V O T O - V O G A L

Plenário Virtual - minuta de voto - 16/06/20 19:12

O Senhor Ministro Edson Fachin: Acolho o bem lançado relatório proferido pelo e. Ministro Roberto Barroso.

No mérito, peço vênia a Sua Excelência para adotar compreensão distinta.

O Requerente da presente Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental sustenta, em síntese, a não recepção pela Constituição Federal de 1988 da conduta tipificada no art. 331 do Código Penal consistente em "desacatar funcionário público". A norma tem o seguinte teor:

> "Art. 331 - Desacatar funcionário público no exercício da função ou em razão dela:
> Pena - detenção, de seis meses a dois anos, ou multa."

Invoca como preceito fundamental o direito à liberdade de expressão, tal como assegurado em documentos internacionais de que faz parte a República Federativa do Brasil e no texto Constitucional. Os preceitos têm a seguinte base normativa:

> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
> (...)
> IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;
> V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;
> (...)
> X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;
> (...)
> XIII - é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer;
> XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;

(...)

Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

§ 1º Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV.

§ 2º É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.

§ 3º Compete à lei federal:

I - regular as diversões e espetáculos públicos, cabendo ao Poder Público informar sobre a natureza deles, as faixas etárias a que não se recomendem, locais e horários em que sua apresentação se mostre inadequada;

II - estabelecer os meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas ou programações de rádio e televisão que contrariem o disposto no art. 221, bem como da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente.

§ 4º A propaganda comercial de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias estará sujeita a restrições legais, nos termos do inciso II do parágrafo anterior, e conterá, sempre que necessário, advertência sobre os malefícios decorrentes de seu uso.

§ 5º Os meios de comunicação social não podem, direta ou indiretamente, ser objeto de monopólio ou oligopólio.

§ 6º A publicação de veículo impresso de comunicação independe de licença de autoridade."

"Pacto de São José da Costa Rica

Artigo 13. Liberdade de pensamento e de expressão

1. Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito compreende a liberdade de buscar, receber e difundir informações e idéias de toda natureza, sem consideração de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro processo de sua escolha.

2. O exercício do direito previsto no inciso precedente não pode estar sujeito a censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente fixadas pela lei e ser necessárias para assegurar:

a. o respeito aos direitos ou à reputação das demais pessoas; ou

b. a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas.

Plenário Virtual - minuta de voto - 16/06/2020 19:12

3. Não se pode restringir o direito de expressão por vias ou meios indiretos, tais como o abuso de controles oficiais ou particulares de papel de imprensa, de freqüências radioelétricas ou de equipamentos e aparelhos usados na difusão de informação, nem por quaisquer outros meios destinados a obstar a comunicação e a circulação de idéias e opiniões.

4. A lei pode submeter os espetáculos públicos a censura prévia, com o objetivo exclusivo de regular o acesso a eles, para proteção moral da infância e da adolescência, sem prejuízo do disposto no inciso 2.

5. A lei deve proibir toda propaganda a favor da guerra, bem como toda apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitação à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência."

"Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos

ARTIGO 19

1. ninguém poderá ser molestado por suas opiniões.

2. Toda pessoa terá direito à liberdade de expressão; esse direito incluirá a liberdade de procurar, receber e difundir informações e idéias de qualquer natureza, independentemente de considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro meio de sua escolha.

3. O exercício do direito previsto no parágrafo 2 do presente artigo implicará deveres e responsabilidades especiais. Conseqüentemente, poderá estar sujeito a certas restrições, que devem, entretanto, ser expressamente previstas em lei e que se façam necessárias para:

a) assegurar o respeito dos direitos e da reputação das demais pessoas;

b) proteger a segurança nacional, a ordem, a saúde ou a moral públicas."

Seja por ofender os tratados internacionais, seja por ofender diretamente o próprio texto constitucional, é procedente a arguição de descumprimento de preceito fundamental.

Registro, inicialmente, que partilho do entendimento do e. Min. Celso de Mello, no sentido de que os tratados de direitos humanos têm, nos termos do art. 5º da CRFB, hierarquia constitucional. A razão para esse entendimento é relativamente simples: **não se invocam direitos fundamentais para descumprir direitos humanos** . Direitos humanos são direitos fundamentais. Os valores democráticos almejados pelo constituinte de 1988 ecoam as experiências democráticas de outras nações e de outros povos e se alinham a elas. Não por acaso, a mesma constituição que prevê,

Plenário Virtual - minuta de voto - 10/06/2019 12:

entre os seus princípios, a prevalência dos direitos humanos impõe às autoridades públicas o dever de propugnar pela criação de um tribunal internacional de direitos humanos (art. 7º do ADCT).

Essa é a razão pela qual a vinculação dos países à jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos não decorre apenas dos casos em que o país seja condenado, nos termos do Artigo 68 do Pacto de São José, mas de toda a jurisprudência do Tribunal. Como anotou a Corte no caso Almonacid Arellano, o parâmetro para se realizar o chamado controle de convencionalidade é, além do próprio texto do Pacto, a "interpretação que [dele] fez a Corte Interamericana, intérprete última da Convenção" (CIDH. Corte Interamericana de Direitos Humanos: Caso Almonacid Arellano e outros v. Chile, 2006, par. 124). Assim, o fato de a Corte jamais ter se manifestado sobre a compatibilidade do artigo 331 do Código Penal brasileiro com a Convenção Interamericana não exime o Estado brasileiro de fazê-lo, afinal, como expressamente consta do Caso Almonacid, "o Poder Judiciário deve exercer uma espécie de controle de convencionalidade entre as normas jurídicas internas que aplicam os casos concretos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos" (par. 124).

A Corte Interamericana possui uma longa série de precedentes sobre o direito à liberdade de expressão, garantido nos termos do Artigo 13 do Pacto de São José da Costa Rica, tanto no âmbito da jurisdição contenciosa (casos a Última Tentação de Cristo, Ivcher Bronstein v. Peru, Herrera Ulloa v. Costa Rica, Ricardo Canese v. Paraguai, Palamara Iribarne v. Chile, Claude Reyes e outros v. Chile, Kimel v. Argentina, Tristán Donoso v. Panamá, Ríos e outros v. Venezuela, Perozo e outros v. Venezuela, Usón Ramírez v. Venezuela, Manuel Cepeda Vargas v. Colômbia, Gomes Lund e outros v. Brasil, Fontevecchia D'Amico v. Argentina, González Medina e Familiares v. República Dominicana, Vélez Restrepo e Familiares v. Colombia, Uzcátegui e outros v. Venezuela, Mémoli v. Argentina, Norín Catriman e outros v. Chile, Granier e outros v. Venezuela, López Lone e outros v. Honduras, I.V. v. Bolívia, Alfredo Lagos del Campo v. Peru, Rocío San Miguel Sosa e outros v. Venezuela e Carvajal Carvajal e outros v. Colômbia), quanto na jurisdição consultiva (A Coligação Obrigatória de Periodistas e a Exigibilidade do Direito de Retificação ou Resposta).

A orientação interpretativa indicada pela própria Corte em cada um deles é a de realizar um rigoroso *teste de proporcionalidade* , como se observa, por exemplo, na opinião consultiva sobre a Coligação Obrigatória de Periodistas:

Plenário Virtual - minuta de voto - 16/06/2020 19:12

> "la " necesidad " y, por ende, la legalidad de las restricciones a la libertad de expresión fundadas sobre el artículo 13.2 de la Convención Americana, dependerá de que estén orientadas a satisfacer un interés público imperativo. Entre varias opciones para alcanzar ese objetivo debe escogerse aquélla que restrinja en menor escala el derecho protegido. Dado este estándar, no es suficiente que se demuestre, por ejemplo, que la ley cumple un propósito útil u oportuno; para que sean compatibles con la Convención las restricciones deben justificarse según objetivos colectivos que, por su importancia, preponderen claramente sobre la necesidad social del pleno goce del derecho que el artículo 13 garantiza y no limiten más de lo estrictamente necesario el derecho proclamado en dicho artículo. Es decir, la restricción debe ser proporcionada al interés que la justifica y ajustarse estrechamente al logro de ese legítimo objetivo".

A razão pela qual se deve aplicar o teste é simples: quanto maior for a restrição a um direito fundamental, tanto maior deve ser a importância de atender a outro.

A série de decisões da Corte Interamericana, embora não cheguem a examinar o art. 331 do Código Penal brasileiro, são precisas em demonstrar que há um elevado grau de importância atribuído à liberdade de expressão e, ao mesmo tempo, em duvidar da necessidade de se proteger, a qualquer custo, a reputação da Administração Pública.

No caso Kimel v. Argentina, por exemplo, a Corte afirmou que a relevância do direito à liberdade de expressão é elevada (sentença de 2 de maio de 2008, par. :

> "Dada la importancia de la libertad de expresión en una sociedad democrática y la elevada responsabilidad que ello entraña para quienes ejercen profesionalmente labores de comunicación social, el Estado no sólo debe minimizar las restricciones a la circulación de la información sino también equilibrar, en la mayor medida de lo posible, la participación de las distintas informaciones en el debate público, impulsando el pluralismo informativo. En consecuencia, la equidad debe regir el flujo informativo. En estos términos puede explicarse la protección de los derechos humanos de quien enfrenta el poder de los medios y el intento por asegurar condiciones estructurales que permitan la expresión equitativa de las ideas."

Plenário Virtual - minuto de voto - 16/06/20 19:12

Ainda no mesmo caso, indicou que a proteção que deve ser dada a honra dos funcionários públicos e, *a fortiori* , da Administração Pública é menor, pois os funcionários públicos devem estar sujeitos a um maior escrutínio público, daí a necessidade de maior tolerância com essas críticas, como apontou a Corte no caso Fontevecchia D'Amico (sentença de 29.11.2011, par. 60):

> "O limite diferente de proteção do funcionário público se explica porque se expõe voluntariamente ao escrutínio da sociedade, o que o pode levar a um maior risco de sofrer afetações a seu direito à vida privada. No presente caso se tratava do funcionário público que ostentava o mais alto cargo eletivo de seu país, Presidente da Nação e, por isso, estava sujeito ao maior escrutínio social, não apenas sobre suas atividades oficiais ou o exercício de suas funções, mas também sobre aspectos que, em princípio, poderiam estar vinculados à sua vida privada mas que revelam assuntos de interesse público."

A Corte assinala, ainda, que a restrição imposta pela mera previsão de sanção penal é extremamente grave, pois "as consequências do processo penal em si mesmo, a imposição da sanção, a inscrição no registro de antecedentes criminais, o risco latente de perda da liberdade pessoal e o efeito estigmatizador da condenação penal" (Caso Kimel, par. 85) interferem severamente o gozo do direito à liberdade de expressão.

A criminalização provoca um *chilling effect* , evitando, assim, que o uso legítimo da liberdade de expressão seja feito, ante o receio de que sanções possam ser aplicadas, não obstante não haver base legal para tanto. Esse efeito inibitório é particularmente grave, porque, como bem aponta Jéssica Gomes da Mata em dissertação de mestrado *(A Política do Enquadro*) , a tipificação não raro é feita de modo a punir aqueles que questionam eventuais exageros das condutas policiais (p. 178):

> "É certo que a existência de conflitos entre população e polícia pode se expressar de diferentes maneiras que não necessariamente se refletem nos registros de ocorrência policiais. No entanto, ao tomar contato com os BOPM (Boletins de Ocorrência da Polícia Militar) ficou claro que praticamente todas as ocorrências registradas sob alguma dessas condutas correspondiam a reações da população aos enquadros: pessoas que ficavam inconformadas com o fato de terem sido paradas pela polícia e, ao questionarem o comportamento policial

Plenário Virtual - minuta de voto - 16/06/20 19:12

> foram acusadas de alguma dessas condutas. Nesse sentido, considero que a incidência desses tipos de ocorrência evidentemente não diz tudo sobre a existência de conflitos entre população e polícia mas diz sobre um aspecto importante: a resposta policial ao desafio de sua autoridade ao enquadrar."

Assim, **por não passar no rigoroso teste de proporcionalidade reclamado pela Corte Interamericana, não é compatível com o Pacto de São José a previsão de sanção penal para sancionar as opiniões – críticas e até ofensivas – irrogadas contra funcionários públicos** .

O problema do tipo constante do art. 331 do Código Penal reside precisamente em atribuir um valor maior a conduta do funcionário público. Como aponta Nélson Hungria, "a ofensa constitutiva do desacato é qualquer palavra ou ato que redunde em vexame, humilhação, desprestígio ou irreverência ao funcionário. É a grosseira falta de acatamento, podendo consistir em palavras injuriosas, difamatórias ou caluniosas, vias de fato, agressão física, ameaças, gestos obscenos, gritos agudos, etc. Uma expressão grosseira, ainda que não contumeliosa, proferida em altos brados ou de modo a provocar escândalo, bastará para que se identifique o desacato" (HUNGRIA, Nélson. Comentários ao código penal, v. IX, p. 424).

As mesmas condutas, porém, são punidas de forma distinta, caso dirigidas a quem não é funcionário público. A injúria, por exemplo, tem pena de detenção de um a seis meses, ao passo que o desacato tem pena de seis meses a dois anos. Isso significa que um médico de um hospital particular, caso ofendido no exercício de sua função, tem proteção menor da lei do que seu colega de profissão que trabalha em um hospital público. Mesma conduta, mesmo serviço, mas distintamente valoradas pelo legislador.

A dúvida sobre a compatibilidade do desacato com a Constituição Federal e com os tratados de direitos humanos deve, portanto, responder se há fundamento normativo que ampare a especial proteção concedida pela legislação aos funcionários públicos.

A resposta, com a devida vênia do e. Relator, é negativa.

O fato de o funcionário público estar submetido a uma maior quantidade de deveres, funcionais, criminais e civis, apenas denota que o ordenamento atribui maior grau de reprovabilidade às condutas que, no âmbito privado, poderiam configurar tipos como o de apropriação indébita,

Plenário Virtual - minuta de voto - 16/06/20 19:12

furto ou extorsão. De fato, se o exercício da autoridade pública exige a delegação de poderes a pessoas que, de forma isenta e republicana, devem mediar a realização do interesse público, qualquer tipo de desvio por elas praticado atinge a própria credibilidade do Estado, corrói as bases da solidariedade social e envergonha a República.

Em uma sociedade verdadeiramente democrática, o remédio para combater os desvios que ocorrem à margem da esfera pública é a transparência . O melhor desinfetante, afirmava o Justice Brandeis, é a luz do sol. O melhor interesse público é aquele que se manifesta por meio de um exercício de racionalidade coletiva, ou seja, é o que é amplamente debatido, criticado, verificado. As críticas e as opiniões negativas que têm os cidadãos sobre a Administração Pública não maculam sua dignidade, ao contrário, a prestigiam. Elas integram o processo de verificação e depuração das melhores ideias que irão formar a base das políticas públicas.

Não é difícil perceber que, sob essa perspectiva de uma liberdade cívica, o exercício da tolerância com opiniões negativas é mais do que simples dever da Administração Pública: a tolerância é parte constitutiva de sua legitimidade. Por essa razão, em uma sociedade democrática, não há como justificar a maior reprovabilidade da conduta que atinge a honra da Administração ou de seus funcionários. Não há como defender que os agentes privados tenham menor proteção da lei. **O que desonra a Administração Pública não é a crítica, mas a conduta de seus funcionários.**

É exatamente esse o sentido da liberdade de expressão assegurada no Pacto de São José da Costa Rica e no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos. A Organização dos Estados Americanos, por meio de sua Comissão Interamericana de Direitos Humanos, fez aprovar em outubro de 2000, a Declaração de Princípios sobre a Liberdade de Expressão, donde se extrai o princípio 11, segundo o qual os funcionários públicos estão sujeitos a maior escrutínio da sociedade: "as leis que punem a expressão ofensiva contra funcionários públicos, geralmente conhecidas como "leis de desacato", atentam contra a liberdade de expressão e o direito à informação". No mesmo sentido, o Relator Especial sobre Liberdade de Expressão Abid Hussain fez notar, em janeiro de 2000 (E/C.4/2000/63, par. 205), que a prisão como punição a expressão de uma opinião contra o governo era um grave violação à liberdade de expressão.

O que esses documentos estão a indicar é a manifesta ausência de legitimidade na punição mais severa para ofensas irrogadas a funcionários públicos. Porque os funcionários públicos estão sujeitos a um maior

Plenário Virtual - minuta de voto - 16/06/2020 19:12

escrutínio público – e porque livremente assim optaram por se submeter – têm eles a grave responsabilidade de tolerar discursos e palavras que contra eles são dirigidas. À luz do sistema internacional de proteção à pessoa humana, é, pois, inequívoca a conclusão de que é ilegítima a previsão normativa constante do art. 331 do Código Penal.

À mesma conclusão se chegaria, caso a questão fosse examinada à luz do texto constitucional.

De fato, é elevada a estima que este Supremo Tribunal Federal tem pelo direito à liberdade de expressão. Essa posição tem sido expressa em diversos precedentes, notadamente no que reconheceu a incompatibilidade da regulação compreensiva da atividade jornalística (ADPF 130, Rel. Min. Ayres Britto).

Esta Corte também tem reconhecido que as figuras públicas estão sujeitas a um maior escrutínio, a justificar o interesse público sobre aspectos de sua vida privada (ADI 4.815, Rel. Ministra Cármen Lúcia) ou a permitir que sejam criticadas com humor durante as campanhas eleitorais (ADI 4.451, Rel. Min. Alexandre de Moraes). Noutras palavras, o valor dado à liberdade de expressão é superior ao da honra da Administração Pública ou a de seus servidores.

Assim, mesmo que se desconsidere o influxo decisivo das normas internacionais, há na Constituição brasileira, tal como interpretada por este Tribunal, elementos que indicam que a tipificação da conduta de desacato viola a igualdade e o princípio republicano, protegendo desproporcionalmente os servidores públicos e a Administração Pública.

Para além da referência à jurisprudência dessa Corte, é possível ainda invocar precedentes do sistema norte-americano, não porque é lícito o empréstimo acrítico de parâmetros estrangeiros, mas porque a proteção à liberdade de expressão integra o que o Justice Stephen Breyer chamou de "leis comuns a toda humanidade" (partly laws common to all mankind). De fato, como bem observa o Prof. Ronaldo Porto de Macedo, há relevantes contribuições para serem hauridas da experiência americana (MACEDO, Ronaldo Porto. Liberdade de expressão: que lições devemos aprender da experiência americana? In: Revista Direito GV, v. 13, n. 1, 2017).

Nada obstante a Primeira Emenda estabelecer que o Congresso não poderá criar lei restringindo a liberdade de expressão, a Suprema Corte decidiu em *Schenk v. Estados Unidos* (1919), que esse direito poderia ser limitado se a intenção do agente se dirigisse ao cometimento de práticas

Plenário Virtual - minuta de voto - 16/06/2019 12:

criminosas e representasse um "perigo claro e iminente". Na opinião redigida por Oliver Wendell Holmes Jr., que guiou a votação por unanimidade, ficou assentada uma das mais conhecidas expressões do direito norte-americano. Expressão essa que refere, justamente, a impossibilidade de proteger uma informação deliberadamente falsa: " *A mais rigorosa proteção da liberdade de expressão não protegeria um homem que, falsamente, grita "fogo" no interior de um teatro, causando pânico"* (Schenck v. United States, 249 U.S. 47, 1919).

O juiz Holmes lança os fundamentos de um teste que fica conhecido, precisamente, como "perigo claro e iminente", e se dirige a auferir as circunstâncias concretas do caso que indicam a existência de um mal substantivo. Este teste será melhor delimitado em *Whitney v. Califórnia* , onde se estabelecem três elementos necessariamente concorrentes para a limitação do direito de opinar. Nas palavras de Carlos Bentivegna:

> Somente se justificaria a restrição desta liberdade pública quando (i) houvesse, com razoável grau de certeza, o temor de que um mal pudesse advir daquele discurso; (ii) houvesse, com razoável grau de certeza, a percepção de que o mal (perigo) fosse iminente e (iii) houvesse motivos fortes para se crer na gravidade do mal a ser causado (perigo sério) (BENTIVEGNA, Carlos Frederico Barbosa. **Liberdade de expressão, honra, imagem e privacidade: os limites entre o lícito e o ilícito** . São Paulo: Manole, 2019).

Essa jurisprudência, contudo, sofrerá substantivas mutações. Por um lado, ela será superada, quando do julgamento do caso *Brandenburg v. Ohio* (1969). A Suprema Corte passa adotar um teste mais protetivo, conhecido como "ação ilegal iminente", que se baseia na identificação do cometimento ou da incitação ao cometimento de um crime iminente, e não apenas possível em um futuro indeterminado.

Por outro lado, essa jurisprudência sofrerá especificações temáticas. É o caso, por exemplo, da construção jurisprudencial ao redor das afirmações de fatos falsos (*false statement of facts*), notadamente na imputação de condutas criminosas. Nestes casos, a exceção à proteção da Primeira Emenda pressupõe que exista uma lei civil ou penal que torne a conduta ilícita. Mas, para além da falsidade da afirmação, a Suprema Corte assentou no caso *New York Times Co. v. Sullivan* que, quando a conduta ilícita ofende a honra de agentes públicos, é necessário um elemento volitivo classificado qualificado por " *actual malice"* , isto é, pelo conhecimento

Plenário Virtual - minuta de voto - 16/06/2020 19:12

doloso da falsidade da informação ou por uma forma extremada de negligência (*New York Times Co. v. Sullivan* , 376 U.S. 254, 1964). Em outras palavras:

> Ao reconhecer que fatos incorretos são inevitáveis em um debate público saudável, a jurisprudência *Sullivan* protege alguns discursos falsos com o fito de abrir um "espaço de respiração" para o discurso político sobreviver. Logo, para promover um ação por difamação contra um crítico de um agente público, é preciso que se demonstre que o crítico agiu com "actual malice", com conhecimento do fato de afirmação ser falsa ou com temerário desinteresse por sua falsidade. Qualquer standard menos restritivo produziria um efeito de dissuasão em discursos protegidos, pois possíveis críticos se sentiriam ameaçados diante da dificuldade de demonstrar a verdade de sua crítica (GOLDMAN, A. I., BAKER, D., Free Speech, Fake News, and Democracy. **First Amendment Law Review** , vol. 66, nº 18, p. 1-66, 2019).

No ano de 1999, o Relator Especial da Comissão Interamericana de Direitos Humanos para a Liberdade de Expressão recomendou aos Estados membros a adoção, em suas respectivas legislações locais, de sistema dual de diferenciação dos standards de proteção de agentes públicos e sujeitos privados. O relator conclui que isso equivaleria, na prática, "à aceitação da doutrina da malícia real (*actual malice*)" (**Informe Anual del Relator Especial para la Libertad de Expresión** , CIDH 48/1999).

Ainda que o uso da expressão " *actual malice* " não tenha sido expressamente feito pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, em ao menos dois casos (*Kimmel v. Argentina,* 2008, e *Donoso v. Panamá,* 2009), a doutrina parece ter sido encampada, garantido requisitos mais estritos para a conformação de crimes contra à honra de agente públicos (cf., por todos, CARTER, Edward. Actual Malice in the Inter-American Court of Human Rights. **Communication Law and Policy** , v. 18, nº 4, p. 395–423, 2013). Constrói-se, em nível regional, uma jurisprudência que determina que a liberdade de expressão só será afastada caso a acusação comprove, a um só tempo, a falsidade da afirmação e a malícia real (dolo ou negligência extremada) do agente.

Novamente, a dúvida recairia sobre saber se a tipificação promovida pelo art. 331 do Código Penal seria compatível com a interpretação mais

Plenário Virtual - minuta de voto - 16/06/2019 19:12

restritiva da liberdade de expressão, isto é, se não haveria legitimidade na criminalização da conduta que, com malícia real, afetasse a honra da Administração Pública ou de seus servidores.

A resposta, também aqui, seria negativa.

O tipo de desacato é demasiadamente aberto e não permite distinguir críticas de ofensas. Ainda que se adote a interpretação defendida pelo e. Relator, no sentido de não se admitirem ofensas praticadas na imprensa, nem as que sejam feitas longe da presença do funcionário público ou quando fora do exercício de suas atribuições, a abertura do tipo não esclarece se ação não se sobrepõe a outras condutas, como a de resistência ou a de desobediência.

Mesmo a restrição defendida pelo Relator no que sustenta que o tipo penal deve ser limitado "a casos graves e evidentes de menosprezo à função pública, como a prolação de ofensa grosseira e exagerada ao agente de trânsito que, no cumprimento de seu dever, procura realizar testes de alcoolemia; o rasgamento de mandado judicial entregue pelo oficial de justiça; o desferimento de tapa em funcionário público que procura cumprir seu dever etc" não é suficientemente precisa para proteger os cidadãos do exercício legítimo da liberdade de expressão.

É evidente que as condutas acima não devem ser admitidas, mas daí a estabelecer uma sanção criminal para elas, isto é, a mais grave interferência em um direito, como reconhece a Corte Interamericana, é uma solução não contemplada pelo ordenamento.

Em pesquisa recente realizada por Fábio Carvalho Leite, Arianne Câmara Nery e Thainá Mamede Couto da Cruz ("Desacato no JECRim e Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro", disponível em: https://www.plebpuc.science/desacato-no-jecrim-e-no-tjrj; acesso em 16.06.2020), demonstra-se que, no ano de 2018, mais de 90% dos enquadramentos, nos juizados criminais do Município do Rio de Janeiro e no Tribunal de Justiça do Estado, tem como sujeito passivo agentes da segurança pública, isto é, as ofensas são dirigidas a esses funcionários públicos. Como indicam os autores:

> "Como se pode observar, os agentes de segurança pública (policiais militares, policiais civis e guardas municipais) aparecem

Plenário Virtual - minuta de voto - 16/06/2020 19:12

> como vítimas "mediatas" (já que o argumento é de que a vítima imediata do desacato é o próprio Estado) em 93.5% dos casos no TJRJ e em 64.2% dos casos no JECrim.
>
> Se incluirmos delegados, bombeiros militares e agentes penitenciários, os percentuais aumentam para 98.7% (TJRJ) e 79.1% (JECrim), cabendo ressaltar que, em relação aos processos julgados no âmbito do JECrim, não foi possível identificar a autoridade ofendida em 10.4% dos casos, de modo que o percentual pode ser até (bem) mais elevado."

As ofensas grosseiras a eles dirigidas, por sua vez, referem-se, basicamente a palavras de baixo calão ou profanas.

É precisamente essa situação fática que merece ser vista sob as luzes da jurisprudência americana. Em diversos precedentes de tribunais federais, os juízes têm exigido que as profanidades não apenas tenham *actual malice* , mas ainda que potencialmente possam resultar em violência. "Profanity alone is insufficient to establish criminal behavior", ou "apenas palavras profanas não são suficientes para estabelecer uma conduta criminal" (State v. Wood, 112 Ohio App. 3D 621, 628, 1996). Com base nesse argumento, o Tribunal do Sexto Circuito afirmou que os policiais não tinham causa provável para prender em flagrante uma criança de 11 anos que havia mostrado a policiais o dedo médio (*Wilson v. Martin* , No. 13-3543 (6th Cir. Oct. 8, 2013). No mesmo sentido, o Tribunal do Segundo Circuito reconheceu que, por não haver probabilidade de causar desordem social, um policial que esteja em uma viatura não teria justa causa para realizar a prisão de quem lhe acena o dedo do meio (*Swartz v. Insogna* , 704 F.3d 105 (2d Cir. 2013)). De forma ainda mais decisiva para o contexto brasileiro: a Corte do Oitavo Circuito assentou que uma mãe que, com seus filhos, gritem "f*** you" para uma viatura policial que realizava uma abordagem não poderiam ser presas porque a profanidade só daria causa a persecução se visasse à desobediência ou à desordem (Thurairajah v. City of Fort Smith, No. 17-3419, 2019 (8th Cir. June 3, 2019)).

Note-se que a jurisprudência americana não se satisfaz apenas com a exigência do *actual malice* , mas também tem apontado ser necessário que haja incitação à desobediência ou à prática de atos de violência ou que haja potencialidade de tais atos ocorrerem. Porque essas outras condutas (violências e desobediências) já são objeto de sanções criminais, não há necessidade de se interpretar o tipo de desacato para também lhes sobrepor.

Plenário Virtual - minuta de voto - 16/06/2020 19:12

Não há, pois, fundamento constitucional para a criminalização do desacato, seja pela relevância do direito à liberdade de expressão, seja pela desnecessidade de se renovar a tipificação de condutas já criminalizadas.

Ante o exposto, renovando o pedido de vênia ao e. Relator Min. Roberto Barroso, julgo procedente a presente arguição, para reconhecer a não recepção do art. 331 do Código Penal.

É como voto.

Plenário Virtual - minuta de voto - 16/06/20 19:12