



FACULDADE DE DIREITO DO SUL DE MINAS



ACADÊMICA: MARCELA MODESTO FERMINO

PROF. DR. EDSON VIEIRA DA SILVA FILHO

**A IDEIA DA REESTRUTURAÇÃO DO DIREITO PENAL BRASILEIRO SOB UMA
ÓTICA MINIMALISTA
(EM ANDAMENTO)**

POUSO ALEGRE – MG

2019

RESUMO

É fato que o Brasil presencia uma crise no âmbito penal: sistemas carcerários lotados, processos parados, prisioneiros sendo soltos muito mais cedo por falta de condições estruturais, entre outros diversos problemas neste sentido. Há, portanto, uma necessidade de se analisar os pontos problemáticos e apontar soluções eficientes e possíveis, de modo a amenizar com mais rapidez estes problemas. Uma das soluções que pode ser apontada é reestruturar o sistema penal brasileiro em um conceito minimalista, respeitando os princípios da subsidiariedade e, é claro, da legalidade. Aqui, será tratada especificamente a disfuncionalidade dos crimes contra a honra no código penal brasileiro.

INTRODUÇÃO

Primeiramente, é necessário assumir a ideia de que o sistema penal é uma estrutura. Assumindo-o como tal, é mais fácil de discorrer sobre uma reestruturação. Tudo o que vivemos hoje é fruto de uma construção lenta e multidisciplinar, que leva em consideração fatores históricos, sociológicos, econômicos, políticos e tudo o que uma sociedade é envolvida. Com o Direito Penal é a mesma coisa: ele é fruto de uma construção que foi feita sob influências externas e também necessidades internas, que o fez como é hoje.

(...) a sociedade não é uma realidade que se possa conhecer sobre o plano objetivo, mas o produto de uma ‘construção social’, obtida graças a um processo de definição e de tipificação por parte de indivíduos e de grupos diversos¹.

Entretanto, os tempos mudaram. O que era necessário no séc. XX (quando o código penal foi implantado no Brasil) hoje em dia pode ser descartável ou tratado em outras instâncias do Direito. Alterações são um passo natural da democracia, obedecendo às necessidades do povo e servindo à população. Alguns tipos penais vigentes já não têm mais tanto impacto no meio social, servindo apenas de atraso para outros processos que realmente possuem a necessidade do sistema punitivo frente à atitude que levou à demanda.

Em parte o que chamamos vulgarmente de direito atua, pois, como um reconhecimento de ideais que muitos vezes representam o oposto da conduta social real².

Tendo em vista os problemas já citados anteriormente sobre o sistema penal em geral e o princípio da subsidiariedade – que discorre sobre o confronto aparente de normas – e a

¹ BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. Tradução de Juarez Cirino dos Santos – Rio de Janeiro: Editora Revan: Instituto carioca de criminologia, ed. 6, 2011. p. 87.

² FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 4ed – São Paulo: Atlas, 2003. p. 31.

natureza indenizatória no âmbito Civil que é resultado de calúnia, injúria ou difamação, é possível inferir que os crimes contra a honra não são mais compatíveis com o Direito Penal. É preciso, portanto, reiterar a necessidade destes tipos penais não serem mais taxados como crimes passíveis de punição, e deixá-los a encargo do âmbito Civil.

DESENVOLVIMENTO

Os crimes calúnia, difamação e injúria estão tipificados nos arts. 138 à 140 do Código Penal, sendo o primeiro imputar falsamente atitude criminosa, o segundo fato desonroso (podendo ser verdadeiro ou não) e o terceiro afetar a autoestima da pessoa. Em síntese, são estas as definições dos crimes que serão aqui taxados como desatualizados para a sociedade atual. Pode-se perceber que o bem jurídico afetado nestes tipos é a honra, sendo que dois deles são considerados retratáveis e o terceiro é subjetivo.

É necessário avaliar o limite do poder punitivo do Estado, visto que a legitimidade de restringir o direito de liberdade ao inserir o indivíduo no sistema carcerário é apenas dele. A responsabilidade, portanto, é muito maior que se imagina: o Estado é como um pai que deve cuidar de seus filhos de maneira que a igualdade e paridade no tratamento seja compatível com a realidade da casa e de sua rotina. Os bens jurídicos são tutelados pelo Estado e devem ser protegidos de forma equitativa (desigual para os desiguais).

Deste modo a reiteração reforça a falsa imagem do sistema penal e do poder punitivo como meio eficaz para resolver os mais complexos problemas sociais, que a premência das respostas de efeito impede de analisar com seriedade³.

Se o bem jurídico afetado nos crimes contra a honra ou é retratável ou subjetivo – no sentido de que as mesmas palavras podem afetar de forma diferente pessoas diferentes –, logo é uma medida desproporcional privar a liberdade ou imputar-lhe um antecedente que pode prejudica-lo futuramente por causa disso. A ideia demonstrada aqui é dizer que não se pode mensurar a honra de uma pessoa equivalendo-se à penas restritivas de liberdade, porém em ações indenizatórias o *quantum* consegue medir esses danos.

RESULTADOS PARCIAIS

Hoje, já é amplamente discutido ações indenizatórias e dano moral, inclusive ações desta espécie são de um número muito alto – em 2017 foram mais de um milhão⁴ - o que leva

³ ZAFFARONI, Eugenio Raul; BATISTA, Nilo. *Direito penal brasileiro*: primeiro volume – teoria geral do direito penal. – Rio de Janeiro: Revan, 2003, 4ª ed, 2011. p. 61.

⁴ BRASIL. *Justiça em Números 2018: ano-base 2017/Conselho Nacional de Justiça* - Brasília: CNJ, 2018. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/09/8d9faee7812d35a58cee3d92d2df2f25.pdf>. Acesso em 30 set 2019. P. 180.

a crer que a população de hoje prefere receber dinheiro ao invés de passar pelo processo penal por causa de uma ofensa. Os crimes contra a honra enquanto crimes tornaram-se obsoletos frente à estrutura social pelo qual eles se fundamentam, não sendo mais a primeira saída que as pessoas encontram ao se encontrarem vítimas destes crimes.

A reestruturação do Código Penal em uma ótica minimalista é basicamente o que foi exemplificado anteriormente: averiguar o que ainda é ou não compatível com a sociedade atual e reestruturar o sistema fundado no princípio da subsidiariedade e legalidade. Sobre a legalidade, a população regida pelo direito privado pode fazer tudo o que não lhe é proibido expressamente, e se já há a possibilidade da pessoa ser ressarcida em responsabilidade civil, não há a necessidade da lei se expressar novamente no âmbito penal sobre o mesmo assunto.

Esta solução é possível e eficiente, visto que desatola as varas criminais de crimes que não são compatíveis com a realidade atual da população. Como a sociedade é regida por construções e está constantemente em mudanças, pode até ser que futuramente estas ações voltem a ser necessárias como tipos penais, mas enquanto isto não acontece, faz-se necessária a reestruturação fundada no minimalismo penal. Não é apenas retirar os crimes contra a honra, mas sim revisar todo o Código Penal.

METODOLOGIA

A metodologia eleita neste trabalho é a descritivo-analítica, fundada sobre pesquisas bibliográficas – desde grandes obras até legislações, artigos, notícias e jurisprudências que se interligam ao tema.

OBJETIVOS

Apontar os principais problemas formais da estruturação do Direito Penal brasileiro contemporâneo.

Integrar o Direito Penal mínimo como necessário na atualidade, com a justificativa fundada na necessidade de se acompanhar as mudanças sociais.

Especificar o funcionamento de um Direito Penal minimalista, exemplificado com a demonstração da desnecessidade dos crimes contra a honra no ordenamento jurídico.

REFERÊNCIAS

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. Tradução de Juarez Cirino dos Santos – Rio de Janeiro: Editora Revan: Instituto carioca de criminologia, ed. 6, 2011.

BRASIL. *Justiça em Números 2018: ano-base 2017/Conselho Nacional de Justiça* - Brasília: CNJ, 2018. Disponível em:

<https://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/09/8d9faee7812d35a58cee3d92d2df2f25.pdf>. Acesso em 30 set 2019.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 4ed – São Paulo: Atlas, 2003.

FOUCAULT, Michel. *Estratégia, poder – saber*. Editora Forense Universitária. 2003.

_____. *Vigiar e punir*. Editora Vozes. 2004.

SILVA FILHO, Edson Vieira da. *Minimalismo penal: uma reflexão crítica a partir de Eugenio Raul Zaffaroni* “Em busca das penas perdidas”.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Em busca das penas perdidas*. Editora Revan. 1991.

_____; BATISTA, Nilo. *Direito penal brasileiro: primeiro volume – teoria geral do direito penal*. – Rio de Janeiro: Revan, 2003, 4ª ed, 2011.