

VOTO

A Senhora Ministra Rosa Weber: 1. Cuida-se de **arguição de descumprimento de preceito fundamental**, com pedido de medida cautelar, proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – CFOAB. Pugna-se seja reconhecida a não recepção do **art. 331 do Código Penal** pela Constituição da República.

Sustenta-se que a tipificação do crime de desacato fere os preceitos fundamentais concernentes às liberdades de manifestação do pensamento e de expressão independentemente de censura ou licença, asseguradas nos **art. 5º, IV e IX, e 220 da CF** e no **art. 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos**. Argumenta-se que “ *de acordo com a Relatoria para a Liberdade de Expressão da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, as normas nacionais que tipificam o crime de desacato são incompatíveis com o art. 13 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, que tutela justamente a liberdade de expressão* ”, por representarem empecilho à sujeição das condutas dos servidores públicos ao escrutínio da sociedade.

Defende-se que a tipificação do crime de desacato inibe os cidadãos de contestarem as ações e os comportamentos dos agentes estatais, enfraquecendo a prerrogativa do cidadão de fiscalizar as atividades dos agentes públicos e subvertendo, assim, “ *a titularidade do poder político em uma sociedade democrática que, ao invés de recair sobre aos eleitores, é outorgada aos eleitos e aos detentores de funções públicas* ”.

Alega-se, ainda, que, à ausência de uma descrição adequada do tipo, “ *a configuração do crime se sujeita a interpretação do julgador, o que possibilita a ocorrência de arbitrariedades por parte dos agentes públicos* ”, afrontando o princípio da legalidade estrita (**art. 5º, XXXIX, da CF**) além de violar o princípio da igualdade (**art. 5º, caput, da CF**) e o princípio republicano (**art. 1º da CF**), por estabelecer distinção injustificada entre funcionários públicos e os cidadãos comuns.

2. A questão da **inconstitucionalidade do direito pré-constitucional** foi definida, conforme a diretriz jurisprudencial historicamente adotada por esta Casa, como um problema a ser solucionado a partir da aplicação das regras de direito intertemporal – de tal modo que a **incompatibilidade superveniente** acarreta a simples **revogação** da norma anterior –, e insuscetível, portanto, de consubstanciar objeto de declaração de

inconstitucionalidade pela via da ação direta. Ainda que, segundo essa orientação, não seja tecnicamente viável falar em inconstitucionalidade *stricto sensu*, mas tão-somente em não-recepção ou revogação, certo é que, se eventualmente persiste aplicação da norma qualificada como disruptiva da nova ordem constitucional, resulta caracterizada a existência da lesão, em face do descumprimento da Lei Maior. E se o preceito desse modo descumprido ostenta a qualidade de fundamental, resta autorizado o acionamento o mecanismo de proteção previsto no art. 102, § 1º, da Lei Maior.

O **art. 1º, parágrafo único, I, da Lei nº 9.882/1999**, afirma categoricamente o cabimento da arguição de descumprimento de preceito fundamental “ *quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição* ”. A existência de **relevante controvérsia constitucional sobre o art. 331 do Código Penal, direito federal anterior ao parâmetro de constitucionalidade**, traduz circunstância caracterizadora da hipótese de cabimento da ADPF prevista no **art. 1º, parágrafo único, I, da Lei 9.882/1999**.

Cabível a ADPF, passo ao exame do mérito.

3. Anoto, inicialmente, que o **Índice Mundial de Liberdade de Imprensa**, elaborado anualmente pela organização não-governamental internacional Repórteres Sem Fronteiras, situou o Brasil, em 2020, na posição de nº 107 entre 180 países monitorados. Ao lado de outros fatores, a **prevalência de uma cultura em que a repressão judicial à livre expressão é naturalizada, em particular quando crítica a autoridades públicas**, destaca-se como uma das razões desse resultado.

Essa cultura, no entanto, tem se perpetuado, a despeito do que consagrado no texto constitucional pátrio.

Ao assegurar **ampla liberdade à manifestação do pensamento e à expressão, sob qualquer forma, processo ou veículo**, os **arts. 5º, IV e IX, e 220, caput, da Constituição Brasileira** reverberam um dos sustentáculos dos regimes democráticos, cuja imprescindibilidade a experiência política internacional se encarregou de consagrar. Entendo, por esse motivo, que tais liberdades configuram princípios a serem intransigentemente garantidos.

Nessa ordem de ideias, **não se reveste de legitimidade constitucional a tipificação do crime de desacato, ao emoldurar restrição não contida nos limites axiológicos, deontológicos e teleológicos do Estado Democrático de Direito e do princípio republicano .**

A jurisprudência desta Suprema Corte tem reiteradamente afirmado que a imposição de restrições ao exercício das liberdades de expressão, opinião, manifestação do pensamento e de reunião que não se contenham nos limites materiais – expressamente excepcionados – da própria Lei Fundamental não se harmoniza com o regime constitucional vigente no país. É que, ao assegurar ampla liberdade à manifestação do pensamento e à expressão da atividade intelectual, os **arts. 5º, IV e IX, e 220 da Constituição Brasileira** reverberam verdadeiros sustentáculos dos regimes democráticos.

Como amplamente conhecido, na história do constitucionalismo moderno, surgiu com a Primeira Emenda à Constituição dos Estados Unidos a ideia de que **a existência de amplas interdições ao poder do Estado de interferir na liberdade de expressão constitui premissa de uma comunidade política caracterizada pelo autogoverno e pela liberdade individual** . No dizer de Anthony Lewis, emérito professor da Escola de Direito de Harvard falecido em 2013, “ *liberdade para dizer e escrever o que se quer é uma necessidade inescapável da democracia* ”.

No Estado Democrático de Direito, a liberdade de expressão é a regra, admitida a sua **restrição somente em situações excepcionais** e nos termos da lei que, em qualquer caso, deverá observar os **limites materiais emanados da Constituição** .

O **núcleo essencial e irredutível** do direito fundamental à liberdade de expressão do pensamento compreende não apenas os direitos de **informar e ser informado** , mas também os direitos de **ter e emitir opiniões** e de **fazer críticas** e, inclusive, de estar errado. Não se compatibiliza com o regime constitucional das liberdades, nessa ordem de ideias, a interdição do uso de expressões negativas, ainda que veementes, ao emissor de manifestação opinativa que pretenda expressar desaprovação pessoal por determinado fato, situação, ou ocorrência.

No caso da tipificação do crime de desacato, notadamente, sobressai o **particular interesse social *prima facie*** em que seja assegurada a livre opinião relativamente ao **exercício de função de interesse público** .

Com efeito, é inevitável – e mesmo desejável, do ponto de vista do interesse público – que os ocupantes de cargos ou funções na estrutura do Estado, investidos de autoridade, tenham o exercício das suas atividades escrutinado seja pela imprensa, seja pelos cidadãos, que podem exercer livremente os direitos de informação, opinião e **crítica**. É sinal de saúde da democracia – e não o contrário –, que os agentes políticos e públicos sejam alvo de críticas tanto da imprensa como de indivíduos particulares, no uso das amplamente disseminadas ferramentas tecnológicas de comunicação em rede.

4. Com base nessa ideia, a Suprema Corte dos Estados Unidos da América, em 1931, no que é considerado um dos momentos decisivos para a construção do próprio sentido das liberdades de expressão e de imprensa tal como compreendidas hoje, julgou inconstitucional, à luz da proteção constitucional à liberdade de expressão, lei do Estado de Minnesota que proibia jornais “maliciosos, escandalosos e difamatórios”, como considerados aqueles que publicassem ataques contra ocupantes de cargos públicos cuja veracidade não pudesse ser comprovada. No caso (*Near v. Minnesota*), a Corte assentou expressamente que **a proteção fornecida pela Constituição alcança até mesmo a publicação que veicula ataque de caráter escandaloso contra a conduta de detentor de cargo público, convidando o público a reprová-lo, independentemente de ser capaz de provar suas alegações**.

De toda sorte, a proteção constitucional independe da virtude das ideias, da popularidade das crenças, da utilidade das opiniões ou da veracidade das afirmações manifestadas, e reconhecer assegurado o direito à crítica não significa endossá-las em nenhuma medida. Não se destina, a proteção constitucional, apenas às ideias tidas como certas ou adequadas, mas, fundamentalmente, às que desagradam.

Nesse contexto, é preciso ressaltar que afirmações destemperadas, descuidadas, irrefletidas, e até mesmo profundamente equivocadas, são inevitáveis em um debate, e sua livre circulação enseja o florescimento das ideias tidas por efetivamente valiosas ou verdadeiras, na visão de cada um. Àquelas manifestações aparentemente indesejáveis estende-se necessariamente, pois, o escopo da proteção constitucional à liberdade de expressão, a despeito de seu desvalor intrínseco, sob pena de se desencorajarem o pensamento e a imaginação, em contradição direta com a diretriz insculpida no **art. 220, caput, da Carta da República**.

A esse respeito lembro, porque oportunas, além da tantas vezes repetida manifestação creditada a Voltaire – “ *posso não concordar com nenhuma palavra do que dizes, mas defenderei até a morte o direito que tendes de dizê-las* ” –, as ponderações do Justice Brennan, da Suprema Corte dos Estados Unidos, no paradigmático caso *New York Times vs Sullivan*, no sentido de que a garantia de proteção conferida pela Constituição às aludidas liberdades de expressão e de imprensa se funda no

“princípio de que o debate de questões públicas deve ser irrestrito, robusto e aberto, e que ele bem pode incluir **ataques** ao governo e a funcionários públicos que sejam **veementes, cáusticos e às vezes desagradavelmente contundentes.**” (destaquei)

Nesse caso de 1964, fundamental para se compreender a extensão a ser conferida à liberdade de imprensa em qualquer sociedade que se pretenda livre e democrática, a Suprema Corte norte-americana afirmou que **a proteção da Constituição à liberdade de expressão limita o poder do Estado de conceder indenizações em ações fundadas em difamação, ajuizadas por agentes públicos em face de críticas à sua conduta oficial.**

Aquela Corte entendeu impossível assegurar a continuidade, no longo prazo, do caráter livre e democrático de uma sociedade política, por mais perfeitas que sejam suas instituições públicas e privadas, se não conferida às liberdades de expressão e de imprensa tal amplitude, e que, no tocante a essas liberdades, é inviável proteger satisfatoriamente o seu uso adequado e a sua necessária função social sem permitir algum grau de excesso (*breathing space*).

Em outras palavras, uma sociedade em que a manifestação do pensamento está condicionada à **autocontenção**, por serem os cidadãos obrigados a avaliar o risco de sofrerem represália antes de cada manifestação de cunho crítico que pretendam emitir, não é uma sociedade livre, e sim sujeita a modalidade silenciosa de censura do pensamento. É que o efeito desestimulador da livre circulação de ideias independe da verdade das alegações contidas em uma publicação em particular. Em se tratando de críticas dirigidas contra ocupantes de cargos públicos, “ *permitir julgamentos por difamação devido a qualquer afirmação errônea (...) desencorajaria a imprensa e os cidadãos de expressar críticas, por medo de cometer um erro* ” (LEWIS, Anthony. **Liberdade para as ideias que odiamos**. São Paulo: Aracati, 2011).

Sequer a prova da verdade é tida, no precedente citado, como proteção suficiente para a liberdade de imprensa, porque

“aqueles que pretendem criticar a conduta oficial podem ser **dissuadidos de expressar sua crítica, mesmo que ela seja tida como verdadeira e mesmo que seja de fato verdadeira, por duvidar que ela possa ser provada em juízo ou pelo medo da despesa por ter de fazê-lo**.” (destaquei)

Não há dúvida de que a restrição à crítica tende a propiciar um ambiente percebido como mais confortável por alguns. O regime democrático, contudo, não tolera a imposição de ônus excessivos a indivíduos ou órgãos de imprensa que se proponham a emitir publicamente opiniões, avaliações ou críticas sobre a atuação de agentes públicos ou privados. Os riscos envolvidos no exercício da livre expressão, em tais hipóteses, não podem ser tais que apresentem permanente e elevado potencial de sacrifício pessoal como decorrência da exteriorização das manifestações do pensamento relacionadas a assuntos de interesse público, real ou aparente. Um sistema que sujeita a manifestação de opiniões e críticas ligadas a questões de interesse público a riscos sobremodo elevados traduz efetivo modo apofático de censura prévia, na medida em que induz, pela intimidação e pelo medo, o silêncio das consciências. O ônus social é enorme e o prejuízo à cidadania manifesto. Nessa ordem de ideias, inafastável a conclusão de que a liberdade de tecer críticas à atuação de ocupantes de cargos públicos constitui um **conteúdo nuclear do direito fundamental** em análise.

5. Esses aspectos ficaram muito bem delineado no julgamento do caso *Lingens v. Austria* pela **Corte Europeia de Direitos Humanos** que, já em 1986, considerou incompatível com as liberdades de expressão e de imprensa asseguradas na Convenção Europeia de Direitos Humanos a imposição de sanção pelo Estado demandado – Áustria –, com base na legislação doméstica de “*proteção da reputação*”, ao uso de expressões tais como “oportunista vil”, “imoral” e “indigno”, que, embora possam, em princípio, ferir a reputação de alguém, foram **direcionadas a agente público**

Na visão daquela Corte supranacional, a cláusula convencional da liberdade de expressão

“constitui um dos fundamentos essenciais de uma sociedade democrática e uma das condições básicas para o seu progresso e para a autorrealização de cada indivíduo. (...) É aplicável **não só a ‘informação’ ou ‘ideias’ que são recebidas favoravelmente, ou consideradas inofensivas, ou recebidas com indiferença, mas também àquelas que ofendem, chocam ou incomodam.** Tais são as **exigências do pluralismo, da tolerância e da abertura de espírito sem as quais não existe ‘sociedade democrática’** (...).

(...) embora a penalidade imposta ao autor, a rigor, não o tenha impedido de se expressar, **ainda assim equivale a um tipo de censura, suscetível de desencorajá-lo de novamente fazer críticas desse tipo no futuro ;** (...) tal sentença seria **suscetível de dissuadir jornalistas de contribuírem para a discussão pública de questões que afetam a vida da comunidade.** Da mesma forma, uma sanção como esta é passível de afetar a imprensa no desempenho das suas tarefas como provedora de informação e cão de guarda do interesse público.” (destaquei)

6. Sem dúvida, a Constituição da República confere especial proteção, na condição de direitos fundamentais da personalidade, à **honra** e à **imagem** das pessoas, assegurando o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação (**art. 5º, X**).

Quando em questão, todavia, o interesse público, caso do crime de desacato, e não a vida privada ou a intimidade, a preservação da livre manifestação do pensamento autoriza um elevado grau de tolerância no tocante aos requerimentos de proteção do interesse individual.

A exposição à crítica relativamente à sua atuação é ônus inerente ao exercício de qualquer cargo público . Conforme já enfatizado, quando se trata de ocupante de um cargo público, investido de autoridade, e que está, no desempenho das suas funções, sujeito ao escrutínio da imprensa e do público em geral, mostram-se consideravelmente mais largos os limites da crítica aceitável. A posição preferencial ostentada pela liberdade de expressão na ordem jurídica reflete-se

“(...) na existência de um menor âmbito de proteção da honra, da reputação e da privacidade de agentes públicos e candidatos a cargos públicos, em relação aos demais indivíduos. Isto é, os funcionários públicos devem ter uma ‘pele mais espessa’ (*thick-skinned*) para tolerar críticas. Nenhum agente público ou autoridade pode pretender

esquivar-se do escrutínio da população ou reivindicar o direito a não ser ofendido (...).” (OSORIO, Aline. **Direito Eleitoral e Liberdade de Expressão** . Belo Horizonte: Editora Fórum, 2017)

Com efeito, ainda,

“quando alguém ocupa um cargo público, então a margem que se abre é muito maior, porque o modo por que são desempenhados os seus deveres públicos se discute conjuntamente com as suas qualidades pessoais, o seu caráter e os seus hábitos, como pontos que interessam ao público. Todo cidadão pode falar livremente não só sobre o que sabe, mas também sobre aquilo que crê e suspeita, contanto que ao proceder assim somente tenha em vista o interesse público e não use de perfídia.” (COOLEY, Thomas M. **Princípios Gerais de Direito Constitucional nos Estados Unidos da América** . Campinas: Russell, 2002)

Nessa esteira, em *Bridges v. California* , 1941, a Suprema Corte dos Estados Unidos afirmou que a legítima preocupação com a dignidade e a reputação de magistrados e tribunais são se mostra suficiente para justificar, frente à Constituição, medidas punitivas contra manifestações de menosprezo ou criticismo em relação a juízes e decisões judiciais, ainda que marcadas, tais manifestações, por afirmações inverídicas.

Em tais casos, não basta, à higidez dos limites à liberdade de manifestação do pensamento, que **(i)** estejam eles devidamente previstos em leis formalmente válidas e **(ii)** atendam a fins constitucionalmente legítimos. É necessário, ainda, que **(iii)** a pretendida interferência nas liberdades de expressão e de imprensa traduza, ao ser aplicada ao caso concreto, um **limite necessário à preservação de uma sociedade democrática e plural** .

7. Nesse contexto, o critério da **proporcionalidade** desautoriza a imposição de restrições à liberdade de expressão, ainda que teoricamente fundadas na proteção da honra ou da imagem pessoais, quando tiverem como efeito inibir a manifestação de juízos críticos que, apesar de mordazes, se mostram, na quadra atual, banalizados.

É o que reconheceu a Corte Interamericana de Direitos Humanos em 2008, no julgamento do caso *Kimel v. Argentina* , 2008, em que condenada a República da Argentina a **(i)** anular as condenações civis e criminais que haviam sido impostas pelo Poder Judiciário daquele Estado contra um

jornalista e historiador que publicara livro contendo afirmações supostamente atentatórias contra a honra de um Magistrado e (ii) reformar a legislação doméstica que permitiu tal condenação, declarada como em desconformidade com os preceitos da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica) que asseguram a liberdade de expressão. *In verbis* :

“Com relação ao direito individual de ter a honra respeitada, é concedida maior proteção às opiniões sobre a qualificação de uma pessoa para ocupar cargos ou sobre as ações de funcionários públicos no desempenho de seus deveres, de tal modo que o debate em um sistema democrático seja encorajado. A Corte tem salientado que, numa sociedade democrática, as personalidades políticas e públicas estão mais expostas ao escrutínio e à crítica do público. Este limite diferente de proteção deve-se ao fato deles terem se exposto voluntariamente a um escrutínio mais rigoroso. Suas atividades vão além da esfera privada para entrar no reino do debate público. Este limite não é baseado na natureza do indivíduo, mas no interesse público inerente às ações que ele desempenha.(...)”

O controle democrático exercido pela opinião pública incentiva a transparência das ações do Estado e promove a responsabilidade dos funcionários públicos no desempenho de suas funções. Daí, a maior tolerância às declarações e opiniões expressas pelos indivíduos no exercício de tal poder democrático. Estas são as exigências do pluralismo inerente a uma sociedade democrática, que exige o maior fluxo possível de informações e opiniões sobre questões de interesse público.

No domínio do debate político sobre questões de grande interesse público, não são protegidas apenas a expressão de afirmações bem vistas pela opinião pública e as que são consideradas inofensivas, mas também a expressão de afirmações que chocam, irritam ou perturbam funcionários públicos ou qualquer setor da sociedade. (...)

As declarações críticas feitas pelo Sr. Kimel estavam relacionadas a questões de interesse público, por serem relativas a um juiz na sua qualidade de oficial público, e corresponderam a opiniões. (...)

Como tal, uma opinião não pode se sujeitar a sanções, ainda mais quando se trata de um juízo de valor sobre as ações de um funcionário público no exercício das suas funções. (...)

Tendo em vista o acima exposto, a Corte conclui que, no presente caso, a violação do direito do Sr. Kimel à liberdade de pensamento e de expressão foi manifestamente desproporcional e excessiva em relação ao pretenso prejuízo do direito a ser respeitado.” (*Kimel v. Argentina* , Corte Interamericana de Direitos Humanos, 2008)

A **Corte Interamericana** tem reconhecida a posição de intérprete oficial do **Pacto de San José da Costa Rica**, e o faz por meio de seus **precedentes**, sendo absolutamente irrelevante, para o efeito de se reconhecer a sua autoridade, que ela não tenha se manifestado especificamente sobre o preceito do direito doméstico em discussão no presente feito. Desconsidera-se, assim, a própria lógica de funcionamento dos mecanismos internacionais de proteção jurisdicional dos direitos humanos, fundados que são no sistema de precedentes.

8. Não se está a afirmar, aqui, que a cláusula constitucional assecuratória de liberdade plena à atividade da imprensa e à manifestação do pensamento inviabilizam, em caráter absoluto, a responsabilização por eventuais danos morais. Como bem salientou o eminente Ministro Cezar Peluso no julgamento da **Reclamação nº 9.428**, o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal ao julgamento da **ADPF 130** de modo algum significa “ *juízo decisório de impossibilidade absoluta de proteção de direitos da personalidade – tais como intimidade, honra e imagem – por parte do Poder Judiciário, em caso de contraste teórico com a liberdade de imprensa* “. Essa possibilidade, todavia, há de ser exercida consoante os limites definidos na Constituição da República.

9. Ao impor restrições às liberdades de expressão que, embora destinadas em princípio à proteção de finalidades constitucionalmente legítimas, de modo algum se mostram necessárias no contexto de uma democracia plural, **o art. 331 do Código Penal não sobrevive ao teste da proporcionalidade**.

Para todos os efeitos, ainda, **a tipificação da injúria, da difamação e da calúnia já confere proteção mais do que suficiente**, além de **isonômica**, sem veicular discriminação injustificada, ao contrário do tipo referente ao desacato.

Ao prever injustificada distinção entre funcionários públicos e cidadãos comuns, o tipo do crime de desacato, em que qualificada a ofensa em razão do seu destinatário, viola o princípio da igualdade (**art. 5º, caput, da CF**) e, conseqüentemente, o princípio republicano (**art. 1º da CF**).

Traduzindo, a emissão de opinião de teor crítico contra autoridade pública no exercício da sua atividade funcional, **legítimo exercício de direito constitucionalmente assegurado**, descabe falar na imputação de **ilícito penal específico a ela assimilável**. Conseqüentemente, o **art. 331 do Código Penal** impõe restrição à liberdade de expressão que, além de **excessiva e**

anti-isonômica , se mostra **materialmente incompatível** com os direitos expressamente assegurados nos **arts. 5º, caput , IV e IX, e 220, caput da Constituição da República** , bem como no **art. 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos** .

Destaco, por fim, o paradigmático julgamento da **ADPF 187** (Relator Ministro Celso de Mello, julgado em 15.6.2011, DJe 29.5.2014), em que assentada pelo Plenário desta Suprema Corte exegese segundo a qual a proteção constitucional à **liberdade de pensamento** há de ser reconhecida como “ *salv guarda não apenas das ideias e propostas prevaientes no âmbito social, mas, sobretudo, como aparato eficiente às posições que divergem, ainda que radicalmente, das concepções predominantes em dado momento histórico-cultural, no âmbito das formações sociais* ”, ressaltando-se que nem mesmo o **princípio majoritário** legitima “ *a supressão, a frustração ou a aniquilação de direitos fundamentais, como o livre exercício do direito de reunião e a prática legítima da liberdade de expressão, sob pena de comprometimento da concepção material de democracia constitucional* ”.

10. Esclareço, em arremate, que embora já tenha eu me manifestado, no âmbito da Primeira Turma, no sentido de acompanhar a jurisprudência majoritária do Colegiado relativamente à recepção do **art. 331 do Código Penal** pela **Constituição de 1988** , a questão, até o presente momento, não havia sido enfrentada em controle concentrado, em caráter abstrato.

Ante o exposto , peço vênua ao eminente Relator para, acompanhando a divergência inaugurada pelo ilustre Ministro Edson Fachin, e reafirmando a imprescindibilidade de absoluta reverência, no marco do Estado democrático de direito, às liberdades fundamentais concernentes à livre manifestação do pensamento e à livre expressão da atividade intelectual, julgar **procedente a arguição de descumprimento de preceito fundamental** para reconhecer a não recepção do **art. 331 do Código Penal** pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

É como voto.