

DOS DELITOS CONTRA A HONRA NO ORDENAMENTO JURÍDICO-PENAL À SUPOSTA TRAIÇÃO EM DOM CASMURRO: UM ESTUDO INTERDISCIPLINAR ENTRE DIREITO E LITERATURA

Hillary Suellen da Silva Freitas¹

Layse de Oliveira Lima²

Rosicleia Palitot da Silva³

Aquiles Cordeiro Nascimento das Chagas⁴

RESUMO: Este artigo visa apresentar um estudo sobre a proteção jurídico-penal do bem imaterial *honra* no romance “Dom Casmurro”, de Machado de Assis. O vínculo interdisciplinar entre o Direito e a Literatura na obra evidencia as dissemelhanças de tratamento dos crimes contra a honra no ordenamento jurídico penal, delineando a evolução histórica e normativa das referidas categorias de crimes. Na intersecção entre a obra de ficção e a realidade, comparar-se-á a injúria, a calúnia e a difamação na legislação penal em vigor à época da trama, o Código Criminal de 1830, em contraponto ao atual Código Penal de 1940, com as respectivas modificações posteriores, estabelecendo diálogo entre o jurídico, o literato e o social.

1239

Palavras-chave: Direito. Literatura. Crimes contra a honra. Dom Casmurro.

ABSTRACT: The aim of this article is to present a study about the protection legal-criminal of honor on the book "Dom Casmurro" by Machado de Assis. The interdisciplinary connection between Law and Literature in the book expose the dissimilarities in the way to

¹Graduanda em Direito pela Universidade Federal da Paraíba - UFPB e integrante do LouCid - Grupo de Pesquisa e Extensão Loucura e Cidadania da Universidade Federal da Paraíba (UFPB). E-mail: hillarysuellendefreitas@gmail.com.

² Graduanda em Direito pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB). Atualmente estagia na Paraíba Previdenciária (PBPREV). E-mail: layse_oliveirao6@outlook.com.

³Bacharela em Psicopedagogia pela Universidade Federal da Paraíba - UFPB (2017); Especialista em Neuropsicopedagogia e Psicomotricidade pela Universidade Candido Mendes - UCAM (2018); Graduanda em Direito pela Universidade Federal da Paraíba -UFPB. E-mail: rosicleiapalitot@gmail.com.

⁴ Pedagoga pela Universidade Estadual Vale do Acaraú, UVA-CE, Sobral, Brasil (2007); Bacharela em Ciências Sociais pela Universidade Federal da Paraíba (2014). Atualmente é discente do curso de Bacharel em Direito pela Universidade Federal da Paraíba - UFPB e integrante do GEC- Grupo de Estudos Culturais da Universidade Federal da Paraíba (UFPB). E-mail: quilescri@gmail.com.

deal of the crimes against honor in the penal legal order, demonstrating the evolution history and normative of the referred types of crimes. Intersecting fiction and reality, will be compared the insult, the calumny and the defamation of character in the criminal Law from the time of romance - Criminal Code of 1830 - as opposed to current Penal Code of 1940 with later modifications, dialoguing between legal, literary and social.

Keywords: Law. Literature. Crimes against honor. Dom Casmurro.

I INTRODUÇÃO

O presente artigo é resultado do conhecimento e aprendizado adquiridos na prática acadêmica vivenciada no Componente Curricular de Direito Penal III, do curso de bacharelado em Direito do Campus I da Universidade Federal da Paraíba, que tem como proposta analisar os tipos penais da parte especial do Código Penal brasileiro vigente, relacionando-os aos princípios gerais do Direito Penal, seus principais conceitos e teorias.

Independentemente do conceito de honra, a história aponta que tal expressão tem sido um direito ou interesse penalmente protegido ao longo dos tempos. No Direito Romano existia a possibilidade de ação contra injúria, abarcando mais de mil anos, desde a Lei das Doze Tábuas (449 a.C.) até o período Justiniano (565 d.C.). O Direito Canônico, já na Idade Média, protegia a honra como bem jurídico autônomo, não exclusivo do indivíduo, mas da própria coletividade, que preserva em conjunto à incolumidade moral, intimidade e outros bens jurídicos indispensáveis para a harmonia social.

Segundo Bitencourt (2020), a autonomia dos crimes contra a honra apenas se deu no período moderno, com o Código Penal francês de 1810, ao fazer uma distinção entre as modalidades que esse crime poderia assumir, ainda que englobasse em um mesmo conceito calúnia e difamação. No Brasil, com o advento do Código Criminal do Império de 1830, tornam-se autônomos os tipos penais de calúnia e injúria, sem ainda prever a difamação. Esta, por sua vez, só compôs de forma autônoma a legislação pátria no Código Penal de 1940, que consolidou e ampliou o conceito de honra como valor social do indivíduo. O Art. 11 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, preceitua que "toda pessoa tem direito ao respeito de sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade".

Aníbal Bruno, citado por Guilherme Nucci (2020, p.109), preleciona que "em toda a história do Direito, encontra-se a honra protegida pela ameaça da pena, ou como um bem integrado na personalidade do homem, ou como um valor cuja preservação interessa à ordem pública e ao equilíbrio da comunidade social". Contudo, ressalta-se que a honra, protegida desde os primórdios pela sociedade tem sofrido uma evolução acidentada nas leis e costumes jurídicos e com isso, deve-se analisar como foi dada essa proteção no Direito Penal ao longo do tempo.

A Constituição Federal (BRASIL, 1988), em seu Art. 5.º, inciso X, menciona, expressamente, serem invioláveis a honra e a imagem das pessoas. Honra é, portanto, um direito fundamental do ser humano, protegido constitucional e penalmente, podendo ser observada da ótica do próprio indivíduo, isto é, de como ele se enxerga perante a sociedade,

a sua autoestima, ao passo que também pode ser compreendida de como a sociedade a enxerga, a sua reputação.

Nesse sentido, tomando por objeto a proteção jurídico-penal do bem imaterial honra, o presente artigo intenta constituir uma releitura da obra literária *Dom Casmurro*, escrita por Machado de Assis, ao problematizar a acusação de adultério de Capitu à luz do Código Penal brasileiro atual, fruto do Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. A imputação de adultério à personagem e o consequente opróbrio advindo de tais alegações enseja a análise dos crimes contra a honra no romance machadiano. Para favorecer uma compreensão dinâmica e crítica sobre a intersecção entre a obra de ficção e a realidade, comparar-se-á a injúria, calúnia e difamação na legislação penal em vigor à época da trama, o Código Criminal de 1830, em contraponto ao atual Código Penal de 1940, com as respectivas modificações posteriores, estabelecendo diálogo entre o jurídico, o literato e o social.

2 O CONTEXTO DA OBRA “DOM CASMURRO” E A SUSPEITA DE TRAIÇÃO DE CAPITU

Dom Casmurro é um clássico da literatura nacional do escritor Machado de Assis. Apesar da ação do romance se passar entre 1857 e 1875, foi publicado pela primeira vez em 1899. É uma obra fracionada em 148 capítulos, narrada em primeira pessoa pela perspectiva subjetiva do protagonista Bento Santiago, que descreve a história da sua própria vida e a realidade do Rio de Janeiro nos anos imperiais. O epíteto machadiano empregado ao protagonista advém do fato dele ser um interlocutor furioso com a leitura dos versos de um poeta que encontrara no trem, ou seja, relaciona-se a um sujeito implicante, aborrecido com as coisas, ensimesmado.

A obra centra-se na história de amor entre a jovem Capitu dos *olhos de cigana oblíquos e dissimulados*, e de Bento Santiago. Bentinho é órfão de pai, todavia foi criado com muito zelo por dona Glória, viúva rica e senhora de escravos, na Rua de Matacavalos e protegido por todo agrupamento familiar constituído por tia Justina, tio Cosme e o agregado José Dias. Por promessa de sua mãe, desde a infância sua vida foi premeditada para uma caminhada sacerdotal. Contrariamente aos planos da sua genitora, a vida de seminarista não o atraía, pois era encantado pela vizinha, que o levava a delinear planos para se desprender do seminário e casar-se. Dessa forma, com a ajuda de José Dias, deixa o seminário e casa-se com Capitu. Nessa perspectiva,

Dom Casmurro não se trata de uma mera reprodução dos costumes de uma época. Além de trazer as contradições do mundo social do século XIX, o texto extrapola essas questões, abordando temas como a passagem do tempo, a consciência da finitude das coisas, o amor, a amizade, a dúvida da traição e também o trágico, tudo isso sem abrir mão da ironia e da comicidade Machadiana” (SILVA, 2009, p.50).

Bentinho forma-se em Direito no Largo de São Francisco em São Paulo e firma uma amizade com um antigo amigo de seminário, Escobar, que acaba se casando com a melhor amiga de Capitu, Sancha. Bento e Capitu, após várias tentativas frustradas de ter um filho, são agraciados com o nascimento de Ezequiel. Nesse lapso temporal, o amigo de Bentinho,

Escobar, morre afogado. No seu enterro, Bentinho julga ter um comportamento estranho de Capitu ao olhar o falecido amigo, alegando que “houve nos olhos de Capitu uma maneira de fitar o defunto, tal como o da viúva”. Esse contexto foi fundamental para iniciar crises de ciúmes de Bentinho para com Capitu, levando-o a conclusões, que fundadas ou infundadas, sinalizaram para o suposto adultério de Capitu com Escobar. Bentinho transtornado por ciúmes, arquitetava o assassinato da esposa e seu filho, acompanhado pelo seu suicídio, contudo não teve coragem para colocar o plano em prática. A falta de certeza foi o clímax para a separação do casal, após ele confessar suas certezas da traição à esposa. Capitu viaja com seu filho Ezequiel para Europa, onde morre anos mais tarde. Ezequiel retorna ao Brasil para rever o pai, e, numa investida sem sucesso de aproximação, regressa ao estrangeiro, onde morre pouco tempo depois de febre tifoide durante uma pesquisa arqueológica em Jerusalém. O protagonista Bentinho, ainda envolto em suas cismas, exterioriza uma personalidade mais introspectiva.

O clássico literato-nacional é incitante ao deixar o leitor envolto pelo ciúme de Bentinho por sua esposa Capitu e da grande alegoria da obra quanto a indeterminação do adultério de Capitu com Escobar, seu melhor amigo do seminário. Machado de Assis incita o leitor a tirar suas próprias conclusões ao atestar que “é que tudo se acha fora de um livro falho, leitor amigo. Assim preencho as lacunas alheias; assim podes também preencher as minhas”. A obra marca de forma sutil por meio do “atar das duas pontas da vida”, a transição entre o sexagenário Bento Santiago, um homem solitário e amargurado, que mentaliza na sua falecida esposa a expressão da sedução, da traição, da mentira e do adultério e do adolescente Bentinho, que fora apaixonado, encantado e enganado por Capitu.

A obra Dom Casmurro por ser narrada de forma personalíssima e unilateralmente por Bentinho enseja na prerrogativa de tornar Capitu culpada aos olhos do leitor. Nessas palavras:

Cheguei a ter ciúmes de tudo e de todos. Um vizinho, um par de valsa, qualquer homem, moço ou maduro, me enchia de terror ou desconfiança. É certo que Capitu gostava de ser vista, e o meio mais próprio a tal fim (disse-me uma senhora, um dia) é ver também, e não há ver sem mostrar que se vê” (ASSIS, 1899, p. 318).

Importante ressaltar que, por mais que o adultério seja uma questão marcante na obra, a crítica de Machado de Assis recai sobre as problemáticas das classes na sociedade brasileira do período, em especial, na figura da mulher. Dessa forma, torna Capitu uma das mais célebres protagonistas da literatura nacional. Ademais, perfaz paródias com grandes clássicos da literatura, qual sejam a “Ilíada” de Homero, “Otelo” de Shakespeare e a história bíblica de Abraão e Isaac.

3 DOS CRIMES CONTRA A HONRA

A definição de honra que importa para o Código Penal-CP (BRASIL, 1940) é somente aquela que envolve o conjunto de características morais, físicas e intelectuais, dentre outros aspectos de mesma natureza, que reunidas, constituem a autoestima e a reputação do

indivíduo, dentre outros dotes (GOMES, 2019). Sob essa perspectiva, edifica-se a subdivisão entre honra subjetiva e honra objetiva.

A honra objetiva refere-se à reputação do indivíduo. Trata-se, portanto, do conceito que os demais membros da sociedade têm a respeito do indivíduo, relativamente a seus atributos morais, éticos, culturais, intelectuais, físicos ou profissionais. Sob outro ângulo, a honra subjetiva representa o sentimento ou a concepção que temos a nosso respeito, isto é, o julgamento que o indivíduo faz de si mesmo, constituindo-se em um sentimento de autoestima e de autoimagem. Leciona Bitencourt:

Pela extensão que esse conceito abrange, não nos parece adequado nem dogmaticamente acertado distinguir honra objetiva e subjetiva, o que não passa de adjetivação limitada, imprecisa e superficial, nem medida em que não atinge a essência do bem juridicamente protegido (BITENCOURT, 2020, p.281).

Na visão do referido autor, o bem jurídico protegido é a pretensão ao respeito da própria personalidade. Dessas considerações, são crimes que atacam a honra objetiva: a difamação e a calúnia. Já a honra subjetiva, será atacada pela injúria. Em outras palavras, a injúria não tem o condão de atingir a honra objetiva.

Além da responsabilização criminal ao autor de crimes contra a honra, é possível também obter uma reparação Civil pelos danos causados pela calúnia, injúria ou difamação. Isso porque o Art. 953, do Código Civil (BRASIL, 2002) permite que as vítimas destes crimes busquem, através do judiciário, que o autor da conduta criminosa as indenize pelos danos sofridos. Cabe a vítima, conforme seus critérios pessoais, optar pelo que melhor lhe convier.

De acordo com Gomes (2019), os danos neste caso podem ser tanto os de aspecto moral, ou que causem abalos psicológicos, quanto os emocionais; como aqueles que ultrapassem a esfera pessoal do indivíduo, que afetem a reputação da pessoa, a imagem desta com relação a terceiros, ou ainda que traga perda financeira ou patrimonial a pessoa em razão do fato. Desse modo, podem ser vítimas da difamação e calúnia, tanto pessoas físicas quanto pessoas jurídicas. E vítimas da injúria, somente pessoas físicas. Outrossim, os pontos em comum nos crimes de calúnia, difamação e injúria, são:

- a. Dolo com especial fim de agir, de atingir a honra alheia e, portanto, não existem modalidades culposas para esses crimes;
- b. Crime comum, podendo ser praticado por qualquer pessoa, não sendo exigida nenhuma condição ou qualidade especial do sujeito ativo.
- c. Crimes formais (de resultado cortado), pois irão se consumir independentemente do resultado naturalístico que é atingir a honra;
- d. Crimes de forma livre (podem ser praticados de qualquer maneira. Ex.: gestos, sinais, via oral, via escrita etc.);
- e. Em regra, são crimes de ação penal privada, pois trata-se de um bem jurídico disponível. Significa dizer que em regra, só se procedem mediante a queixa crime do ofendido. Entretanto, em cada tipo penal há hipóteses de ação penal pública;
- f. Tentativa é possível a depender do meio empregado.

Ainda no que consta aos crimes contra a honra existe a majoração, prevista no atual Código Penal (BRASIL, 1940), que dispõe:

Art. 141. As penas cominadas neste Capítulo aumentam-se de um terço, se qualquer dos crimes é cometido:

I - Contra o Presidente da República, ou contra chefe de governo estrangeiro;

II - Contra funcionário público, em razão de suas funções;

III - na presença de várias pessoas, ou por meio que facilite a divulgação da calúnia, da difamação ou da injúria.

IV - Contra pessoa maior de 60 (sessenta) anos ou portadora de deficiência, exceto no caso de injúria. (Incluído pela Lei nº 10.741, de 2003)

Parágrafo único - Se o crime é cometido mediante paga ou promessa de recompensa, aplica-se a pena em dobro (BRASIL, CP, 2020).

Dito isto, passaremos a analisar cada um dos tipos penais cometidos contra à honra.

3.1. CALÚNIA

De acordo com o Código Penal em vigor, em seu Art. 138, calúnia é a imputação falsa a alguém de fato definido como crime. Em seu §1º, considerando o mesmo grau do injusto, determina-se que na mesma pena incorre quem, sabendo falsa a imputação, propala-a ou a divulga. Depreende-se do disposto que calúnia é a imputação falsa a alguém de fato definido como crime. Assim, para que o fato imputado possa constituir calúnia, precisam estar presentes, simultaneamente, sob risco de descaracterização do tipo, todos os requisitos do crime, sendo estes: a imputação de fato determinado qualificado como crime; a falsidade da imputação; o elemento subjetivo.

Ainda conforme a citada legislação penal brasileira de 1940, o legislador equiparou duas formas de calúnia: a chamada calúnia direta, que consiste na atribuição de fato definido como crime a alguém sabendo que a pessoa é inocente, bem como a calúnia indireta, constituindo-se como a propagação ou divulgação do fato dito por terceiro com ciência que a pessoa caluniada é inocente. Em todo caso, é indispensável que o sujeito ativo, tanto o caluniador quanto o propalador, tenham consciência de que a imputação é falsa e que o imputado é inocente da acusação que lhe faz.

Apesar de, para que exista o crime de calúnia, o fato que se imputa a alguém tenha que ser falso, não basta que ele seja falso; ele tem que ser, além de falso, sabidamente falso por parte de quem está o imputando a alguém. Isto porque precisa existir elemento subjetivo, o dolo específico que adoutrina chama de *animus caluniandi*. Contra isso, determina o CP pena de detenção, de seis meses a dois anos, e multa.

Para Bitencourt (2020), a imputação deve se referir a fato determinado, sendo indispensável individualizar as circunstâncias identificadoras do fato. Ou seja, uma situação concreta, disciplinada pela descrição do autor, objeto e suas circunstâncias. Além disso, a ofensa deverá ser direcionada a pessoa certa e determinada. A forma como o agente expressa a prática de fato definido como crime, é de importante relevância, pois a calúnia não se configura quando os termos utilizados são vagos, como se observa da jurisprudência pátria

PENAL. PROCESSO PENAL. APELAÇÃO. DELITO DE INJÚRIA PRESCRIÇÃO RECONHECIDA. CALÚNIA. PRESENÇA DO DOLO ESPECÍFICO. ANIMUS CALUNIANDI. SENTENÇA REFORMADA. APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA. 1. Reconhecida a extinção da punibilidade do querelado em relação ao crime de injúria (art. 140 do CP) narrado na denúncia, em vista da ocorrência da prescrição retroativa da pretensão punitiva pela pena em abstrato, por força dos arts. 107, IV, e 109, VI, ambos do Código Penal. 2. Para a configuração dos crimes de calúnia e de difamação há necessidade de demonstração do dolo específico de ofender a honra da vítima. 'No fato imputado precisam estar presentes todos os requisitos do delito, ou não se poderá falar em fato definido como crime e, conseqüentemente, em calúnia (STF, RHC 64.175, DJU 5.9.86, p. 15833; RTJ 79/856). **Não basta a afirmação genérica, sendo necessária a imputação de fato que constitua crime com todas as circunstâncias da infração** (TJDF, RDJTJDF 43/257)." (TRF-1ª Região, RSE 0019775-04.2008.4.01.3800/MG, Rel. Desembargadora Federal ASSUSETE MAGALHÃES, Terceira Turma, e-DJF1 p. 171 de 20/01/2012, grifei.) 3. Está plenamente demonstrado que o apelado agiu com o propósito deliberado de imputar crime à apelante. Todas as elementares do crime de prevaricação estão postas com clareza em suas acusações. 4. A conduta do apelado não decorre de animus narrandi ou animus defendendi. Ao contrário, restou devidamente comprovado o animus caluniandi ensejador da condenação por calúnia. 5. Sentença reformada. Apelação parcialmente provida.(TRF-1 - ACR: 76080620134013500, Relator: JUÍZA FEDERAL ROSIMAYRE GONÇALVES DE CARVALHO (CONV.), Data de Julgamento: 08/09/2014, QUARTA TURMA, Data de Publicação: 09/10/2014).

Questão também importante é a falsidade da imputação. Isto é, o fato, além de falso, deve ser definido como crime. Pertinente observar que há situações em que formalmente existe o delito, mas para a jurisprudência, a conduta falsamente atribuída a alguém, não é considerada crime, posto que materialmente é irrelevante como se infere do respectivo Habeas Corpus:

(...)Em uma leitura conjunta do princípio da ofensividade com o princípio da insignificância, estar-se-á diante de uma conduta atípica quando a conduta não representar, pela irrisória ofensa ao bem jurídico tutelado, um dano (nos crimes de dano), uma certeza de risco de dano (nos crimes de perigo concreto) ou, ao menos, uma possibilidade de risco de dano (nos crimes de perigo abstrato), conquanto haja, de fato, uma subsunção formal do comportamento ao tipo penal. Em verdade, não haverá crime quando o comportamento não for suficiente para causar um dano, ou um perigo efetivo de dano, ao bem jurídico – quando um dano, ou um risco de dano, ao bem jurídico não for possível diante da mínima ofensividade da conduta (HC 181.389 AGR, REL. MIN. GILMAR MENDES, J. 14-4-2020, 2ª T, INFORMATIVO 973).

Ou seja, é necessário que o fato atribuído falsamente seja definido como crime e seja reconhecido pela jurisprudência como crime. Se de alguma forma o fato formalmente criminoso, mas a jurisprudência, entender que materialmente é irrelevante, seja porque é insignificante, ou porque o fato é socialmente adequado, nesses casos, não há o crime de calúnia, mas pode subsistir a difamação. Da mesma forma, se o fato for definido como

contravenção penal, não haverá calúnia, mas difamação, visto que o art. 138 do Código Penal (BRASIL, 1940) define expressamente a expressão “fato definido como crime”.

É importante atentar que se alguém tiver razões para acreditar que uma determinada pessoa tenha praticado um crime, pois as circunstâncias a levaram a acreditar nisso, essa pessoa pode incidir no erro de tipo, isto é, é o erro sobre a elementar falsamente, nessas situações, não poderá ser enquadrada no crime de calúnia, pois a certeza do agente, embora errônea, de que a imputação é verdadeira impede a configuração do dolo.

Sobre o aspecto da consumação, o crime de calúnia consuma-se quando o conhecimento da imputação falsa chega a uma terceira pessoa, ou seja, deve haver publicidade, caso contrário não existirá ofensa à “honra objetiva”, à reputação do indivíduo.

Cumpra também destacar que, em regra, o crime de calúnia não admite tentativa, embora, ainda seja possível a depender do meio utilizado. A calúnia verbal não admite tentativa uma vez que não há espaço para interromper o *intercriminis*. Uma vez proferida a ofensa, ouvida por terceiro, consuma-se o crime. Mas se admite tentativa desde que a conduta seja praticada por escrito. A jurisprudência, por sua vez, tem mostrado recentes decisões sobre a prática do crime contra honra no *ciberespaço*.

CRIME CONTRA A HONRA PRATICADO PELA INTERNET. NATUREZA FORMAL. CONSUMAÇÃO NO LOCAL DA PUBLICAÇÃO DO CONTEÚDO OFENSIVO. COMPETÊNCIA DO JUÍZO SUSCITANTE PARA O CONHECIMENTO E JULGAMENTO DO FEITO. 1. **Crimes contra a honra praticados pela internet são formais, consumando-se no momento da disponibilização do conteúdo ofensivo no espaço virtual, por força da imediata potencialidade de visualização por terceiros.** 2. Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo suscitante para o conhecimento e julgamento do feito. (STJ - CC: 173458 SC 2020/0171971-7, Relator: Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, Data de Julgamento: 25/11/2020, S3 - TERCEIRA SEÇÃO, Data de Publicação: DJe 27/11/2020)

1246

O sujeito ativo pode ser qualquer pessoa física, desde que seja imputável, sem necessidade de reunir qualquer outra condição. A doutrina majoritária aponta que os inimputáveis, seja qual for a causa, não podem ser sujeito ativo do crime de calúnia, embora haja discordâncias sobre o tema. Na jurisprudência tem-se admitido o menor como sujeito passivo do crime de calúnia. De outra forma qualquer pessoa pode ser sujeito passivo, inclusive os inimputáveis, sejam menores ou enfermos mentais, não se lhes exigindo qualquer condição especial. Em caso específico relacionado à pessoa jurídica, por faltar-lhe a capacidade penal, esta não pode ser sujeito ativo dos crimes contra a honra. Entretanto, existe a possibilidade de a pessoa jurídica figurar como sujeito passivo de crimes contra a ordem econômica e financeira, contra o meio ambiente e contra a economia popular.

Em relação aos mortos, também podem ser caluniados, Art. 138 do Código Penal de 1940, § 2º, “é punível a calúnia contra os mortos”. Pondera-se, a princípio, que a honra é um atributo dos vivos, pois somente estes têm personalidade. Contudo, com a morte se extingue a personalidade e a ofensa punível não atinge a “pessoa” do morto (que não é mais titular de direitos), mas a sua memória, e por isso, serão seus parentes os sujeitos passivos, interessados na manutenção do bom nome do morto. Por essas razões, punições como a declaração de

infâmia, morte civil ou a perda total da capacidade jurídica foram proscritas do Direito moderno, pois violariam o princípio da dignidade humana.

De acordo com Alves (2020) no crime de Calúnia, é dado a oportunidade ao agente do fato, provar que o que foi divulgado, é verdadeiro, sendo assim, teria sua conduta excluída do crime. Nesse tipo penal, a regra é a admissão da exceção da verdade. O Código Penal de 1940, art. 138. § 3º, inciso I, traz que se admite a prova da verdade, salvo, constituindo o fato imputado crime de ação privada, o ofendido não foi condenado por sentença irrecorrível. Aqui, não cabe exceção da verdade porque o titular da ação penal não tem interesse e um terceiro ou o Ministério Público não é titular na ação. Ou seja, não cabe exceção da verdade porque é impossível constituir uma sentença condenatória, mesmo que fique provado que houve a prática do fato, responderá por calúnia, pois não há possibilidade jurídica de haver condenação pelo crime de ação privada.

Para Capez (2020) têm-se também a exceção de notoriedade do fato imputado, previsto no art. 523 do Código de Processo Penal, que consiste na oportunidade facultada ao réu de demonstrar que os fatos e afirmações já são de domínio público, o que neste caso, descaracteriza o crime em si, visto que era existente a publicidade do fato. Isto porque se o fato já é de domínio público, não há como se atentar contra a honra objetiva. A regra é que os crimes sejam de ação pública incondicionada e, o fato de alguém querer demonstrar que uma pessoa realmente praticou um crime de ação pública incondicionada, é de interesse do próprio acusado pelo crime de calúnia como do interesse do Ministério Público, pois este, é titular da ação. Mas no caso da ação privada, se o titular da ação não faz nada, e o Ministério Público nada pode fazer, pouco importa se o acusado pela calúnia demonstra que o crime realmente foi praticado.

1247

A ação penal, como regra geral é de exclusiva iniciativa privada, salvo quando, no caso do art. 140, § 2º, da violência resulta lesão corporal (art. 145). Porém, será pública condicionada quando: a) praticada contra presidente da República ou contra chefe de governo estrangeiro (aquisição do ministro da Justiça); b) contra funcionário público, em razão de suas funções, bem como na hipótese do § 3º do art. 140 (a representação do ofendido). Por fim, a sanção penal é cumulativa, de seis meses a dois anos de detenção e multa, para a modalidade simples (caput). Há previsão de duas espécies distintas de majorantes: a) em um terço para o art. 141, I, II, III e IV; ou b) duplicada quando se tratar do art. 145, parágrafo único.

3.2. DIFAMAÇÃO

A primeira referência expressa sobre difamação surgiu no Direito Canônico. Contudo, só veio a se tornar figura típica com a lei francesa de 17 de maio de 1819, a qual oficializou o termo *diffamation*. No que compete tal expressão

Difamar tem sua origem etimológica no termo latino *diffamare*, significando literalmente falar mal de alguém. Das derivações, “difamador” ou “difamante”, significa que o que difama, e “difamatória”, representando o conter uma difamação. Em sentido vulgar tem como significado tirar a boa fama ou desacreditar publicamente, com indicam os dicionaristas (ARANHA, 2000, p. 70, apud, ALVES, 2020).

O crime de difamação tutela a honra objetiva, isto é, a reputação, a boa fama do indivíduo perante o grupo social. Nas lições de Alves, que cita Aranha, aduz-se que a difamação somente ganhou contornos como figura típica, tendo se destacado como figura isolada, no Código Penal atual de 1940, pois o de 1830 e o de 1890 só tratavam da calúnia e injúria, estando a difamação incluída dentro desta última. Em verdade, das três figuras típicas contra a honra, a difamação foi a última a ganhar contornos próprios. Para Aranha (2000, apud, ALVES, 2020), a difamação é um *minus* em relação a calúnia, mas um *majus* no tocante a injúria. Trata-se, na verdade, de uma figura intermediária, no sentido da gravidade, entre os crimes contra a honra.

O Código Penal (BRASIL, 1940) em seu art. 139 traz que difamar alguém, imputando-lhe fato ofensivo à sua reputação, poderá incorrer em uma pena de detenção, de três meses a um ano, e multa. Quanto ao objeto jurídico, “interessa, sobretudo, à coletividade preservar a paz social, evitando que todos se arvoreem no direito de levar ao conhecimento de terceiros fatos desabonadores de que tenham ciência acerca de determinado indivíduo, ainda que tais fatos sejam verdadeiros” (CAPEZ, 2020, p. 342).

Ainda para Capez (2020, p. 346), “o núcleo do tipo é o verbo difamar, que consiste em imputar a alguém fato ofensivo à reputação. Imputar consiste em atribuir o fato ao ofendido. A reputação concerne à opinião de terceiros no tocante aos atributos físicos, intelectuais, morais de alguém. É o respeito que o indivíduo goza no meio social”. Assim, acaba por ferir o respeito que o sujeito possui no meio em que vive, ofendendo desta forma a honra objetiva. Por sua vez, Mirabete (2006) afirma que o crime de difamação consiste na atribuição a alguém de um fato desonroso, mas não descrito na lei como crime, distinguindo-se da calúnia por essa razão.

1248

Tem-se em decorrência disso que, em regra, na difamação não se admite a exceção da verdade, visto que é irrelevante se o fato é verdadeiro ou não para a configuração desse crime. A exceção será nos casos em que a vítima é funcionário público e a ofensa tem relação com o exercício de suas funções, art. 327do CP. Nessa hipótese é admitida a exceção da verdade, pois há um interesse público em saber da conduta praticada pelo funcionário público, como estabelece o art. 139, parágrafo único, do Código Penal (BRASIL, 1940) se o fato é imputado a funcionário público e diz respeito ao exercício de suas funções, será cabível a exceção da verdade assim como nos traz Capez:

Na difamação é irrelevante que fato imputado seja falso ou verdadeiro; logo, via de regra, não cabe à exceção da verdade. Em hipóteses excepcionais, porém, a lei permite a prova da verdade quando se trate de ofensa a reputação de funcionário público, estando este no exercício de suas funções. O fato difamatório deve guardar relação com o exercício do cargo público (CAPEZ, 2020, p. 347).

Assim, no crime de difamação, o “fato” não significa apenas utilizar termos pejorativos em relação a uma pessoa, mas sim imputar fatos ofensivos à reputação dessa pessoa – não se diz o que a pessoa é, mas o que fez. Assim, trata-se de um crime de ação penal privada e que se consuma quando um terceiro toma conhecimento dessa difamação. Caracterizado como crime formal, estará consumado independentemente do dano à

reputação do imputado. É possível a tentativa, mas apenas na forma escrita, por exemplo, com carta difamatória interceptada pelo difamado.

Em suma, o sujeito ativo pode ser qualquer pessoa, exceto como prevê a Constituição Federal (BRASIL, 1988) nos arts. 53 e 29, inciso VIII, aqueles que gozam de imunidade, como os Deputados e Senadores, e os Vereadores, nos limites do município onde exercem suas atividades. Portanto, “a imunidade, em sentido material, prevista no art. 53 da CF, não alcança manifestações proferidas com finalidade diversa da função parlamentar. Podem ser sujeitos passivos, menores, pessoas com doença mental e desonrados. Nesse tipo, não é possível difamação contra os mortos e não possui subtipo.

No tocante ao elemento subjetivo do crime sob análise, a doutrina também exige consensualmente para a caracterização do crime de difamação que o agente tenha que agir, além de com o dolo de dano (vontade consciente de difamar o ofendido imputando-lhe a prática de fato desonroso), também com o *animus diffamandi* ao praticar a conduta (intenção de ofender, vontade de denegrir, o desejo de atingir a honra). Por sua vez, cabe à vítima o ônus de provar que o fato desonroso fora praticado intencionalmente para obter a condenação e a quem o imputou demonstrar a ausência de seu *animus diffamandi* para afastar-se do tipo penal. Logo, se o agente imputa um fato, sem se dar conta de que pode ser tido como desonroso, não comete o crime, por ter havido o que a doutrina e a jurisprudência chamam de *animus narrandi*.

Existem duas formas em que o crime acontece, a forma simples, constante no caput do artigo 139 e a forma majorada que atinge o artigo 141, ambos do Código Penal Brasileiro. Por fim, a divulgação ou propagação da difamação ainda é tema de discussão entre os doutrinadores, no entanto a maioria toma que o ato de propalar, certa difamação, na verdade se consuma em um novo delito. Neste sentido pode-se dizer que:

A nosso juízo, pune-se a ação de propalar mesmo quando – e até com mais razão – se desconhece quem é o autor da difamação original. E não se diga que esse entendimento fere o princípio da reserva legal ou da tipicidade, pois propalar difamação de alguém é igualmente difamar e, quiçá, com mais eficiência, mais intensidade e maior dimensão (BITENCOURT, 2020, p. 464-465).

Dito isto, passaremos ao próximo tipo penal.

3.3. INJÚRIA

O art. 140 do Código Penal (BRASIL, 1940) expõe que injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro, pode incidir pena de detenção, de um a seis meses, ou multa. Ao contrário do que acontece com a calúnia e a difamação, a injúria atinge a honra subjetiva. Isso porque não há imputação de fato a alguém, mas sim uma adjetivação negativa e, uma vez que não há imputação de fato, mas de opinião que o agente emite sobre o ofendido, não se admite exceção da verdade.

Nesse tipo penal qualquer pessoa pode ser sujeito ativo, pois se trata de crime comum. De outro modo, em relação ao sujeito passivo, apesar de aplicar-se a mesma sistemática dos crimes anteriores, a doutrina considera que a pessoa injuriada deve compreender as ofensas

contraela proferidas, isto é, ter consciência de estar sendo atacada na sua dignidade. Assim, consuma-se quando a própria vítima toma conhecimento da injúria que lhe foi dirigida. Importa destacar que como a honra tutelada é asubjetiva (a autoestima da pessoa que está sofrendo adjetivações negativas), paraque haja consumação, é desnecessário que terceira pessoa tome da injúria conhecimento.

Outro ponto relevante é o fato de que a pessoa jurídica, por não possuir honra subjetiva, não pode ser sujeito passivo desse crime⁵. Os mortos, ao contrário do que ocorre com o delito de calúnia, não podem ser injuriados. No entanto, leciona Cunha (2019), que “é perfeitamente possível injuriar pessoa viva denegrindo a imagemdo morto, como, por exemplo, chamar uma mãe já falecida de “cafetina das filhas”.

Quanto ao modo de execução, a injúria pode ser configurada através de palavras,gestos, escritos, bem como outras manifestações.Quanto ao tipo subjetivo, o dispositivo exige a presença do dolo (direto ou eventual), inexistindo a forma culposa.Nesse sentido, o agente precisa ter a intenção deliberada de atingir a honra subjetiva da vítima — *animus injuriandi*. Pacífico, por sua vez, o entendimento de que não há crime, pela ausência de intenção de ofender, quando a palavra desairosa é utilizada por brincadeira ou para disciplinar alguém (*animus jocandi ou corrigendi*).

O art. 140, § 1º traz a seguinte redação: O juiz pode deixar de aplicar a pena:

I – Quando o ofendido, de forma reprovável, provocou diretamente a injúria: refere-se à injúria como forma de revide à provocação criminoso ou não da vítima. Aqui, o perdão judicial, aproveita apenas àquele que revidou.

II – No caso de retorsão imediata, que consista em outra injúria: refere-se à retorsão, é dizer, revidar injúria com outra injúria. Nesse, o perdão judicial aproveita a todos os envolvidos, isto é, quem primeiro ofendeu e aquele que revidou.

De acordo com Cunha (2019), “da simples leitura do § 1º percebe-se que o legislador estabeleceu, em certas circunstâncias, poder o juiz deixar de aplicar a pena (perdão judicial). O emprego do verbo poder (e não dever) dá a impressão de que se trata de uma faculdade do magistrado”. No entanto, a maioria da doutrina entende que não se trata de um direito subjetivo do acusado, isto é, presentes os requisitos, o perdão é obrigatório.

O § 2º do art. 140 traz a situação conhecida como injúria real. Nesta forma de injúria, o agente ofende a vítima por meio de uma agressão física (violência ou vias de fato). Para a configuração da injúria real, é preciso que a agressão perpetrada seja considerada aviltante (humilhante) em razão da natureza do ato ou do meio empregado. Nesse caso, apesar da violência, o dolo do agente não é o de lesionar a vítima, mas sim o de atingir a sua honra subjetiva. No caso de a injúria ter sido praticada por meio de vias de fato, essa contravenção restará absorvida pelo crime de injúria real. Entretanto, se houve o uso de violência, que resultou em lesões corporais na vítima, o agente responderá pela injúria real e terá somada a pena correspondente à violência. Logo, há um concurso material obrigatório. O art. 145 do CP dispõe que a injúria real, se houver lesão, será um crime de ação penal pública incondicionada.

⁵(RT 670/302).

Relativamente à injúria qualificada, racial ou preconceituosa, o art. 140. (...) § 3º assinala que: Se a injúria consiste na utilização de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião, origem ou a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência. Nesse caso, será um crime de ação penal pública condicionada à representação. Com isso, pontua-se que em regra, injúria é um crime de ação penal privada, com ressalvas às modalidades de injúria real e preconceituosa.

É importante perceber que a pena do dispositivo acima é bem mais grave que a das demais modalidades de injúria e, como ultrapassa dois anos, não há mais que se falar em crime de menor potencial ofensivo. Ou seja, trata-se de um crime de médio potencial ofensivo, portanto, não se aplicam os dispositivos despenalizadores da Lei n. 9.099/1995, salvo a suspensão condicional do processo, visto que a pena mínima é de um ano.

3.4. DAS DISPOSIÇÕES EM COMUM

Dispõe o art. 141 do Código Penal de 1940 que as penas cominadas no Capítulo dos crimes contra a honra são aumentadas em um terço, se qualquer dos crimes é cometido:

I – Contra o Presidente da República, ou contra chefe de governo estrangeiro: macular a honra do chefe supremo da República é macular, indiretamente, todos os cidadãos. Ofender chefe de governo estrangeiro pode abalar a relação internacional pátria, prejudicada diante de eventuais revides da nação ofendida. Aqui deve ser lembrado que, se a ofensa contra o Chefe do Executivo da União tiver motivação política, estaremos diante de crime contra a segurança nacional (Lei 7.170/83).

II – Contra funcionário público, em razão de suas funções: a injúria contra o funcionário público é diferente do crime de desacato. Este é praticado na presença do funcionário público, já a injúria é a ofensa que não é praticada na presença do funcionário público. O ofensor não macula apenas a honra do funcionário vítima, mas também da Administração, prejudicando o andamento da vida funcional. Deve ser alertado, porém, que, se a ofensa for dirigida contra o funcionário, mas não em razão de sua função, o ofensor responderá pelo crime em o aumento de pena.⁶

III - na presença de várias pessoas, ou por meio que facilite a divulgação da calúnia, da difamação ou da injúria: A doutrina diverge em relação a quantas pessoas configuram a expressão "várias", mas consoante Cunha (2019), a maioria entende necessária a presença de, no mínimo, três pessoas. No que se refere ao meio de divulgação, podendo ser por meio de cartazes, alto-falantes, etc. Ainda, a facilidade de comunicação pelas redes sociais tem se mostrado terreno fértil para a proliferação dos crimes contra a honra, hipótese em que a pena será aumentada em razão do dispositivo em análise.

De acordo com Gonçalves (2016), o Supremo Tribunal Federal entendeu que a Lei de Imprensa não foi recepcionada pela Carta Constitucional de 1988 e, no ano de 2009, cassou sua eficácia. Assim, ofensas proferidas em jornais ou revistas, ou em programas de rádio ou de televisão, passaram a se enquadrar na causa de aumento em estudo. Em relação a isso, § 2º

⁶(RT570/412).

do art. 141 do CP traz que “se o crime é cometido ou divulgado em quaisquer modalidades das redes sociais da rede mundial de computadores, aplica-se em triplo a pena”.

IV – Contra pessoa maior de 60 (sessenta) anos ou portadora de deficiência, exceto no caso de injúria: não há que se falar em aumento de pena quando o crime de injúria é praticado contra idosos ou pessoas com deficiência, pois a conduta de injúria cometida contra essas pessoas configura o crime de injúria racial (preconceituosa ou qualificada).

§ 1º - Se o crime é cometido mediante paga ou promessa de recompensa, aplica-se a pena em dobro: Trata-se de crime de concurso necessário em que a causa de aumento de pena será aplicada a ambos os envolvidos. Aqui o aumento é maior do que nas hipóteses anteriores. A pena é aplicada em dobro.

3.5 EXCLUSÃO DO CRIME

O Art. 142 prevê hipóteses de exclusão dos crimes de injúria e de difamação. O dispositivo não exclui o crime de calúnia, vez que há o interesse social de apurar-se a prática de crimes, identificando e punindo os seus responsáveis. As causas de exclusão são: *I - a ofensa irrogada em juízo, na discussão da causa, pela parte ou por seu procurador;*

Para Cleber Rogério Masson (2020) trata-se da imunidade judiciária que abrange a ofensa oral e escrita. A hipótese demanda a relação entre a ofensa e o exercício de defesa de um direito em juízo. Prevalece o entendimento de que a exclusão não se estende à ofensa proferida contra os magistrados. Quanto aos promotores, ordinariamente a doutrina divide a atuação como parte, hipótese em que será admitida a exclusão, da função de custos legis, em que não subsiste a imunidade judiciária. Porém, há previsão legislativa específica, prevendo a prerrogativa dos Membros do Ministério Público, conforme art. 41, inciso V, da Lei 8.625/1993, “Constituem prerrogativas dos membros do Ministério Público, no exercício de sua função, além de outras previstas na Lei Orgânica: gozar de inviolabilidade pelas opiniões que externar ou pelo teor de suas manifestações processuais ou procedimentos, nos limites de sua independência funcional”. De igual modo, os advogados gozam de semelhante previsão legal, conforme art. 7º, § 2º, da Lei 8.906/1994: “O advogado tem imunidade profissional, não constituindo injúria, difamação ou desacato puníveis qualquer manifestação de sua parte, no exercício de sua atividade, em juízo ou fora dele, sem prejuízo das sanções disciplinares perante a OAB, pelos excessos que comete”.

Vale lembrar que o Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional a exclusão do crime de desacato. Em todas as hipóteses de imunidade judiciária, não há exclusão para o sujeito que dá publicidade à difamação e à injúria (MASSON, 2020).

II - A opinião desfavorável da crítica literária, artística ou científica, salvo quando inequívoca a intenção de injuriar ou difamar;

III - o conceito desfavorável emitido por funcionário público, em apreciação ou informação que preste no cumprimento de dever do ofício.

Parágrafo único - Nos casos dos ns. I e III, responde pela injúria ou pela difamação quem lhe dá publicidade.

Trata-se de hipótese especial de estrito cumprimento do dever legal. O conceito de funcionário público é trazido pelo art. 327, caput e § 1º, do Código Penal de 1940. Não há exclusão, tal como na imunidade judiciária, para o sujeito que confere publicidade.

3.6 RETRATAÇÃO

Dispõe o Art. 143 do CP de 1940 – “O querelado que, antes da sentença, se retrata cabalmente da calúnia ou da difamação, fica isento de pena”. Trata-se de hipótese de extinção de punibilidade, tal como prevê o art. 107, inciso VI, do Código Penal (BRASIL, 1940). Não é extensiva ao crime de injúria, nem tampouco é admitida para as hipóteses de calúnia e de difamação, em que a ação é pública, vez que o código faz expressa referência à figura do querelado. A causa de extinção tem natureza subjetiva, não se comunicando aos demais querelados. A retratação deve ser total e incondicional. Precisa abarcar tudo o que foi dito pelo agente. É ato unilateral, sendo prescindível a aceitação do ofendido. Deve ser anterior à prolação da sentença de primeira instância ou do acórdão, no caso de competência originária. Nas hipóteses em que o querelado tenha praticado a calúnia ou a difamação fazendo usufruto de meios de comunicação, a retratação dar-se-á, se assim desejar o ofendido, pelos mesmos meios em que se praticou a ofensa.

3.7 PEDIDO DE EXPLICAÇÕES

O Código Penal atual (BRASIL, 1940) dispõe em seu Art. 144 – “Se, de referências, alusões ou frases, se infere calúnia, difamação ou injúria, quem se julga ofendido pode pedir explicações em juízo. Aquele que se recusa a dá-las ou, a critério do juiz, não as dá satisfatórias, responde pela ofensa”.

Para Masson (2020) se não há certeza sobre o ânimo de atacar honra alheia ou, ainda, não se conhece exatamente quem é o sujeito objeto da ofensa, permite-se ao interessado pedir explicações em juízo, antes do oferecimento da ação penal. O pedido é incabível, entretanto, quando o fato estiver acobertado de exclusão de ilicitude (art. 142) ou de extinção da punibilidade (ex. prescrição e decadência), quando manifestamente não há ofensa ou, por fim, quando não há dúvidas de seu caráter ofensivo.

Trata-se de medida facultativa, prévia e sem procedimento específico, seguindo-se o rito das notificações avulsas. Não há sanção coercitiva para obrigar o comparecimento do requerido. Não há julgamento sobre o pedido de explicações e nem tampouco condenação automática pelo simples silêncio do demandado, eis que ainda será recebida a inicial e o suposto ofensor terá em seu favor o curso do processo. O pedido de explicações não suspende nem interrompe a prescrição e a decadência. Porém, gera a prevenção do juízo.

4 DA LEGISLAÇÃO PENAL FACE À LITERATURA: A ANÁLISE DO CRIME CONTRA A HONRA SOFRIDO POR CAPITU

O romance machadiano *Dom Casmurro* representa a eterna dúvida, palco de debates da literatura brasileira: Capitu traiu ou não Bentinho? Àqueles que não se satisfazem com os indícios que transparecem na obra, pontua-se aqui, caro leitor, que o indecifrável enigma não é resolvido nem mesmo pelo próprio autor. Este apenas implanta a dúvida no espírito de quem lê. Nessa abertura de possibilidades interpretativas, o escritor italiano Italo Calvino estabeleceu como princípio de toda grande obra que “um clássico é um livro que nunca termina de dizer aquilo que tinha para dizer”. Diz-se também, no entanto, que esse artigo não tem a pretensão de resolver a dúvida quanto à validade do relato de Bentinho, mas de analisar os desdobramentos da imputação de traição à honra de Capitu.

Tipificada como crime até o ano de 2005, o adultério apresenta extensa história criminal no país. No transitar do século XIX, a temática foi amplamente discutida no meio social e jurídico, circundando não apenas no meio de intérpretes e comentaristas do Código Criminal do Império, mas também entre escritores. Dentre estes, figura Machado de Assis, venerável escritor brasileiro, que tematizou o adultério em suas três importantes obras: *Memórias póstumas de Brás Cubas*, *Quincas Borba* e *Dom Casmurro*. Esta última, com ação disposta entre os anos de 1857 e 1875, é o objeto do pretenso estudo. Ao tratar do crime de adultério no Império do Brasil, período ao qual se insere a obra,

[...] demonstra como o tema era relevante no período e como tocava a intimidade da sociedade. De fato, criminalizar o adultério no Império era trazer para a esfera pública um conflito eminentemente privado. Mas a criminalização da prática de adultério, teoricamente, tinha alguns sentidos: a) dar a mensagem de controle da sexualidade da mulher, b) “defender a família” de um filho adúltero ou do homem que possui “uma manceba” e c) evitar o assassinato da mulher (e muitas vezes do amante) pelo marido traído. [...] Até o final do século XX, os tribunais ainda aceitavam a “defesa da honra” do marido, que assassinava a mulher. Ainda foram necessários quase 200 anos para que os tribunais concordassem que o adultério não garantia o direito de assassinato. O processo foi tão longo que até o crime de adultério deixou de existir (SIQUEIRA, 2020).

1254

O Código Criminal do Império do Brasil (BRASIL, 1830) foi sancionado pela lei de 16 de dezembro de 1830, substituindo o livro V das Ordenações Filipinas (1603) e inseriu o adultério na seção III do capítulo III “Dos Crimes Contra a Segurança do Estado Civil, e Doméstico”, *in verbis*:

Art. 250. A mulher casada, que commetteradulterio, será punida com a pena de prisão com trabalho por um a tresannos. A mesma pena se imporá neste caso ao adúltero.

Art. 251. O homem casado, que tiver concubina, teúda, e manteúda, será punido com as penas do artigo antecedente.

Art. 252. A accusação deste crime não será permittidaá pessoa, que não seja marido, ou mulher; e estes mesmos não terão direito de accusar, se em algum tempo tiverem consentido no adulterio.

Art. 253. A acusação por adultério deverá ser intentada conjuntamente contra a mulher, e o homem, com quem ella tiver commettido o crime, se fôr vivo; e um não poderá ser condemnado sem o outro.

Diante as disposições acima, nota-se o fato de que o adultério era crime cometido por mulher, ao passo ao esposo adúltero apenas era penalmente tipificado se mantivesse ou sustentasse a “concubina”, não bastando a traição, como bem dispõe o artigo 251. O Código Criminal do Império (BRASIL, 1830) também não delimitava o que seria o adultério cometido pela mulher casada, tão somente o condenava. Isso permitia brechas para uma interpretação social e pessoal do que seria traição. O senador e advogado Vicente Alves de Paula Pessoa (1885), acreditava que para provar o adultério não seria preciso prova rigorosa (como demonstrar relações sexuais de mulher casada com outro homem), bastando a fama pública. Em *Dom Casmurro*, a condenação de Capitu, aos olhos de Bentinho, não exigiu flagrantes de sexo, mas bastou a certeza advinda com o que entendia serem provas definitivas do adultério, sendo elas, em especial, a infelicidade de Capitu no velório de Escobar e a semelhança percebida por Bentinho entre o filho e o amigo.

Para Antonio Candido (1995), “não importa muito se a convicção de Bento seja falsa ou verdadeira, porque a consequência é exatamente a mesma nos dois casos: imaginária ou real, ela destrói a sua casa e a sua vida”. O que não supôs Antonio Candido no trecho precedente é que, além de Bentinho, Capitu se sentiu aviltada com as acusações e também teve parte de sua vida destruída, sucumbindo aos poucos no oceano da desonra própria em face de sua subjetividade, de sua autoestima, nem tão mais estimada assim. Para Daniel Gomes da Fonseca (2014), a honra de Capitu foi enodada pelo ciúme doentio do marido e o “delito” não passaria de torpe concepção de um cérebro enfermo.

1255

Se houve adultério ou não, perpetuam-se os longínquos debates, mas no que compete o juízo de Capitu sobre si mesma após as acusações, questiona-se: teria Bentinho violado à honra de Capitu da maneira que o fez ao imputar-lhe a suposta traição? A resposta para tal inquirição se dá mediante a comparação dos conceitos penais relativos aos crimes contra a honra em relação ao caso concreto, ou melhor, fictício, da obra do Machado.

A honra, ainda que imaterial, manifesta-se como valor inerente à dignidade da pessoa humana, por isso, tem sido um direito ou interesse penalmente protegido ao longo dos tempos, como já dito em momento oportuno. A honra objetiva refere-se à reputação do indivíduo e de como os demais membros da sociedade o veem, relativamente a seus atributos morais, éticos, culturais, intelectuais, físicos ou profissionais. Sob outro aspecto, a honra subjetiva representa o julgamento que o indivíduo faz de si mesmo, constituindo-se em um sentimento de autoestima e de autoimagem. Retomando ao que já foi dito nos tópicos anteriores, a difamação e a calúnia são crimes que atacam a honra objetiva, à medida que a injúria avança contra a honra subjetiva.

A primeira observação a ser feita diz respeito ao fato de que no Código Criminal de 1830, legislação vigente à época da ação do romance, o adultério constituía crime e, portanto, quando Bentinho exterioriza sua ideia, ou melhor, suas “certezas” da traição de Capitu com Escobar, imputa-lhe um fato tipificado penalmente. Tomando a legislação do Império, verifica-se o disposto

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

De forma semelhante, o artigo 138 do Código Penal pátrio (BRASIL, 1940) atual indica o delito de caluniar alguém, imputando-lhe falsamente fato definido como crime. Contudo, é imperioso ressaltar que para ser configurada como calúnia, é necessário, além da previsão da conduta como crime, que o agente saiba que o acusado é inocente. Desse modo, é oportuno observar que Bentinho tinha certeza que foi traído. Ademais, outro requisito para a caracterização da calúnia, já estudado, é o fato de que há necessidade da ciência ou divulgação por parte de terceiros, o que não ocorreu, uma vez que Bentinho guardou para si as suspeitas de traição e, ao falar sobre, num súbito impulso, dialoga com Capitu, mas não informa a terceiros. O filho, que ouvira seu pai lhe dizer *que não era seu pai* não chegou, em verdade, a compreender o que foi dito no momento e o tratou como pai até o fim da vida, assim, não se abriu possibilidade de ferir a honra objetiva de Capitu. Ressalta-se ainda que, mesmo que os dois requisitos anteriores fossem comprovados, de acordo com a legislação atual, a acusação de adultério não seria calúnia, pois não mais está configurado como crime.

Comprovado que não se trata de crime de calúnia, passa-se ao segundo questionamento: seria, portanto, crime de difamação? Em primeiro momento, cabe aqui pontuar que não é possível a análise em relação ao Código Criminal de 1830, visto que este ainda não previa a tipificação da difamação de forma autônoma- o que só veio ocorrer com o advento do Código Penal de 1940. Sob a luz da legislação atual, no entanto, apontam-se as seguintes observações.

a. Destaca-se que a calúnia e a difamação se aproximam quanto a seus conteúdos materiais: em ambas há a imputação de fatos, contudo, enquanto na calúnia a imputação é de fato definido como crime, na difamação a imputação é de fato ofensivo à reputação do ofendido, depreciativo do seu apreço social, mas não é fato criminoso;

b. Ambas lesam a honra objetiva do sujeito passivo; referem-se a *fatos* e não a “qualidades” negativas ou conceitos depreciativos;

c. Ambas necessitam chegar ao conhecimento de terceiro para consumir-se. Contudo, enquanto é necessário o elemento da falsidade na calúnia, na difamação o fato que se está sendo imputado a alguém não precisa ser falso. Mesmo que o fato imputado a alguém seja verdadeiro, ainda assim, existe o crime de difamação, como pode ser observado no artigo 139 do Código Penal vigente (BRASIL, 1940).

No entanto, pondera-se que, mesmo sendo irrelevante qualquer vinculação da imputação à falsidade ou veracidade do fato (já que não se sabe se houve ou não traição), só poderia se caracterizar em difamação caso a imputação fosse feita e tivesse conhecimento de outros, de modo que se abrisse a possibilidade do juízo de terceiros sobre a vítima, por se tratar de crime contra a honra objetiva. Salvaram-se as aparências. A sociedade, o meio e os preconceitos impunham isso. Sabido que não houve calúnia, nem difamação, passa-se ao último questionamento: houve injúria? Conforme a legislação da época da obra, o Código Criminal de 1830, a injúria era também confundida com a calúnia, como se pode observar, *in verbs*:

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

- 1º Na imputação do um tacto criminoso não comprehendido no artigo duzentos e vinte e nove.
- 2º Na imputação de vícios ou defeitos, que possam expôr ao odio, ou desprezo público.
- 3º Na imputação vaga de crimes, ou vícios sem factos especificados.
- 4º Em tudo o que pôde prejudicar a reputação de alguém.
- 5º Em discursos, gestos, ou signaes reputados insultantes na opinião pública.

O Código Penal de 1940, por sua vez, delimita a figura da difamação em profunda relação com a honra subjetiva ao dispor no artigo 140 do citado diploma legal o crime de injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro. Aqui se pode vislumbrar com maior afinco a consequência das insinuações à Capitu. Em verdade, Bentinho *injuria* Capitu ao afirmar que Ezequiel não era filho dele, impondo-lhe [à Capitu] negativamente o adjetivo de adúltera, uma vez que o acompanhava a certeza da traição de sua mulher. Os capítulos intitulados “Segundo Impulso” e “Capitu que entra” abordam a exteriorização da opinião de Bentinho sobre a traição de sua esposa e revelam com maior clareza o que se pretende discutir, a seguir:

- Papai, papai! – exclamava Ezequiel.
 - Não, não, eu não sou teu pai! [...] Destavez, a o dar comela, não se iseerados meus olhos, mas Capitu pareceu-me lívida [...] Sem lhe contar o episódio do café, repeti-lhes as palavras do final do capítulo.
 - O que? – perguntou ela como se ouvira mal.
 - Que não é meu filho. Grande foi a estupefação de Capitu, e não a menor indignação que lhe sucedeu [...] Assim que, sem atender à linguagem de Capitu, aos seus gestos, à dor que a retorcia, a coisa nenhuma, repeti as palavras ditas duas vezes com tal resolução que a fizeram afrouxar. Após Alguns instantes, disse-me ela:
 - Só se pode explicar tal injúria pela convicção sincera; entretanto, você que era tão cioso dos menores gestos, nunca revelou a menor sombra de descon-fiança. Que é que lhe deu tal ideia? Diga [...]
 - Há cousas que se não dizem.
 - Que se não dizem só metade; mas já que disse metade, diga tudo. Tinha-se sentado numa cadeira ao pé da mesa. Podia estar um tanto confusa, o porte não era de acusada. Pedi-lhe ainda uma vez que não teimasse.
 - Não, Bentinho, ou conte o resto, para que eu me defenda, se você acha que tenho defesa, ou peço-lhe desde já a nossa separação: não posso mais!
 - A separação é cousa decidida, redargui pegando-lhe na proposta.
- Era melhor que a fizéssemos por meias palavras ou em silêncio; cada um iria com a sua ferida. Uma vez, porém, que a senhora insiste, aqui vai o que lhe posso dizer, e é tudo. Não disse tudo; mal pude aludir aos amores de Escobar sem proferir-lhe o nome (ASSIS, 1899 p. 379-382).

Observa-se, a princípio, que para se caracterizar como injúria, o agente precisa ter a intenção deliberada de atingir a honra subjetiva da vítima —*animus injuriandi*— sendo irrelevante que seja falsa ou verdadeira a atribuição de qualidade negativa ou a exclusão de

qualidade positiva. A princípio, como denota o trecho acima, Bentinho exclama irritado que não é pai de Ezequiel e logo o crime se consuma quando ele repete as mesmas palavras à esposa (a vítima), quando esta chega ao seu encontro, visto que é necessário, para caracterização da injúria, que o ofendido tenha ciência das ofensas. Ainda se observa que para configurar esse tipo penal é desnecessário exposição a terceiros, visto que se trata de honra subjetiva e, portanto, apenas autoimagem. Isso também se aplica ao trecho supracitado, no qual a desvalorização de Bentinho sobre Capitu não sai do cômodo que eles discutem (ressalva-se apenas ao conhecimento do leitor, que os acompanha).

Posteriormente, Bentinho ainda alude ao amor entre Escobar e Capitu, buscando denegrir sua imagem, que é subjetivamente afetada. É possível observar ao longo do trecho evidenciado mais de um momento em que Bentinho percebe Capitu abalada e continua a imputar-lhe o estigma de mulher casa adúltera. Com isso, busca ofendê-la, atingindo-lhe o sofrimento que ele mesmo sentia. Ademais, é interessante observar que os mortos, por não possuírem honra subjetiva, não podem ser injuriados, não sendo possível injúria de Bentinho contra seu falecido amigo, mesmo quando aquele insinua os amores deste para Capitu.

Com isso, houve um divórcio tático entre marido e mulher, agora acrescidos do prefixo *ex*. É nesse contexto que se consuma a separação corporal e espiritual de ambos, Bentinho amargurado, Capitu injuriada. Esta, a jovem e bela criatura dos olhos de cigana oblíqua e dissimulada (mas também de ressaca) resvalou para o túmulo, sucumbindo pouco tempo depois, abraçada pelo passado tomado de virtudes e pelo presente envolto em mágoa.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

1258

O bem jurídico da honra tem amparo nas principiologias constitucionais, cíveis e penais. A Constituição Federal perfaz a inviolabilidade da honra, como direito fundamental, por meio do artigo 5º, inciso X, e induz a aplicabilidade de sanção a possíveis violações, pela indenização moral e material. Ademais, a relevância do bem jurídico para ser categórico como digno de tutela penal carece da identificação como fundamental à vida e ao progresso humano.

Alegações críticas visam que a proteção aos crimes contra a honra deve ser realizada em conformidade proporcional com a sua natureza. Advoga-se, consoante alguns doutrinadores, a descriminalização dos crimes contra a honra (leia-se calúnia, difamação e injúria) por meio da aplicação do princípio da intervenção mínima, por meio de pressupostos despenalizadores desses institutos.

Machado de Assis e sua escrita atemporal traz em Dom Casmurro pressupostos de vivências dos crimes contra a honra. O estudo interdisciplinar ilustra as mudanças paradigmáticas nos institutos penais, como o adultério quando comparado ao atual ordenamento vigente. O referido estudo epistemológico entre o Direito e a Literatura evoca o leitor aos (des)compassos da evolução normativa e o significado na conjectura atual.

Destarte, a síndrome do Bentinho que dizima várias Capitus na contemporaneidade em virtude de difamações, calúnias ou injúrias premedita uma autêntica mimesis no qual a

arte imita a vida. Dessa forma, a reconexão da arte com a vida por meio da outrora análise permite ao Direito uma nova interpretação da sociedade e um aperfeiçoamento do direito posto.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, P. C. **Crimes Contra Honra na Internet**. Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Graduação em Direito da Universidade do Sul de Santa Catarina, Araranguá: UNISUL, 2020.

ASSIS, M. de. **Dom Casmurro**. Rio de Janeiro: H. Garnier Livreiro-Editor, 1899.

BITENCOURT, C. R. **Parte especial: crimes contra a pessoa**. Coleção Tratado de Direito Penal. Volume 2. ed. 20. São Paulo. Saraiva Educação, 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil (1988)**. Brasília, DF: Senado Federal. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br>>. Acesso em: 04 jun. 2021.

_____. **Código Civil**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406compilada.htm>.

_____. **Código Criminal do Império do Brasil**, de 16 de dezembro de 1830. Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm>. Acesso em: 04 jun. 2021.

1259

_____. **Decreto-Lei n. 2.848**, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decretolei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 04 jun. 2021.

_____. Tribunal Regional Federal da 1ª Região TRF-1 - **Apelação Criminal: ACR 0007608-06.2013.4.01.3500**. Penal. Processo Penal. Apelação. Delito De Injúria Prescrição Reconhecida. Calúnia. Presença Do Dolo Específico. *Animus Caluniandi*. Sentença Reformada. Apelação Parcialmente Provida. Recorrente: Alciane Margarida de Carvalho. Recorrido: Alexandre Carlos Magno Mendes Pimentel. Município de Goiânia. Juiz Titular: DR. Leão Aparecido Alves, 8 de setembro de 2014. Disponível em: <<https://trf-1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/164657064/apelacao-criminal-7608062013401350?s=paid>>. Acesso em: 04 jun. 2021.

CAPEZ, F. **Curso de direito penal: parte especial: arts. 121 a 212**. São Paulo: Saraiva Educação, v. 2. - 20. ed. 2020.

CANDIDO, A. Esquema Machado de Assis _ in: **Vários Escritos**. 3ª ed. rev. e ampl. - São Paulo: Duas Cidades, 1995.

CUNHA, R. S. **Manual de direito penal: parte especial** (arts. 121 ao 361) / Rogério Sanches Cunha. II. ed. rev., ampl. e atual. - Salvador: JusPODIVM, 2019.

FONSECA, Daniel Gomes da. Dissertação. **Em torno da ironia: análise de Dom Casmurro, de Machado de Assis**. Universidade de São Paulo. São Paulo, 2014.

GOMES, A. Fui vítima de calúnia, injúria ou difamação: o que fazer? A Reparação civil oriunda da prática de crimes contra a honra. **Rev. Jus.com.br**, agosto, 2019.

GONÇALVEZ, V. E. R. **Direito penal esquematizado: parte especial** - 6. ed. - São Paulo: Saraiva, 2016. - (Coleção esquematizado/ coordenação Pedro Lenza.).

MASSON, C. R. **Crimes contra a honra**. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Penal. Christiano Jorge Santos (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/429/edicao-1/crimes-contra-a-honra>>.

NUCCI, G. de S. **Curso de direito penal: parte especial do código penal** 4. ed. - Rio de Janeiro: Forense, 2020.

PESSOA, V. A. de P. **Código Criminal do Brazil**. (2a ed.). Livraria Popular de A.A. da Cruz Coutinho, 1885.

SIQUEIRA, G. Uma história do crime de adultério no Império do Brasil (1830-1889). **História do Direito: RHD**. Curitiba, v.1, n.1, p. 122-131, jul-dez. 2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Habeas Corpus 181.389. Pacientes: Lucas Gonçalves Bico; Pedro Paulo Silva Rodrigues. Impetrante: Defensoria Pública do Estado de São Paulo. AGR, Rel. Min. Gilmar Mendes, Julgamento em 14.4.2020, 2ª T, Informativo 973. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo973.htm>>. Acesso em: 04 jun. 2021.

SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Conflito de Competência 173458. Suscitante: Juízo de Direito do Juizado Especial Criminal de Blumenau-SC. Suscitado: Juízo de Direito da Vara do Juizado Especial Criminal do Foro Central da Barra Funda de São Paulo- SP. SC 2020/0171971-7, Relator: Ministro João Otávio de Noronha, Data de Julgamento: 25/11/2020, S3 - Terceira Seção, Data de Publicação: DJe 27/11/2020.