

Adel El Tasse: O elemento subjetivo nos crimes contra a honra

14/07/2020

Ao passo que se ampliaram na sociedade brasileira os mecanismos de controle e verificação da regularidade dos atos administrativos, com o surgimento e consolidação de órgãos como a Controladoria Geral da União, o CNJ, o Conselho Nacional do MP, entre outros, também se observa uma reação dos setores submetidos à fiscalização, com a indevida utilização de ações criminais por delitos contra a honra, como forma de impedir que denúncias sejam formuladas perante os órgãos competentes para apurá-las.



Dessa forma, passa a se vivenciar a inusitada

experiência de surgirem mecanismos garantidores de maior participação dos cidadãos nos diferentes assuntos do Estado e, ao mesmo tempo, crescer o número de ações penais por crimes contra a honra, com o claro propósito de impedir que as pessoas possam efetivamente se valer dos mecanismos fornecidos pela lei, próprios do regime democrático, para controlar os atos administrativos e apurar a eventual ocorrência de abusos.

Há que se ter claro que a existência de poderes plenos é incompatível com o regime democrático, de sorte que sempre deve ser possibilitado o controle pelos cidadãos sobre os atos praticados e, mais que isso, sempre deve haver condições de instar os órgãos de controle a efetuar levantamentos, investigações, enfim, praticar todos os atos de fiscalização que, em última análise, conduzem ao engrandecimento das próprias instituições públicas.

A tentativa de coibir os cidadãos a não ascenderem aos órgãos de controle e fiscalização pela via do processo por crime contra a honra descuida, porém, de observar alguns dos elementos mais importantes da estruturação dogmática dos delitos, havidos no avanço do sistema jurídico penal para justamente conter os autoritarismos europeus do final do século passado.

A questão dogmática essencial, nesse momento a destacar, é a constatação de que o tipo penal não se constitui em elemento puramente formal, apresentando também elemento subjetivo, essencial para fazer frente à verificação ontológica de que não existe agir desprovido de



finalidade, ou seja, de que não há mera causação de resultados, mas ações com finalidade determinada no momento de sua prática e que podem produzir resultados danosos.

A evidência do agir necessariamente orientado para um fim tornou inevitável a observação de que o tipo penal deve espelhar esta finalidade, dando margem à consecução de seu conteúdo subjetivo, expressado de forma geral pelo dolo.

O que se tem, dessa forma, é que não existem ações cegas, que por casualidade produzam resultados lesivos, mas necessariamente ações orientadas para determinado objetivo e esta determinação finalística do agir deve necessariamente ser analisada para a realização do juízo de tipicidade penal.

No que refere aos crimes contra a honra não é diferente, ou seja, não se constitui a tipificação penal nestas hipóteses em mera verificação formal da ação da pessoa, mas em apurado juízo quanto à presença do elemento subjetivo na ação delitiva, inclusive em seu aspecto específico, consistente no desejo de ocasionar ofensa à honra do sujeito passivo.

Assim sendo, a solução, sob o ponto de vista dogmático, torna-se absolutamente simples, pois jamais terá preenchido a tipicidade penal por crime contra a honra quem não canalizou a sua ação com o objetivo de produzir a ofensa moral, o que afasta, em um primeiro momento, de forma evidente, a hipótese do cidadão que legitimamente provoca as instâncias competentes a promoverem a apuração de fatos, ainda que em seu final haja conclusão pela inexistência da irregularidade.

Nesse sentido, o mero desejo de promover a investigação de fatos, assim como o ânimo de defender um direito, ainda que de forma contundente, mas sem a concreta comprovação de ter havido a intenção de provocar ofensa moral, não configura crime e, por tal razão, quando diante de acusação de ofensa lançada por alguém que instou órgãos fiscalizatórios ou de apuração competentes vigora a mesma regra que a existente em relação ao advogado quando em juízo, no patrocínio da causa, ou seja, deve restar demonstrado, já no início, para que se possa receber eventual preambular criminal, que a pessoa atuou com o propósito claro de promoção de ofensa pessoal a outrem.

A propósito do advogado no patrocínio da causa, também é comum a confusão de, na medida em que o Estatuto da Advocacia e da OAB (Lei 8.906/94) estabelece ser ele imune em relação aos crimes de difamação e injúria, imaginar que então responde sempre por calúnia. A verdade é que equívoco maior não existe, pois sempre que o Advogado atuar no exercício de seu *munus* público, efetuando a defesa de uma pessoa, de uma tese jurídica, ainda que seja com combatividade, a orientação final do seu atuar é a defesa, jamais se confundindo com o desejo de produção de ofensa à honra de outrem, o que impede a incidência de qualquer tipificação penal, com o risco de gerar um bloqueio ao exercício da própria advocacia pela ameaça do processo criminal, raciocínio inverso implicaria em ter que afirmar que sempre que uma denúncia é ofertada e que a pessoa termina absolvida, quem a promoveu cometeu crime contra a honra ou quando há uma condenação depois reformada, o Magistrado que prolate a decisão condenatória também terá cometido crime contra a honra, em ambos os casos, calúnia, pela falsa atribuição de fato criminoso.

Veja nos exemplos acima a relevância do elemento subjetivo no juízo de tipicidade penal e especificamente em relação aos crimes contra a honra, *em que o tipo exige o dolo direto ou eventual, ou seja, não há crime com a ausência do dolo. Portanto, se a ação for praticada com animus jocandi, animus narrandi, animus corrigendi, animus defendendi, animus consulendi, não haverá crime por ausência do dolo, consistente no desejo de atingir a honra da vítima.*

A propósito, nesse sentido a jurisprudência dos Tribunais Superiores é consolidada, como se pode observar exemplificativamente dos seguintes arestos:

"AÇÃO PENAL PRIVADA. CRIMES CONTRA A HONRA. CALÚNIA, DIFAMAÇÃO E INJÚRIA. INFORMAÇÕES PRESTADAS EM MANDADO DE SEGURANÇA CONSIDERADAS OFENSIVAS. IMUNIDADE FUNCIONAL. INEXISTÊNCIA DA INTENÇÃO DE OFENDER. QUEIXA CRIME REJEITADA. – "A crítica judiciária, ainda que exteriorizada em termos ásperos e candentes, não se reveste de expressão penal, em temas de crimes contra a honra, quando, manifestada por qualquer Magistrado, no regular desempenho de sua atividade jurisdicional, vem a ser exercida com a justa finalidade de apontar equívocos ou de censurar condutas processuais reputadas inadmissíveis. Situação registrada na espécie dos autos, em que o Magistrado, sem qualquer intuito ofensivo, agiu no estrito cumprimento do seu dever de ofício" (QC n. 501-DF, relator ministro Celso de Mello). Queixa crime rejeitada [1].

CRIMINAL. RESP. CALÚNIA. DOLO ESPECÍFICO. AUSÊNCIA. ABSOLVIÇÃO. CONTEXTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INCURSÃO. INVIABILIDADE. NÃO CONHECIMENTO. RECURSO NÃO CONHECIDO. I. Indispensabilidade do dolo específico (animus calunandi), ou seja, a vontade de atingir a honra do sujeito passivo, para a configuração do delito de calúnia. II. Se o Tribunal a quo afastou o crime de calúnia, sob o entendimento de que o réu não teve a intenção de ofender a honra do magistrado, pois se insurgia contra a procrastinação do andamento do feito prejudicial ao seu cliente, não pode esta Corte modificar tal entendimento sem incursão no mesmo contexto fático-probatório, diante do óbice da Súmula 07 /STJ. III. Recurso não conhecido" [2].

A dogmática penal, portanto, exerce importante papel para impedir que as pessoas tenham a sua própria cidadania subtraída e passem a viver a experiência de estruturas autoritárias no seio do Estado democrático, calcadas na obrigação do silêncio em relação a qualquer ato praticado por representantes do poder público, pois ao impedir que se cogite de crime contra a honra por quem não tem manifesto o desejo de ofender a dignidade moral de outrem, deixa patente que não há que se falar em delito quando a pessoa atua provocando a verificação da regularidade dos atos administrativos, em seus mais diferentes níveis e independente do poder do Estado a que digam respeito.

É bem-vinda, nesse tema, a lembrança do lendário presidente norte-americano Abraham Lincoln quando afirma *"pecar pelo silêncio, quando se deveria protestar, transforma homens em covardes"*, pois todo aquele que não compactua com a democracia e carrega em si o germe do autoritarismo e da tirania justamente o que deseja é transformar os demais em covardes, para que jamais o questionem.



A ditadura intimida para que haja silêncio, a democracia exalta a liberdade em todas as suas formas, em especial na capacidade de questionar o próprio Estado sobre as suas ações e assim permitir que a sociedade avance sempre.

Eventual utilização de expedientes criminais de forma indevida e comprometedora das regras dogmáticas de Direito Penal nada mais é que intimidação ao silêncio, ou seja, ditadura.

Artigo publicado originalmente pelo site Migalhas

[1] Apn 256 / PE - Relator (a): ministro BARROS MONTEIRO (1089) - Data do Julgamento: 17/5/2006.

[2] REsp 711891 / RS - Relator (a): ministro GILSON DIPP - Data do Julgamento 21/9/2006.

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2020-jul-14/adel-el-tasse-elemento-subjetivo-crimes-honra/>