

CRIMES CONTRA A HONRA: ABERRAÇÕES JURÍDICAS NO SISTEMA PENAL E DETURPAÇÕES ÉTICAS

<https://dx.doi.org/10.23925/2596-3333.2020v3i8a10>

Recebido: 19.07.2020

Aprovado: 15.08.2020

HENRIQUE MATHEUS FERNANDES FERREIRA

RESUMO: O presente artigo irá abordar a tutela penal e a tipificação dos delitos contra a honra, em sua evolução social do conceito de bem jurídico dentro da teoria do delito, observando desde as bases principiológicas do Direito Penal sob uma perspectiva da Ética Libertária, como por evidências que constata uma possível inconstitucionalidade dos delitos de injúria, difamação e calúnia, como por apresentar uma faceta de uma hipertrofia legislativa e uma bancarrota para um direito penal simbólico e, até mesmo, um direito penal do inimigo de terceira velocidade.

PALAVRAS-CHAVE: CRIMES CONTRA HONRA. BAGATELA. INCONSTITUCIONALIDADE. ESCOLA AUSTRIACA.

ABSTRACT: This article will address the criminal tutelage and the classification of crimes against honor, in its social evolution of the concept of legal good within the theory of the crime, observing from the principle bases of Criminal Law under a perspective of Libertarian Ethics, as evidenced that verify a possible unconstitutionality of the offenses of injury, defamation and slander, as for presenting a facet of a legislative hypertrophy and a bankruptcy for a symbolic criminal law and, even, a criminal right of the enemy of third speed.

KEYWORDS: CRIMES AGAINST HONOR. TRIFLE. UNCONSTITUTIONALITY. AUSTRIAN SCHOOL.

INTRODUÇÃO

Antes de iniciar a análise da legitimidade e da constitucionalidade dos crimes contra a honra, deve-se preliminarmente entender a natureza de tais delitos, observando o bem jurídico a qual a norma protege e a sua finalidade, para então iniciar uma apreciação sobre a fundamentação e por conseguinte, sua legitimidade ou ilegitimidade.

Podemos entender, de maneira sucinta, mas certa, a honra é o bem jurídico tutelado, e por honra entendemos ser uma faculdade de julgamento ou o discernimento que se faz acerca da autoridade moral de um indivíduo, consistente na sua reputação, na sua forma de agir e ser visto por terceiros em face da ética e dos bons costumes.

Esclarecido o objeto de proteção da norma, passemos agora para a lacônica esclarecimento sobre o que é um delito dentro dos princípios do Direito Penal e do ordenamento jurídico brasileiro.

Partindo da premissa que o ordenamento do Brasil adotou a teoria bipartida, *i.e.*, do qual crime é um fato típico e antijurídico, temos *a priori* a necessidade da tipicidade como elemento do fato típico.

De tal sorte, podemos definir a tipicidade como o elemento intrínseco à existência do crime que sob o aspecto formal reside na conduta descrita na lei, logo, para a aferição da tipicidade é necessário que a conduta se enquadre perfeitamente na descrição legal, ou seja, que haja a perfeita adequação do fato concreto ao tipo penal incriminador.

Todavia, não podemos nos limitar à análise da tipicidade formal, pois imprescindível se mostra a tipicidade material da conduta para caminharmos à existência do crime.

Deste modo, a tipicidade material expressa a efetiva lesão ou ameaça de lesão ao bem jurídico protegido pela lei penal. Trata-se da gravidade da conduta, a conduta deve ser significativa à lei penal, sendo o comportamento socialmente inadequado.

Vislumbrando a existência da tipicidade material dentro do delito, temos também que observar as bases do Direito Penal, em seus princípios norteadores, em especial, os princípios da bagatela, da intervenção mínima e da lesividade.

Por bagatela se entende ser o princípio de Direito Penal moderno que determina a não punição de crimes que geram uma ofensa irrelevante ao bem jurídico protegido pelo tipo penal. Para enquadramento e aplicação do princípio da bagatela, o Supremo Tribunal Federal instituiu quatro vetores para configuração do princípio, que são:

- a) A ausência de PERICULOSIDADE social da ação;
- b) O reduzido grau de REPROVABILIDADE do comportamento;
- c) A mínima OFENSIVIDADE da conduta; e,
- d) A inexpressividade da LESÃO.

Não há que se falar em crime de furto caso um indivíduo pegue um giz de uma grande universidade, pois a subtração, embora tenha formalmente preenchido a tipicidade, materialmente não atingiu a vítima.

Em ato contínuo, entende-se como princípio da intervenção mínima como a fronteira do controle social normativo, visto que os métodos aplicados pela norma penal são deveras mais intensos e mais agudos em face de atacar liberdade do indivíduo. Percebe-se então que o Estado, com seu *jus puniendi* deve sempre que possível evitar a mão férrea do Direito Penal, optando por sanções mais brandas para apaziguar e harmonizar o convívio social. Conclui-se que tal princípio coloca o Direito Penal como *ultima ratio*, jamais o deslocando para *prima ratio*.

Com isso em mente, percebe-se que uma multa de trânsito para um motorista que utiliza aparelho telefônico é uma sanção proporcional e suficiente para manter o convívio social e harmonia normativa, sem a necessidade de recorrer a uma pena privativa de liberdade.

A sua violação à norma não gera desestruturação no ordenamento nem nega vigência à norma violada, pois outros ramos já contemplam resposta estatal para o descumprimento do dispositivo legal.

Por fim, o princípio da lesividade, melhor expresso no axioma *nullum crimen sine injuria*¹, deixa cristalino que não há crime sem uma lesão efetiva ou uma ameaça concreta ao bem jurídico tutelado.

Observa-se que o Direito Penal exige o risco do resultado ou o resultado em si, não punindo uma presunção de perigo — muito embora o ordenamento jurídico tenha acolhido os crimes de perigo abstrato.

Tal princípio exige que algum dano ocorra contra o bem ou que, no mínimo, ele corra o risco de fato. Logo, não concerne ao Direito Penal a atuação em fatos no qual o bem jurídico não sofra dano ou esteja em estado de risco de dano.

Extraíndo dessa concisa explicação de alguns dos princípios do Direito Penal, bem como do conceito de crime e seu elemento da tipicidade material, algumas perguntas podem surgir: os crimes contra a honra se enquadram dentro dos princípios do Direito Penal para configuração de um ilícito penal? E não somente isso, mas transcendendo a esfera da legislação positivada, adentrando o campo da Filosofia Moral, é ético criminalizar tais condutas como a injúria, difamação e calúnia?

¹ Não há crime sem ofensa.

O presente artigo visa expor a contradição da tipificação dos crimes contra a honra, bem como demonstrar que a criminalização dos mesmos é um ataque à liberdade de expressão e um ato de autoritarismo estatal contra a Ética.

1. A HONRA NO DIREITO PENAL

Preliminarmente, vamos percorrer a legislação e a Ciência do Direito para analisar o tema, e posteriormente iremos para uma crítica sobre a fundamentação ético-filosófica, tendo como base os estudos da Escola Austríaca de Economia e da Ética Libertária.

E para tal apreciação, nada melhor que percorrer de maneira escalonada o ordenamento jurídico, iniciando pela Carta Magna e sua tutela sobre honra.

A Constituição Federal, em seu art. 5º, X, alude, de maneira expressa, serem invioláveis a honra e a imagem das pessoas. Honra é, por conseguinte, um direito fundamental do ser humano, resguardado na Lei Maior e que deve ser respeitado por toda coletividade.

Extraindo da Constituição Federal no seu art. 5º, X, que dispõe que “*são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação*”, expõe que a “*afronta aos bens*” que tal artigo constitucional dispõe, são protegidos por indenização de cunho pecuniário, e não em caráter criminal e prisional.

Mesmo que exista uma tríade na tutela da honra, na esfera civil, administrativa e na seara penal, por conta da legislação infraconstitucional, e ainda mais pela proteção constitucional que nosso ordenamento jurídico adotou, elevando a honra ao patamar de direito fundamental, o Texto Maior *somente* admitiu de maneira expressa, a espécie de sanção de natureza civil, indenizatória e pecuniária. Momento algum foi previsto, se entendermos o interpretarmos a Constituição de maneira teleológica e sistematicamente, que a “*ofensa à honra*” poderia ser sancionada pelo Direito Penal.

E por que a omissão, nesse caso, deve ser interpretada negativamente, *i.e.*, sendo vedadas pela Constituição de maneira implícita? Porque, conforme já mencionado

brevemente, os princípios do Direito Penal englobam a intervenção mínima, a reserva legal, o *in dubio pro reu*, conclui-se que embora a legislação ordinária contemplem a sanção penal para um ilícito contra a honra, preenchendo formalmente legalidade e constitucionalidade, não se visualiza o mesmo no que tange ao respeito aos princípios e ao próprio Direito Penal.

Somasse a isso, é mister que a interpretação conforme a hierarquia normativa seja de maneira harmônica e balanceada. Não necessário lembrar que o direito de liberdade de expressão é resguardado pela mesma Constituição que garante o direito a indenização civil para “violação da honra”.

Ora pois, a Carta Magna protege ambos direitos — liberdade de expressão e honra — mas tão somente prevê a indenização civil para a afronta a honra. E ocorrendo conflito entre tais garantias e direitos fundamentais, resolve-se visando a não supressão de um desses direitos em conflito, amenizando a espada de Têmis na aplicação do direito.

O que se extrai da tutela penal na esfera da moral e honra é um passo maior do Estado para o autoritarismo e para um simbolismo penal, que é melhor evidenciado na obra do ilustre D.D. Promotor Alexandre Rocha Almeida de Moraes que *um discurso excessivamente preventivo para o Direito Penal e a esperança de que o delito possa ser eliminado da face da terra, [...] fomenta a adoção de políticas criminais que invariavelmente sacrificam direitos e garantias fundamentais*. (MORAES, Alexandre Rocha Almeida de, 2008, p. 253)

Vislumbra-se, de maneira embrionária, que a recepção dos crimes contra a honra pela Constituição não se dá da maneira pela qual a lei visa atingir o seu fim, sendo interpretada de maneira extensiva, relativizando o direito de liberdade de expressão e criando uma sanção, que embora não vedada de maneira explícita, pode-se concluir que tacitamente foi abdicada.

As normas constitucionais devem ter prevalência sob quaisquer normas infraconstitucionais, como é o caso do Código Penal, diante da supremacia constitucional que prepondera em nosso ordenamento jurídico. Nesse sentido, preleciona Alexandre de Moraes:

[...] é pressuposto para a supremacia constitucional, pois, ocupando a constituição a hierarquia do sistema normativo é nela que o legislador

encontrará a forma de elaboração legislativa e o seu conteúdo. Além disso, nas constituições rígidas se verifica a superioridade da norma magna em relação àquelas produzidas pelo Poder Legislativo, no exercício da função legiferante ordinária. Dessa forma, nelas o fundamento do controle é o de que nenhum ato normativo, que lógica e necessariamente dela decorre, pode modificá-la ou suprimi-la.” (MORAES, Alexandre, 2005, p. 629)

Inequívoca então que uma emergencial revogação dos crimes de injúria, difamação e calúnia deve ser realizada pelo Poder Legislativo, ante a violação dos princípios do Direito Penal, e também do Direito Constitucional, visto que ocorre uma violação da supremacia da norma constitucional em face de norma legal, pois o texto magno não recepcionou tal método sancionatório, que de maneira infraconstitucional foi admitido.

Ademais, corroborando os argumentos lógico-rationais apresentados *in supra*, de maneira empírica se percebe que os “delitos” contra a honra não ocasionam qualquer ameaça à sociedade. De maneira oposta, “atacam” tão somente a moral e a honra de um único ou um grupo de indivíduos, restando claro, assim, que se houver a necessidade de uma sanção ser aplicada, somente uma a reparação do dano sofrido pela vítima, a título de indenização e não a privação de liberdade do autor do fato.

Também há que se ressaltar que os delitos em questão, tem uma potencialidade lesiva deveras baixa, que sob o prisma do princípio da proporcionalidade, não haveria nem que se cogitar uma pena privativa de liberdade, quão menos de tipificação penal, elevando ao grau máximo de possibilidade de punir, cujos efeitos que uma sentença condenatória irá gerar são deveras agudos.

A pena privativa de liberdade não deve ser regra e sim exceção, sendo aplicada somente para delinquentes contumazes e que pratiquem ilícitos penais *de verdade* e não apenas ilícitos civis ou mesmo, ilícitos morais ou atos deselegantes — abordarei isso na parte da fundamentação ética.

Complementando o que já foi introduzido *in supra*, utilizar a pena privativa de liberdade bem como criminalizar tais atos é de maneira extremamente enérgica, transformando o Direito Penal em um direito totalitário e repressor de *prima ratio*. Ora pois, se o Direito Penal está agindo de maneira mais intensa, criando uma sanção não

constitucional, ele está se antecipando à esfera civil e administrativa na função da preservação da paz social, sendo sua função a preservação de bens relevantes.

Transportar o Direito Penal para punição de lesões e ameaças ínfimas é totalmente desnecessário, quando não, um ato ilegítimo, antiético e autoritário. E se a esfera civil e administrativa já prevê sanções para ilícitos menores, não há porque invocar o Direito Penal.

Há ainda que salientar que os delitos contra a honra são movidos mediante ação penal privada. Destarte, não obstante o direito de punir seja exclusivo do Estado-Juiz, nesta modalidade de ação penal ocorre a transferência para o ofendido do *jus accusationis* (direito de acusação).

Ora pois, se em tais delitos quem decide se ocorrerá persecução penal é o ofendido, podendo este renunciar ao direito ou perdoar o ofensor, exibisse a característica da disponibilidade do “direito” a honra, bem como da conveniência da ação penal privada.

Sendo assim, é de se ver que as normas penais que censuram as condutas lesivas à honra tornam-se inócuas, pois o manejo delas é vinculado ao desiderato e vontade do titular desse bem, escapando das mãos do Estado — mesmo que parcialmente — restando configurado uma relação privada, onde impera o Direito Civil.

Do mesmo modo, como será explicado *in infra* com uma análise filosófica, a uma tremenda ineficácia em privar o ofensor de sua liberdade.

Primeiro pois a vítima é totalmente deslocada para escanteio, visto que ao privar o réu de sua liberdade, a vítima não terá sua honra restaurada.

Segundo pelo inchaço de processos e execuções penais que levam a uma ineficiência na aplicação da lei e corrupção da função do Direito Penal.

Terceiro que o réu, mesmo privado de liberdade, ainda pode praticar o delito de ofender novamente a vítima. Agora de maneira ainda mais intensa. Privar a liberdade é uma sanção de prevenção geral, pois visa resguardar a sociedade de perigos que um delinquente pode ocasionar caso tenha possibilidade de locomoção. Já no caso dos crimes contra honra, o réu, preso, tem a possibilidade de cometer o delito, e isso não geraria perigo nenhum a sociedade.

Tipificar os crimes contra a honra é um passo para um direito penal simbólico, onde são editadas normas onde existe a aparência de que temos um ordenamento firme e que nos protege, onde nosso legislador trabalha diariamente para nos proporcionar uma sociedade justa.

E caminhar para um direito penal simbólico é também caminhar, não somente para um Direito Penal do Inimigo, mas também para um neopunitivismo, pois o Direito Penal se torna total, soberano e passa a punir tudo, chegando, hipoteticamente, a punir o delito em sua fase de cogitação. Imagine como seria desgostar de alguém e querer proferir um palavrão, ou um xingamento e ser punidos? Seria quase que uma distopia de George Orwell, sendo o Big Brother, o Direito Penal.

Se quisermos um Direito Penal forte e justo, temos que adotar uma política de proteger criminalmente somente bens jurídicos relevantes e socialmente necessários — como a vida, a propriedade, a liberdade — deixando para esfera civil a tutela de nossas relações intersubjetivas menores e tornando atípicas aquilo que for do campo da moral e da etiqueta.

2. UMA PERSPECTIVA FILOSÓFICA – A ÉTICA LIBERTÁRIA

O presente artigo não tem a aspiração de teorizar e expor sobre a fundamentação e estrutura da Ética Liberária. Todavia, é necessário se debruçar de maneira superficial sobre o tema para podermos entender o argumento austrolibertário sobre a não criminalização de ofensas contra a honra.

Toda teoria austríaca sobre direito natural está fundamentada no axioma da não-agressão ou Princípio da Não-Agressão (PNA), descrito pelo economista e filósofo Murray Rothbard em sua obra *A Ética da Liberdade* da seguinte forma:

Toda pessoa é a proprietária de seu próprio corpo físico assim como todos os recursos naturais que ela coloca em uso através de seu corpo antes que qualquer um o faça; esta propriedade implica o seu direito de empregar estes recursos como lhe convém até o ponto que isto afete a integridade física da propriedade de outro ou delimite o controle da propriedade de outro sem seu consentimento. (ROTHBARD, Murray, 2010, p. 18)

Revista Fronteiras Interdisciplinares do Direito

Interdisciplinary Boundaries of Law Journal

Nº3 V.3 2020

Como o próprio nome expressa, é vedada o início de agressão por parte de um indivíduo contra outro indivíduo não agressor, *i.e.*, que não iniciou agressão anteriormente, visto que se esse último tivesse iniciado agressão previamente, o primeiro estaria em legítima defesa.

Tal axioma libertária já passou por diversas formulações, sendo a de Murray Rothbard, exposta *in supra* e a de Ayn Rand as mais formidáveis. Rand escreve:

A pré-condição de uma sociedade civilizada é a restrição da força física nas relações sociais. [...] Numa sociedade civilizada, a força pode ser usada apenas em retaliação e somente contra aqueles que iniciam a sua utilização. (RAND, Ayn, 1964, p. 103).

Conclui-se que o axioma libertário do PNA expressa que ninguém pode agredir a propriedade de um não agressor. E por propriedade, entendem os adeptos ao austrolibertarianismo, como recursos escassos apropriados por um indivíduo.

Tal descrição é de suma importância, pois ao retirar a escassez como também a apropriação, perde o caráter de propriedade qualquer objeto de análise. E sob essa ótica, extrai-se que a honra não é uma propriedade capaz de ser violada por agressão — agressão esta que resulte em dano físico ou patrimonial — pois além de não ser escassa — a honra não é um bem mensurável, não tem extinção — como também não é apropriável — ora pois, não se trata de um recurso disponível no mundo para os seres humanos se apossarem. A honra é um juízo de valor e identidade, pelo qual, terceiros “avaliam” a sua moralidade e conduta.

De maneira sucinta e bem direta, talvez parecendo áspera, o economista Walter Block escreve:

É fácil ser um advogado da livre expressão, quando ela se aplica aos direitos daqueles com quem estamos de acordo. Mas o teste crucial refere-se ao discurso controverso—declarações que podemos considerar viciosas e sórdidas.

Agora, não há, talvez, nada mais repugnante ou vicioso do que a difamação. Portanto, temos de tomar especial cuidado ao defender o direito de livre expressão dos difamadores, pois, se ele puder ser protegido, os direitos de todos os demais — que não ofendem tanto — certamente estarão mais assegurados. Mas, se o direito de livre expressão dos difamadores e caluniadores não for protegido, os direitos dos outros estarão menos assegurados.

A razão de os libertários civis até hoje não terem se envolvido na proteção dos direitos dos difamadores e caluniadores é evidente — a

difamação é ruína para as reputações. São abundantes as histórias cruéis sobre empregos, amizades etc., perdidos. Longe de se preocuparem com o direito de livre expressão do difamador e do caluniador, os libertários civis têm se preocupado em proteger aqueles que tiveram suas reputações destruídas, como se isso fosse, por si próprio, imperdoável. Mas, obviamente, proteger a reputação de uma pessoa não é um valor absoluto. Se fosse, ou seja, se as reputações fossem realmente sacrossantas, então teríamos de proibir a maior parte dos tipos de comunicação que podem denegrir a reputação de alguém, mesmo as verdadeiras. A crítica desfavorável e a sátira ao cinema, teatro, música ou a crítica literária não poderiam ser permitidas.

Qualquer coisa que depreciasse a reputação de qualquer indivíduo ou instituição teria de ser proibida.

Naturalmente, os libertários civis negariam que sua objeção à calúnia e à difamação compromete-os com a visão aqui colocada. Eles reconheceriam que a reputação de uma pessoa nem sempre pode ser protegida, que às vezes ela tem de ser sacrificada. Mas isso, diriam eles, não isenta o difamador. Pois a reputação de uma pessoa não é algo com que se possa lidar de forma leviana, não pode ser prejudicada sem bons motivos.

Mas o que é a “reputação” de uma pessoa? Que coisa é essa que não pode ser “tratada com leviandade”? Sem dúvida, não é uma possessão que se possa dizer que pertence a ela da mesma forma como lhe pertencem suas roupas. Na verdade, a reputação de uma pessoa sequer “pertence” a ela. A reputação de uma pessoa é o que os outros pensam dela; consiste dos pensamentos “que outras pessoas têm a seu respeito”. Um homem não possui sua reputação, da mesma forma como não possui os pensamentos dos outros — porque isso é tudo do que consiste sua reputação. A reputação de um homem não lhe pode ser roubada, da mesma forma como não lhe podem ser roubados os pensamentos de outras pessoas. Se sua reputação “lhe foi tirada”, de um modo ou de outro, pela verdade ou pela falsidade, antes de tudo, ele não a possuía e, portanto, não deveria poder recorrer à lei por danos.

O que, então, estamos fazendo, quando objetamos ou proibimos a difamação? Estamos proibindo alguém de afetar ou tentar afetar os pensamentos de outras pessoas. Mas o que significa o direito de livre expressão, senão que somos livres para tentar afetar os pensamentos dos que nos rodeiam? Então, temos de concluir que a difamação e a calúnia são consistentes com o direito de livre expressão.

Por fim, por mais paradoxal que possa ser, as reputações provavelmente ficariam mais seguras sem as leis que proíbem o discurso difamatório! Com as leis atuais proibindo a difamação, há uma tendência natural de se acreditar em qualquer mácula que seja lançada a público sobre o caráter de alguém. “Se não fosse verdade, não seria publicado”, argumenta o público crédulo. No entanto, se a difamação e a calúnia fossem permitidas, o público não seria tão facilmente enganado. (BLOCK, Walter, 2010, p. 67-68)

Revista Fronteiras Interdisciplinares do Direito

Interdisciplinary Boundaries of Law Journal

Nº3 V.3 2020

No mesmo sentido explica o italiano Marcelo Mazzilli, em sua obra *Estado? Não, obrigado*:

A injúria não é uma agressão. Algumas pessoas podem se sentir prejudicadas pela injúria sofrida, mas isto não muda o fato de que a injúria, os insultos, a ofensa racial ou religiosa, a blasfêmia, não possam ser consideradas agressão. Existem inúmeras razões pelas quais uma pessoa pode se sentir prejudicada ou ofendida, mas isto não significa que estes atos sejam crimes. Um indivíduo pode se sentir ofendido se o seu vizinho pinta a casa dele de verde, um outro pode se ofender se o seu vizinho come carne, e outro ainda se o seu vizinho toma sol nu. Todos estes são comportamentos não agressivos e, logo, legítimos (a não ser que violem contratos como nos casos de algumas cidades privadas).

A difamação é uma forma particular de injúria. Esta não se dirige tanto ao interessado, mas à opinião pública. Dizer algo sobre um indivíduo, admitindo que prejudique a “opinião pública” sobre o mesmo, não pode ser considerado um crime sobre a propriedade.

Na verdade “aquilo que os outros pensam de mim” é algo que, de fato, pertence aos outros e não a mim. Não me foi surrupiada a minha propriedade porque a minha reputação é algo que não me pertence.

É evidente que num sistema de livre mercado que não visse a difamação como um crime, no qual todos pudessem dizer tudo sobre todos livremente, a maior parte das vozes e dos rumores não seriam levados em consideração, e apenas “fontes confiáveis” poderiam ter a possibilidade de causar consequências para os difamados. (MAZZILLI, Marcelo, 2010, p. 140-141)

Embora possa parecer “assustador”, o que ambos economistas expuseram, de maneira branda e utilizando da lógica e de evidências e argumentos fundamentados, é que a descriminalização não somente é melhor em termos utilitaristas, como também uma preservação da propriedade privada e liberdade de expressão e da Ética.

O que deve-se ressaltar é que *descriminalizar* tais delitos não significa *incentivo* ou *fomento* à prática de atos deselegantes, imorais ou que causem desordem social. Trata-se apenas de a norma tutelar o direito de propriedade sem atenuar a liberdade do indivíduo.

Por fim, de maneira ilustre o economista e filósofo austríaco e precursor do austrolibertarianismo Murray N. Rothbard corrobora o que foi dito *in supra*, analisando a problemática da criminalização da calúnia e da difamação no âmbito ético.

Outra área difícil é a da lei de calúnia e difamação. Geralmente tem se considerado legítimo restringir a liberdade de expressão se esta tem o efeito de danificar de maneira falsa ou maliciosa a reputação de outra

pessoa. O que a lei de calúnia e difamação faz, resumidamente, é afirmar um “direito de propriedade” de uma pessoa sobre sua própria reputação. No entanto, a “reputação” de alguém não é não pode ser uma “propriedade” dessa pessoa, uma vez que ela é puramente uma função das atitudes e sentimentos subjetivos de outras pessoas. E como ninguém pode, de fato, “possuir” a mente e a atitude de outra pessoa, isto significa que ninguém pode ter, literalmente, um direito de propriedade sobre a sua “reputação”. A reputação de uma pessoa varia constantemente, de acordo com as atitudes e opiniões do resto da população; logo, alguém que se exprima atacando outra pessoa não pode estar invadindo os direitos de propriedade desta pessoa e, portanto, não deveria estar sujeita a qualquer restrição ou punição legal.

É, obviamente, imoral fazer acusações falsas contra outra pessoa, porém, novamente, o moral e o legal são, para o libertário, duas categorias muito diferentes.

Além disso, pragmaticamente, se não existissem leis de calúnia e difamação, as pessoas estariam muito menos dispostas a dar crédito a acusações insuficientemente documentadas do que têm sido. Hoje em dia, se um homem é acusado de alguma conduta irregular ou delito, a reação geral é de acreditar nessa acusação, já que, se a acusação fosse falsa, “por que ele não entra com um processo por calúnia?” A lei da calúnia, claro, discrimina assim contra os mais pobres, já que uma pessoa com poucos recursos financeiros dificilmente terá como dar sequência a um processo custoso de calúnia contra uma pessoa abastada. Ademais, pessoas mais ricas agora podem usar as leis de calúnia contra as pessoas mais pobres, restringindo declarações e acusações perfeitamente legítimas por meio da ameaça de processar seus inimigos mais pobres por calúnia.

Paradoxalmente, então, no sistema atual uma pessoa de recursos mais limitados tem mais probabilidade de sofrer calúnias — e de ter sua liberdade de expressão restringida — do que ele teria num mundo sem quaisquer leis contra calúnia ou difamação.

Felizmente, nos últimos anos as leis contra a calúnia têm sido gradualmente enfraquecidas, a tal ponto que uma pessoa já pode fazer críticas vigorosas e agudas a funcionários públicos e pessoas públicas sem ter medo de estar sujeita a processos legais custosos ou uma punição legal. (ROTHBARD, Murray, 2013, p. 116-117)

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ante todo o exposto, se vislumbra uma inconsistência lógica no ordenamento jurídico brasileiro, como também uma deturpação ética, tendo em vista que a mitigação da liberdade de expressão — direito este que deriva do direito de propriedade — acarreta em sua supressão.

Outrossim, a atuação do Direito Penal na resolução de conflitos dessa natureza, *i.e.*, ofensas não físicas e que não gerem prejuízos patrimoniais nem corporais, é de fato

uma hipertrofização da legislação penal, demonstrando não somente a ineficácia do ordenamento, como também um declínio moral e ético do cidadão, tendo em vista que, com a tutela penal sendo convocada, mostra-se uma insuficiência de outras medidas jurídicas, quer sejam administrativas, quer sejam civis, ou mesmo uma eventual e fortuita autocomposição das partes, que reatam o diálogo e extinguem o litígio da maneira menos onerosa possível, entrando num célere acordo.

Além de lotar o Judiciário com desentendimentos e “fofocas”, a criminalização dos delitos contra a honra, que embora sejam delitos de ação privada — salvo nos casos previstos no artigo 145 do Código Penal — transferem para o Poder Público uma relação privada, acarretando ainda mais morosidade e descontentamento por entre as partes, que irão utilizar do Poder Judiciário mais como instrumento de vingança do que de conciliação e justiça.

Fica nítido pois que, por mais dificultoso que seja, a liberdade de expressão deve ser preservada no seu âmago, ou então a mesma sucumbirá aos arbítrios do Grande Irmão.

Somado a isso, sem mais delongas, conforme se extraiu dos textos transcritos dos economistas e filósofos austríacos, não há que se falar em criminalizar algo que não gerou dano, assim como não há que se falar em criminalizar algo que não há vítimas — como por exemplo, o uso e o tráfico de entorpecentes. Segundo a doutrina libertária, constitui crime uma ação agressiva contra a propriedade de outrem — seja seu corpo (autopropriedade), ou seus recursos escassos legitimamente apropriados. Qualquer coisa fora dessa definição não constitui agressão e por conseguinte, não constitui violação da norma ética (crime).

Encerra-se o presente trabalho dando ênfase que o objetivo desse artigo não constituiu-se de fazer apologia aos crimes de injúria, calúnia, difamação ou qualquer outro delito mencionado *in supra*. O escopo do presente trabalho é meramente acadêmico, visando uma apreciação sobre o sistema penal e uma breve apresentação da Ética Libertária em contraste com a legislação positivista brasileira, abrindo um novo panorama e novas perspectivas para o Direito.

Revista Fronteiras Interdisciplinares do Direito

Interdisciplinary Boundaries of Law Journal

Nº3 V.3 2020

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BLOCK, Walter. *Defendendo o indefensável*. 2. ed. São Paulo. Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2010

BRASIL. *Constituição Federal* (1988). Brasília, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 30 set. 2020.

BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. *Código Penal*. (1940). Brasília, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 30 set. 2020.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios; ESTEFAM, André. *Direito Penal Esquematizado Parte Geral*. 7. ed. São Paulo, Saraiva. 2018

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MAZZILI, Marcello. *Estado? Não, obrigado*. 1. ed. São Paulo. Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2010

MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. *Direito Penal do Inimigo: 3ª velocidade do Direito Penal*. 1. ed. Curitiba. Juruá, 2008

ROTHBARD, Murray. *Por Uma Nova Liberdade: O Manifesto Libertário*. 1. ed. São Paulo, Instituto Ludwig von Mises Brasil. 2013