio da edição da Lei 7.716/1989 –, e essa forma mais gravosa de tipificação do crime de injúria, prevista no parágrafo terceiro do artigo 140 do Código Penal.

Como vimos, a expressão de discriminação contra grupos sociais sujeitos a situações de maior vulnerabilidade, marginalização, como é o caso das pessoas negras – sem desconsiderar outras hipóteses, como origem nacional, religião, enfim – haja vista a realidade brasileira de submissão a tratamentos diferenciados, pode ocorrer não apenas por meio de atos de segregação, restrição, violadores do princípio da igualdade.

Também, quando se viola a honra de alguém, utilizando-se xingamentos vazados por meio de expressões relativas à raça, à cor da pele, à religião, dentre outros modos, designa-se comportamento que busca expressar sentimento de preconceito, por vezes de intolerância, de não aceitação às condições pessoais de alguém que não ostenta supostas características culturalmente tidas como mais apropriadas, na concepção daquele que ofende.

Ainda, não se deslembra que, mesmo restrita a prática da injúria ao âmbito primordialmente individual da honra subjetiva de uma pessoa, de relevo se lembrar que, como violação à ordem jurídica, lesa interesse da coletividade também. Isso não bastasse, haja vista a maior difusão dos fatos entre as sociedades devido ao constante avanço dos meios de comunicação, acaba por difundir-se e, por que não, ocasionar maltrato à honra de diversas pessoas afeitas àquela condição submetida a menosprezo, toda uma coletividade, caso dos negros, religiosos, o que, em síntese, reverbera negativamente em todo o meio social.

Por essa razão, entende-se também que a previsão da injúria qualificada pela questão discriminatória, vinda ao ordenamento jurídico penal a partir da edição da Lei 9.459/1997, traduz reforço, ampliação do escopo protetivo designado a partir da Carta Magna, no mencionado artigo 5º, XLII, que veda as práticas criminosas relativas a racismo.

⁴⁰ 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.

Esse posicionamento é defendido, por exemplo, por Guilherme de Souza Nucci, pelo qual

O art. 5º., XLII, da Constituição Federal preceitua que a "prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei". O racismo é uma forma de pensamento que teoriza a respeito da existência de seres humanos divididos em "raças", em face de suas características somáticas, bem como conforme sua ascendência comum. A partir dessa separação, apregoa, a superioridade de uns sobre outros, em atitude autenticamente preconceituosa e discriminatória. Vários estragos o racismo já causou à humanidade em diversos lugares, muitas vezes impulsionando ao extermínio de milhares de seres humanos, a pretexto de serem seres inferiores, motivo pelo qual não mereceriam viver. Da mesma forma que a Lei 7.716/89 estabelece várias figuras típicas de crime resultantes de preconceitos de raça de cor, não quer dizer, em nossa visão, que promova um rol exaustivo. Por isso, com o advento da Lei 9.459/97, introduzindo a denominada injúria racial, criou-se mais um delito no cenário do racismo, portanto, imprescritível, inafiançável e sujeito à pena de reclusão. (NUCCI, 2009, p. 669).

O sobredito posicionamento, por sinal, também obteve cotejo em julgamento proferido no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, conforme trecho do aresto que transcrevemos a seguir:

A Lei n. 7.716/89 define como criminosa a conduta de praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional. A prática de racismo, portanto, constitui crime previsto em lei e sujeito às cláusulas de inafiançabilidade e imprescritibilidade (CF, artigo 5º, XLII). O mesmo tratamento, tenho para mim, deve ser dado ao delito de injúria racial. Este crime, por também traduzir preconceito de cor, atitude que conspira no sentido da segregação, veio a somar-se àqueles outros, definidos na Lei 7.716/89, cujo rol não é taxativo. Vêm, a propósito, as palavras de CELSO LAFER, quando diz que "A base do crime da prática do racismo são os preconceitos e sua propagação, que discriminam grupos e pessoas, a elas atribuindo as características de uma 'raça' inferior em função de sua aparência ou origem. O racismo está na cabeça das pessoas. Justificou a escravidão e o colonialismo. Promove a desigualdade, a intolerância em relação ao 'outro', e pode levar à segregação (como foi o caso do apartheid na África do Sul) e ao genocídio (como foi o holocausto conduzido pelos nazistas)" (Racismo -- O STF e o caso Ellwanger, pg. A2). (BRASIL, 2015).

Não se desconsidera outro entendimento vazado nesta conformidade por Luiz Carlos dos Santos Gonçalves, pelo qual

A discriminação e o preconceito implicam em racismo quando servem de substrato para negativa do exercício de direitos, quando o incentivam e

quando se valem dele para ofensas à honra subjetiva da vítima. Não aplaudimos a opção legislativa de não considerar racismo, mas injúria qualificada, a ofensa à dignidade e ao decoro da vítima, baseando-se em elementos referentes à raça, cor, etnia, religião, origem ou condição da pessoa idosa ou portadora de deficiência, artigo 140, parágrafo 3º do Código Penal. A inclusão dessas formas de conduta na Lei 7.716/89 daria às vítimas a proteção especial da imprescritibilidade e da inafiançabilidade dos crimes. Isto mais se amoldaria ao objetivo constitucional de “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer formas de discriminação”, artigo 3º, inciso IV. (GONÇALVES, 2006, p. 216).

Contudo, sem desdouro aos posicionamentos apresentados, entende-se que uma ponderação acerca dessa questão se faz de rigor. Com efeito, disciplina o artigo 5º, inciso XLII, da Constituição Federal: *a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei.*

Tal determinação fora cumprida pelo legislador por meio da edição da Lei 7.716/1989, que elenca as condutas referentes a preconceito e discriminação por raça, cor, origem, bem como outros gêneros. Como já se disse, cuida-se de condutas de escopo segregacionista, de violação ao direito de isonomia, pela expressão de preferência, exclusão, impedimento de acesso a locais ou ao exercício ou fruição de serviços. A propósito, não se desconsidera o disposto pela *Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial*⁴¹, da qual o Brasil é signatário e fora incorporada ao sistema jurídico interno (item 2.3 dessa obra).

Embora seja defensável o ponto de vista de que a previsão relativa ao delito de injúria qualificado pelo preconceito esteja contida no âmbito de proteção desejado pelo legislador constituinte, tomando-se por base também a disposição do inciso XLII do artigo 5º, no sentido da punição de condutas atinentes a racismo e discriminação, não se pode olvidar da própria *mens* do legislador constituinte originário, e também, da distinção dos bens jurídicos envolvidos, de modo que as soluções devem ser diferentes.

De um lado, temos o direito à proteção da honra, conforme o disposto no inciso X, do artigo 5º, e de outra parte, o inciso XLII do mesmo dispositivo constitucional, que determina seja feita a tipificação de condutas relativas a racismo, bem como que a elas se imponha os gravames da impossibilidade de fiança e de transcurso de lapso prescricional. São

⁴¹ O artigo I, nº 1, desse tratado, que já fora abordado neste trabalho, enuncia que a discriminação se refere a qualquer distinção, exclusão restrição ou preferência baseadas em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica que tem por objetivo ou efeito anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício num mesmo plano (em igualdade de condição), de direitos humanos e liberdades fundamentais no domínio político econômico, social, cultural ou em qualquer outro domínio de vida pública.

comportamentos que lesam a igualdade de tratamento que todos em sociedade merecem, segundo suas condições, pautado em preferências ilegítimas, ou infundadas atitudes segregacionistas, enfim.

Assim, não se mostra cabível a equiparação da injúria qualificada em apreço como crime de racismo para fins de imposição de medidas como imprescritibilidade e inafiançabilidade do mencionado crime contra a honra. São diferentes os bens jurídicos envolvidos nos tipos penais, pois um envolve a tutela do direito à isonomia, e o outro, o da proteção da honra, ainda que motivadas as correspondentes violações por questões raciais, discriminatórias.

Portanto, não se pode deixar de lado outras balizas informadoras do direito penal, como é o caso da proporcionalidade, que, também como o princípio da lesividade (escopo de proteção de bens jurídicos), possui enorme importância e deve ser considerado na tipificação de condutas, para que não se transponha os limites necessários à proteção dos interesses da vida envolvidos catalogados constitucionalmente.

Tendo em vista o calibre do direito humano primordialmente atingido pela aplicação de sanção penal, a liberdade, não é seguro a extensão de regras restritivas desse valor para campos outros além daqueles expressamente delimitados na norma jurídica, ainda mais de índole constitucional, por questão de respeito aos princípios da legalidade, segurança jurídica, e como dito, o da proporcionalidade.

Por sinal, normas de natureza restritiva, que se mostrem mais gravosas a esses direitos, impondo-lhes determinados campos de limitação, devem sofrer interpretação da mesma ordem, sem que se admita extensões a outras situações não cotejadas na descrição normativa.

Nesse caso, a gravidade do crime de racismo, reconhecida pelo constituinte originário, a ponto de lhe relegar as situações de imprescritibilidade e inafiançabilidade do respectivo comportamento, deve estar limitada apenas às condutas dessa ordem, que expressem os escopos de segregação e de tratamento desigual, aspectos estes catalogados nas regras da Lei 7.716/1989.

Entretanto, no caso da injúria qualificada pelo preconceito, impor tais gravames também no campo da violação à honra, sem uma expressa declaração constitucional que indique tal desiderato, não se mostra possível. Malgrado a necessidade de proteção da honra na hipótese, eis que expressiva de maior desvalor e gravidade devido à intenção de maltrato com base em critérios de natureza preconceituosa, esse escopo não pode levar à supressão de direitos e garantias nas quais não se estabeleceu previsão constitucional para tanto.

De todo modo, vale considerar que essa circunstância foi objeto de discussões, e atualmente quase não se discute que o tratamento dado ao delito contra a honra previsto no parágrafo terceiro do artigo 140 do Código Penal deve ser distinto daquele reservado aos crimes de preconceito ou discriminação racial, nos termos explanados no inciso XLII do artigo 5º da Constituição Federal.

Ainda que adotemos este dispositivo constitucional como mais um fundamento de justificação ao crime de injúria preconceituosa ora abordado, servindo como reforço a legitimar a tipificação enunciada no artigo 140 do Código Penal por meio da Lei 9459/1997, a qual, entretanto, se legitima pela necessidade de proteção de outro valor constitucional, a honra, além do apreço aos direitos das minorias, de pessoas sujeitas a discriminação e outras formas de marginalização – como, aliás, deixa claro o artigo 3º, IV, da Carta Magna também –, ao delito de injúria não se deve obstar a possibilidade de fiança e de sujeição a lapso prescricional, vistos os argumentos expostos alhures.

Por sinal, interessante, a respeito, a detalhada lição dada por Vladimir Balico (2008, p.31), pelo qual

Aceitemos que quem age com preconceito e discriminação contra alguém sempre atentará contra sua dignidade. Estaremos diante de uma ofensa “racista” (em sentido amplo). De antemão, se estabelece (ao menos na mente do ofensor) que o grupo “é desqualificado” e é dado como lógico que a pessoa, por pertencer, integrar o mesmo, também padece do mesmo desvalor. Óbvio, a nosso ver, que injuriar alguém nos moldes do supramencionado parágrafo é praticar discriminação e preconceito, que poderia vir a caber, por exemplo, [...] na imprescritibilidade prevista pelo inciso XLII, do artigo 5º, da Constituição Federal de 1988.

Estamos diante de um caso explícito de superproteção que deu errado. O inciso XLI, do artigo 5º, da Constituição Federal de 1988 ordena que a lei puna qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais. Já temos aí um fruto do princípio da igualdade conjugado à possibilidade da alteridade. O Repúdio ao racismo fora estabelecido no inciso VIII, do artigo 4º, da Lei Maior. Ao contrariar toda a tradição jurídica do Direito Penal Brasileiro e prever a imprescritibilidade para crimes que caibam dentro do verbete “racismo”, a Constituição Federal firmou uma posição política interna e externa, mas, ao mesmo tempo, provocou o inconformismo de muitos, principalmente dos militantes da área jurídica. Dentro de uma escala de valores onde a maior ofensa à dignidade humana é o atentado à vida, como justificar que tal valor (e outros que seguem de perto) não tenha em sua defesa instrumento tão potente? O choque causado pela novidade serviu não somente para provocar escapismos que acabaram por trazer a figura especial do §3º, do artigo 140, do Código Penal, mas também para colocá-lo (de acordo com a jurisprudência praticada atualmente e com a larga maioria da doutrina) a salvo dos raios da imprescritibilidade constitucional.

Os preceitos constitucionais iluminam a todo o ordenamento, e não somente a leis que diretamente lhe fazem menção. Se o tipo previsto no Código Penal

prevê, no todo ou em parte, fatos que cabem dentro do que hodiernamente se entende por “racismo”, não será a sua posição topográfica que o retirará do campo de influência de ditos preceitos. Agrade ou não a posição, é o que se depreende do princípio da efetividade (que orienta para interpretações da Constituição Federal no sentido que maior eficácia lhe ofereça).

Observados esses aspectos primordiais, cabível se abordar, a seguir, o que se entende por cada elemento típico constante da previsão da injúria qualificada por discriminação ou preconceito, nos termos do artigo 140, parágrafo terceiro, do Código Penal.

4.3.2 Elementares da forma qualificada

Considerando-se as explicações referentes ao delito de injúria, como conduta objetiva, elemento subjetivo do tipo – mantém-se a exigência do especial fim de ofender a pessoa com base nas elementares atinentes a preconceito, de expressar contra ela discriminação –, bem como sobre o bem jurídico tutelado, de rigor traçarmos algumas abordagens acerca dos termos constantes da previsão típica da conduta de injúria discriminatória ou preconceituosa.

Nesse passo, quanto aos termos *raça* e *cor*, podemos abordá-los de forma conjunta. Assim, segundo Aurélio Buarque de Holanda Ferreira (2004, P. 1687), constitui raça o *conjunto de indivíduos cujos caracteres somáticos, tais como a cor da pele, a conformação do crânio e do rosto, o tipo de cabelo etc., são semelhantes e se transmitem por hereditariedade, embora variem de indivíduo para indivíduo.*

Dessa forma, em tese, pode conformar-se ao delito em testilha o ato de chamar uma pessoa, com o escopo de efetivamente ofender, violar a sua honra subjetiva, segundo características raciais, como ser da raça negra, mongoloide, entre outros. Como exemplo, chamar a pessoa de *preto, negro, negão, macaco, mongol*, dentre tantas outras possibilidades.

Muitas vezes, encontramos situações em que se agrega algum elemento à característica racial, ou da cor da pele também, quando se ofende uma pessoa utilizando-se de expressões pejorativas, como *preto vagabundo, preto fedido, negrinha safada, etc.*

Por meio dessa situação, se o agente busca querer diminuir a autoestima de alguém, ofender a dignidade da pessoa, valendo-se da circunstância da cor da pele do ofendido – e na grande maioria das situações, infelizmente, encontramos ofensas dirigidas às pessoas cuja cor da pele é negra ou parda –, chamando-a por algum termo que viole seu sentimento pessoal, seu decoro, estaremos diante de conduta de injúria racial.

A propósito, interessante colacionarmos algumas situações verificadas em sede de jurisprudência, como é caso de aresto oriundo do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, cujo trecho do voto da relatoria retrata situação de injúria discriminatória em virtude da raça e a da cor da pele da vítima, além da conformação de outro delito em concurso, o de ameaça, praticado no mesmo contexto daquela conduta típica:

Segundo o apurado a apelante se dirigiu até o estabelecimento comercial em que a ofendida trabalhava para efetuar uma troca de um produto e como não conseguiu realizar a pretendida troca, por não apresentar nota fiscal, acabou por discutir com a ofendida que ali trabalhava. Neste momento acabou por ofender a integridade da vítima utilizando de elementos referentes à cor ao xinga-la de que era “preta nojenta”, para, na sequência, ainda, a ameaçar de causar mal injusto consistente em passar com seu “carro sobre sua pessoa quanto a encontrasse na rua” (fl. 6). (SÃO PAULO, 2015).

Outro exemplo é extraído de julgado do oriundo do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, também por intermédio da citação de trecho do voto do relator, na seguinte conformação:

No crime de injúria o bem juridicamente tutelado é a honra subjetiva da vítima, sendo o elemento subjetivo o dolo de atingir o referido bem jurídico, este que diz respeito aos atributos de forma física, moral, intelectual e social. Não há dúvidas, no caso em análise, que a acusada ao utilizar-se de expressões racistas como “macaca preta” e “neguinha do cabelo duro”, tinha a nítida intenção de humilhar Nívea, que é negra, em atitude que demonstra às escancaras abominável preconceito racial. Como se vê, nestes autos restou presente o elemento subjetivo do tipo, qual seja, o animus injuriandi, pois não há dúvidas de que a ora apelante referiu-se à vítima Nívea Maria de forma pejorativa, para tanto se utilizou de expressões ofensivas à raça e cor da pele, comportamento que se amolda ao tipo descrito no artigo 140, §3º, do Código Penal. (RIO DE JANEIRO, 2015a).

Adiante, a injúria preconceituosa ou discriminatória pode ser praticada por meio de ofensa pautada em elementos atinentes a *etnia* à qual a pessoa ofendida se identifique, ou seja, a determinado grupo social que apresente características culturais comuns, como uso de mesma língua, mesma origem etc.

Podemos considerar como exemplo o uso de expressão pautada em etnia indígena, ou africana da qual faça parte o ofendido. Dessa forma, a ofensa a uma pessoa, ao chama-la de *preta*, de *africana*, também configuram hipóteses enquadráveis no uso da etnia.

Colaciona-se, aliás, situação enfrentada pela jurisprudência, em que a ofensa se pautou em questões étnicas relativas à vítima da injúria discriminatória. Eis trecho do voto do relator do caso:

Consta ainda que, nas mesmas circunstâncias de tempo e local, a ré injuriou as duas vítimas e também a ofendida Lucimara [...] ofendendo-lhes a dignidade e o decoro, consistente na utilização de elementos referentes à raça, cor e etnia, chamando-as de “angolanas fedidas”, “macacas”, “piolhos no cu”, entre outros pejorativos de baixo calão. Na data dos fatos, a vítima Lucimara, acompanhada da ofendida Iris, dirigiam-se ao elevador, momento em que encontraram a ré que começou a proferir palavras depreciativas contra elas, além de ameaçar que iria agredir Iris. Estes são os fatos. [...]. Embora não haja testemunhas presenciais destes fatos, vez que a injúria foi proferida “as escuras”, as declarações da acusada às fls. 64, deixam claro que teve a intenção de ofender a vítima, fazendo menção sobre sua cor (preta) e etnia, já que já havia reclamado anteriormente, por supostos problemas causados pelas vítimas no prédio, como cheiro dos cachorros e barulhos causados em razão das viagens para Angola, normalmente ocorridas durante a madrugada. [...]. (SÃO PAULO, 2013)

Outra elementar do tipo penal constante do parágrafo terceiro do artigo 140 do Código Penal se refere ao uso de elementos ligados a *religião* da pessoa ofendida. Assim, o ato de ofender pautado em expressões pejorativas relacionadas aos ritos litúrgicos de uma religião, ou alguma condição pertinente a ela, também se encontram abarcados nessa previsão legal.

Uma situação bastante comum é a ofensa à honra subjetiva de pessoas que professam a religião judaica. Também, não se deslembra situações envolvendo pessoas da religião evangélica, ao se usar a expressão *crente*.

Malgrado nosso Estado Democrático de Direito seja laico, ou seja, não se adota religião oficial, devendo ser aceitos e respeitados todos os cultos religiosos e liturgias (artigo 5º, VI, e 19, I, da Constituição Federal), em não poucos momentos nos deparamos com situações de desrespeito dirigido a alguém que expresse crença em determinado segmento.

Como exemplo, de consideração trecho de julgado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, de seguinte conformidade:

Plenamente configurada, outrossim, a qualificadora descrita no artigo 140, § 3º, do Código Penal, porquanto o próprio acusado admitiu o uso de elemento racial para insultar a vítima (com a expressão “preto sem vergonha”), algo não questionado pela Defesa via apelo. Como se não bastasse, tem-se que a expressão “crente sem vergonha” igualmente traduziu ofensa de conteúdo discriminatório, suficiente para caracterização da forma qualificada embora a denúncia apenas tenha feito alusão à hipótese de injúria racial, valendo ressaltar que o próprio réu admitiu sua irritação com o trânsito provocado pelos fiéis da Igreja Evangélica no horário de saída do culto. [...] (SÃO PAULO, 2014).

Outra hipótese contemplada na legislação penal relativa ao crime de injúria discriminatória se refere à *origem* da pessoa ofendida.

Nessa esteira, relaciona-se aqui de forma ampla ao local ou povo do qual provem a pessoa. Pode ser tanto origem no mesmo país como do estrangeiro.

Com efeito, são comuns as hipóteses de injúrias dirigidas contra alguém pelo fato de ser oriundo da Região Nordeste do Brasil, associando algo pejorativo, humilhante, ao *nordestino*, ou *baiano*. Outra situação é a ofensa na qual se ofende a vítima por ser oriunda do Japão ou, haja vista os traços físicos, ostentar descendência japonesa, chamando-a de *japonês*, caso presente o dolo específico de injuriar.

Então, também da jurisprudência se extrai hipóteses de injúria relacionadas com a origem da vítima. Verifica-se trecho do seguinte aresto:

Apurou-se que o réu é condômino no edifício localizado no endereço supra, onde o ofendido trabalha como porteiro e manobrista. Na data em questão, alguns condôminos levaram ao conhecimento da vítima que o cachorro do acusado havia urinado no hall de entrada do edifício. Jerônimo interfonou ao acusado e solicitou que resolvesse o problema. Ocorre que o comportamento do ofendido irritou o apelante, que foi até a guarita onde o primeiro estava e, em altos brados, proferiu as seguintes frases: “Seu baiano preto filho da puta, vou te pegar lá fora. Você não tem capacidade de trabalhar em uma guarita?” e, na posse do livro de ata do prédio, desferiu três golpes contra a cabeça da vítima. Com a chegada do síndico, que tentou acalmar o recorrente, este ainda falou: “quando eu for síndico não vai sobrar nenhum baiano aqui nesse prédio. Vou fazer uma “limpa”. (SÃO PAULO, 2014a).

Nota-se neste exemplo, bem como nos anteriormente citados para exemplificar as demais hipóteses de ocorrência do crime de injúria qualificada pelo elemento discriminatório, que uma ofensa pautada em uma das elementares, como cor da pele, vem acompanhada de outra expressão configuradora de outra elementar, como é o caso da expressão citada no julgado alhures (*baiano preto filho da puta*).

De outra parte, como vimos no tópico anterior, a Lei 10.741/2003, o denominado Estatuto do Idoso, acrescentou as duas últimas hipóteses atinentes a injúria qualificada por preconceito ou discriminação no texto do artigo 140, parágrafo terceiro, do Código Penal.

Então, temos a situação de injúria na qual se utilizam expressões concernentes à condição de *pessoa idosa* do ofendido. Com efeito, idoso é a pessoa cuja idade seja a de sessenta anos ou mais, nos termos do artigo 1º do correspondente Estatuto.

Nesse passo, a conduta de xingar alguém por meio de expressões como *velho*, *ranzinza*, *velhote*, *múmia*, entre outras de cunho pejorativo, e presente o *animus* de injuriar segundo essa condição pessoal da vítima, em tese, enquadra-se nessa modalidade qualificada da injúria.

Como exemplo, extrai-se de julgado oriundo do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, situação na qual se discute a aplicação do artigo 140, parágrafo terceiro, no tocante a ofensa dirigida à honra subjetiva de pessoa idosa.

Segundo consta do trecho do voto da Desembargadora relatora, a seguir transcrito:

Nas mesmas circunstâncias de tempo e espaço, os pacientes também teriam injuriado a mesma vítima, ofendendo-lhe a dignidade e o decoro, em razão de sua condição de pessoa idosa, afirmando, em diversas ocasiões, que ele seria “burro, velho, velho esclerosado e bode velho”. (RIO DE JANEIRO, 2015b).

Por fim, a última hipótese relacionada ao delito de injúria qualificada por preconceito ou discriminação, também trazida pelo Estatuto do Idoso, artigo 110, parágrafo terceiro, se refere à conduta praticada por meio de expressões referentes à condição de *pessoa portadora de deficiência*.

Nessa situação, refere-se à pessoa que padeça de alguma condição física ou mental que acarrete diminuição ou supressão de alguma função do corpo humano. É o caso da pessoa que não possua os movimentos dos membros, como pernas e braços, ou esteja desprovida de visão, audição ou algum outro sentido humano.

Também, não se desconsidera alguém que tenha alguma moléstia mental, que diminua ou retire a capacidade de entendimento da realidade, e de se determinar autonomamente, impossibilitando-a, parcial ou totalmente, da prática de atos da vida civil.

Nesse passo, xingar uma pessoa valendo-se de expressões como *aleijado*, *surdo*, *louco*, *demente*, *imprestável*, enfim, fora outras possibilidades de se imputar qualidade negativa, estando claro o ânimo de ofender em virtude dessa condição, enquadra-se nessa última hipótese prevista no Código Penal como de injúria qualificada.

A jurisprudência elenca algumas situações, como a que ora citamos por meio de julgado oriundo do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro:

Ao contrário do que sustenta a defesa, as provas coligidas são suficientes a sustentar a condenação do acusado, ora apelante, pela prática do crime de injúria qualificada.

A autoria é incontroversa, diante da prova oral colhida sob o crivo do contraditório.

A testemunha [...] ouvida por carta precatória, confirmou que os fatos narrados na denúncia são verdadeiros, afirmando que estava entrando no ônibus com Luana, sendo essa deficiente, e portanto, portadora de cartão especial, quando [...] O acusado então deu início aos xingamentos, chamando a vítima de louca, ocasião em que informou ao acusado que a vítima era deficiente, tendo o mesmo respondido: “deficiente doida”, e que “lugar de maluco é no hospício e não ali, dentro do ônibus dele” [...]. (RIO DE JANEIRO, 2015).

Percebe-se, assim, que a ampliação das hipóteses de configuração do crime de injúria qualificada pelo escopo de preconceito ou discriminação por parte do legislador se fez muito apropriada, haja vista a gravidade de situações nas quais, não bastasse a grande quantidade de casos envolvendo o aspecto injurioso pela cor da pele, há também outros grupos de pessoas que necessitam de proteções haja vista a condição de vulnerabilidade social mais acentuada em que se encontram.

As pessoas idosas e as que ostentem alguma forma de deficiência física ou mental, como é o caso do último julgado citado, também se encontram sujeitas a sofrer violações desmedidas ao direito à honra subjetiva, com ofensas pautadas nas circunstâncias que ostentam, o que revela maior gravidade nessa conduta.

Ao contrário de alguns membros da sociedade lhes conferir tratamento digno que se requer seja dado a qualquer ser humano conforme suas condições, com maior respeito e consideração, o que se espera não somente no campo da honra, como de outros direitos individuais também, encontramos situações em que sofrem constantes desrespeitos e humilhações, realidade à qual o legislador não poderia se manter inerte.

Observadas, assim, mesmo que sucintamente, as hipóteses concernentes ao delito de injúria qualificada tipificado no parágrafo terceiro do artigo 140 do Código Penal, passemos a analisar outros aspectos relacionados a essa previsão típica, os quais, pela relevância que apresentam, fazem jus a abordagem em capítulo apropriado.

5 DESDOBRAMENTOS ACERCA DA INJÚRIA PRECONCEITUOSA

5.1 A intolerância

Considerada a importância da proteção dos direitos humanos, em especial a dignidade da pessoa humana e os direitos à igualdade e proteção da honra pelo sistema constitucional brasileiro, bem como no plano do direito internacional, busca-se nesse capítulo abordar aspecto marcante, que se vislumbra não só no crime de injúria preconceituosa, mas, sobretudo, em crimes ligados a preconceito e discriminação.

Refere-se à ideia de intolerância, e de que forma se pode verificá-la quando da prática de conduta injuriosa, mormente quando atingida não só a honra subjetiva de uma pessoa específica, mas também quando projetada contra o sentimento de todo um grupo de pessoas, haja vista a difusão que uma ofensa pode atingir nos dias atuais devido a dinamicidade das comunicações e das relações humanas.

O ato de intolerância, como deixa claro o termo, é o contrário, a negação do sentido da tolerância, a qual, segundo delimita Aurélio Buarque de Holanda Ferreira (2004, p. 1960), entende-se como a *tendência a admitir modos de pensar, de agir e sentir que diferem dos de um indivíduo ou de grupos determinados, políticos ou religiosos*.

Conforme também explicita Oscar Joseph de Plácido e Silva (2008, p. 771), entende-se como intransigente ou intolerante aquele *que não admite qualquer ideia ou princípio que não se encontre dentro dos limites de sua facção política ou de seu credo religioso*.

Determina-se então a atitude daquele que não respeita, não admite, as opiniões, situações ou realidades contrárias à suas concepções pessoais, e que, muitas vezes, traduz-se por meio do rigor, da aspereza das palavras que a expressa. Dessa forma, muitas vezes se encontra marcada pelo de ódio, pela aversão visceral, fora outros sentimentos humanos negativos.

Nessa conformidade, também, aduz Tiago José da Silva que em sentido lato, ser intolerante e não reconhecer a igualdade de valor de outro ser humano (WALZER, 1999, p. 5), que de uma forma diferente, estabelece um modo de vida pautado em suas crenças e preferências pessoais.

Naturalmente, o homem, tem dificuldade em aceitar pensamentos contrários e condutas que diferem da maioria. Seria a intolerância selvagem, "não gostamos dos que são

diferentes de nós, porque tem uma cor diferente de pele, porque falam uma língua que não entendemos, porque comem rã, cachorro, macaco, parco, alho, porque usam tatuagem" (ECO, 1997, p. 17 apud SILVA, 2011, p. 307).

A propósito, consta do texto da Declaração de Princípios sobre a Tolerância, aprovada na 28ª reunião da Conferência Geral da UNESCO, em 16 de novembro de 1995, em Paris, o que se entende pela ideia de tolerância, conforme o artigo 1º, 1.1:

A tolerância é o respeito, a aceitação e a apreço da riqueza e da diversidade das culturas de nosso mundo, de nossos modos de expressão e de nossas maneiras de exprimir nossa qualidade de seres humanos. É fomentada pelo conhecimento, a abertura de espírito, a comunicação e a liberdade de pensamento, de consciência e de crença. A tolerância é a harmonia na diferença. Não só é um dever de ordem ética; é igualmente uma necessidade política e jurídica. A tolerância é uma virtude que torna a paz possível e contribui para substituir uma cultura de guerra por uma cultura de paz. (UNESCO, 1997).

Assim, a intolerância, a contrariedade em relação aos pressupostos acima elencados, não pode ser aceita, e a atuação do direito deve estar pautada no combate a esses atos, sobretudo por respeito aos norteamentos constitucionais que se verificam no sistema jurídico brasileiro.

Por sinal, de relevo considerar as lições de Paulo Hamilton Siqueira Júnior (2008, p.261-266). Ele nos lembra que nos encontramos atualmente no contexto da pós-modernidade, cuja marca deve ser a busca da efetividade dos direitos e garantias fundamentais conquistados a partir das declarações internacionais de direitos.

Alcançada a previsão do respeito à dignidade humana, como ponto de partida para o resguardo dos direitos humanos, como se fez tão necessário sobretudo no período do pós-segunda guerra, o momento presente deve estar informado pela ideia de garantia efetiva de uma existência digna das pessoas, mesmo com a velocidade das comunicações e o pragmatismo das relações sócio-políticas e econômicas. A tolerância, então, é um dos meios para se garantir o respeito aos direitos humanos conquistados o longo da história.

Conforme nos explica, então, o mencionado estudioso,

A tolerância é o respeito à diversidade. Esse paralelo tolerância-diversidade é o principal aspecto do direito no século XXI. Precisamos desenvolver a solidariedade, além da técnica. A solidariedade é o caminho para a cidadania.

A tolerância reafirma o preceito constitucional da dignidade da pessoa humana. A dignidade da pessoa humana passa pela dignificação do outro, do diferente, do antagônico. Tolerar é preservar o diferente, que pensa e age

diferente. A tolerância importa na disposição em dialogar, ouvir, de apreciar a outra versão dos fatos e possibilidade de conhecer o outro lado.

Tolerância implica em diálogo. O diálogo é um dos pressupostos da vida em sociedade e da própria cidadania. O diálogo abre a mente do indivíduo. A falta de diálogo gera a ignorância, e esta leva à violência. Por isso verificamos que os grupos extremistas são ignorantes e violentos.

O mundo atual é fundamentalista, intolerante. O fundamentalista é um fanático, e o fanatismo tende a ser contraditório. A teoria nega-se pela prática. O extremismo, a ânsia da radicalização deve ser evitada, na medida em que vivemos em uma sociedade plural.

A sociedade contemporânea não se preocupa com os excluídos e com as minorias, prefere rotulá-los. A rotulagem social é uma realidade. O rótulo é danoso. O rótulo é uma preguiça mental [...] (SIQUEIRA JÚNIOR, 2008, p. 266).

Nessa esteira, também se considera o posicionamento de Sandro Ari Andrade de Miranda, acerca da intolerância, segundo o qual

Aqueles que discursam contra pobres, contra estrangeiros, contra membros de religiões diferentes, contra o direito não ter religião, contra diferentes opções sexuais, são intolerantes e, portanto, atuam contra a Democracia.

O radicalismo injustificável, o sectarismo, o fundamentalismo religioso, dentre outras condutas fortemente dogmáticas são símbolos de intolerância. Também são exemplos de intolerância o racismo, o sexismo, e ações de violência extremadas.

Portanto, quando vemos profissionais, como jogadores de futebol, recebendo xingamentos racistas em um estádio de futebol, apenas pela cor de sua pele, ou ainda quando torcedores entram em confronto direto contra aqueles que defendem outros matizes clubísticos, também estamos diante de absoluta intolerância.(MIRANDA, 2014).

Feitas essas reflexões, ao analisarmos as balizas constitucionais atinentes à questão da tolerância, sem desconsiderar o que fora tratado acerca da Constituição Federal de 1988 (item 1.16), lembremos que nossa Carta Magna consagra o primado da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III), valor superior e a partir do qual a enunciação e interpretação das demais normas do sistema jurídico constitucional, sobretudo no campo dos direitos e garantias fundamentais, sobremaneira enunciados no artigo 5º da Carta Magna, devem estar pautados.

A partir desse postulado, extraímos o contexto norteador da proteção de direitos como vida, igualdade, liberdade, segurança, liberdade de crença e de manifestação do pensamento, à proteção da propriedade, da honra, dentre tantos outros ínsitos ao bem-estar humano e à realização das faculdades pessoais e para a solidez das relações sociais.

Dessa forma, a existência de violação a qualquer destes direitos *supra* elencados acaba reverberando no desrespeito à dignidade a que todo ser humano faz jus.

De outro lado, a Carta Magna brasileira concebeu como fundamento outro da República, além da dignidade humana, os valores de cidadania e do pluralismo político, conforme incisos II e V do correspondente artigo 1º.

Por sua vez, encontram-se eles relacionados aos escopos de respeito e proteção dos interesses necessários para a garantia da paz social e preservação das relações humanas, pois se reconhece a pessoa como destinatária de direitos, podendo reclamá-los do Estado e dos demais membros da coletividade, e também, a ideia de respeito às diversidades de opiniões, crenças e manifestações relacionadas com a participação social e política das pessoas.

Ademais, aliados aos sobreditos fundamentos, o legislador constituinte de 1988 elenca como objetivos fundamentais, nos incisos I e IV do artigo 3º, construir uma sociedade livre, justa e solidária e promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Esses e outros escopos, ínsitos a um Estado Democrático de Direito como o brasileiro, formalizam compromissos e pautas axiológicas a partir das quais a atuação do legislador ordinário, dos administradores e executores dos interesses públicos, dos aplicadores das normas jurídicas e, também, dos membros da coletividade, estes como atuantes nas suas relações pessoais, econômicas, políticas, devem estar conformadas ao respectivo alcance.

Assim, não foi por outra razão que se previu na Carta Magna extenso rol de direitos e garantias fundamentais, ao qual o Estado e as pessoas, como atuantes nos relacionamentos intersubjetivos de toda espécie, necessitam estar conformados, conferindo-lhe respeito e prevalência, sendo que as violações a ele, salvo quando admitidas diante de outros direitos, devem ser rechaçadas.

Levando-se em conta o contexto desta abordagem, referente ao direito de proteção à honra no seu aspecto subjetivo – ponto sobremaneira relacionado com a dignidade da pessoa humana, referente aos sentimentos do campo da personalidade, e que compõem atributos que se somam a outros necessários a garantir o respeito à vida, à sua liberdade de pensar e agir, enfim, ao bem-estar condizente para a satisfatória realização das potencialidades humanas –, a Constituição Federal traz balizas a partir das quais deve haver a proteção dela ante atitudes intolerantes e expressivas de ódio, de aversão, sobretudo por questões raciais que as motivem.

De um lado, prevê-se a proteção da honra, no artigo 5º, inciso X. Somado aos pressupostos elencados alhures, sobretudo do respeito à dignidade da pessoa humana – e a proteção da personalidade, em suas diversas facetas, é o mínimo relacionado ao bem-estar humano – a punição de atos gravosos atentatórios desse interesse, como se busca proceder por meio da tipificação da conduta de injúria, encontra consonância constitucional plena.

Isso não bastasse, não nos esqueçamos do previsto no inciso XLII do mesmo artigo 5º. Embora guardadas as devidas proporções acerca do mandado de criminalização atinente aos crimes de racismo, motivo pelo qual à injúria qualificada não cabe impor as regras de inafiançabilidade e imprescritibilidade, esse dispositivo constitucional também se mostra como um fundamento alicerçar que os comportamentos ofensivos da honra pautados no uso de termos que expressem a intenção de discriminar, em virtude da raça, da cor, da origem, da religião, e outras hipóteses, esteja previsto no ordenamento jurídico penal.

Não se desconsidera, ademais, que, além do preconceito, como também pela discriminação, por meio de atitudes positivas voltadas à censura, à segregação, à negação de um dado direito ou o exercício de qualquer potencialidade humana, o indivíduo discriminador pode expor a sua intolerância sobre algo.

No campo das discriminações raciais, segundo a cor da pele do indivíduo, ou pela religião, por sua origem, ou outra condição pessoal, encontramos mecanismo de grande magnitude para a verificação de comportamentos intolerantes. E isso não se mostra diferente no tocante à injúria praticada segundo esse escopo.

5.2 A relação entre injúria preconceituosa e intolerância

No que diz respeito à prática da injúria qualificada pela postura preconceituosa, estampada no parágrafo terceiro do artigo 140 do Código Penal, a violação dolosa à honra subjetiva de alguém, valendo-se de características da vítima relacionadas com a raça, cor da pele, a religião ou a origem dela, ou mesmo a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência física, também pode ser reconhecida como conduta passível de expressar intolerância, sentimento de ódio.

Primeiro, deve-se ter presentes os direitos reconhecidos em normas internacionais das quais o Brasil manifestou adesão, bem como os dispositivos da Constituição Federal.

Então, quando nos colocamos diante de uma conduta que, em tese, esteja enquadrada na mencionada previsão típica do Código Penal, num primeiro momento se considera a violação de um bem jurídico marcadamente relacionado à órbita privada do ser humano, a honra.

Esse interesse se atinge, na sua faceta subjetiva, ou seja, lesiona-se a autoestima, os sentimentos da pessoa ofendida, o autorretrato que faz de si. Enfim, a dignidade está violada.

Existente a conduta injuriosa, como violação da ordem jurídica que é, atinge-se não só a vítima em si diretamente relacionada com a afirmação ofensiva, mas também, toda a coletividade, o interesse do Estado de que os direitos sejam respeitados e fiquem a salvo de atos atentatórios.

Falando-se em violação à ordem social, devemos considerar também outro aspecto.

Por vezes a injúria se verifica num contexto privado, restrito entre ofensor e ofendido, sem ganhar maior amplitude perante as demais pessoas. É o caso, por exemplo, de ofensa dirigida por meio de correspondência endereçada à vítima, ou então, o ato de xingar alguém em local fechado, dentro de uma casa, ou no recinto de um condomínio, enfim, pelo que o fato, de plano, não chega ao conhecimento de muitas pessoas.

Entretanto, devemos nos atentar a outra situação. Ocorre que vivemos uma situação na qual as relações humanas se desenvolvem com enorme velocidade, as comunicações estão cada vez mais avançadas, e a Internet é o grande mecanismo a nos mostrar como são rápidas e dinâmicas as trocas de informação.

Dessa forma, as projeções sociais geradas em virtude de uma prática delitiva podem se mostrar cada vez mais marcantes. Verificamos a possibilidade, e que muito tem ocorrido nos dias atuais, de uma ofensa pautada por preconceito racial contra uma pessoa que seja dirigida por meio das chamadas *redes sociais*, tais como *Facebook*, *Twitter*, e outras, ou também por meio de qualquer *site* da Internet.

Nesse passo, o ato de xingar alguém, por exemplo, de *preto*, de *macaco*, ou fazer alguma outra alusão ofensiva ligada à cor da pele da pessoa, ou sua procedência ou religião, não bastasse configurar, em tese, a prática delitiva estabelecida no parágrafo terceiro do artigo 140, do Código Penal, pode servir como meio também de expressão de intolerância, de execução de ato de aversão, ódio, em face da pessoa ofendida e, por que não, de todas as pessoas que se identifiquem com a característica utilizada no ato.

Assim, não se desconsidera haja também ofensa a todas as pessoas de pele negra, ou que sejam procedentes do mesmo local, ou que professem a mesma religião. Ou seja, a violação ao bem jurídico *honra*, considerando a difusão social verificada pelos avançados meios de comunicação e das relações humanas acaba por reverberar de forma mais visceral na coletividade, fazendo com que todo um grupo de pessoas se sinta também atingido por aquela ofensa.

Dessa forma, conclui-se como é possível se expressar intolerância por intermédio de ofensas dirigidas a uma determinada pessoa, levando em conta aspectos raciais, religiosos, físicos etc.

A projeção que uma ofensa pode nos dias atuais receber, em virtude do avanço dos meios de comunicação humana, de propagação de informações, enfim, é cada vez mais marcante, de modo a gerar repulsa perante os demais membros da coletividade de maneira efetiva.

Também, esse comportamento também pode estar adequado a um meio de expressão de ódio, de intolerância, ao se usar aspectos relativos ao grupo social a que a pessoa ofendida faça parte para violar sua dignidade de alguém de forma mais contundente. Nesse passo, a violação à honra subjetiva recebe conotação mais ampla, difusa, podendo gerar efeitos nos sentimentos de autoestima e decoro de outras pessoas que também sejam negras, por exemplo, ou provenientes do mesmo local mencionado, ou que façam parte da mesma religião.

A humilhação decorrente de uma ofensa, pautada em questão racial, que maltrata sobremaneira a dignidade humana, colocando-a em situação de rebaixamento, embora num primeiro momento se refira a alguém específico, não impede possa se estender às demais pessoas que tenham a mesma condição mencionada no ato ofensivo.

Vivemos numa sociedade dinâmica e plural, na qual as diversidades devem ser respeitadas, de modo a que todos possam exercer seus direitos e desempenhar suas atividades de forma segura e saudável.

Seja no campo do trabalho, do lazer, de qualquer forma de relacionamento que se pode estabelecer, ou então, ao comentar-se em um *site* da Internet acerca de uma pessoa que esteja em evidência na mídia, por exemplo, e, em algumas dessas e de outras situações, um indivíduo ofende alguém com base na cor da pele, ou de qualquer outra condição pessoal, com a intenção clara de lesar a autoestima, temos uma conduta injuriosa que a lei penal tipifica.

Mas não podemos deixar de considerar apenas esse aspecto. Não bastasse estar, em tese, enquadrada na norma penal do artigo 140, também pode ser vista como comportamento intolerante, a depender da situação, quando evidente também o propósito de ofender toda a categoria de pessoas que ostentem a condição mencionada.

Como exemplo, entende-se que, se uma pessoa ofende outra na Internet, ou então durante um programa televisivo também, e diz que o Fulano é *um nordestino que nem para trabalhar direito presta*, ou, *um negro que não devia deixar de ficar na senzala*, fora outras situações inaceitáveis de ofensa, e, pelas palavras empregadas, expressa aversão não só com a pessoa, mas todas que também sejam negras, ou provenientes da Região Nordeste do Brasil, a injúria preconceituosa também está se mostrando como modo de expressão de intolerância também.

A propósito, tal circunstância nos remete também à questão da liberdade de manifestação do pensamento e a questão do respeito à honra, que fora abordado neste trabalho também (item 1.14). Cuida-se do conflito entre direitos expressos em normas constitucionais de igual valia, e que, a depender da situação concreta, um deve receber maior preferência face ao outro, num processo de harmonização.

Nesse sentido, manifestações de repúdio, intolerância, não podem ser aceitas. A depender do caso concreto, um dado discurso feito por alguém possa redundar na prática de outro fato típico que não a injúria qualificada pelo preconceito, se a intenção direta do agente é atingir toda uma categoria de pessoas, todo o grupo social sujeito a situações de marginalização, e não um dado membro em específico.

Nesse caso, estaríamos, em princípio, diante da conduta estampada no artigo 20 da Lei 7.716/1989, que trata dos delitos resultantes de preconceito de raça ou de cor, cuja descrição do respectivo *caput* é a seguinte: *Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional.*

Primeiramente, deixemos claro que a tipificação da conduta segundo o mencionado dispositivo, ou o artigo 140, parágrafo terceiro, do Código Penal, dependerá das condições de execução do comportamento, do elemento subjetivo do agente, entre outros aspectos. Não se desconsidera, ademais, a diferença dos bens jurídicos tutelados, pois o primeiro busca a proteção do direito à igualdade, malferido pelo escopo de segregar, discriminar, e o segundo, tem por norte proteger a honra subjetiva.

De todo modo, uma ofensa dirigida a uma dada pessoa segundo condições raciais, ou de procedência, ou religião, a depender das condições em que praticada, também pode configurar, como afirmamos, uma manifestação de intolerância, que, ante o sistema jurídico, não pode ser admitida.

Conforme, por sinal, abordagem feita por Rômulo Moreira Conrado (2013), relembrando a importância do princípio da dignidade da pessoa humana, devemos considerar

Importante ainda destacar que, dada sua positivação no texto constitucional, com o status de fundamento da República Federativa do Brasil, juntamente com valores como a soberania e a cidadania, todos os demais direitos deverão ser interpretados segundo suas disposições, sob pena, em caso de exegese que a olvide ou mesmo contrarie, ter-se a prática de ato inconstitucional.

Seu campo de atuação, seja através da efetivação do direito, seja por ocasião da hermenêutica dos direitos fundamentais, estender-se-á à proteção dos interesses das minorias, de grupos sociais marginalizados e, inclusive, para evitar que, a pretexto do exercício de um direito de forma abusiva, se atinja a esfera mínima de proteção na qual se podem abrigar todos os indivíduos. A

liberdade de manifestação de pensamento, assim, deverá se orientar segundo o princípio da dignidade da pessoa humana.

Adiante, explicita nessa abordagem que,

[...] considerando a inexistência de normas constitucionais dotadas de hierarquia superior às demais, atuando o princípio da dignidade humana como elemento de unidade axiológica entre liberdade de manifestação de pensamento, de um lado, e a proteção a valores como honra, imagem e privacidade, de outro, tem-se por inadmissível, à luz do ordenamento jurídico pátrio, a proteção ao discurso do ódio.

O discurso do ódio pode ser conceituado como o ataque a grupos étnicos, raciais, religiosos, minorias sexuais ou a qualquer outro grupo vítima de preconceito, inclusive em decorrência de origem territorial, caracterizado por pregar a intolerância em relação aos discriminados, buscando ou propondo, direta ou indiretamente, sua exclusão da sociedade, eliminação física, remoção do lugar em que vivem, etc.

[...] A divulgação de ideias odiosas também se apresenta suficientemente danosa e perigosa na medida em que faz com que encontrem eco estereótipos fortemente ofensivos às vítimas do discurso, contribuindo para que seja alimentado um ciclo de diminuição de auto-estima dos grupos estigmatizados, ao mesmo tempo em que pode criar nos destinatários do discurso ânimo irracional de seguimento a ideias deturpadas. (CONRADO, 2013).

Diante dessa análise, não podemos desconsiderar que por intermédio de práticas de injúria informada por questões preconceituosas, tais como previstas no texto do parágrafo terceiro do artigo 140 do Código Penal, também se pode verificar a expressão de ato de intolerância, de ódio, apto a gerar projeção para além da violação da honra da pessoa atingida pelo ato ofensivo.

A intolerância pode ser encontrada nas mais diversas atitudes que se pratique no decorrer das relações humanas, nas manifestações expostas pelos meios de comunicação, de relacionamento humano, cada vez mais avançados em nossa sociedade, o que contribui para que, no caso, a violação à honra reverbere de forma cada vez mais significativa na coletividade, atingindo a dignidade não só da pessoa ofendida, mas também de uma gama até mesmo indeterminável de pessoas que façam parte de um dado grupo ou categoria cujas condições são usadas para a execução do ato ofensivo.

5.3 Apontamentos acerca da tipificação do delito

Essa possibilidade de maior projeção subjetiva decorrente da ofensa ao bem jurídico por meio da conduta injuriosa, como se abordou no tópico anterior, deve ser considerada pelo aplicador do direito. Todavia, na esteira do que se expôs a respeito da relação entre intolerância e o crime de injúria preconceituosa, algumas abordagens acerca da tipificação respectiva devem ser levadas a efeito.

Primeiramente, como já se apontou neste trabalho, lembremos a respeito da importância das balizas ditadas pelo texto constitucional como elemento norteador da seleção e consideração dos bens jurídicos passíveis de merecimento de tutela no campo do direito penal.

Por meio da Carta Magna, em especial no campo dos direitos e garantias fundamentais – vida, liberdade, honra, propriedade, integridade física e moral, dentre tantos outros –, extrai-se o campo valorativo que deve nortear a atividade do legislador de edição de normas penais, conforme os interesses que exijam essa forma mais drástica de atuação em virtude da relevância deles para a higidez das relações humanas.

Via de regra, pelos direitos fundamentais, exige-se a atuação do Estado no sentido de garantir a correspondente proteção deles, em benefícios dos cidadãos, pautado no primado da dignidade da pessoa humana, haja vista o Estado de Direito em que se insere o Brasil, entre outros Estados.

Malgrado a exigência, muitas vezes, de uma postura abstencionista em face desses direitos básicos do ser humano, no sentido de resguardá-los, não se desconsidera haja também o dever de assumir posturas efetivas de proteção, evitando que outros membros da coletividade, não somente aqueles exercentes dos poderes e das atuações públicas, mas também os particulares desrespeitem esses valores essenciais.

Assim, há hipóteses explicitadas em sede constitucional que acabam por exigir uma atuação efetiva pelos executores dos interesses públicos, pelos aplicadores do direito e pelo legislador ordinário no sentido de agir para que sejam assegurados o respeito a direitos das pessoas.

Dessa forma, quanto à atuação exigida ao legislador, devem ser editadas regras de conduta condizentes com os objetivos axiológicos assumidos a partir da Carta Magna, para que se possa efetuar o correspondente cumprimento pelos demais membros da coletividade.

A tipificação de condutas, pelo legislador penal, que se além aos comportamentos mais impactantes no meio social, cuja prática provoca expressivo tumulto nas relações

humanas, se conforma a um dos mecanismos de proteção de direitos fundamentais, e quanto a isso temos exemplos vários, como o crime de homicídio, do artigo 121 do Código Penal, que busca tutelar o direito à vida, o crime de furto (artigo 155, CP), que tutela a propriedade, e próprio crime de injúria, que busca a proteção do direito fundamental à honra, também corolário da dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido, não se desconsidera haver hipóteses nas quais o constituinte originário determina a edição de normas penais como mecanismo de proteção a certos valores, casos em que o legislador deve atuar no sentido de editar leis que punam condutas violadoras dos direitos elencados. Cuida-se dos assim conhecidos os *mandados constitucionais de criminalização*, como é exemplo o previsto no artigo 5º, incisos XLII⁴², XLIII⁴³ e XLIV⁴⁴.

Pois bem. A partir dessas pautas estabelecidas pela normativa constitucional, considera-se o entendimento acerca da necessidade de formulação de um sistema normativo penal coerente e harmonioso com os valores dispersos pela Constituição, que não desrespeite uma série de valores essenciais, mas garanta a proteção efetiva e necessária do bem jurídico envolvido.

Nesse passo, a proteção de direitos efetuada pelo legislador penal não pode se mostrar aquém do campo protetivo desejado, mas também não deve ser excessiva a ponto de tipificar todas as formas de conduta, até mesmo as mais insignificantes, de pouco impacto social.

Nesse passo, referimos a um postulado concebido a partir da consideração constitucional no tocante ao direito penal. Refere-se à ideia de proporcionalidade das normas penais.

A propósito, explica Mariângela Gama de Magalhães Gomes (2003, p. 76) que

Este princípio, deste modo, atua de maneira vigorosa no direito penal, enquanto ramo do ordenamento jurídico que, por definição, se compõe de normas restritivas de liberdade e cuja restrição mais usual – a pena por excelência – tem por conteúdo a manifestação mais física a primária da liberdade, que é a liberdade pessoal ou ambulatoria. Pode-se dizer que, ao lado de princípios como o da legalidade, da culpabilidade e igualdade, a

⁴² a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei.

⁴³ a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem.

⁴⁴ constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático

proporcionalidade informa a atividade penal substantiva no ordenamento democrático, encaminhando para a norma penal e sua aplicação judicial o restrito grupo de valores fundantes do critério democrático de legitimidade, entre eles a dignidade da pessoa humana, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça.

Ademais, a partir desse postulado, vislumbra-se o entendimento acerca da existência de duas facetas que apresenta. De um lado, refere-se à ideia da proibição do excesso do caráter sancionador da norma, e de outro ponto, a vedação de proteção penal deficiente ao interesse jurídico envolvido pela norma penal.

Conforme Martha de Toledo Machado,

[...] postular que a tutela penal no Estado Democrático de Direito deve centrar-se, essencialmente, na proteção dos bens-valores fundamentais das pessoas humanas, importa reconhecer que a tutela penal deve dar suficiente proteção a esses bens-valores fundamentais, na sua concreta conformação ditada pelo ordenamento constitucional; pena de ineficácia da Constituição e ilegitimidade da lei ordinária. (MACHADO, 2007, p. 43)

Também nessa conformidade aduz Antonio Carlos da Ponte, pelo qual, a

[...] proporcionalidade não se limita à proibição de excesso, mas também à obrigatoriedade de proteção suficiente a determinados bens eleitos pela Constituição Federal, quais sejam, aqueles resultantes de mandados explícitos e implícitos de criminalização. (PONTE, 2008, p. 82).

A respeito, então, do critério de vedação de proteção penal insuficiente dos bens jurídicos, considera-se a lição de Luciano Felde, segundo o qual

A proibição de proteção deficiente encerra, nesse contexto, uma aptidão operacional que permite ao intérprete determinar se um ato estatal – eventualmente retratado em uma omissão, total ou parcial – vulnera um direito fundamental (pensemos, v.g., na hipótese de despenalização do homicídio). Relaciona-se diretamente, pois, à função de imperativo de tutela que colore os direitos fundamentais, notadamente no que demandam, para seu integral desenvolvimento, uma atuação ativa do Estado em sua proteção. Sob essa perspectiva, opera como ferramenta teórica extraída do mandado de proporcionalidade e que nessa condição predispõe-se a um controle (de constitucionalidade) sobre determinados atos legislativos, justamente no ponto em que medidas dessa ordem promovam uma indevida retirada da proteção (normativa) que se faz inequivocamente necessária ao adequado desenvolvimento e desfrute do direito fundamental [...]

Em essência, mediante o recurso à proibição da proteção deficiente pretende-se identificar um padrão mínimo das medidas estatais com vistas a deveres existentes de tutela. Padrão este que, no que muito importa ao presente trabalho, também poderia ser exigido do legislador (penal), momento esse

que caracterizara o limite inferior de seu espaço de configuração. (FELDENS, 2005, p. 109).

Assim, considerado que o Estado deve promover a proteção dos bens jurídicos enunciados constitucionalmente, sendo a atuação do legislador penal uma delas nessa finalidade, requer-se que esse proceder se dê em conformidade com as balizas e delineamentos axiológicos extraídos do sistema jurídico, sobretudo a partir da Carta Magna.

A proporcionalidade se refere a critério informador do controle das leis penais existentes, sobretudo após a edição delas, quando da atividade do intérprete, ou seja, do jurista, e dos aplicadores do direito, para aferir se está de acordo com os postulados informadores da proteção dos bens jurídicos essenciais à higidez das relações humanas.

Verifica-se se a decisão legislativa está em consonância com os padrões axiológicos eleitos constitucionalmente, sobretudo os direitos e garantias fundamentais, estando harmônico diante de outros direitos e garantias previstos, informados a partir do âmbito constitucional. Analisa-se se a norma penal não desborda do essencial para que se resguarde um dado bem jurídico diante de condutas humanas que possam violá-lo, mas também, se ela, a norma, não se mostra insuficiente, quanto à extensão dos comportamentos que estabelece e as sanções aplicadas no caso de descumprimento, diante da magnitude dos interesses jurídicos que se busca dar guarida por meio da tipificação.

Essa atividade de controle da norma penal, de aferição de sua conformação com o escopo de proteção dos bens jurídicos por meio da edição de normas penais, pode ser efetuada pelo aplicador do direito, seja pelo intérprete, seja pelo magistrado.

Segundo Francesco C. Palazzo, a respeito das situações de insuficiência da tutela penal, tem-se a possibilidade da Corte Superior, que exerça o papel de resguardo da Constituição, agir em face de hipóteses como essa, de modo a buscar a conformação da atuação do legislador. Assim, segundo explica esse autor,

[...] é de se perguntar se as decisões que contêm indicações atual ou potencialmente vinculantes, ante o dever constitucional de preparar determinadas formas de tutela penal, podem, legitimamente, provir da Corte constitucional. Ora, tudo parece luzir se se tiver em atenção com iguais indicações, para assumirem um grau de consistência que não na façam meras afirmações teóricas pressupõem uma tríplice valoração a que não se pode eximir a Corte Constitucional [...] (PALAZZO, 1989, p. 111-112).

Cabível considerar, então, a aplicação desses pressupostos pelo Supremo Tribunal Federal, que já se valeu do mecanismo em ações atinentes a controle de constitucionalidade, conforme ilustra trecho da ementa do aresto seguinte:

Os direitos fundamentais não podem ser considerados apenas como proibições de intervenção (Eingriffsverbote), expressando também um postulado de proteção (Schutzgebote). Pode-se dizer que os direitos fundamentais expressam não apenas uma proibição do excesso (Übermassverbote), como também podem ser traduzidos como proibições de proteção insuficiente ou imperativos de tutela (Untermassverbote). Os mandatos constitucionais de criminalização, portanto, impõem ao legislador, para o seu devido cumprimento, o dever de observância do princípio da proporcionalidade como proibição de excesso e como proibição de proteção insuficiente. [...]Tribunal deve sempre levar em conta que a Constituição confere ao legislador amplas margens de ação para eleger os bens jurídicos penais e avaliar as medidas adequadas e necessárias para a efetiva proteção desses bens. Porém, uma vez que se ateste que as medidas legislativas adotadas transbordam os limites impostos pela Constituição – o que poderá ser verificado com base no princípio da proporcionalidade como proibição de excesso (Übermassverbot) e como proibição de proteção deficiente (Untermassverbot) –, deverá o Tribunal exercer um rígido controle sobre a atividade legislativa, declarando a inconstitucionalidade de leis penais transgressoras de princípios constitucionais. (BRASIL, 2012).

Feitos esses esclarecimentos acerca do postulado da proporcionalidade do direito penal, focado em especial na ideia da vedação de proteção insuficiente do valor ou bem jurídico por meio da norma sancionadora, tem-se que esses aspectos devem ser considerados para o objeto de discussão deste trabalho.

Abordou-se acerca da proteção ao direito a honra, a questão acerca do crime de injúria, sua atuação no sentido de resguardar os sentimentos e a dignidade do ser humano ofendido (perspectiva subjetiva da honra), e a forma qualificada dessa conduta, quando expressa o escopo de preconceito e discriminação contra a pessoa.

A partir da enunciação da maior gravidade dessa conduta, e cuja tipificação era desejada, haja vista que a Lei 7.716/89 não estava sendo o bastante para servir de escudo ante comportamentos nos quais a gente não praticava efetiva conduta antiisônômica contra a ofendido com base na questão racial, mas ofendia a honra dela segundo esse pressuposto, sendo que a resposta penal não estava sendo a mais cabível diante da danosidade da conduta, buscou-se, por meio da Lei 9.459/97, dar cumprimento à necessidade de tutela da honra também, quando maculada segundo pressupostos preconceituosos.

Então, a previsão da injúria preconceituosa, no artigo 140, parágrafo terceiro, do Código Penal, mostrou-se importante forma de proteção a esse direito fundamental, segundo o impacto que a violação dele gera no meio social.

Entretanto, sem desconsiderar essa importância, entende-se que o legislador deveria ir mais adiante na formulação do referido tipo penal, sobretudo para salvaguardar diante de situações que atualmente se fazem cada vez mais presentes.

Esse é o caso da expressão de intolerância, como vimos no tópico apropriado, sendo o crime de injúria uma das formas, dentre tantas outras possíveis, de expressão do sentimento de ódio, aptos a gerar robusto abalo emocional e perturbação dos sentimentos.

Ademais, tendo em vista o avanço dos meios de comunicação, com a Internet, em especial devido às chamadas *redes sociais*, que permitem a difusão de ideias e opiniões com velocidade ímpar, um comportamento injurioso diante de uma pessoa ou de um grupo determinado de pessoas, tendo por base alguns dos elementos preconceituosos que o parágrafo terceiro do artigo 140 do Código Penal estabelece, pode assumir uma projeção subjetiva muito maior, com um impacto de violação que muitas vezes não se limita apenas àquele (s) aos quais a ofensa preconceituosa foi dirigida.

Efetivamente, pela possibilidade da honra subjetiva violada não se limitar apenas à da pessoa ofendida, podendo o ato impactar nos sentimentos, na dignidade e no decoro de um grupo até mesmo indeterminável de pessoas, sobretudo quando se identificam com alguma característica utilizada para ofender – haja vista a maior projeção que a conduta adquire quando praticada por meios que promovem sua rápida propagação, como os televisivos, e a Internet, o mais marcante deles, por sinal, realidades estas cada vez mais presentes –, o legislador ordinário deve assim aprimorar aspectos constantes da lei penal para fazer frente a situações como essa.

Embora o artigo 141, inciso III⁴⁵, do Código Penal, preveja constituir causa de aumento de pena a hipótese da injúria, bem como dos demais tipos de delito contra a honra, ser praticada na presença de várias pessoas, ou em meio que facilite sua propagação, o que se mostra louvável, entende-se que algumas considerações normativas deveriam ser levadas em apreço.

⁴⁵ As penas cominadas neste Capítulo aumentam-se de um terço, se qualquer dos crimes é cometido: [...] III - na presença de várias pessoas, ou por meio que facilite a divulgação da calúnia, da difamação ou da injúria.

Uma delas se refere à ação penal tendente ao processamento dos crimes de injúria qualificada pelo preconceito ou discriminação. Encontra-se ela enunciada no artigo 145, parágrafo único, do Código Penal, na seguinte conformidade:

Nos crimes previstos neste Capítulo somente se procede mediante queixa, salvo quando, no caso do art. 140, § 2º, da violência resulta lesão corporal.
Parágrafo único. Procede-se mediante requisição do Ministro da Justiça, no caso do inciso I do caput do art. 141 deste Código, e mediante representação do ofendido, no caso do inciso II do mesmo artigo, bem como no caso do § 3º do art. 140 deste Código. (BRASIL, 1940).

Nesse passo, não se deslembra que, pela natureza da conduta em questão, pela maior gravidade da injúria qualificada pelo preconceito, sobretudo em virtude dos desdobramentos a que pode assumir a conduta, não bastasse o aspecto atinente à expressão de intolerância, não se mostra acertada a decisão do legislador de tornar a ação penal desse delito pública, mas condicionada à representação do ofendido.

Não se deslembra que o parágrafo único desse dispositivo fora alterado pela Lei 12.033/2009. Isso porque, antes disso se previa a ação penal na modalidade privada, no caso da injúria qualificada pelo preconceito, cabendo o exercício do direito de queixa por parte do ofendido.

Por intermédio da mencionada legislação, passou-se à titularidade pública da ação penal, por parte do Ministério Público, mas se colocou a exigência de representação pelo ofendido como condição para o respectivo exercício. Não se deve desconsiderar o avanço perpetrado, como, por exemplo, lembra Christiano Jorge Santos (2010, p.144)

Conforme explica esse autor:

Dada a relevância da conduta e visando a uma maior defesa dos grupos normalmente discriminados ou alvo de preconceitos (o que se comprova também pela elevada pena prevista: reclusão de um a três anos e multa, maior até que a injúria real, de ação penal pública), incongruente seria a manutenção da ação penal como privada.

Entretanto, em vista dos apontamentos trazidos nesse trabalho acerca do delito de injúria, ainda mais no tocante ao escopo de preconceito, e as projeções subjetivas que as ofensas podem atingir, ainda mais com o avanço das comunicações, não bastasse a questão de que um insulto racial poder servir como meio de disseminação de ódio e intolerância, poderia

o legislador ter tornado a titularidade da ação penal pública na respectiva forma incondicionada.

Não bastasse a violação à honra individual da pessoa ofendida por questões raciais, ou de outra ordem, pode ser considerada a possibilidade de violação de uma *honra coletiva*, em situações tais quando nos deparamos com casos de injúria divulgados pelos meios de comunicação, sobretudo na Internet.

Quando se toma conhecimento de uma ofensa preconceituosa perpetrada no âmbito de *redes sociais*, como *Twitter*, *Facebook*, contra artistas, ou mesmo pessoas desconhecidas do público, ao divulgarem imagens pessoais, ou opiniões acerca de algum assunto, notável é a aversão e a repulsa desencadeada entre a coletividade.

O termo ofensivo, ainda que dirigido especificamente à uma ou certas pessoas, no contexto acima declinado, ocasiona um impacto que não se limita ao campo individual do ofendido, mas sim a de grande parte da sociedade, que se manifesta por não admitir ofensas pautadas em questões discriminatórias, por cor da pele, religião, origem etc.

Por outro lado, tendo em vista o escopo da Lei 7.716/1989 – pela qual, haja vista ausência de disposição expressa em contrário, os respectivos delitos são processados mediante ação penal pública incondicionada –, no sentido de coibir atos de preconceito e discriminação racial, por mais esse aspecto tal solução poderia ter sido estendida no âmbito da injúria pautada pelo escopo preconceituoso, ainda que distintos os bens jurídicos envolvidos.

Presente a decisão de se buscar coibir atos de preconceito e discriminação, que podem se expressar por meio de atos violadores do princípio da igualdade – base dos tipos penais expressos na Lei 7.716/1989, editada em cumprimento ao mandado enunciado no artigo 5º, XLII, da Lei Maior –, e por atos que maltratam o direito à proteção da honra, que também não deixam de expressar o escopo de preconceito e discriminação. Sem contar que o racismo, propriamente dito, é um grande mecanismo de expressão de atos de intolerância e ódio.

Com base nesses argumentos, não seria demasiado valer-se da ação penal pública incondicionada para o processamento dos delitos de injúria qualificada pelo preconceito, sobretudo, pela violação social que ocorre a partir desse comportamento, que, mesmo praticado num contexto restrito, privado, acaba muitas vezes se tornando bastante difundido, ainda mais ao chegar ao conhecimento dos veículos de comunicação.

Por sinal, os interesses jurídicos tutelados por meio do disposto no artigo 140, parágrafo terceiro – a raça, a cor da pele, etnia, crença religiosa, origem e condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência –, são elementos de grande valia social, de repercussão no seio da coletividade, que têm o condão de prevalecer diante do interesse privado que está em

jogo também, a privacidade da pessoa ofendida, de modo a também admitir que a ação penal do correspondente crime se tornasse pública e incondicionada. A projeção coletiva desencadeada pelo maltrato a alguns desses valores pode, então, se sobrepor à projeção individual gerada pela conduta injuriosa.

Também não podemos deixar de lado, igualmente, que a honra se trata de valor indissociável à formação da dignidade humana, e tendo em vista a ideia de proteção em face de atos de preconceito e discriminação, que também se projetam no campo desse valor, também o processamento da ação penal no delito de injúria poderia dispensar a necessidade de se ofertar representação pela pessoa ofendida, ainda que essa manifestação não exija o cumprimento de formalidades, conforme menciona entendimento jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça⁴⁶.

Também, em virtude da quantidade de pena dispensada ao delito de injúria qualificada pelo preconceito – um a três anos de reclusão, e multa –, que fora até objeto de críticas pelos estudiosos por ser considerada elevada diante do delito em questão, e que também pode ser elevada em um terço devido à causa de aumento do art. 141, inciso III, quando proferida a injúria por meio que facilite a respectiva divulgação ou na presença de várias pessoas – hipótese na qual a ofensa praticada nas situações retratadas alhures estaria enquadrada –, justificaria a ampliação no tocante à legitimidade do *Parquet*, tornando incondicionado o exercício da ação penal pública, bastando para isso a exclusão da última parte da disposição do parágrafo único do artigo 145, considerando a regra geral da ação penal pública incondicionada, como enuncia o artigo 24, *caput*, do Código de Processo Penal⁴⁷

Por sinal, em outros delitos que estão até sujeitos a penas menores ou equivalentes à da injúria qualificada em apreço, o legislador não previu a necessidade de representação para a respectiva ação penal⁴⁸. Então, a própria gravidade contida no tipo penal do artigo 140,

⁴⁶ Nesse sentido, colaciona-se entendimento do Superior Tribunal de Justiça, na seguinte conformação: “*O acórdão impugnado decidiu em harmonia com a jurisprudência desta Corte ao preconizar a prescindibilidade de qualquer formalidade rígida no ato de representação da vítima para apuração de crimes processados mediante ação penal pública condicionada. [...]*” (HC 336.607/DF, relator o Ministro Sebastião Reis Júnior, data de publicação no DJe 24/09/2015).

⁴⁷ Nos crimes de ação pública, esta será promovida por denúncia do Ministério Público, mas dependerá, quando a lei o exigir, de requisição do Ministro da Justiça, ou de representação do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo.

⁴⁸ Como exemplo, e pautadas na proteção de interesses diretamente relacionados com a preservação da dignidade da pessoa humana, postulador informador básico dos direitos fundamentais e, portanto, também do direito penal, citamos o artigo 129, *caput*, do Código Penal, que prevê o crime de *Lesão Corporal*, na sua forma simples, cuja pena é de três meses a um ano de detenção, a tutelar o bem

parágrafo terceiro, do Código Penal, justificaria também essa nova consideração acerca da ação penal pública, adequando-a ao teor de gravidade inserido no tipo.

Em suma, a questão da ação penal no crime de injúria qualificada pelo preconceito, diante do postulado da proporcionalidade, não deixa de fazer jus a uma consideração normativa, como forma de robustecer o campo de proteção de valores e interesses jurídicos afeitos a pessoas e grupos que, historicamente, sofrem com rotulações e marginalização social decorrente de suas condições, por aspectos raciais, religiosos, de origem, dentre outros, ao que se refere o delito de injúria qualificada pelo preconceito.

jurídico integridade física; outro tipo penal, que tutela o direito de liberdade, o *Constrangimento Ilegal*, do artigo 146, caput, do Código Penal, cuja sanção também é de detenção de três meses a um ano, entre outras hipóteses.

CONCLUSÃO

A partir dos apontamentos trazidos neste trabalho, verifica-se a importância relacionada ao aprimoramento do tratamento legal conferido ao delito de injúria, em especial no tocante à respectiva modalidade qualificada pelo escopo de preconceito, prevista no parágrafo terceiro do artigo 140 do Código Penal.

Considerada a relevância das finalidades que buscou cumprir com a previsão do tipo penal por intermédio da Lei 9.459/1997, voltadas ao robustecimento da punição de condutas reveladoras de ideias discriminatórias, necessário se faz que as disposições legais acompanhem a evolução das formas de relacionamento e de comunicação humanos, âmbitos nos quais os atos ofensivos se mostram presentes.

Mesmo que se esteja no contexto da violação de um bem jurídico de índole individual, no caso, a honra da pessoa ofendida, devem ser levados em consideração aspectos outros que podem ocorrer nessa conduta, os quais têm o condão de fazer prevalecer interesses de natureza geral, mais relevantes, em relação à esfera privada de direitos do ofendido.

Nesse passo, podemos extrair as seguintes enunciações de ordem conclusiva:

1. A injúria preconceituosa, embora tenda à violação da honra subjetiva de alguém, tal como é a *mens* do legislador ao tipificar o delito de injúria, no artigo 140 do Código Penal, também envolve a possibilidade de maltrato a uma *honra coletiva*. Assim, uma ofensa propagada na coletividade contra uma ou determinadas pessoas, pautada em aspectos raciais, religiosos, de origem ou condições pessoais que revelem a necessidade de um tratamento mais respeitoso e digno diante das demais pessoas – como é o caso das condições de pessoa idosa ou portadora de deficiência – acaba por resvalar na dignidade e nos sentimentos de uma generalidade indeterminada de pessoas, em especial, quando ostentem as mesmas características utilizadas para se proferir a ofensa.

Logo, o impacto social decorrente desse comportamento injurioso é muito mais latente, superior, pois acaba por interferir na dignidade de muitas outras pessoas, ainda mais em um país multicultural como o Brasil, aspecto que este que não pode ser desconsiderado na análise da tipificação da conduta prevista no parágrafo terceiro do artigo 140 do Código Penal.

2. Ademais, conformado com o primeiro ponto enunciado, a injúria preconceituosa também pode atuar como mecanismo de propagação de ideias ligadas a ódio e intolerância, o que o preconceito e racismo o são como forma primordial de veiculação de atos dessa

natureza. Ao se tomar conhecimento de certas expressões usadas para ofender alguém ou grupo de pessoas, que busquem atingir não só eles, mas também todo o conjunto de pessoas que ostentem a característica mencionada, marcado pela aversão e pela prepotência, tem-se situação de expressão de intolerância.

3. Por essas razões, e somado ao crescente avanço dos meios de comunicação humanos, especialmente representados pelos meios televisivos, e a com a *Internet*, com a enorme participação das *redes sociais*, contribui-se muito para a ideia de uma *globalização* da ofensa ao direito à honra, coletivização dela, com a prática da injúria qualificada pelo preconceito, de modo a não se restringir apenas ao campo de interesses da pessoa ofendida nesse contexto, pois a difusão social, com esses mecanismos, ganha proporções imensuráveis.

4. Assim, e pautado no postulado da proporcionalidade do direito penal, em especial na faceta da vedação de proteção penal deficiente da norma penal em face dos bens jurídicos que busca tutelar, cabível se mostra um aprimoramento no escopo protetivo dos dispositivos concernentes à injúria preconceituosa.

Não bastasse, ainda, a própria gravidade inserta no tipo penal do parágrafo terceiro do artigo 140, haja vista a cominação de pena de reclusão de um a três anos e multa, interessante seria a mudança no parágrafo único do artigo 145 do Estatuto Penal, de modo que a correspondente ação penal pública passe a ser incondicionada, seguindo a regra comum dos delitos em geral, afastando-se a necessidade de representação pela vítima.

A mencionada proposta de alteração apresenta o condão de melhor conformar a tipificação da conduta injuriosa em apreço à dinâmica atual das relações sociais, além de conferir maior coerência em vista da gravidade do delito.

REFERÊNCIAS

ALVES JUNIOR, Thomaz. *Anotações theoreticas e praticas ao codigo criminal*. Rio de Janeiro: B.L. Garnier, 1883. tomo 3. parte 2.

ARANHA, Adalberto José Queiroz Telles de Camargo. *Crimes contra a honra*. São Paulo: Saraiva, 1995.

ARAÚJO, Luiz Alberto David ; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

BALICO, Vladimir. A discriminação racial e a efetividade dos direitos fundamentais. In: MIRANDA, Jorge ; SILVA, Marco Antonio Marques da (Coord.). *Tratado luso-brasileiro da dignidade humana*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

BASTOS, Celso Ribeiro ; MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988 : arts. 5º a 17*. São Paulo: Saraiva, 1989. v. 2.

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

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte especial*. 11. ed. Saraiva: São Paulo, 2011. v. 2.

BRASIL. Carta de Lei de 25 de março de 1824. Manda observar a Constituição Política do Imperio, offerecida e jurada por Sua Magestade o Imperador. *Coleção Das Leis Do Império Do Brasil De 1824*. Poder Legislativo, Rio de Janeiro em 22 de abril de 1824. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm. Acesso em: 16 nov. 2015.

BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. *Diário Oficial*. Poder Legislativo, Rio de Janeiro, 24 fev. 1891. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm. Acesso em: 16 jun. 2015.

BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil 1934. *Diário Oficial da União*, Poder Legislativo, Rio de Janeiro, 16 jul. 1934. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm. Acesso em: 14 set. 2015.

BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil 1946. *Diário Oficial da União*. Poder Legislativo, Rio de Janeiro, 18 set. 1946. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm. Acesso em: 16 nov. 2015.

BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil 1967. *Diário Oficial da União*. Poder Legislativo, Brasília, 24 jan. 1967. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm. Acesso em: 16 nov. 2015.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil 1988. *Diário Oficial da União*. Poder Legislativo, Brasília, 05 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 16 nov. 2015.

BRASIL. Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos. Promulgação. *Diário Oficial*, Poder Executivo, Brasília, DF, 07 jul. 1992. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em: 16 nov. 2015.

BRASIL. Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890. Promulga o Código Penal. *Coleção Leis do Brasil*. Página 2664 Vol. Fasc.X (Publicação original). Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-847-11-outubro-1890-503086-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 25 out. 2015.

BRASIL. Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. *Diário Oficial*, Poder Executivo, Brasília, DF, 26 ago. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm. Acesso em: 16 nov. 2015.

BRASIL. Decreto nº 65.810, de 08 de dezembro de 1969. Promulga a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial. *Diário Oficial*, Poder Legislativo, Brasília, DF, 08 dez, 1969. Disponível em: <http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaTextoIntegral.action?id=94836>. Acesso em: 16 nov. 2015.

BRASIL. Decreto Lei nº 1004, de 21 de outubro de 1969. *Diário Oficial*, Poder Executivo, Brasília, DF, 21 out. 1969. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1965-1988/del1004.htm. Acesso em: 16 nov. 2015.

BRASIL. Decreto Lei nº 2848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. *Diário Oficial*, Poder Executivo, Rio de Janeiro, 07 dez. 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em: 16 nov. 2015.

BRASIL. Lei de 16 de dezembro de 1830. Manda executar o Código Criminal. *Código Criminal Do Império Do Brasil*. Poder Legislativo, Império. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LIM/LIM-16-12-1830.htm. Acesso em: 23 ago. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Brasília. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/portal/site/STJ>>. Acesso em: 20 set. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo em Recurso Especial nº 686.965/DF. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, 18 jun. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus*. Injúria. *Habeas Corpus nº 256.989*, do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo, *Diário de Justiça Eletrônico*, maio 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal: *Habeas Corpus nº 104410* Rio Grande do Sul. Relator: Ministro Gilmar Mendes, Rio Grande do Sul 06 mar. 2012, public 27 mar. 2012. Acesso em 26 jul. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Brasília. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>>. Acesso em: 20 set. 2015.

CARVALHO. Márcia Dometila Lima de. *Fundamentação constitucional do direito penal*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1992.

CAVALCANTI. João Barbalho Ulhoa. *Constituição Federal brasileira*. Brasília: Senado Federal, 1992. Edição Fac-Similar dos Comentários à Constituição Federal de 1891.

CAVALCANTI. Themistocles Brandão. *A Constituição Federal comentada*. Rio de Janeiro: José Konfino, 1949. v. 3.

CONRADO, Rômulo Moreira. Vedação ao discurso do ódio. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 18, n. 3555, 26 mar. 2013. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/24047>>. Acesso em: 18 jul. 2015.

FELDENS, Luciano. *A Constituição Penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário da língua portuguesa*. 3. ed., rev. e atual. Curitiba: Positivo, 2004.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O Princípio da proporcionalidade no direito Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. *Mandados expressos de criminalização e a proteção de direitos fundamentais na Constituição Brasileira de 1988*. 2006. Tese (Doutorado em Direito), Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2006.

GUZ, Manoella. *Bem Jurídico Penal Difuso e Coletivo*. 2010. Dissertação (Mestrado), Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2010.

JUS NAVEGANDI. Teresina, 1996. Disponível em: <<http://jus.com.br/ajuda/11/informacoes-sobre-o-jus-navigandi>>. Acesso em: 15 ago. 2015.

MACHADO, Martha de Toledo. *Personalidade infanto-juvenil e crimes sexuais: proibições de excesso e proteção insuficiente (contribuições à tipologia dos princípios de conformação e interpretação da Lei Penal)*. 2007. Tese (Doutorado), Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2007.

MENDES, Almeida Candido. Portugal. Ordenações filipinas. Ordenações e leis do Reino de Portugal. Rio de Janeiro: Typ. do Instituto Philomathico, 1870). Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/242733>. Acesso em: 23 out. 2015.

MIRABETE, Júlio Fabbrini ; FABBRINI, Renato N. *Manual de direito penal*. 25 ed. São Paulo: Atlas, 2008. v. 2.

MIRANDA, Sandro Ari Andrade de. Um discurso sobre a tolerância. *Revista Jus Navigandi*. 2014. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/31550>>. Acesso em: 16 ago. 2015.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1976. v.2.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

OLIVÉ, Juan Carlos Ferré et al. *Direito penal brasileiro: parte geral : princípios fundamentais e sistema*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: ONU, 2009. Disponível em: <http://www.dudh.org.br/wp-content/uploads/2014/12/dudh.pdf>. Acesso em: 16 nov. 2015.

PALAZZO, Francesco C. *Valores constitucionais e direito penal*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1989.

PIERANGELI, José Henrique. *Códigos penais do Brasil: evolução histórica*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

PINHO, Ruy Rebello. *História do direito penal brasileiro: período colonial*. São Paulo: Edusp, 1973.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 10 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

PIRAGIBE, Vicente. *Legislação penal do Brasil e do estrangeiro*. São Paulo: Livraria Acadêmica e Saraiva & Cia, 1932. v. 2.

PONTE, Antonio Carlos da. *Crimes eleitorais*. São Paulo: Saraiva, 2008.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição da República dos E. U. do Brasil*. Rio de Janeiro: Guanabara ed., 1936. v. 2. tomo 2.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição de 1946*. Rio de Janeiro: Henrique Cahen, 1947. v. 3.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição de 1967*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1967. tomo 4.

RIO DE JANEIRO (Estado). Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/web/guest/home>>. Acesso em: 15 ago. 2015.

RIO DE JANEIRO (Estado). Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. *Apelação Criminal nº 0000398-48.2014.8.19.0002* do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelante: Carlos Henrique Violante Tavares. Apelado: Ministério Público. Relator: Desembargador

Joaquim Domingos de Almeida Neto, Rio de Janeiro 14 jul. 2015, public. 16 jul. 2015b. Acesso em 26 jul. 2015.

RIO DE JANEIRO (Estado). Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. *Apelação Criminal n° 0477463-28.2012.8.19.0001*. Apelante: Maria Alice Antunes dos Santos. Apelado: Ministério Público. Relator o Desembargador Paulo Sérgio Rangel do Nascimento, Rio de Janeiro 07 abr. 2015a, public. 14 maio 2015. Acesso em: 27 jul. 2015.

RIO DE JANEIRO (Estado). Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. *Habeas Corpus n° 0064667-05.2014.8.19.0000* do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Relatora: Desembargadora Maria Sandra Kayat Direito, Rio de Janeiro 24 mar 2015b, public. 26 mar 2015a. Acesso em: 26 jul. 2015.

SANTOS. Christiano Jorge. *Crimes de preconceito e de discriminação*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça de São Paulo. *Apelação n° 0006659-03.2012.8.26.0132*. Apelante: Silvana Balastegui De Oliveira. Apelado: Ministério Público Do Estado De São Paulo. Relator o Desembargador Pedro Menin, São Paulo 12 nov. 2013, public. 19 nov. 2013. Acesso em: 27 jul. 2015.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça de São Paulo. *Apelação n° 0017699-50.2012.8.26.0562*. Apelante: Marco Antonio Alves da Rocha. Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Desembargador Salles Abreu, São Paulo 10 set. 2014, public. 29 set. 2014a. Acesso em: 26 jul. 2015

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça de São Paulo. *Apelação Criminal n° 0002761-17.2010.8.26.0531*. Apelante: Adilson Calsavara. Apelada: Justiça Pública. Relator : Desembargador Júlio Caio Farto Salles, São Paulo 11 set. 2014a, public. 25 set. 2014b. Acesso em: 27 jul. 2015

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça. São Paulo. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br/>>. Acesso em: 15 ago. 2015.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça de São Paulo. *Apelação Criminal n° 0009050-66.2011.8.26.0066*. Apelante: Joana D'Arc Araújo. Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Desembargador Ricardo Sale Júnior, São Paulo 25 jun. 2015. Acesso em: 27 jul. 2015.

SILVA. José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

SILVA, Oscar Joseph de Plácido e. *Vocabulário jurídico*. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

SILVA, Paulo Thadeu Gomes da. *Sistema constitucional das liberdades e das igualdades*. São Paulo: Atlas, 2012.

SILVA, Tiago José da. A intolerância e o direito de ser e viver diferente. *Revista da Esmape*, Recife, v. 16, n. 33/34, p. 01-364, jan./dez. 2011.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009.

SIQUEIRA, Galdino. *Tratado de direito penal: parte especial*. Rio de Janeiro: José Konfino, 1947. tomo 3.

SIQUEIRA, Galdino. *Direito penal brasileiro: parte geral*. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1921. tomo 1.

SIQUEIRA JÚNIOR, Paulo Hamilton. A dignidade da pessoa humana no contexto da pós-modernidade. In: MIRANDA, Jorge ; SILVA, Marco Antonio Marques da (Coord.). *Tratado luso-brasileiro da dignidade humana*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

SOARES, Oscar de Macedo. *Código penal da República dos Estados Unidos do Brasil commentado*. 6.ed. Rio de Janeiro: Livraria Garnier, 1907.

SOUSA, João Rodrigues de. *Analyse e commentario da Constituição Política do Imperio do Brazil ou theoria e pratica do governo constitucional brasileiro*. São Luiz: B. de Mattos, 1870. v. 2.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal: de acordo com a Lei n. 7209, de 11-7-1984 e com a Constituição Federal de 1988*. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

TURESSI, Flávio Eduardo. *A Proteção penal dos bens jurídicos coletivos*. 2014. Dissertação (Mestrado), Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2014.

UNESCO. Declaração de princípios sobre tolerância. Brasília: UNESCO, 1997. Disponível em: <http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001315/131524porb.pdf>. Acesso em: 16 jun. 2015.

VASCONCELLOS, José Marcellino Pereira de. *Código criminal do Império do Brasil*. Rio de Janeiro: H. Laemmert & C., 1881.