

ADIVINHE QUEM VEM PARA JANTAR. A LIBERDADE DE EXPRESSÃO DO OFENSOR E O SUBJETIVISMO DO JULGADOR NA ANÁLISE DOS CRIMES DE INJÚRIA

GUESS WHO'S COMING TO DINNER. OFFENDERS' FREEDOM OF EXPRESSION AND JUDGES' SUBJECTIVISM IN THE ANALYSIS OF THE CRIME OF LIBEL

*Fábio Carvalho Leite**

*Ivar Allan Rodriguez Hannikainen***

*Flavia Kamenetz Nhuch****

RESUMO

O crime de injúria tem uma tensão muito forte com a liberdade de expressão, se considerarmos que o valor desta é maior justamente para as manifestações duras, críticas e eventualmente ofensivas. A doutrina de direito penal, contudo, não trata de potenciais conflitos com a liberdade de expressão – termo que, aliás, nem sequer menciona. Os autores limitam-se a apresentar critérios e fazer considerações que aparentemente julgam ser suficientes para a identificação da ocorrência do crime, forjando uma suposta objetividade ao tipo penal. Mas a realidade revela o que a teoria oculta. Neste artigo, pretendemos demonstrar que o conflito com a liberdade de expressão reaparece nos casos concretos e que os critérios doutrinários não dão conta da sua resolução, resultando numa considerável dose de subjetividade por parte do julgador na identificação da ocorrência do crime de injúria. Para tanto foram realizados um estudo correlacional com cem profissionais do direito (dos quais metade atua na área criminal), a quem pedimos para julgar seis casos reais (com os nomes alterados), e uma pesquisa jurisprudencial com decisões tanto pela condenação como pela absolvição, a fim de avaliar a consistência dos fundamentos apresentados pelos julgadores.

PALAVRAS-CHAVE

Crime de injúria. Liberdade de expressão. Direito à honra. Direito de ofender.

ABSTRACT

The criminal libel has a strong tension with the freedom of expression, particularly since the relevance of the latter is greater for harsh, critical, and even offensive expressions. The doctrine of criminal law, however, fails to address potential conflicts with the freedom of expression – a term which, incidentally, is never mentioned. Criminal law scholars merely introduce criteria and considerations they seemingly consider sufficient to characterize the occurrence of the crime of libel, feigning an

* Professor de Direito Constitucional (graduação e pós-graduação *stricto sensu*) na Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio). Doutor em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – Uerj (2008). Bolsista de Produtividade em Pesquisa (PQ) do CNPq. Membro da Comissão de Direito Constitucional da OAB-RJ (Rio de Janeiro, RJ, Brasil). *E-mail*: fabiojur@puc-rio.br

** Pós-Doutor pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio), financiado pelo CNPq. Doutor em Filosofia pela *University of Sheffield*. Pesquisador na Fundação Getúlio Vargas (FGV Direito Rio) (Rio de Janeiro, RJ, Brasil). *E-mail*: ivar.hannikainen@gmail.com

*** Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio). Advogada criminal (Rio de Janeiro, RJ, Brasil). *E-mail*: faak93@yahoo.com.br

O presente trabalho foi realizado com apoio do CNPq – Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico – Brasil (processo n. 310060/2015-0), da Capes (Procad – PUC-Rio/UFPA/Unicap) e da Faperj (APQ1 2015).

alleged objectivity to the criminal type. Yet, reality reveals what the theory conceals. In this article, we aim to show that conflicts with the freedom of expression resurface in concrete cases and that the criteria within legal doctrine do not account for their resolution, leading to considerable subjectivity in judges' identification of instances of crime of libel. To this end, we conducted a correlational study among one hundred legal professionals (out of which half are criminal law specialists), whom we asked to judge six actual cases (with altered names), and a jurisprudential research on decisions, for both conviction and acquittal, in order to evaluate the consistency of judges' pleas.

KEYWORDS

Criminal libel. Freedom of speech. Right to honor. Right to offend.

INTRODUÇÃO

Um conhecido apresentador de televisão decidiu realizar um evento beneficente em sua mansão, ao qual compareceram magistrados, políticos locais, empresários e artistas. Em determinado momento, Pedro, cunhado do anfitrião, dirigiu-se a uma roda de convidados e cumprimentou todos, exceto um: o juiz titular da comarca onde residia, embora este tivesse oferecido a mão em cumprimento, o que causou visível constrangimento entre os presentes. O fato foi comentado em outra roda de convidados, onde Joana, uma atriz de sucesso, criticou a postura de Pedro, afirmando que ele seria um hipócrita. Um pouco antes de sair da festa, Pedro ficou sabendo do comentário feito por Joana. Ao chegar em casa, Pedro sentou-se numa poltrona e ficou folheando o jornal que estava ao lado, no qual leu a seguinte nota publicada por um dos colunistas: “fracassou uma das mais atrevidas aventuras já tentadas contra os cofres públicos”. O colunista referia-se à decisão do Superior Tribunal de Justiça (STJ) a respeito de uma ação movida por uma conhecida empresa do ramo da construção civil que pedia uma indenização no valor de R\$ 10 bilhões (o que à época equivalia a 1% do PIB brasileiro) contra uma empresa estatal. Segundo o STJ, o processo deveria ser julgado pela Justiça Federal e não pela Justiça Estadual.

A cena descrita acima parece banal, e talvez realmente o seja. Mas, de acordo com a doutrina penalista brasileira (doravante simplesmente *doutrina*), Pedro e Joana cometeram crimes de injúria. E segundo a juíza da 6ª vara criminal de São Paulo, o jornalista que publicou a nota também (no caso, o jornalista Luís Nassif) – decisão reformada pelo Tribunal, mas por maioria.

Mas o que permite que fatos tão banais, como deixar de cumprimentar alguém (MIRABETE, 2011, p. 130)¹ ou chamar uma pessoa de hipócrita (JESUS, 2007, p. 498), possam ser identificados como crime? E o que dizer da nota publicada pelo jornalista – sobretudo se considerarmos que a Justiça Federal também negou o pedido da empresa, que já chegava a R\$ 1,23 trilhão (metade do PIB

¹ “[...] até por omissão pode-se injuriar: não apertar a mão de quem a estende, em cumprimento; não responder, acintosamente, a um cumprimento em público etc.”

brasileiro à época)? A 1ª turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região não confirmou, de certo modo, a crítica feita pelo jornalista?²

Não assumimos aqui que os exemplos citados sejam os mais representativos do crime de injúria segundo a doutrina; ao contrário, são absurdos e justamente por isso foram selecionados. Mas são exemplos que existem, estão na doutrina, que, por definição, “ensina” o que é e quando ocorre o crime de injúria. E não seria exagero especular que é essa doutrina, com entendimentos no mínimo estranhos, capazes de criminalizar as condutas (hipotéticas) de Paulo e Augusto, que potencialmente permite a condenação (real) do jornalista Luís Nassif.

Identificamos, a partir da leitura de diversos cursos e manuais de direito penal do País (FRAGOSO, 2003; DELMANTO, 2007; JESUS, 2007; PRADO, 2008; BITENCOURT, 2011, 2014; MIRABETE, 2011; GRECO, 2013), dois pontos que podem explicar esse quadro. Curiosamente não são pontos presentes na doutrina, mas totalmente ausentes dela: a liberdade de expressão do ofensor e a subjetividade do julgador na avaliação da conduta. São, contudo, ausências sentidas de forma distinta. É compreensível, pela tradição acadêmica do direito brasileiro, que a doutrina não trate de temas como os riscos da subjetividade do julgador, os problemas daí decorrentes, as razões que permitem que isso ocorra. É lamentável, já que envolve temas inerentes ao direito (linguagem jurídica, vagueza dos enunciados normativos, discricionariedade do intérprete, etc.), mas compreensível. Já para a ausência de qualquer reflexão sobre a liberdade de expressão, ou mesmo uma simples menção ao tema, não identificamos uma justificativa razoável. Para a doutrina, ou a ofensa à honra constitui crime de injúria ou é considerada fato atípico, é dizer, ou é crime ou não é crime. Não há qualquer reflexão sobre uma tensão ao menos potencial entre o crime de injúria e a liberdade de expressão do ofensor³ – reflexões que curiosamente surgem em trabalhos acadêmicos monográficos, voltados, por exemplo, aos problemas dos crimes de opinião (SILVA, 2012) e dos discursos de ódio (MEYER-PFLUG, 2009). Também não há diálogo com a doutrina constitucionalista, que tende a conferir um peso maior à liberdade de expressão (SAGÜÉS, 2006, p. 966-967), tampouco com autores que defendem até mesmo um *direito de ofender* (DIMOULIS; CHRISTOPOULOS, 2009).

Mas a prática devolve o que a teoria esconde. Nos processos judiciais envolvendo crime de

² Sobre o caso, cf. <<https://goo.gl/rjwcZn>>. Acesso em: 10 dez. 2015. Quando chegou ao STJ, o valor já alcançava a soma de 20 trilhões de reais. Cf. <<https://goo.gl/j1yBDi>>. Acesso em: 10 dez. 2015.

³ Seria possível, ao menos em tese, argumentar que uma ofensa que não fosse caracterizada como crime de injúria ainda assim poderia não representar o exercício da liberdade de expressão, já que poderia ser considerada um ilícito civil. Serviria como uma razão para a doutrina se limitar a reconhecer que o fato é atípico, sem se comprometer com a licitude da ofensa (que poderia ser contestada na esfera cível). Seria uma explicação mais sofisticada, mas ainda não justificaria a ausência de considerações e reflexões sobre a liberdade de expressão. De todo modo, nem a essa explicação a doutrina recorre. O silêncio é absoluto.

injúria, a liberdade de expressão está sempre presente: na defesa do réu, no parecer do Ministério Público e/ou na sentença e no acórdão – mesmo que a decisão seja pela condenação, o magistrado não deixa de considerar a liberdade de expressão. Isso revela, ou ao menos sugere, duas coisas sobre os casos que podem ou não ser considerados crimes de injúria: (i) que considerações sobre liberdade de expressão podem afetar o resultado e (ii) como decorrência, que o resultado *formatado* pela doutrina (sem considerar a liberdade de expressão do ofensor) pode não corresponder ao que se verifica nos julgados.

Contudo, a inclusão da liberdade de expressão nas reflexões sobre o crime de injúria é uma condição necessária, mas não suficiente para resolver os problemas que identificamos no tipo penal. O fato de juízes e tribunais decidirem os casos concretos considerando a liberdade de expressão do ofensor, seja pela condenação, seja pela absolvição do réu, não torna a decisão necessariamente previsível. Como pretendemos demonstrar a partir de resultados de pesquisas, mesmo nesses casos a identificação do crime de injúria revela uma considerável subjetividade do julgador na avaliação da conduta – o que é um problema decorrente da ausência (no Brasil) de critérios mais concretos sobre os limites à liberdade de expressão.

O objetivo mais geral do presente artigo é retirar o crime de injúria da zona de conforto proporcionada pela doutrina (ao menos a doutrina dogmática), demonstrando que não existe a objetividade na identificação do tipo penal que esses autores de alguma forma acabam sugerindo⁴, o que afeta a segurança jurídica representada pelo princípio da legalidade – princípio básico desse ramo do direito (BATISTA, 2001, p. 67)⁵ –, e argumentando que a subjetividade no julgamento dos casos pode estar relacionada à liberdade de expressão. Isso porque a liberdade de expressão, a despeito do que se lê em decisões judiciais e trabalhos acadêmicos, protege manifestações ofensivas. Ou melhor: não é porque uma manifestação é ofensiva que necessariamente estará excluída da proteção da liberdade de expressão. O que não se sabe – nem é o propósito deste artigo oferecer uma resposta – é o que exatamente torna ilícita uma manifestação ofensiva, seja na esfera cível ou penal.

A fim de atingir os objetivos propostos, estruturamos o trabalho em dois tópicos. No primeiro, será apresentado o tratamento dispensado pela doutrina ao crime de injúria, seguido de uma análise crítica a este respeito, e que sugere que o tipo penal carece de objetividade (mínima),

⁴ Referimo-nos aqui ao mínimo de previsibilidade exigido na identificação de um tipo penal, sem idealizações quanto a uma objetividade absoluta nos demais tipos penais.

⁵ Como afirma Nilo Batista (2001, p. 67): “O princípio da legalidade, base estrutural do próprio estado de direito, é também a pedra angular de todo direito penal que aspire à segurança jurídica, compreendida não apenas na acepção da ‘previsibilidade da intervenção do poder punitivo do estado’, que lhe confere Roxin, mas também na perspectiva subjetiva do ‘sentimento de segurança jurídica’ que postula Zaffaroni. Além de assegurar prévio conhecimento dos crimes e das penas, o princípio garante que o cidadão não será submetido à coerção distinta daquela predisposta na lei.”

comprometendo a segurança jurídica qualificada do direito penal. A doutrina penalista aqui considerada restringe-se a cursos e manuais de viés mais dogmático (FRAGOSO, 2003; DELMANTO, 2007; JESUS, 2007; PRADO, 2008; BITENCOURT, 2011, 2014; MIRABETE, 2011; GRECO, 2013) e que, a partir de consulta a docentes da área, representam a bibliografia básica dos cursos de graduação em direito. A opção pela análise da doutrina dogmática, com a consequente exclusão de obras de criminologia, sobretudo as de viés mais crítico, justifica-se não pelos seus méritos, mas apenas por representar o que forma o senso comum da área.

No segundo tópico, e com o propósito de avaliar a consistência das críticas feitas no tópico anterior, apresentamos os resultados de um estudo correlacional realizado com 100 profissionais do direito e de uma pesquisa jurisprudencial, a partir da qual foram analisadas oito decisões judiciais envolvendo o crime de injúria. Ao final, são apresentadas as conclusões do trabalho.

1 O CRIME DE INJÚRIA, SEGUNDO A DOUTRINA

Definitivamente, o crime de injúria não é problematizado pela doutrina penalista, que se limita a expor elementos e características do tipo penal num discurso quase homogêneo, com poucas divergências. Em linhas gerais, o tipo objetivo do crime consiste em injuriar alguém, insultando sua dignidade (que diz respeito aos seus atributos sociais e morais) ou decoro (referente ao sentimento da vítima com relação a seus atributos físicos e intelectuais), podendo ser perpetrado somente por pessoa física contra pessoa física (o que torna ainda mais peculiar o caso citado na introdução sobre a condenação de um jornalista por ofensa a uma empresa), e por diversos meios, como palavras, escritos, imagens, gestos, etc. (BITENCOURT, 2011, p. 348; PRADO, 2008, p. 235). O tipo penal nesse caso visa tutelar a honra subjetiva da vítima. Já o tipo subjetivo é baseado no dolo, direto ou eventual, de ofender alguém, devendo estar presente para a caracterização do crime o denominado *animus injuriandi*, ou seja, a intenção do autor do fato em injuriar a vítima de maneira livre e consciente. Caso contrário, e como não é prevista a possibilidade do crime culposos, a conduta será atípica (DELMANTO, 2007, p. 413).

Ainda segundo a doutrina (DELMANTO, 2007, p. 414; JESUS, 2007, p. 500; MIRABETE, 2011, p. 131; BITENCOURT, 2011, p. 348-351), o crime de injúria só ocorre quando esta chega ao conhecimento da vítima, *ainda que ela não se sinta realmente ofendida*⁶. O crime, portanto, é formal, sendo necessária somente a adequação típica ao ilícito penal, e o resultado não precisa de fato ocorrer para que a conduta se tipifique, bastando o ânimo em injuriar. Por outro lado, o consentimento do

⁶ TJMG, ACrim 133.955, 2ª Câmara, rel. Des. Herculano Rodrigues. RT 766:686.

ofendido exclui a ilicitude da conduta, e a doutrina penalista é enfática ao afirmar que *a honra é um bem jurídico disponível* (PRADO, 2008, p. 213; GRECO, 2013, p. 419).

O fato de a doutrina nem sequer mencionar a liberdade de expressão em suas considerações sobre o crime de injúria gera um silêncio ensurdecedor. Mesmo na esfera cível, quando há conflito entre liberdade de expressão e proteção à honra, mal ou bem, são criados *standards* e critérios de ponderação (embora todos muito vagos, como, por exemplo, em BARROSO, 2004). Há dezenas de livros e artigos dedicados a esse conflito, o que ao menos sugere alguma cautela por parte dos autores antes de determinarem o direito que deve prevalecer. Já no direito penal, que se caracteriza pelo princípio da intervenção mínima, devendo ser aplicado como *ultima ratio* (BITENCOURT, 2014, p. 53), apenas nos casos em que for absolutamente imprescindível para defender o bem jurídico violado, ou seja, num ramo do direito em que todos os princípios apontam para que a condenação seja mais difícil (ao menos em termos comparativos), basta que estejam presentes os pontos citados acima para que a honra prevaleça sobre a liberdade de expressão.

De fato, o tratamento dispensado pela doutrina ao crime de injúria é simplista e contempla, em tese, situações que dificilmente seriam criminalizadas na prática, ou ao menos encontrariam sérios obstáculos. Seria, portanto, razoável esperar alguma crítica ao tratamento doutrinário, o que curiosamente não ocorre, e é difícil identificar com precisão as razões para tanto – mas talvez possamos especular um pouco.

Poderíamos imaginar que a doutrina oferece exemplos fáceis, de ofensas gratuitas, e de forma tendenciosa ou unilateral, dificultando ao leitor considerar uma outra perspectiva ou hipóteses semelhantes aos exemplos oferecidos, em que a condenação seria de difícil aceitação ou de fácil contestação. Contudo, não foi exatamente o que encontramos em nossa pesquisa doutrinária. Há, de fato, uma leitura um pouco tendenciosa, já que os autores (em cursos e manuais) pretendem explicar o tipo penal, e não problematizá-lo. Mas há também um tratamento descompromissado com as dificuldades que os casos concretos irão oferecer, e que são inúmeras, e esse parece ser o ponto mais relevante. Assim, entendem os autores que chamar alguém de “corno”, “anta”, “ignorante” (BITENCOURT, 2011, p. 348), “cachorro”, “trouxa”, “banana” (HUNGRIA, 1980, p. 91-92), “incapaz”, “hipócrita” e “relapso” (JESUS, 2007, p. 498), pode configurar o crime de injúria. Ou não, dependendo do “contexto em que a injúria é cometida” (GRECO, 2013, p. 467) – que pode confirmar a finalidade do agente de “ultrajar a honra subjetiva da vítima, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro, ou se, na verdade, busca dar sentido completamente diferente ao de uma agressão à honra daquela pessoa contra a qual são dirigidas *as palavras ou atitudes aparentemente injuriosas*” (GRECO, 2013, p. 467. Grifo nosso). Há, portanto, uma crença de que a análise do contexto irá revelar o dolo do

agente, sua intenção de injuriar, e este já parece ser um primeiro ponto a demandar uma investigação empírica: uma suposta facilidade ou objetividade na identificação do chamado *animus injuriandi*.

Mas há ainda um outro aspecto a ser considerado. Existe uma espécie de presunção de *animus injuriandi* do ofensor quando este se vale de expressões como as citadas acima, já que “[a] expressão, por si só, é suficiente para retratar a intenção lesiva do agente, sendo difícil demonstrar a ausência da vontade de ofender” (JESUS, 2007, p. 500), o que gera na prática uma inversão do ônus da prova, “cabendo ao ofensor a tarefa de demonstrar não ter agido com o dolo próprio do crime” (JESUS, 2007, p. 500).

Todo esse quadro revela uma indefinição de fatos que podem ser caracterizados como crime de injúria, gerando uma falta de previsibilidade que, definitivamente, não condiz com a segurança jurídica qualificada que o direito penal demanda. E, embora essa constatação seja uma crítica ao tratamento doutrinário, é difícil saber em que medida não resulta, também, do próprio tipo penal de injúria. Ao analisar o *delito de injurias* na legislação argentina, por exemplo, Bertoni (2007, p. 47) constata um quadro crítico semelhante, observando que “[s]i no se conoce concretamente cuál es la conducta prohibida, entonces jamás se podrá motivar conforme a derecho”, ou que “resulta al menos problemático determinar a priori se una accion determinada lesionará o no el honor subjetivo de un determinado individuo”. Afinal, “decir asesino implacable a un mercenario puede que no lesione en lo más mínimo su honor subjetivo; la misma expresión a un policía puede generar todo lo contrario” (BERTONI, 2007, p. 47)⁷.

Se for difícil, ou mesmo impossível, elaborar um texto que estabeleça de forma minimamente clara e controlada as hipóteses de condenação quando essas forem legítimas, sem afetar os casos que não deveriam ser criminalizados, isso apenas aumenta a responsabilidade da doutrina na tarefa de identificar as condições teóricas relevantes para a tipificação de uma conduta criminosa de maneira satisfatória, para que a aplicação prática da mesma seja correspondente. Afinal, além de legislação e da jurisprudência, é por meio dos conceitos provenientes da doutrina que os operadores do direito irão basear, justificar e motivar suas decisões.

No entanto, o que constatamos a partir da análise das obras jurídicas que formam ou condicionam o tratamento a ser dado ao crime de injúria pelos profissionais do direito segue um caminho oposto ao que se deveria esperar. Em linhas gerais, pode-se dizer que a doutrina não resolve os problemas que decorrem do caráter aberto do enunciado normativo, e aposta a legitimidade do tipo

⁷ É verdade que no direito argentino a ocorrência do crime, segundo a doutrina, depende de a vítima se sentir ofendida, de modo que “incluye acciones que serán definidas como prohibidas sólo por la complementación ex post de la presunta víctima” (BERTONI, 2000, p. 47). Ainda assim é difícil afirmar que a situação no Brasil, onde o crime é formal e, portanto, ocorre mesmo que a vítima não se sinta ofendida, é realmente melhor quanto à previsibilidade jurídica.

penal num exercício de particularismo jurídico a partir de critérios que supõe serem adequados e suficientes, ignorando alguns problemas que daí decorrem, especialmente as dificuldades de: (i) lidar com o fato de que, a partir de seus critérios, situações comuns do dia-a-dia enquadram-se no crime de injúria, de modo que, dependendo do contexto, numa briga de trânsito ou de condomínio, ou até em discussões de futebol ou de política – ou seja, conflitos rotineiros –, podem ocorrer injúrias; (ii) compatibilizar a aplicação de um tipo penal abrangente – pelas razões apontadas acima (i) – com o caráter subsidiário do direito penal (*ultima ratio*); (iii) apoiar-se fortemente no *animus injuriandi* como critério para a tipificação da conduta, o que é um problema por três motivos pelo menos: (iii.1) em muitos casos, a injúria será justificada pelo ofensor por estar amparada em direitos que decorrem da liberdade de expressão, como o direito de criticar, de fazer humor, ou de defender um direito próprio; (iii.2) mesmo que o ofensor tenha injuriado a vítima com o *animus criticandi*, ou o *animus jocandi*, ou o *animus defendendi*, isso não exclui necessariamente o *animus injuriandi* – a língua portuguesa é rica em sinônimos, e se verificarmos casos concretos em que o réu foi absolvido podemos constatar que ele poderia ter usado palavras ou termos mais amenos, se assim quisesse, mas preferiu uma forma mais chocante e ofensiva de se manifestar em relação ao outro, o que não implicou sua condenação; certamente em muitos casos os *animi* não excluem a intenção do agente de, em alguma medida, ofender a vítima, ou teria escolhido outro termo ou outra forma mais branda, menos polêmica e controversa, para se manifestar; e (iii.3) não há uma fórmula para identificar o quanto de *animus criticandi*, por exemplo, é necessário para que o juiz desconsidere o *animus injuriandi*.

Se os pontos levantados estiverem corretos, então os julgamentos de casos envolvendo crime de injúria (não todos, mas provavelmente a maioria) são ou podem ser arbitrários, ainda que apresentem fundamentos válidos, e estão sujeitos à subjetividade do julgador, inclusive no valor conferido à liberdade de expressão (quando for o caso). Para comprovar a hipótese, realizamos um estudo correlacional com 100 profissionais do direito (sendo que metade atua na área criminal), e uma pesquisa jurisprudencial, cujas metodologias e resultados serão apresentados no tópico seguinte.

2 SUBJETIVIDADE E ARBITRARIEDADE NO CRIME DE INJÚRIA

A fim de explorar as dificuldades inerentes ao enquadramento de discursos ofensivos no tipo penal de injúria, em outubro de 2015 realizamos um estudo correlacional para avaliar a subjetividade do julgador na identificação do crime de injúria. Foram apresentados seis casos para serem avaliados por 100 profissionais do direito (juízes, membros do Ministério Público, procuradores federais, estaduais e municipais, defensores públicos, advogados e professores universitários) – dos quais 50

afirmaram atuar na área criminal –, cabendo aos entrevistados apenas decidir se o autor havia praticado, no caso, o crime de injúria. Os seis casos apresentados são reais, e envolvem situações em que o conflito com a liberdade de expressão é mais explícito. Foram feitas, contudo, pequenas alterações na apresentação dos casos, sobretudo nos nomes das partes, a fim de que não fossem identificadas, o que poderia comprometer o resultado, já que envolviam figuras públicas. Os casos reais eram os seguintes:

Tabela 1. Casos reais usados no estudo.

Caso 1:	Merval Pereira vs. Paulo Henrique Amorim
Caso 2:	Edmundo Alves de Souza Neto vs. Tales Alvarenga
Caso 3:	Ricardo Teixeira vs. Juca Kfourti
Caso 4:	Roberto Requião vs. Ricardo Boechat
Caso 5:	Paulo Henrique Amorim vs. Diogo Mainardi
Caso 6:	Edson Ulisses de Melo vs. Cristian Góes

Os casos foram apresentados sem muitos detalhes, limitando-se à exposição de fatos que seriam suficientes à tipificação da conduta, ao menos segundo a doutrina.

No caso 1, foi mencionado o episódio em que o jornalista e apresentador Paulo Henrique Amorim havia se referido a Merval Pereira, jornalista d'*O Globo*, como “jornalista bandido”, num texto em seu blog pessoal com o título “CPI da Veja. Dias a Merval: vale-tudo não vale nada”⁸. O texto analisava uma reportagem publicada na revista Carta Capital, em que se apontava a relação entre a revista Veja e o bicheiro Carlinhos Cachoeira. Dos 100 profissionais ouvidos, 66 entenderam que houve crime de injúria (dos quais 34 atuam na área criminal). No caso real, o réu foi condenado à pena de um mês e 10 dias de detenção pelo crime de injúria (convertida em pena restritiva de direitos).

O caso 2 envolve a publicação de reportagem de capa da revista Veja, com o título “Animais ao Volante? Casos como o do jogador Edmundo mostram o que a Justiça pode fazer contra a barbárie do trânsito” e com a imagem do jogador, conhecido no futebol como “Animal”. A reportagem colocava em destaque um acidente de automóvel, no qual o jogador foi responsável pela morte de três pessoas⁹. Dos 100 profissionais ouvidos, apenas seis entenderam que houve crime de injúria (dos

⁸ Disponível em: <<https://goo.gl/URRQAJ>>. Acesso em: 10 dez. 2015.

⁹ Disponível em: <<https://goo.gl/3nnIvh>>. Acesso em: 10 dez. 2015.

quais quatro atuam na área criminal). No caso real, o réu foi condenado pelo juiz da 1ª vara criminal de Pinheiros à pena de pagamento de 10 dias-multa (totalizando R\$900,00), depois absolvido pela 1ª Câmara do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, mas por maioria (2 x 1). A propósito, na esfera cível também houve divergência: o juiz julgou improcedente, o Tribunal reformou a sentença, e o STJ reformou o acórdão, mas por maioria (3 x 1)¹⁰.

O caso 3 trata da reportagem na qual o jornalista esportivo Juca Kfoury referiu-se ao ex-presidente da Confederação Brasileira de Futebol Ricardo Teixeira como “subchefe da máfia do futebol nacional”¹¹. Dos 100 profissionais ouvidos, 49 entenderam que houve crime de injúria (dos quais 28 atuam na área criminal). No caso real, o réu foi absolvido pelo tribunal, decisão que foi mantida pelo STF.

O caso 4 refere-se à afirmação feita pelo jornalista Ricardo Boechat, em programa de rádio, de que o senador federal Roberto Requião tinha “cheiro de mau caráter”, que era “corrupto”, “violento”, “uma figura abjeta, que nem o resto de sua família” e que “parecia dos *irmãos metralha*”, em três dias diferentes. Dos 100 profissionais ouvidos, 80 entenderam que houve crime de injúria (dos quais 42 atuam na área criminal). No caso real, o réu foi condenado não só à pena de um mês e 16 dias de detenção pela prática do crime de injúria, mas também à pena de quatro meses e 20 dias de detenção e ao pagamento de 15 dias-multa pela prática do crime de difamação – ambas convertidas em pena restritiva de direitos (prestação de serviços à comunidade pelo prazo de três meses)¹². Em sede recursal¹³, a 1ª Turma Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo decidiu por manter sua condenação.

No caso 5, foi mencionado o episódio em que o colunista Diogo Mainardi, em texto intitulado “A voz do PT”, alegava que o jornalista Paulo Henrique Amorim estava “na fase descendente da carreira”, taxando-o de “censor”. Dos 100 profissionais ouvidos, apenas sete entenderam que houve crime de injúria (dos quais três atuam na área criminal). No caso real, o réu foi absolvido pelo juiz, mas condenado, pela 13ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, a um mês de detenção e ao pagamento de 10 dias-multa. A pena foi convertida para o pagamento de três salários mínimos¹⁴.

Por fim, o caso 6 envolvia a publicação de um texto ficcional pelo jornalista José Cristian Góes em seu *blog*, em que discutia o tema do coronelismo, sem citar nomes, ambientes nem datas. O

¹⁰ Disponível em: <<https://goo.gl/wQGbT8>>. Acesso em: 10 dez. 2015.

¹¹ Disponível em: <<https://goo.gl/89qK>>. Acesso em: 10 dez. 2015.

¹² Disponível em: <<https://goo.gl/eAdeid>>. Acesso em: 10 dez. 2015.

¹³ Apelação nº 0017181-98.2011.8.26.0011 da 1ª Turma Criminal do Tribunal de São Paulo.

¹⁴ No HC nº 103258/SP, o ministro relator Dias Toffoli decidiu pela prescrição da pretensão punitiva do Estado em relação à pena imposta a Diogo Mainardi, tese que havia sido rejeitada por unanimidade pela 6ª turma do STJ.

desembargador Edson Ulisses de Melo, do Tribunal de Justiça de Sergipe, entendeu que era um dos personagens do texto, retratado como “jagunço das leis”¹⁵. Dos 100 profissionais ouvidos, apenas três entenderam que houve crime de injúria (dos quais dois atuam na área criminal). No caso real, o réu foi condenado – e nas duas instâncias.

Os resultados da pesquisa estão no quadro a seguir:

Tabela 2. Resultados experimentais e decisões reais.			
	Estudo correlacional		Caso real
	Condenado	Absolvido	
<i>Caso 1:</i>	66	34	Condenado
<i>Caso 2:</i>	6	94	Condenado em 1ª instância; absolvido, por maioria, em 2ª instância
<i>Caso 3:</i>	49	51	Absolvido
<i>Caso 4:</i>	80	20	Condenado
<i>Caso 5:</i>	7	93	Absolvido em 1ª instância; condenado em 2ª instância
<i>Caso 6:</i>	3	97	Condenado em 1ª instância; condenado em 2ª instância

Os casos foram selecionados por diferentes razões, ainda que em todos eles o propósito mais geral fosse avaliar se haveria, na prática, a objetividade sugerida pela doutrina na identificação do tipo penal, ou se, ao contrário, haveria uma subjetividade na imposição de limites à liberdade de expressão. Se o propósito do estudo fosse apenas verificar se houve correspondência entre o entendimento da maioria e a decisão judicial no caso concreto, já haveria um problema considerável, pois nos casos 5 e 6 os réus foram condenados, enquanto a ampla maioria dos entrevistados entendeu que não foi praticado crime de injúria: 93% e 97%, respectivamente. O contraste fica ainda maior se considerarmos que, no caso 5, o colunista foi condenado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo não apenas pelo crime de injúria, mas também por difamação (em concurso formal com o primeiro). E se nesse caso ao menos o entendimento do Tribunal foi divergente do entendimento do juiz, que absolveu o réu, no caso 6 o réu foi condenado tanto pelo juiz do juizado especial como pela turma recursal. O caso 2 também poderia ser mencionado aqui, pois embora o acórdão do tribunal de justiça tenha sido pela absolvição do réu e essa tenha sido a opinião de 94% dos entrevistados, deve-se lembrar de que a decisão foi tomada por maioria (2 x 1), e que o juiz de primeira instância havia

¹⁵ “Eu, o coronel em mim”. Disponível em: <<https://goo.gl/DNkLqQ>>. Acesso em: 10 dez. 2015.

decidido pela condenação. E isso num caso em que parecia ser clara a inocorrência de crime de injúria: o jogador se vangloriava do apelido de Animal, do qual inclusive fez uso comercial, e de fato foi o responsável pelo acidente de automóvel que causou a morte de três pessoas.

Para avaliar a influência da especialização criminal sobre as decisões, aplicamos o teste exato de Fisher para comparar a proporção de condenações e absolvições entre criminalistas e não criminalistas em cada um dos seis casos. Nenhum teste foi significativo, $ps > .2$, ou seja, a especialização em direito criminal não influenciou as decisões.

No geral, as decisões dos participantes não preveem resultados judiciais reais. Do total de participantes, 49,8% concordaram com as decisões judiciais, um resultado que não é significativamente diferente do acaso, $\chi^2(1) = 0,01$, $p > 0,9$. Comparando as decisões dos participantes com as decisões dos tribunais de justiça, tem-se uma leve concordância, de 64,5%, $\chi^2(1) = 25,8$, $p < 0,001$. Esse conjunto de resultados indica que os participantes não concordaram com as decisões dos juízes nos casos reais em uma proporção maior que a esperada pelo acaso, mas que esse resultado apresenta uma leve melhora quando consideradas as decisões finais de segunda instância.

Já nos casos 1 e 3, embora a maioria dos entrevistados tenha manifestado o mesmo entendimento das decisões judiciais, houve uma divergência considerável no caso 1 (66% e 34%) e uma distribuição uniforme no caso 3 (51% e 49%). Esses casos apenas revelam o que todos os outros casos sugerem: o enunciado normativo confere ao julgador uma margem de subjetividade considerável e incompatível com a segurança jurídica, sobretudo na área de direito penal.

Mas há ainda um outro ponto que absolutamente todos os seis casos demonstraram: o discurso ofensivo não deixa de estar protegido pela liberdade de expressão apenas por ser ofensivo. Ou seja, existe um *direito de ofender* que não é considerado pela doutrina em geral, salvo raras exceções (DIMOULIS; CHRISTOPOULOS, 2009). Mesmo no caso 4, em que ocorreram as ofensas talvez mais duras, e ditas em três ocasiões (“cheiro de mau caráter”, “corrupto”, “violento”, “uma figura abjeta, que nem o resto de sua família”, “parecia dos irmãos metralha”), ainda assim, 20% dos entrevistados não identificaram a ocorrência de crime de injúria (talvez pelo fato de o ofendido ser um político). Como negar que o discurso aqui foi ofensivo, talvez até extremamente ofensivo? E quanto aos demais casos? Acreditamos que as qualificações de que se valem os magistrados na condenação de um discurso – *abusivo*, *ultrapassou os limites da crítica*, *ofensivo* – poderiam ser aplicados à maioria dos casos – se não a todos eles.

O fato de o julgamento estar ou poder estar sujeito à subjetividade do julgador não significa que este não possa de boa-fé fundamentar sua decisão, e ainda fazê-lo a partir de critérios oferecidos por uma mesma doutrina. A fim de demonstrar como isso pode ocorrer, fizemos uma análise de oito

casos que encontramos a partir de uma pesquisa realizada nos *sites* do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro e do Tribunal de Justiça de São Paulo, utilizando-se a palavra-chave “injúria”, e que tiveram seu julgamento em sede recursal no ano de 2013. Dos oito casos selecionados, em quatro o réu foi condenado e em quatro foi absolvido. Os casos em que houve condenação foram identificados como C1, C2, C3 e C4, e os casos em que o réu foi absolvido, como A1, A2, A3 e A4.

No caso C1 (apelação criminal nº 0024071-56.2008.8.19.0001, julgada pela 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro), X havia escrito em seu *blog* que ocorreram “pilantragens” na venda de um imóvel intermediada pela empresa de Y e Z, havendo, também, um “falso construtor”.

O Tribunal entendeu que havia *animus injuriandi*, já que as vítimas, donas da empresa, se sentiram muito magoadas pela ofensa, e que embora o direito penal somente deva ser acionado quando os outros ramos do direito não conseguem responder ao anseio social, não se pode fechar os olhos para a legislação vigente, deixando de aplicá-la sem que haja fortes fundamentos. Ainda, o fato de ser blogueiro não lhe dá o direito de dizer o que bem quiser.

No caso C2 (apelação nº 0129817-81.2001.8.19.0001, julgada pela 8ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro), X havia chamado Y de “ladrão” e “corrupto” dentro de um ônibus, quando os dois aguardavam para descer do veículo e iniciaram uma discussão. Ambos apresentavam um histórico de brigas e discórdias. A decisão de 1º grau havia sido pela rejeição da queixa-crime contra X, mas a 8ª Câmara reformou a decisão, alegando que os “fatos tidos como criminosos” estavam “expostos de forma clara e objetiva”, havendo “indícios de autoria e prova da materialidade”, e determinou o regular prosseguimento da ação penal.

No caso C3 (apelação nº 0000400-76.2012.8.26.0201, julgada pela 4ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo), X e Y chamaram Z de “chefe das quengas”, “biscate e vagabunda”, e afirmaram que o baile dela era “uma zona”, tudo isso em razão de Z não ter deixado X entrar em sua festa. A sentença condenatória foi confirmada por decisão unânime da 2ª Turma Recursal por entender que tais qualificativos caracterizavam uma ofensa à honra. A relatora ainda frisou em seu voto:

Nem se diga que a exaltação por si só seria suficiente para afastar o *animus injuriandi*, do contrário estaríamos dando uma “carta branca” para os agressivos, “esquentadinhos”, “mal educados”, prepotentes ou “malucos de plantão”, apenas, porque serem explosivos. [...] Conclui, sim, ser a Ré uma pessoa que se apresenta agressiva e que precisa de limites para não ofender as outras gratuitamente. [...] Evidente o dolo direto.

No caso C4 (apelação nº 0000346-23.2011.8.19.0078, julgada pela 2ª Turma Recursal Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro), X havia criticado a atuação parlamentar

de Y por conta da resistência da adesão do município a um programa do governo federal, ao escrever num jornal: “sabemos que ele é muito moço e que não teve tempo de estudar a fundo a legislação”. A 2ª Turma manteve a sentença condenatória, alegando que:

A liberdade de opinião deve ser assegurada, para que todos tenham direito à informação, sem os riscos de que o poder político possa interferir para cerceá-la. [...] Contudo, a liberdade de imprensa não é bilhete de indenidade que tudo permite e nada impõe limites. [...] Ainda quando aquela é criticada no exercício da atividade pública, não pode ser atingida de forma a serem violados tais direitos. Isso vai além do justo direito à crítica e o atingido tem motivos para dizer-se ofendido na honra.

No caso A1 (apelação nº 0087340-57.2012.8.19.0001, julgada perante a 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro) X, que, na época dos fatos, tinha 72 anos, havia “de forma livre e consciente” injuriado Y, sua vizinha e esposa de seu sobrinho, chamando-a de “macumbeira, bunda seca que não serve nem para ter filho”, por conta de uma obra que Y¹⁶ estava realizando em sua casa e que iria afetar a frente da casa de X.

De acordo com a decisão do tribunal, não houve dolo de injuriar, visualizando-se mais um inconformismo do que a vontade deliberada de ofender a vítima. O relator finalizou seu voto enfatizando “o caráter subsidiário do Direito Penal, pelo que não pode ser ele invocado para compor todo e qualquer conflito existente no meio social”.

No caso A2 (recurso em sentido estrito nº 9000014-60.2011.8.26.0577, julgado pela 8ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo), X havia insultado Y, chamando-a de “ladra” e “sem vergonha” durante a visita de Y à sua filha, que estava sob guarda provisória de X. O Tribunal manteve a decisão que absolveu X, observando

[...] a manifesta ausência do elemento subjetivo do delito, posto que igualmente fruto de acirrada discussão entre querelante e querelado, não se sabendo determinar, sequer, quem a tenha efetivamente provocado, haja visto [sic] que, quando da aproximação da testemunha, ambos já se encontravam trocando insultos.

No caso A3 (apelação nº 0265570-58.2011.8.19.0001, julgada perante a 2ª Turma Recursal Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro), X, locadora de um imóvel, havia chamado a locatária Y de “cínica” e “mentirosa” durante uma vistoria, “ao constatar que faltava o botão de acionamento do ar condicionado da sala e que as chaves dos armários da cozinha também não estavam em seus lugares”. O tribunal manteve a decisão que absolveu X. Em seu voto, o relator ressaltou que havia divergência entre as versões das partes, e que elas já haviam tido problemas entre si em momento anterior aos fatos. E observou, por fim, que “não ficou configurado o dolo específico,

¹⁶ Registre-se que Y era católica, o que afasta a injúria preconceituosa.

exigido, neste caso, tratando-se, realmente, de discussão nervosa entre as partes, [...] sem controle e sem intenção específica de macular a honra”.

No caso A4 (apelação nº 0000734-32.2004.8.26.0447, julgada pelo 1º Grupo de Seção Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo), X havia publicado uma matéria no jornal “Tribuna Popular” chamando Y de “prefeito covarde” e “prefeitinho”, e por ter veiculado uma “charge em que o mostrava com cruz suástica na manga da camisa, na saudação com o braço erguido, imitando gesto nazista, ao tempo que, no espelho em que se mirava, refletia-se figura semelhante à do ditador Adolf Hitler”. O tribunal manteve a sentença que absolveu X, sob o fundamento de que

[o] ânimo de injuriar não se confunde com o exercício do direito de crítica, corolário da liberdade de manifestação do pensamento assegurada constitucionalmente. Não se reconhece, portanto, no atuar [...] o elemento subjetivo do crime de injúria, vez que não intentava denegrir a reputação do Querelante. Em se tratando de político, o Querelante está sujeito a críticas inerentes à atuação pública.

Todas as decisões estão fundamentadas, e seguem a cartilha da doutrina. Mas será que os resultados poderiam ter sido diversos, ainda que os critérios estabelecidos pela doutrina fossem mantidos? Ou seja, seria possível que os tribunais decidissem pela absolvição (A) nos casos em que houve condenação (C1 a C4), e vice-versa, sem se afastarem das orientações doutrinárias a respeito do crime de injúria? A resposta, infelizmente, é positiva. E afirmamos isso com alguma segurança porque, na verdade, foi exatamente o que ocorreu. Todos os casos que aqui apresentamos como C, e que teriam resultado em condenação (C1 a C4), na realidade resultaram em absolvição, e os casos que apresentamos como A (A1 a A4), na verdade, resultaram em condenação. Nós apenas alteramos os fundamentos das decisões, fazendo os ajustes necessários, de modo que o fundamento apresentado como decisão do caso C1 foi, na realidade, o fundamento apontado em A1, e vice-versa, valendo o mesmo para A2 e C2, A3 e C3, e A4 e C4.

Se na primeira leitura, com as decisões propositadamente trocadas, pareceram convincentes as condenações (C1 a C4) ou as absolvições (A1 a A4), ou ambas indistintamente, isso parece confirmar a nossa hipótese de que os julgamentos de casos envolvendo crime de injúria são ou podem ser arbitrários, ainda que apresentem fundamentos válidos, amparados pela doutrina, e estão sujeitos à subjetividade do julgador, inclusive no valor conferido à liberdade de expressão.

3 CONCLUSÃO

O presente estudo tratou de um tema que não tem sido problematizado no Brasil: a dificuldade na identificação de crime de injúria em casos concretos. O estudo correlacional (item 2)

confirmou esse ponto, demonstrando os problemas daí decorrentes, como o fato de praticamente metade dos entrevistados entenderem pela condenação, e a outra metade, pela absolvição (distribuição uniforme) no caso 3, ou o fato de juízes e tribunais condenarem manifestações que a ampla maioria dos entrevistados entendeu que não se enquadravam no tipo penal (casos 5 e 6). Todos os casos do estudo envolviam discursos que poderiam ser identificados como protegidos pela liberdade de expressão, aspecto desconsiderado por toda a doutrina de direito penal na discussão acerca do crime de injúria.

Os casos selecionados na jurisprudência dos tribunais de justiça do RJ e de SP sugeriram uma fragilidade na fundamentação e na argumentação dos magistrados, seja pela condenação seja pela absolvição, podendo ser substituídos um pelo outro sem causar estranheza.

O trabalho aqui desenvolvido foi mais crítico do que propositivo, buscando trazer para a superfície do debate jurídico um problema até aqui ignorado no Brasil. Constatamos que há subjetividade do julgador no valor conferido à liberdade de expressão e que, mesmo quando o caso não envolve necessariamente uma opinião, há espaço para arbitrariedade na aplicação do tipo penal.

Não sabemos se é possível corrigir as falhas na aplicação do tipo penal, nem se, em caso afirmativo, a mudança deveria ocorrer no tratamento doutrinário ou na redação do dispositivo penal. Mas, diante desse cenário, não é estranho que quatro países vizinhos – Argentina, El Salvador, México e Uruguai – tenham optado por simplesmente excluir o tipo penal de injúria de seu ordenamento. No Brasil, por seu turno, o anteprojeto do novo código penal, em discussão no Congresso Nacional, não apenas mantém o crime de injúria, como torna ainda mais grave a pena aplicável.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa. In: *Revista de Direito Privado*, volume 18. Revista dos Tribunais, 2004.

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

BERTONI, Eduardo Andrés. *Libertad de expresión en el estado de derecho*. 2. ed. Buenos Aires: Del Puerto, 2007.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal 2: parte especial: dos crimes contra a pessoa*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. *Tratado de direito penal: parte geral 1*. 20. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

DELMANTO, Celso et al. *Código penal comentado*. 7 ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

DIMOULIS, Dimitri; CHRISTOPOULOS, Dimitris. O direito de ofender: sobre os limites da liberdade de expressão artística. In: *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*. Ano 3, n. 10 (abr./jun.), p. 49-65. Belo Horizonte: Ed. Forum, 2009.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: parte geral*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte especial, volume II: introdução à teoria geral da parte especial: crimes contra a pessoa*. 10. ed. Niterói: Impetus, 2013.

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao código penal*, volume VI. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

JESUS, Damásio E. de. *Código penal anotado*. 18. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

LEWIS, Anthony. *Liberdade para as ideias que odiamos – Uma biografia da Primeira Emenda à Constituição Americana*. Tradução Rosana Nucci. São Paulo: Aracati, 2011.

MEYER - PFLUG, Samantha Ribeiro. *Liberdade de expressão e discurso do ódio*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de direito penal*, volume 2: Parte especial, Arts. 121 a 234-B do CP. 28. ed. rev. e atual. até 4 de janeiro de 2011. São Paulo: Atlas, 2011.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*, volume 2, parte especial: arts. 121 a 183. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

SAGÜÉS, Nestor Pedro. Censura judicial previa a la prensa. Posición de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. In: *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano – 2006*, tomo II. Montevideo: Fundação Konrad Adenauer, 2006, p. 965.

SCHAUER, Frederick. *Playing by the rules: A philosophical examination of rule-based decision-making in law and in life*. Oxford: Clarendon Press, 2002.

SILVA, Alexandre Assunção e. *Liberdade de expressão e crimes de opinião*. São Paulo: Atlas, 2012.

STRUCHINER, Noel. O direito como um campo de escolhas. In: RODRIGUEZ, José Rodrigo; COSTA, Carlos Eduardo Batalha da Silva e; BARBOSA, Samuel Rodrigues (Org.). *Nas Fronteiras do Formalismo*. São Paulo: Saraiva, 2010.

GUESS WHO'S COMING TO DINNER. OFFENDERS' FREEDOM OF EXPRESSION AND JUDGES' SUBJECTIVISM IN THE ANALYSIS OF THE CRIME OF LIBEL

ABSTRACT

The criminal libel has a strong tension with the freedom of expression, particularly since the relevance

of the latter is greater for harsh, critical, and even offensive expressions. The doctrine of criminal law, however, fails to address potential conflicts with the freedom of expression – a term which, incidentally, is never mentioned. Criminal law scholars merely introduce criteria and considerations they seemingly consider sufficient to characterize the occurrence of the crime of libel, feigning an alleged objectivity to the criminal type. Yet, reality reveals what the theory conceals. In this article, we aim to show that conflicts with the freedom of expression resurface in concrete cases and that the criteria within legal doctrine do not account for their resolution, leading to considerable subjectivity in judges' identification of instances of crime of libel. To this end, we conducted a correlational study among one hundred legal professionals (out of which half are criminal law specialists), whom we asked to judge six actual cases (with altered names), and a jurisprudential research on decisions, for both conviction and acquittal, in order to evaluate the consistency of judges' pleas.

KEYWORDS

Criminal libel. Freedom of speech. Right to honor. Right to offend.

Recebido: 23 de maio de 2016

Aprovado: 21 de outubro de 2016