

PARECER

**LIBERDADE DE EXPRESSÃO, CRIMES CONTRA A HONRA DE PESSOA PÚBLICA E O
PAPEL INSTITUCIONAL DA OAB:**

A INCONSTITUCIONALIDADE DA DENÚNCIA CONTRA FELIPE SANTA CRUZ POR CRÍTICAS
DIRIGIDAS A SÉRGIO MORO

DANIEL SARMENTO E ADEMAR BORGES

SUMÁRIO: 1. A Consulta. 2. Liberdade de expressão: direito à crítica de autoridades públicas. 3. Liberdade de expressão e filtragem constitucional dos crimes contra a honra. Aplicação das premissas ao caso. 4. O papel institucional da OAB de defesa da Constituição, dos direitos humanos e da democracia. 5. Respostas aos quesitos.

1. A Consulta

Consulta-nos o Presidente do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, Felipe Santa Cruz Oliveira Scaletsky (“Consulente”), por meio do seu advogado Antônio Carlos de Almeida Castro, a propósito de questões constitucionais suscitadas pela acusação formulada pelo Ministério Público Federal no âmbito da Ação Penal nº. 1000594-16.2020.4.01.3400, em que o Consulente foi denunciado por suposto crime de calúnia, que teria sido praticado contra o Ministro da Justiça, Sérgio Moro.

DANIEL SARMENTO ADVOGADOS

Narra o Consulente que, em 18 de dezembro de 2019, após receber representação do Ministro Sérgio Moro, o Ministério Público Federal, por meio do Procurador da República Wellington Divino Marques de Oliveira, denunciou-o como incurso nos artigos 138 e 141, inciso II, do Código Penal, por ter supostamente caluniado o representante, ao afirmar que este *“usa o cargo, aniquila a independência da Polícia Federal e ainda banca o chefe da quadrilha ao dizer que sabe das conversas de autoridades que não são investigadas”*. A fala foi proferida em entrevista concedida pelo Consulente ao jornal *Folha de São Paulo*, logo após a divulgação de que o Ministro da Justiça teria anunciado a intenção de destruir as mensagens obtidas por suspeitos de *hackear* celulares de autoridades públicas – inclusive do próprio Sérgio Moro –, apreendidas no âmbito da *Operação Spoofing*, conduzida pela Polícia Federal. Na denúncia, foi também formulado pedido de afastamento cautelar do Consulente do cargo de Presidente do Conselho Federal da OAB, baseado na infundada alegação de que ele estaria usando indevidamente o cargo para finalidades estranhas às respectivas funções, ao pretensamente *“agir como militante político e impor sua visão política pessoal ao arrepio dos deveres institucionais da OAB”*.

Diz o Consulente que, poucos dias depois das declarações dadas ao jornal *Folha de São Paulo* – e bem antes do oferecimento da denúncia –, emitiu nota oficial, em que esclareceu:

“Minha afirmação não teve, em qualquer momento, a motivação de ofender a honra do Ministro Sérgio Moro. Ao contrário, a crítica feita foi jurídica e institucional, por meio de uma analogia e não imputando qualquer crime ao ministro.

Essa semana, no programa Roda Viva, da TV Cultura, reconheci que a analogia utilizada estava acima do tom que costumo usar, mesmo considerando os sistemáticos atentados contra preceitos do Estado democrático de direito que deram base à declaração.

De todo modo, como disse na entrevista, mantenho, no mérito, minha crítica de que o Ministro da Justiça não pode determinar a destruição de provas e que deveria, para o bom andamento das investigações, se afastar do cargo, como recomendou o Conselho Federal da OAB”

Afirma o Consulente que o Supremo Tribunal Federal concedeu medida cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 605, exatamente para impedir a destruição do material probatório recolhido no âmbito da *Operação Spoofing*, sob o argumento

de que o descarte de provas, que teria sido anunciado pelo Ministro Sérgio Moro, viola diversos preceitos e valores constitucionais. Confira-se os seguintes trechos da decisão, da lavra do Ministro Luiz Fux:

*“DECISÃO: Trata-se de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, com pedido de liminar, em face de ato do poder público consistente em alegado mandamento do Excelentíssimo Senhor Ministro da Justiça e Segurança Pública, consubstanciado em destruir provas apreendidas com hackers presos pela Polícia Federal. Narra-se que a Polícia Federal prendeu, aos 23 de julho de 2019, quatro suspeitos de hackear os aparelhos celulares de autoridades da República, incluindo o do Excelentíssimo Ministro da Justiça e Segurança Pública, o Senhor Sergio Fernando Moro, na operação Spoofing. **Em 26 de julho de 2019, o Excelentíssimo Senhor Ministro da Justiça e Segurança Pública teria informado que daria início ao descarte das mensagens apreendidas com os suspeitos presos.***

[...]

*Relativamente ao requerimento cautelar, entendo presentes os pressupostos necessários à sua concessão. No que diz respeito ao fumus boni iuris, verifica-se efetiva probabilidade de ofensa a preceitos fundamentais da Carta Magna, em especial a segurança jurídica (art. 5º, caput) e a garantia da operacionalidade da justiça penal. A ação constitucional em apreço se destina a preservar elementos de prova relativos a invasões de dispositivos eletrônicos de autoridades públicas, sendo que dados supostamente obtidos por esse meio foram divulgados na imprensa. Consoante narra a exordial, “ainda há uma investigação em andamento, sendo todos os atos e provas carreadas ao caderno inquisitorial salutare para o deslinde do caso, máxime para fins de confirmar a autenticidade das mensagens publicadas com base nos arquivos do ‘Intercept Brasil’.” **A salvaguarda do acervo probatório é essencial para a adequada elucidação de todos os fatos relevantes, mormente porque a eliminação definitiva de elementos de informação reclama decisão judicial, ex vi do art. 9º da Lei n.º 9.296/1996 e do art. 120, § 1º, do CPP.***

[...]

In casu, há fundado receio de que a dissipação de provas possa frustrar a efetividade da prestação jurisdicional, em contrariedade a preceitos fundamentais da Constituição, como o Estado de Direito (art. 1º, caput) e a segurança jurídica (art. 5º, caput). Em acréscimo, a formação do convencimento do Plenário desta Corte quanto à licitude dos meios para a obtenção desses elementos de prova exige a adequada valoração de todo o seu conjunto. Somente após o exercício aprofundado da cognição pelo

colegiado será eventualmente possível a inutilização da prova decisão judicial, consoante determina o art. 157, § 3º, do CPP (“Preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultado às partes acompanhar o incidente”). Estabelecida a presença do fumus boni iuris, reconheço também o periculum in mora, consistente na circunstância de que a demora na efetivação da cautelar requerida pode gerar a perda irreparável de peças essenciais ao acervo probatório da Operação Spoofing e outros procedimentos correlatos”.

[...]

Ex positis, defiro a liminar, ad referendum do Plenário, com fulcro no art. 5º, § 1º, da Lei n.º 9.882/99, nos exatos termos requeridos na inicial, para determinar a preservação do material probatório já colhido no bojo da Operação Spoofing e eventuais procedimentos correlatos até o julgamento final desta ADPF.”¹

Aduz ainda o Consulente que o Juízo da 15ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal rejeitou a denúncia do MPF, por não vislumbrar a presença do elemento subjetivo do tipo penal, consistente na vontade de imputar falsamente a prática de crime ao Ministro da Justiça. A decisão repeliu, ainda, o pedido do afastamento cautelar do Consulente do cargo Presidente do Conselho Federal da OAB, em razão da atipicidade da conduta narrada. Consta na decisão:

“Assim, demonstra-se cabalmente que o denunciado não teve intenção de caluniar o Ministro da Justiça (animus caluniandi), imputando-lhe falsamente fato criminoso, mas sim, apesar de reconhecido um exagero do pronunciamento, uma intenção de criticar a atuação do Ministro (animus criticandi), quando instado a se manifestar acerca da suposta atuação tida como indevida no âmbito da Operação Spoofing por parte de Sérgio Moro.

[...]

Por oportuno, é descabido falar em afastamento do Presidente da Ordem dos Advogados do Brasil, tendo em vista a ausência de cometimento de delito no caso apresentado.”

¹ STF, ADPF 605, Rel. Min. Luiz Fux, decisão monocrática de 1º/08/2019 (negritos acrescentados).

Ocorre que o Ministério Público Federal interpôs recurso em sentido estrito contra a referida decisão, ainda pendente de julgamento, afirmando a presença do elemento subjetivo do tipo da calúnia na conduta descrita na denúncia, e postulando, com isso, a reconsideração ou reforma do decidido, com o consequente recebimento da inicial acusatória. O indeferimento do pedido de afastamento cautelar do Consulente não foi objeto do recurso.

Nesse contexto, o Consulente formula os seguintes quesitos:

- (i) A conduta imputada ao Consulente está protegida pelo direito fundamental à liberdade de expressão? Diante disso, essa conduta pode ser criminalizada?
- (ii) A crítica, ainda que veemente, a atos de autoridades governamentais, percebidos como incompatíveis com a Constituição, a democracia e os direitos fundamentais, insere-se na missão institucional da Ordem dos Advogados do Brasil, representada pelo Presidente do seu Conselho Federal?

Para responder aos quesitos formulados, este parecer – feito em caráter *pro-bono* pelos signatários – abordará previamente algumas premissas teóricas necessárias, atinentes: (a) à proteção, pelo direito fundamental à liberdade de expressão, da crítica pública, ainda que veemente, dirigida contra a conduta de autoridades estatais; (b) aos reflexos dessa proteção sobre os crimes contra a honra; e (c) ao papel institucional da Ordem dos Advogados do Brasil na defesa do Estado democrático de direito, da Constituição e dos direitos fundamentais. Aspectos de dogmática penal que o caso também suscita não serão aqui analisados em profundidade, eis que já foram abordados em parecer juntado aos autos, da lavra do eminente Professor Juarez Cyrino dos Santos.

2. Liberdade de expressão: direito à crítica de autoridades públicas

A Constituição de 88 é até repetitiva na garantia da liberdade de expressão, consagrando-a nos incisos IV e IX do seu art. 5º, e ainda no seu art. 220, *caput*. A redundância não é gratuita. Ela se deve, acima de tudo, à importância central atribuída pelo poder

constituinte originário a tal direito fundamental, na linha do que ocorre em praticamente todos os Estados democráticos contemporâneos.

Essa ênfase deriva de várias razões. Há, em primeiro lugar, a dimensão histórica: a Carta de 88 pretendeu romper com o passado nacional de autoritarismo e instaurar uma nova ordem fundada sobre valores humanistas e democráticos. Com efeito, uma das características mais nefastas do regime militar era precisamente o desprezo à liberdade de expressão. A imprensa, os críticos do governo e os artistas eram frequentemente censurados ou punidos por suas manifestações e ideias. Pessoas eram presas ou exiladas – quando não torturadas e até assassinadas por agentes da repressão – em razão das ideias que ousavam defender. O constituinte, reagindo contra tal histórico vergonhoso, quis assegurar que esses graves erros do passado nunca mais se repetissem.

A liberdade de expressão recebeu proteção reforçada também em razão da relevância capital dos seus fundamentos político-filosóficos.² Em primeiro lugar, trata-se de direito profundamente ligado à dignidade humana. Afinal, comunicar-se com o outro é uma das mais importantes atividades dos seres humanos, essencial para a realização existencial das pessoas.³ E a preocupação com a dignidade não se centra apenas na figura do “manifestante”, alcançando também a pessoa do “ouvinte”. Para que cada pessoa possa se desenvolver livremente e formar a própria identidade, é fundamental o acesso ao mais amplo universo de manifestações, opiniões e informações sobre os mais variados temas.⁴

Cuida-se, também, de garantia indispensável para a “busca da verdade”, em contextos caracterizados pelo pluralismo.⁵ No cenário de sociedades plurais, compostas por pessoas com

² Sobre esses fundamentos, veja-se, e.g., Jónatas Eduardo Mendes Machado. *Liberdade de expressão: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*. Coimbra: Coimbra, 2002, p. 237-292; e Frederick Schauer. *Free Speech: A Philosophical Enquiry*. Cambridge University Press, 1982

³ Cf. Thomas Scanlon. “A Theory of Freedom of Expression”. In: Ronald Dworkin (ed.). *The Philosophy of Law*. Oxford: Oxford University Press, 1977, p. 153-172.

⁴ Nesta linha, Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco salientaram: “A plenitude da formação da personalidade depende de que se disponha de meios para conhecer a realidade e as suas interpretações, e isso como pressuposto mesmo para que se possa participar de debates e tomar decisões relevante. O argumento humanista, assim, acentua a liberdade de expressão como corolário da dignidade humana”. (*Curso de Direito Constitucional*. 9ª ed., São Paulo: Saraiva, 2014, p. 254).

⁵ O argumento foi desenvolvido em página clássica por Stuart Mill em sua obra *On Liberty*, publicada pela primeira vez em 1859. Veja-se John Stuart Mill. “On Liberty”. In: *American State Papers, Federalist, J.S. Mill: Great Books of the Western World*. Chicago: Encyclopaedia Britannica Ic, 1978.

diferentes compreensões de mundo, a melhor forma para se alcançar respostas adequadas para os problemas sociais é através do debate livre e desimpedido, em que não haja constrangimentos para os partícipes, senão os derivados da força persuasiva dos melhores argumentos. É nesse ambiente de livre discussão que as melhores respostas para as questões coletivas tendem a emergir, viabilizando o progresso social.⁶

Ademais, a liberdade de expressão configura meio de proteção de todos os demais direitos fundamentais. Isso porque, é através do seu exercício que direitos podem ser reivindicados na esfera pública, por meio de mobilizações sociais, de denúncias de abusos e irregularidades, de protestos, da ação de imprensa etc. Por tal razão, a Comissão Interamericana de Direito Humanos afirmou que *“a carência de liberdade de expressão é uma causa que contribui ao desrespeito de todos os outros direitos”*.⁷

Outro argumento central – talvez o mais importante – em favor de proteção especialmente robusta à liberdade de expressão é a sua ligação visceral com a democracia.⁸ Esta, como se sabe, não se resume à realização periódica de eleições, pressupondo também a existência de um espaço público dinâmico, em que os temas de interesse social possam ser debatidos com amplitude e liberdade pela população. Como ressaltou, em voto, o Ministro Alexandre de Moraes, *“a democracia não existirá e a livre participação política não florescerá onde a liberdade de expressão for ceifada, pois esta constitui condição essencial ao pluralismo de ideias, que por sua vez é um valor estruturante para o salutar funcionamento do sistema democrático”*.⁹ Em outras palavras, a democracia demanda a existência de uma esfera pública crítica, com amplo acesso à informação e a pontos de vista diversificados, para que cada pessoa

⁶ Tornou-se canônico o voto vencido proferido pelo Justice Oliver Wendell Holmes no julgamento do caso *Abraham vs. United States*, realizado pela Suprema Corte norte-americana em 1919: *“o melhor teste para a verdade é o poder do pensamento de se fazer aceito na competição do mercado”*.

⁷ Corte Interamericana de Direitos Humanos. Caso n° 10.548, *Hugo Bastos Saavedra v. Perú*, decisão de 16/10/1997.

⁸ Cf. Alexander Meiklejohn. “Free Speech and its Relation to Self-Government”. In: *Political Freedoms*. Westport: Greenwood Press, 1960, 00. 03-89; Owen Fiss. *The Irony of Free Speech*. Cambridge: Harvard University Press, 2009; Cass Sunstein. *Democracy and the Problem of Free Speech*. New York: The Free Press, 1993.

⁹ STF, ADI n° 4.815, Rel. Min. Carmen Lúcia, DJe 01/02/2016.

possa formar as suas próprias convicções sobre temas controvertidos e participar de maneira consciente do autogoverno da sociedade.¹⁰

Tal como ocorre em outras democracias, a jurisprudência constitucional brasileira vem reconhecendo que a liberdade de expressão merece proteção especialmente reforçada em nossa ordem jurídica. Nesse sentido, vale a menção a uma série de decisões históricas do STF, como as proferidas na ADPF nº 130,¹¹ em que se reconheceu a não recepção da Lei de Imprensa do regime militar; na ADI nº 4.451,¹² em que se liberou o humor contra candidatos no período eleitoral em emissoras de rádio e televisão; na ADPF nº 187,¹³ em que se protegeu o direito à realização da “Marcha da Maconha”, promovida em defesa da legalização do entorpecente; e na ADI nº 4.815,¹⁴ em que se afirmou a inconstitucionalidade da vedação à publicação de biografias sem a anuência do biografado.

Mesmo em momentos mais recentes, em que a ameaça de retorno ao autoritarismo voltou a assombrar o país, nossa Suprema Corte tem se mantido firme na defesa da liberdade de expressão, como se viu na decisão unânime proferida na ADPF nº 549, que preservou o direito de estudantes e professores de usarem o espaço das universidades públicas para se manifestar contra o autoritarismo durante o período eleitoral;¹⁵ e em decisões que afastaram censuras judiciais contra a comercialização de história em quadrinhos contendo imagem de “beijo gay”,¹⁶ e contra a exibição de vídeo que fazia humor com personagens do cristianismo.¹⁷

Registre-se, por outro lado, que a liberdade de expressão não salvaguarda apenas manifestações suaves, polidas, gentis. Pelo contrário, o direito abarca a liberdade de criticar, mesmo em tom duro, jocoso, áspero ou até impiedoso, especialmente as autoridades e pessoas

¹⁰ O Tribunal Constitucional Federal alemão, no famoso caso Lüth, julgado em 1958 também afirmou que “o direito básico à liberdade de expressão (...) é absolutamente essencial a um Estado livre e democrático, pois só ela permite a constante interação espiritual, o conflito de opiniões, que é o seu elemento vital”. (BVerfGE 7, 198)

¹¹ STF, ADPF nº 130, Rel. Min. Carlos Britto, DJe de 06/11/2009.

¹² STF, ADI nº 4.451, Rel. Min. Alexandre de Moraes, julg. em 21/06/2018 (acórdão ainda não publicado).

¹³ STF, ADPF nº 187, Rel. Min. Celso de Mello, DJe 29/05/2014.

¹⁴ STF, ADI nº 4.815, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe 01/02/2016.

¹⁵ STF, ADPF nº 549, Rel. Min. Cármen Lúcia, julg. 31/10/2018.

¹⁶ STF, MC-SL, decisão monocrática, Min. Dias Toffoli, DJe 10/09/2019; MC-Rcl 36.742, decisão monocrática, Min. Gilmar Mendes, DJe 11/09/2019.

¹⁷ STF, MC-Rcl 38.782, decisão monocrática Min. Dias Toffoli, Rel. Min. Gilmar Mendes, julg. 09/01/2020.

públicas. Dessa forma, a proteção da liberdade de expressão permite que a circulação de ideias e opiniões ocorra em ambiente desembaraçado, o que favorece a atuação sem medo ou timidez dos que participam da esfera pública. O ponto é incontroverso, inclusive na jurisprudência do STF, que tem ressaltado: “*não se pode desconsiderar o fato de que o exercício concreto, por qualquer cidadão ou pelos profissionais de imprensa, da liberdade de expressão, é legitimado pelo próprio texto da Constituição da República, que assegura, a quem quer que seja, o direito de expender crítica, ainda que desfavorável ou contundente, irônica ou corrosiva, contra quaisquer pessoas ou autoridades*”.¹⁸

A tutela pela liberdade de expressão de manifestações de caráter ofensivo e até deselegante foi reconhecida pelo STF, em caso penal curioso. Tratava-se de *habeas corpus* voltado ao trancamento de ação penal por atentado ao pudor, proposta contra conhecido diretor teatral, que, reagindo às vaias do público dirigidas contra o seu espetáculo, subira ao palco para expor as nádegas e simular masturbação. No voto vencedor, de que resultou a extinção da ação penal por atipicidade da conduta, o Ministro Gilmar Mendes registrou que a conduta do réu “*está integralmente inserida no contexto da liberdade de expressão, ainda que inadequada ou deselegante*”.¹⁹

Noutro giro, é fundamental salientar que a proteção à liberdade de expressão não se esgota na proibição constitucional de censura prévia. Pelo contrário, o direito fundamental também se projeta no momento subsequente ao exercício da liberdade, para limitar e condicionar tanto a reparação de danos na esfera cível, como a aplicação da lei penal. Não é difícil compreender por quê: se um ato representa o exercício regular de um direito fundamental, ele evidentemente não pode constituir crime, nem tampouco gerar responsabilidade civil. Apenas o exercício abusivo e irregular do direito pode ensejar qualquer tipo de responsabilização do seu autor. Como um dos signatários registrou em obra acadêmica, “*pouco adiantaria proibir a censura prévia e permitir que, pela via da responsabilidade penal ou civil, as pessoas fossem perseguidas ou prejudicadas pela manifestação de suas opiniões, sempre que estas de alguma maneira atingissem os interesses de terceiros. Além das injustiças que fatalmente seriam perpetradas contra os críticos mais corajosos dos poderosos de plantão,*

¹⁸ STF, ADI 4551, Rel. Min. Alexandre de Moraes, DJe 06/03/2019 (voto do Min. Celso de Mello).

¹⁹ STF, HC 83.996, Segunda Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 26/08/2004.

este modelo teria efeitos sistêmicos nefastos, pois induziria a sociedade ao silêncio, empobrecendo os debates sociais e prejudicando o direito à informação do público".²⁰ Por isso, o simples fato de uma manifestação crítica abalar a honra ou a reputação de uma pessoa, ou causar-lhe algum tipo de embaraço ou sofrimento, não basta para torná-la ilícita. No mais das vezes, tem-se apenas o exercício regular do direito fundamental à liberdade de expressão, protegido pela Constituição.

Diga-se mais. Em sociedades democráticas, é fundamental a existência de uma esfera pública robusta e desinibida, em que se possa discutir com coragem e sem constrangimentos os temas de interesse social. Por isso, é preciso interpretar de forma restritiva os casos de abuso, que ensejam a responsabilidade penal ou civil daquele que se manifesta. Do contrário, o regime de responsabilização tende a gerar o que a literatura denomina de “efeito resfriador” do discurso (*chilling effect*), que pode comprometer a vitalidade da democracia.

Essa foi a questão central em caso seminal da jurisprudência norte-americana, *Sullivan v. New York Times*,²¹ julgado pela Suprema Corte do país em 1964. Naquele famoso julgado, discutiu-se se poderia haver responsabilização civil no caso de manifestação da imprensa contendo erro factual, cometido sem má-fé, que atingira a imagem de uma figura pública. O Tribunal entendeu que não. Em voto histórico, o *Justice* Brennan destacou que “*os debates sobre assuntos de interesse público devem ser desinibidos, robustos e abertos*” e que as “*afirmações equivocadas são inevitáveis em um debate livre*”, devendo ser protegidas “*se se deseja que as liberdades expressivas tenham o ‘espaço de respiração’ de que precisam para sobreviver*”. Para a Corte, “*uma norma que exigisse do crítico (...) a comprovação da verdade das suas alegações fáticas*”, sob pena de responsabilização civil, levaria à “*autocensura*”. Uma regra como esta – disse o Tribunal estadunidense – não inibiria apenas manifestações falsas. Mais que isso, “*possíveis críticos (...) poderiam se abster de manifestar suas críticas, mesmo considerando-as corretas e mesmo que elas de fato fossem verdadeiras, pela dúvida sobre se seriam capazes de prová-las numa corte, ou pelo medo dos custos de fazê-lo*”. Nesse contexto, a Suprema Corte fixou a orientação de que, em ações de reparação de danos à honra propostas

²⁰ Daniel Sarmiento. “Art. 5º, V”. In: J. J. Gomes Canotilho et al. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 262.

²¹ 376 U.S. 254 (1964).

por figuras públicas, só seriam cabíveis nos casos em que se provasse que “*a manifestação foi feita com “malícia real” (actual malice) – ou seja, com o conhecimento de que era falsa ou com descuidada desconsideração (reckless disregard) sobre se era falsa ou não*”.

Naturalmente, por razões ainda mais robustas, esse raciocínio da Suprema Corte norte-americana se estende à responsabilidade penal. Afinal, a pena corporal representa ameaça muito mais drástica do que o pagamento de indenização pecuniária. Daí a necessidade ainda maior, nessa seara, de reconhecimento de amplo “espaço de respiração” (*breathing space*) para a liberdade de expressão, em que eventuais excessos ou equívocos do autor das manifestações não devem bastar para a caracterização da responsabilidade criminal.

Essa preocupação com o indesejado efeito desencorajador da responsabilidade civil ou penal sobre o exercício da liberdade de expressão não é estranha à jurisprudência do STF. Em relevante decisão, a Ministra Rosa Weber bateu na mesma tecla: “*O regime democrático, contudo, não tolera a imposição de ônus excessivo a indivíduos ou órgãos de imprensa que se proponham a emitir publicamente opiniões, avaliações ou críticas sobre a atuação de agentes públicos. 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 de manifestações do pensamento relacionadas a assuntos de interesse público, real ou aparente (...) O ônus social é enorme e o prejuízo à cidadania manifesto.*”²²

Assente-se, ainda, que a jurisprudência do STF, sem atribuir natureza absoluta à liberdade de expressão,²³ vem afirmando o seu caráter de “direito preferencial” na ordem jurídica brasileira,²⁴ na linha do que fazem outras cortes constitucionais e tribunais

²² STF, Rcl 16434, Rel. Min. Rosa Weber, decisão de 30/06/2014.

²³ O STF já reconheceu, com razão, que a tutela da dignidade humana e da igualdade se sobrepõe à liberdade de expressão, em casos envolvendo racismo e “discurso de ódio” (*hate speech*). STF, HC 82.424, Plenário, Rel. Min. Maurício Corrêa, julg. 17/09/2003.

²⁴ No julgamento da ADPF nº 130, o relator, Min. Ayres Britto, averbou que “*a Constituição brasileira se posiciona diante de bens jurídicos de personalidade para, de imediato, cravar uma primazia ou precedência: a das liberdades de pensamento e de expressão lato sensu*”. Na mesma trilha, o Ministro Luiz Fux consignou, em voto proferido na ADPF 187, que “*a liberdade de expressão (...) merece proteção qualificada, de modo que, quando da ponderação com outros princípios constitucionais, possua uma dimensão de peso prima facie maior*”, em razão da sua “*preeminência axiológica*” sobre outras normas e direitos. Em idêntico sentido, o Ministro Luís Roberto Barroso registrou, no julgamento da Rcl 22.328 de que é relator, que “*a liberdade de expressão desfruta de uma posição preferencial no Estado democrático brasileiro, por ser uma pré-condição para o exercício esclarecido dos demais direitos e liberdades*”.

internacionais.²⁵ E desse caráter preferencial da liberdade de expressão, extrai-se, dentre outras consequências,²⁶ a sua prioridade *prima facie* em hipóteses de colisão de direitos fundamentais – inclusive o direito à honra. O ponto foi registrado em decisão do Min. Luís Roberto Barroso:

“A Carta de 88 incorporou um sistema de proteção reforçado às liberdades de expressão, informação e imprensa, reconhecendo uma prioridade prima facie destas liberdades públicas na colisão com outros interesses juridicamente tutelados, inclusive com os direitos da personalidade. Assim, embora não haja hierarquia entre direitos fundamentais, tais liberdades possuem uma posição preferencial (preferred position), o que significa dizer que seu afastamento é excepcional, e o ônus argumentativo é de quem sustenta o direito oposto. Consequentemente, deve haver forte suspeição e necessidade de escrutínio rigoroso de todas as medidas restritivas de liberdade de expressão.”²⁷

Ora, se a liberdade de expressão já ostenta, via de regra, uma prioridade *prima facie* diante do direito à honra, essa preferência torna-se ainda mais intensa quando a manifestação envolver *pessoa pública* e/ou versar sobre *tema de inequívoco interesse coletivo*. Tais parâmetros vêm sendo amplamente reconhecidos pela doutrina.²⁸ Eles decorrem, de um lado,

²⁵ O reconhecimento de que a liberdade de expressão configura “direito preferencial”, pelo menos em casos que envolvam temas políticos e figuras públicas, ocorre, dentre outros tribunais, na Suprema Corte norte-americana, nas Cortes Constitucionais da Espanha, Colômbia e México, na Corte Interamericana de Direitos Humanos e na Corte Europeia de Direitos Humanos. Veja-se, a propósito, Aline Osório. *Direito Eleitoral e Liberdade de Expressão*. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2017, p. 87-91.

²⁶ O Tribunal Constitucional colombiano, na Sentença T-391/07, discorreu de forma analítica sobre a posição preferencial da liberdade de expressão, desdobrando-a em quatro presunções, três ônus, e uma exigência de margem de tolerância dos Poderes Públicos, na avaliação dos riscos sociais advindos do exercício desta liberdade. As presunções são (i) de inclusão *prima facie* de todas as manifestações no âmbito deste direito; (ii) de primazia da liberdade de expressão em casos de colisão com outros princípios; (iii) de inconstitucionalidade das medidas restritivas desta liberdade; (iv) de vedação à censura. As três primeiras presunções, segundo a Corte, são relativas, mas a quarta, atinente a censura, é absoluta. Já os ônus são o (i) o definitivo, que impõe a explicitação, na medida restritiva da liberdade, das finalidades perseguidas e respectiva base jurídica; (ii) o argumentativo, que atribui às autoridades públicas o dever de demonstrarem, na edição da medida restritiva, o cumprimento dos requisitos para limitação à liberdade de expressão, e os motivos que ensejariam a superação das presunções aludidas acima; e (iii) o probatório, que exige que sejam evidenciados, por quem editou a medida restritiva, os elementos fáticos, técnicos ou científicos que a embasam, e que justificariam a superação das presunções em favor da liberdade de expressão.

²⁷ STF, Rel 22328, Primeira Turma, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, julg. 06/03/2018.

²⁸ Cf., e.g., Luís Roberto Barroso. “Liberdade de expressão *versus* direito da personalidade. Colisão de direitos fundamentais e critérios de ponderação”. In: *Temas de Direito Constitucional*, tomo III. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 79-129; Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero. *Curso de Direito Constitucional*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. p. 516; Daniel Sarmento. “Art. 5º, IV”. In: J. J. Gomes Canotilho et alli. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 257..

da compreensão de que, diante da profunda conexão entre liberdade de expressão e democracia, existe proteção ainda mais robusta desse direito na discussão de temas eminentemente políticos, que são de genuíno interesse da sociedade, como os concernentes à atuação das autoridades públicas e de indivíduos detentores de relevante poder social. E, do outro, da ideia de que é razoável que as pessoas públicas, pelas atividades que exercem, submetam-se a um maior escrutínio social, estando mais sujeitas a críticas, ainda que contundentes e cáusticas, em detrimento da tutela de sua honra.

Curiosamente, *o próprio Ministro Sérgio Moro*, que representou ao MPF buscando a responsabilização criminal do Consulente pelo suposto crime contra a sua honra, reconheceu o ponto, em sua tese de doutorado. Após citar o caso *Sullivan v. New York Times*, e abordar a posição preferencial da liberdade de expressão no sistema constitucional, o autor consignou: “*Embora o primeiro desses casos (New York Times vs. Sullivan) possa parecer estranho, à vista da necessidade de proteção do direito à honra, é ele justificável devido à posição preferencial atribuída à liberdade de expressão. A proteção especial é restrita a assuntos de natureza pública, embora estes possam ser definidos de forma ampla. O debate de assuntos públicos deve ser amplo e robusto, sem inibições*”.²⁹ Infelizmente, o Ministro Sérgio Moro parece ter se esquecido das lições de Direito Constitucional, outrora bem absorvidas por S. Exa. na prestigiosa Universidade Federal do Paraná.

De todo modo, essa orientação, praticamente universal no direito comparado,³⁰ está bem sedimentada no Sistema Interamericano de Direitos Humanos.³¹ Em importantes decisões, a Corte Interamericana de Direitos Humanos tem inclusive apontado a ilegitimidade de condenações criminais por crimes contra a honra, de pessoas que tenham expressado opiniões fortemente críticas a respeito de assuntos de *interesse público* ou de *autoridades públicas*, por violação ao direito à liberdade de expressão. Como decidiu a Corte Interamericana no caso *Kimel vs. Argentina*:

²⁹ Sérgio Fernando Moro. *Jurisdição Constitucional como Democracia*. Tese de Doutorado em Direito defendida perante a Universidade Federal do Paraná – UFPR, 2002, p. 211.

³⁰ Cf. Eric Barendt. *Freedom of Speech*. 2ª ed. New York: Oxford University Press, 2005, p. 205-226.

³¹ Cf. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Relatoria Especial para a Liberdade de Expressão. *Marco jurídico interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión*, 2009.

“Em relação ao direito à honra, as expressões concernentes à idoneidade de uma pessoa para o desempenho de um cargo público ou a atos realizados por funcionários públicos no desempenho de suas atividades gozam de maior proteção, de maneira tal que se propicie o debate democrático. A Corte tem afirmado que em uma sociedade democrática os funcionários públicos estão mais expostos ao escrutínio e à crítica do público. Este diferente umbral de proteção se explica porque eles se expõem voluntariamente a um escrutínio mais exigente. Suas atividades saem do domínio da esfera privada para se inserir na esfera do debate público. Este umbral não se assenta na qualidade do sujeito, mas no interesse público das atividades que realiza, como sucede quando um juiz investiga um massacre no contexto de uma ditadura militar, como ocorreu no presente caso. O controle democrático por meio da opinião pública fomenta a transparência das atividades estatais e promove a responsabilidade dos funcionários sobre sua gestão pública. Daí a maior tolerância em face de afirmações e apreciações vertidas pelos cidadãos no exercício desse dito controle democrático. Tais são as demandas do pluralismo próprio de uma sociedade democrática, que requer a maior circulação de informações e opiniões sobre assuntos de interesse público. Na arena do debate sobre temas de alto interesse público, não só se protege a emissão de expressões inofensivas ou bem recebidas pela opinião pública, mas também daquelas que chocam, irritam ou inquietam os funcionários públicos ou a um setor qualquer da população.”³²

Esses parâmetros também têm sido seguidos tanto pelo STF como pelo STJ. Em diversos julgados, ao abordar o conflito entre a liberdade de expressão e o direito à honra, tais cortes têm destacado que, tratando-se de manifestação crítica sobre *pessoa pública* ou que verse *tema de interesse público*, deve ser reforçada a tutela da liberdade comunicativa, em detrimento da proteção do direito de personalidade contraposto. Vejam-se, nessa linha, os precedentes abaixo, que figuram dentre muitos outros na mesma direção:

“[...] a crítica, qualquer que tenha sido meio de sua divulgação, quando inspirada pelo interesse público, não importando a acrimônia e a contundência da opinião manifestada, ainda mais quando dirigida a figuras

³² Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Kimel vs. Argentina*, sentença de 2 de maio de 2008. Em igual sentido *Caso Ricardo Canese vs. Paraguai*, sentença de 31 de agosto de 2004; *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, sentença de 2 de julho de 2004, *Caso Tristán Donoso vs. Panamá*, sentença de 27 de janeiro de 2009.

*públicas ou a candidatos a cargos eletivos, não traduz nem se reduz, em sua dimensão concreta, ao plano do abuso da liberdade de expressão, não se revelando suscetível, por isso mesmo, de sofrer qualquer repressão estatal ou de expor-se a qualquer reação hostil do ordenamento positivo”.*³³ (Min. Celso de Mello)

“Há 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 – descabidas ou não – oriundas tanto da imprensa como de indivíduos particulares, no uso das amplamente disseminadas ferramentas tecnológicas de comunicação em rede.

*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 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 pensamento e a imaginação, em contradição direta com a diretriz insculpida no art. 220, caput, da Carta da República.”*³⁴ (Min. Rosa Weber)

*“1. A liberdade de informação e de imprensa são apanágios do Estado Democrático de Direito. 2. O interesse público premente no conteúdo de reportagens e peças jornalísticas reclama tolerância quanto a matérias de cunho supostamente lesivo à honra dos agentes públicos.”*³⁵ (Min. Luiz Fux)

“A análise relativa à ocorrência de abuso no exercício da liberdade de expressão jornalística a ensejar reparação civil por dano moral a direitos da personalidade depende do exame de cada caso concreto, máxime quando atingida pessoa investida de autoridade pública, pois, em tese, sopesados os valores em conflito, mostra-se recomendável que se dê prevalência à

³³ STF, ADI 4.451, Plenário, Rel. Min. Alexandre de Moraes, julg. 21/06/2018, DJe 06/03/2019.

³⁴ STF, Rcl 16.434, decisão monocrática, Rel. Min. Rosa Weber, DJe 06/08/2014.

³⁵ STF, Rcl 28747 AgR, Primeira Turma, Rel. Min. Alexandre de Moraes, Relator p/ Acórdão: Min. Luiz Fux, DJe 12/11/2018.

liberdade de informação e de crítica, como preço que se paga por viver num Estado Democrático.” ³⁶(Min. Raul Araújo)

Assentadas essas relevantes premissas, passa-se a discutir seus efeitos na interpretação e aplicação da lei penal, notadamente no caso de crimes contra a honra, e a aplicar as conclusões alcançadas ao presente caso.

3. Liberdade de expressão e filtragem constitucional dos crimes contra a honra: aplicação das premissas ao caso

Chega a ser um truísmo a afirmação de que, como norma suprema da comunidade política, a Constituição não apenas limita o legislador infraconstitucional, como também orienta a interpretação e aplicação de todas as normas jurídicas. Naturalmente, o fenômeno deve ocorrer também na seara do Direito Penal.³⁷

Com efeito, a aplicação da Constituição no campo penal não se resume à incidência das normas que tratam especificamente da matéria criminal – como os princípios da legalidade penal (art. 5º, XXXVIII), da irretroatividade da lei penal, salvo se mais benéfica ao réu (art. 5º, XXXIX) etc. Muitas outras regras e princípios constitucionais também se projetam sobre tal domínio, com destaque para os direitos fundamentais. Estes podem ser invocados tanto para impedir a criminalização de certas condutas, como para demandar a intervenção penal em sua proteção.³⁸ Além disso, os direitos fundamentais devem também guiar a interpretação e aplicação de normas infraconstitucionais, inclusive no campo penal.

Esse último papel dos direitos fundamentais – de norte para a exegese das normas infraconstitucionais em todos os campos do ordenamento jurídico –, liga-se à chamada

³⁶ STJ, REsp 801.109/DF, Quarta Turma, Rel. Min. Raul Araújo, DJe 12/03/2013.

³⁷ Veja-se, a propósito, Ademar Borges. *O Controle de Constitucionalidade de Leis Penais no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

³⁸ Veja-se, a propósito, Luciano Feldens. *Direitos Fundamentais e Direito Penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

dimensão objetiva dos direitos fundamentais. Na dogmática constitucional, diz-se que os direitos fundamentais possuem dupla dimensão – subjetiva e objetiva. A dimensão subjetiva dos direitos fundamentais corresponde à sua faceta de direitos subjetivos. Já a dimensão objetiva decorre do reconhecimento de que, além de direitos subjetivos, os direitos fundamentais também representam bens jurídicos extremamente importantes para as sociedades democráticas, que devem ser protegidos e promovidos pelo Estado e pela comunidade.³⁹ Uma das mais relevantes consequências extraídas da dimensão objetiva dos direitos fundamentais é exatamente a afirmação da sua *eficácia irradiante*: os direitos fundamentais se irradiam, projetando-se sobre múltiplos domínios, e passam a orientar a interpretação das normas infraconstitucionais, *inclusive daquelas que os restringem*.

Trata-se de construção teórica extremamente importante, originária do Direito Constitucional alemão, mas amplamente reconhecida pela doutrina nacional.⁴⁰ Ela foi desenvolvida pela primeira vez no famoso caso *Lüth*, decidido pela Corte Constitucional germânica em 1958, que tratou exatamente da liberdade de expressão. O Tribunal discutiu a constitucionalidade de decisão judicial que, com base em norma geral do Código Civil alemão, proibira uma campanha de boicote contra filme de um diretor que fora simpatizante do nazismo. A Corte reformou a decisão, pois entendeu que ela não dera o devido peso à liberdade de expressão na aplicação do direito infraconstitucional. Na célebre decisão, consignou-se:

“(...) a Lei Fundamental não é um documento axiologicamente neutro. A sua seção de direitos fundamentais estabelece uma ordem de valores objetivos e esta ordem fortalece o poder efetivo dos direitos fundamentais. Este sistema de valores (...) serve como metro para medição e controle nas áreas da legislação, administração e jurisdição.(...) O direito fundamental à liberdade de expressão é a mais imediata encarnação da personalidade humana vivendo em sociedade, é um dos direitos humanos mais nobres (...) As cortes devem avaliar os efeitos das leis que limitam o direito fundamental à luz da importância deste direito (...) Numa democracia, este processo de

³⁹ Cf. Edilson Farias. *Liberdade de Expressão e Comunicação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 68-70; e Konrad Hesse. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, pp. 302-310.

⁴⁰ Veja-se, e.g., Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 295-299; Daniel Sarmento. “Dimensão Objetiva dos Direitos Fundamentais: Fragmentos de uma teoria”. In: José Adércio Leite Sampaio. *Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 251-314.

interpretação deve partir da premissa da fundamentalidade da liberdade de expressão em todas as esferas (...) Os tribunais não devem ver a relação entre direitos fundamentais e leis gerais como de uma restrição unilateral (...) Ao contrário, existe um efeito recíproco.(...) As leis podem restringir o direito fundamental, mas, por outro lado, estas leis devem ser interpretadas à luz do significado axiológico deste direito fundamental numa sociedade livre e democrática, de modo que qualquer efeito restritivo da lei sobre o direito deve também ser limitado.”⁴¹

Não há dúvida que de que essa compreensão se aplica às leis penais que tipificam os crimes contra a honra, as quais se projetam sobre a liberdade de expressão, restringindo este direito fundamental. A interpretação e aplicação dessas normas têm de atribuir o devido peso à liberdade de expressão, sob pena de violação à Constituição. E, como visto no item anterior, tal peso, sempre elevado na ordem jurídica brasileira, atinge o *grau máximo* quando estiverem em jogo manifestações críticas dirigidas contra a atuação de autoridades e governantes, em temas de inequívoco interesse público.

Essa filtragem constitucional das normas penais se afigura extremamente relevante, tendo em vista as características da legislação infraconstitucional em discussão. É que a parte especial do Código Penal brasileiro, em que figuram os crimes contra a honra, foi editada em 1940, em plena ditadura Vargas, por meio de um decreto-lei (Decreto-Lei nº 2.848/40), já que o Congresso se encontrava então fechado. Naturalmente, o texto legal elaborado em tal contexto autoritário não atribuiu à liberdade de expressão um peso que se aproxime daquele que lhe conferiu a Constituição cidadã de 1988.

Isso não significa que os artigos correspondentes do Código Penal – arts. 140 a 145 – sejam inconstitucionais.⁴² Mas significa, no mínimo, que tais normas devem se submeter a uma *leitura filtrada pelos princípios e valores constitucionais*, notadamente os ligados à proteção da liberdade de expressão. E essa leitura deve conduzir a uma *interpretação fortemente*

⁴¹ Tribunal Constitucional Alemão. 7 BVerfGE 198 (1958).

⁴² Existem, é certo, determinações legais que não parecem se conciliar com a Carta de 88. É o caso da previsão de pena maior para crimes contra a honra cometidos em desfavor do Presidente da República, ou de funcionário público em razão das suas funções (art. 141, I e II) – situações em que a proteção da liberdade de expressão é mais forte e não mais débil, como visto acima –. E também da impossibilidade de invocação de exceção da verdade na calúnia praticada contra o Chefe do Poder Executivo (art. 138, § 3º, II), que tem forte sabor antirrepublicano, parecendo até evocar a máxima absolutista: “*The King can do no wrong*”.

restritiva dos tipos penais, que salvaguarde devidamente o exercício dessa liberdade fundamental, preservando o “espaço de respiração” de que carece tal direito fundamental, para que o país se beneficie de uma esfera pública robusta, em que os críticos dos governantes de plantão não precisem temer perseguições criminais pela sua atuação desassombrada. Do contrário, não haverá genuína democracia, mas mero simulacro; não haverá efetiva participação social, mas conformismo político induzido pelo autoritarismo penal.

Essa compreensão tem pautado a melhor jurisprudência, que estabelece um profícuo diálogo entre, de um lado, a tutela da liberdade de expressão, e, do outro, a dogmática penal. A “porta de entrada” para a liberdade de expressão nessa matéria tem sido a compreensão sobre o *tipo subjetivo* dos crimes contra a honra: o dolo específico de atingir a honra do ofendido (*animus injuriandi vel diffamandi*),⁴³ que é excluído quando se evidencia que a conduta representa crítica à ação de pessoas públicas, ainda que formulada com aspereza ou veemência. Nessa linha, veja-se os precedentes abaixo, respectivamente do STF e do STJ:

“PENAL. QUEIXA-CRIME. CALÚNIA E DIFAMAÇÃO. DOLO. AUSÊNCIA. MERA INTERPRETAÇÃO PESSOAL DOS FATOS PÚBLICOS. ANIMUS NARRANDI. FALTA DE JUSTA CAUSA. REJEIÇÃO DA QUEIXA-CRIME

[...]

2. (a) A persecução penal, a partir da superação do paradigma causal da ação pelo da ‘ação final’, legitima-se quando presentes indícios do elemento subjetivo do tipo, consistente na vontade livre e consciente de produzir o resultado violador do bem jurídico tutelado pela norma penal.

(b) Os crimes contra a honra pressupõem que as palavras atribuídas ao agente, além de se revelarem aptas a ofender, tenham sido proferidas exclusiva ou principalmente com esta finalidade, sob pena de criminalizar-se o exercício da crítica, manifestação do direito fundamental à liberdade de expressão.”⁴⁴

⁴³Veja-se, a propósito, e.g., Cezar Roberto Bittencourt. *Tratado de Direito Penal*, 2: parte especial: dos crimes contra a pessoa. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 340; Heleno Cláudio Fragoso. *Lições de Direito Penal: parte especial*, 1977, vol. I, p. 206.

⁴⁴ STF, Petição 5.735, Primeira Turma, Rel. Min. Luiz Fux, julg. 22/08/2017.

“PENAL E PROCESSUAL-PENAL. AÇÃO PENAL PRIVADA ORIGINÁRIA. QUEIXA-CRIME. MANIFESTAÇÃO DO QUERELADO EM DISCURSO. CRÍTICAS AO QUERELANTE PROFERIDAS EM ATUAÇÃO POLÍTICA DO QUERELADO. LIBERDADE DE EXPRESSÃO. AUSÊNCIA DO DOLO ESPECÍFICO. ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA.

1. Tem prevalecido nesta Corte o entendimento de que ‘na peça acusatória por crimes contra a honra exige-se demonstração mínima do intento positivo e deliberado de lesar a honra alheia’ ou seja, o denominado animus injuriandi vel diffamandi (APn 724/DF, Rel. Min. OG FERNANDES, CORTE ESPECIAL, julgado em 20/08/2014).

2. O contexto em que foram proferidas as palavras tidas pelo querelante como ofensivas foi de embate político entre o Governado do Distrito Federal, representado pelo Governador querelado, e o Sindicato dos Médicos, presidido pelo querelante.

3. Não verificado o dolo específico insito ao tipo, a conduta não ingressa na órbita penal. Precedentes.”⁴⁵

Firmadas essas premissas, cabe aplicá-las ao caso.

Sérgio Moro, suposta vítima do delito atribuído ao Consulente, é o protótipo da figura pública. É o Ministro da Justiça do país, além de se tratar de uma das personalidades políticas mais conhecidas na sociedade brasileira. A manifestação crítica do Consulente foi dirigida à anunciada intenção do Ministro da Justiça de determinar a destruição de provas obtidas pela Polícia Federal, no âmbito da *Operação Spoofing*, que tratou do *hackeamento* de conversas mantidas por diversas autoridades (inclusive pelo próprio Sérgio Moro). Além da grande visibilidade e inequívoca dimensão política do tema, este diz respeito ao exercício de *atividades públicas do Ministro*, e não à vida privada de S. Exa.

Assim, a proteção à liberdade de expressão é máxima na hipótese. O caso se situa no seu *núcleo essencial*: crítica à conduta profissional de uma autoridade pública de primeiro escalão, em tema de grande relevância política e institucional. O tom veemente da crítica – talvez até justificável, diante da gravidade da situação, reconhecida até por decisão liminar do próprio STF na ADPF 605 – não afasta, como visto, a proteção integral da liberdade de expressão.

⁴⁵ STJ. Ação Penal nº 887. Corte Especial, Rel. Min. Raul Araújo, DJe 17/10/2018.

Em síntese, tratou-se de exercício regular do direito fundamental à liberdade de expressão do Consulente. Como assinalado, em hipóteses como esta, a tutela desse direito prevalece diante da proteção à honra da autoridade pública. Daí por que a conduta do Consulente jamais poderia ser criminalizada. Qualquer leitura das normas penais pertinentes que ensejasse, no presente caso, a sua responsabilização penal, violaria frontalmente a Constituição Federal.

É certo que a decisão judicial, ao rejeitar a denúncia, não invocou diretamente a liberdade de expressão, mas se valeu da categoria do tipo subjetivo do crime de calúnia. Contudo, esse lapso argumentativo é irrelevante. Afinal, o recurso à categoria própria da dogmática penal – o dolo específico do crime de calúnia – desempenhou o mesmo papel e atingiu o mesmo resultado.

Assim, se voltado apenas à análise da ameaça ao *status libertatis* do cidadão Felipe Santa Cruz, este parecer poderia se encerrar aqui: o fato é atípico, pois corresponde ao exercício regular da liberdade de expressão; logo, a denúncia não pode ser recebida. Porém, há mais em jogo neste caso. O Ministério Público Federal e a própria decisão que rejeitou a denúncia afirmaram que a conduta do Consulente teria desbordado dos limites institucionais da atuação da Ordem dos Advogados do Brasil. Diante do relevo público e institucional do caso, torna-se importante demonstrar que ambos se equivocaram, esclarecendo o papel da OAB na defesa da Constituição, da democracia e dos direitos fundamentais, tão indispensável em momentos de retrocesso democrático. Esse será o foco do próximo item.

4. O papel institucional da OAB de defesa da Constituição, dos direitos humanos e da democracia

A denúncia apresentada pelo MPF, além de acusar indevidamente o Consulente da prática do crime de calúnia, ainda afirmou que ele estaria se afastando das suas funções institucionais, por atuar como suposto “*militante político*”, ao criticar não apenas a conduta do Ministro Sérgio Moro, como também outras práticas do governo de Jair Bolsonaro e de seus apoiadores. A decisão que rejeitou a denúncia, conquanto tenha corretamente afastado a tipicidade da conduta do Consulente, incorreu em erro similar – embora em tom muito menos

panfletário e agressivo – ao destacar que “*a manifestação do ora denunciado (o Consulente) não se amolda a uma fala institucional, tendo o acusado extrapolado suas funções como Presidente da Ordem e exarado uma opinião pessoal acerca do caso e da conduta do Ministro da Justiça*”.

Nesse contexto, torna-se necessário abordar o perfil institucional da Ordem dos Advogados do Brasil, tal como consagrado na ordem jurídica vigente, para verificar se, diante dele, seria imperativo – ou mesmo recomendável – o distanciamento do Presidente do seu Conselho Federal da esfera pública, com abstenção do exercício da crítica contra as autoridades do Estado, mesmo diante de atos percebidos como gravemente atentatórios à Constituição, à democracia ou aos direitos humanos

É que, muito embora a liberdade de expressão seja um direito universal, sabe-se que existem limites no exercício desse direito que incidem sobre certas categorias de pessoa, as quais se encontram no que a doutrina designa de “regimes especiais de sujeição”.⁴⁶ O militar na ativa, por exemplo, não pode se manifestar sobre temas políticos e criticar governantes ou órgãos do Estado, em razão do regime especial a que se sujeita, baseado na hierarquia e na disciplina (art. 142, CF). Limitações dessa natureza são juridicamente admissíveis, mas apenas se, além de proporcionais, guardarem estrita conexão com os objetivos constitucionais das instituições públicas às quais tais pessoas estão vinculadas.⁴⁷

Ocorre que nenhum limite dessa índole pode ser derivado do perfil institucional da Ordem dos Advogados do Brasil, ou dos seus objetivos constitucionais. Pelo contrário! A OAB é, por natureza, uma instituição vocacionada a participar da esfera pública, na defesa da ordem constitucional, da democracia e dos direitos fundamentais. Tal perfil se revela claramente na própria Lei nº 8.906/94 (Estatuto da Advocacia), que estabelece:

⁴⁶ Veja-se, a propósito, José Joaquim Gomes Canotilho. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1998, p. 424-427; Konrad Hesse. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998, p. 259-263; Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco. *Curso de Direito Constitucional*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 189-191.

⁴⁷ Cf. Paulo Gustavo Gonet Branco “Aspectos de Teoria Geral dos Direitos Fundamentais”. In: Gilmar Ferreira Mendes, Inocência Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 192.

“Art. 44. A Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), serviço público, dotada de personalidade jurídica e forma federativa, tem por finalidade:

I - defender a Constituição, a ordem jurídica do Estado democrático de direito, os direitos humanos, a justiça social, e pugnar pela boa aplicação das leis, pela rápida administração da justiça e pelo aperfeiçoamento da cultura e das instituições jurídicas;”

E a relevância institucional da OAB na defesa da Constituição – e de seus valores mais básicos, como as liberdades públicas, o devido processo legal, a proteção às minorias e a promoção da justiça social – não traduz mera escolha política discricionária do legislador infraconstitucional. Ao inverso, *esse perfil se depreende da própria Constituição*, que, além de assentar que *“o advogado é essencial à administração da justiça”* (art. 133), atribuiu ao Conselho Federal da OAB a legitimidade ativa para a propositura da Ação Direta de Inconstitucionalidade e da Ação Declaratória de Constitucionalidade (art. 103, VII). Em outras palavras, o próprio poder constituinte, certamente influenciado pelo papel histórico da OAB na luta pela democracia e superação do autoritarismo militar, conferiu ao seu Conselho Federal a nobilíssima função de defensor da Constituição.

Nesse particular, cabe recordar as palavras do Presidente da Assembleia Nacional Constituinte, Ulysses Guimarães, proferidas na Conferência Nacional dos Advogados de 1988:

“Há 10 anos, na 7ª Conferência Nacional, declarava-se na Carta de Curitiba (...) que os direitos sociais e os direitos políticos são o conteúdo do Estado de Direito, devendo se repelir a injustiça situada nas desigualdades decorrentes da excessiva riqueza de uns e da extrema miséria de outros. Nada mais justo portanto do que comparecer à XII Conferência Nacional da Ordem dos Advogados, aceitando o convite do ilustre presidente e líder da classe, Márcio Thomaz Bastos, para dizer aos advogados que a nova Constituição atende a sua esperança, e ao seu clamor de 1978, pois com ela instaura-se o Estado de Direito democrático, abrindo-se caminhos para a superação das imensas desigualdades sociais que vitimam o País. (...) Tendo por plano de trabalho e diretriz a Constituição de 1988 cumpre agora enfrentar nova empreitada, com tanta ou mais esperança e determinação, visando a que se operem as mudanças propostas, fazendo dos princípios, realidades, dos valores e crenças, dos direitos políticos individuais e sociais a prática do cotidiano, inserida em nosso, no nosso modo de ser. (...) Bem

fizeram os constituintes em dar relevo aos advogados no texto constitucional, reconhecendo-os essenciais à administração da justiça e outorgando-lhes o papel de guardiães da Constituição, de vez que cabe ao Conselho Federal da Ordem dos Advogados arguir a inconstitucionalidade das leis perante o Supremo Tribunal Federal.”⁴⁸

E deve-se registrar que, de acordo com a jurisprudência sedimentada do STF, diferentemente de outras entidades de classe de âmbito nacional, que só podem ajuizar ações no controle de constitucionalidade em favor de direitos e interesses ligados aos grupos e setores que representam (exigência de *pertinência temática*), o Conselho Federal da OAB é legitimado ativo universal na jurisdição constitucional concentrada.⁴⁹ Vale dizer, o ente pode propor a ação perante o STF sempre que entender violada a Constituição, sem a necessidade de vinculação do tema a interesses peculiares da categoria dos advogados, o que bem evidencia a compreensão – corretíssima – do Supremo sobre a extraordinária dimensão do papel da OAB de defesa da ordem constitucional brasileira.⁵⁰

Aliás, o STF assentou esse entendimento em julgamento relevante, a propósito da natureza jurídica da OAB. Ao apreciar a ADI 3.026, em que se discutiu a submissão da OAB às regras impostas à Administração Pública – rejeitada pelo STF –, nossa Suprema Corte registrou:

“19. A Ordem dos Advogados do Brasil é, em verdade, entidade autônoma, porquanto autonomia e independência são características próprias dela, que,

⁴⁸ *Anais da XII Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil*, de 2 a 6 de outubro de 1988. Porto Alegre, Rio Grande do Sul. Tema Central: O Advogado e a OAB no Processo de Transformação da Sociedade Brasileira, Brasília: Conselho Federal da OAB, 1988, p. 56-57.

⁴⁹ O *leading case*, que se mantém até então, é a ADI nº 3, Rel. Min. Moreira Alves, D.J. 18/09/1992, em que a Corte consignou: “*Em se tratando do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, sua colocação no elenco que se encontra no mencionado artigo, e que a distingue das demais entidades de classe de âmbito nacional, deve ser interpretada como feita para lhe permitir, na defesa da ordem jurídica com o primado da Constituição Federal, a propositura de ação direta de inconstitucionalidade contra qualquer ato normativo que possa ser objeto dessa ação; independe do requisito de pertinência temática entre o seu conteúdo e o interesse dos advogados como tais de que a Ordem é entidade de classe*”

⁵⁰ Nessa linha, confira-se o magistério de Luís Roberto Barroso: “*Circunstâncias diversas, dentre as quais se destaca a atuação decisiva no processo de redemocratização do País, deram aos advogados um papel especial, com sua inserção em dispositivo autônomo, diversos daquele que cuida do direito de propositura das entidades de classe de âmbito nacional. Esse tratamento diferenciado levou a jurisprudência a excluir a OAB de determinadas restrições aplicáveis a outras entidades, notadamente a pertinência temática*”. (*O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 142).

destarte, não pode ser tida como congênere dos demais órgãos de fiscalização profissional. Ao contrário deles, a Ordem dos Advogados do Brasil não está voltada exclusivamente a finalidades corporativas, mas, nos termos do art. 44, I da lei, tem por finalidade “defender a Constituição, a ordem jurídica do Estado democrático de direitos, os direitos humanos, a justiça social, e pugnar pela boa aplicação das leis, pela rápida administração da justiça e pelo aperfeiçoamento da cultura e das instituições jurídicas”. Esta é, iniludivelmente, finalidade institucional e não corporativa.

20. A Constituição do Brasil confere atribuições de extrema relevância à OAB, bastando para ratificar a assertiva ressaltar o disposto no inciso VIII do artigo 103 da Constituição, que confere legitimidade ao Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade, bem assim a definição do advogado como essencial à promoção da Justiça, ao qual é assegurada inviolabilidade no que tange aos seus atos e manifestações no exercício da profissão.”⁵¹

Evidentemente, o papel da OAB de defesa da Constituição, da democracia, dos direitos humanos e da justiça social, não se limita à sua atuação em juízo. A Constituição e os valores democráticos e emancipatórios podem ser defendidos perante o Poder Judiciário, como também em muitos outros *fronts*: no Parlamento, nas ruas, na esfera pública. E a OAB pode – melhor, *deve* – atuar em todos eles, com independência, firmeza e altivez.

Essa é a tradição da Ordem dos Advogados do Brasil, que lutou bravamente pela redemocratização do país, contra o arbítrio e em favor dos direitos humanos, inclusive em momentos difíceis para a Nação, de ditadura e de grave cerceamento das liberdades.⁵² Lutou pelos mais diversos meios, mas sobretudo pelo uso da maior arma dos advogados: *a palavra*. A palavra empregada para criticar governantes autoritários e suas ações contrárias aos direitos humanos. A luta deixou até mártires, como Lyda Monteiro da Silva, secretária do então Presidente do Conselho Federal da OAB, Eduardo Seabra Fagundes, vitimada em 1980 por hediondo ataque terrorista da extrema-direita.

⁵¹ STF, ADI 3.026, Rel. Min. Eros Grau, DJ 29/09/2006.

⁵² Veja-se, a propósito, Marly Motta. “Dentro da névoa autoritária ascendemos a fogueira...: a OAB na redemocratização (1974-80)”. *Revista Culturas Jurídicas*, v.3, n.1, jan./jun 1980. Disponível em: <http://www.culturasjuridicas.com.br/home.asp>

Fala-se hoje, no mundo inteiro, em crise democrática, decorrente da ascensão ao poder, pela via eleitoral, de líderes populistas, que, uma vez instalados no governo, passam a atacar ou a aparelhar as instituições, a violar gravemente os direitos fundamentais e a tratar adversários políticos como inimigos a serem eliminados.⁵³ A democracia não cai abruptamente, com uma quartelada ou golpe de estado, mas vai sendo corroída paulatinamente em suas bases, até ver-se desfigurada.

No Brasil, após a eleição do Presidente Jair Bolsonaro, passou-se a celebrar a ditadura militar e até a tortura.⁵⁴ Ataques aos direitos fundamentais, às minorias, à imprensa e às instituições são praticamente diários, não só por meio de falas e *tweets*, mas também através de políticas públicas e de atos normativos. O governo hostiliza e trata como inimigos os jornalistas, as ONGs, os povos indígenas e quilombolas, as universidades públicas, os artistas, as feministas, os ambientalistas, os integrantes das minorias sexuais. Os valores democráticos e emancipatórios mais caros à Constituição de 88 estão sob forte e permanente ataque, por vezes com a colaboração de agentes do sistema de justiça. Se, apesar dos claros retrocessos já experimentados, a democracia brasileira ainda não ruiu, isso se deve muito à resistência pacífica de parcela da sociedade civil e à atuação de instituições como o Congresso Nacional, o Supremo Tribunal Federal e a própria OAB.

Em momentos sombrios, o papel institucional da OAB torna-se ainda mais relevante: há que se defender a Constituição, os direitos humanos e a democracia, com firmeza e desassombro. Nessas horas, os advogados devem se inspirar nas belas palavras de Guimarães Rosa: “*A vida é assim: esquenta e esfria, aperta e daí afrouxa, sossega e depois desinquieta. O que ela quer da gente é coragem*”.

Por tudo isso, criticar duramente atos do Poder Público que atentem contra a Constituição e a democracia não é agir como “militante político” – como afirmou o Procurador Wellington Divino Marques de Oliveira. É agir como *defensor da ordem constitucional*, missão

⁵³ Veja-se, e.g., Steven Levitsky e Daniel Ziblatt. *Como as democracias morrem*. Rio de Janeiro: Zahar, 2018; Yascha Mounk. *O povo contra a democracia: por que nossa liberdade corre perigo e como salvá-la*. Rio de Janeiro: Companhia das Letras, 2019; Manuel Castells. *Ruptura: a crise da democracia*. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

⁵⁴ Sobre a crise democrática brasileira, veja-se, e.g., Sérgio Abranches et al. *Democracia em Risco? 22 ensaios sobre o país de hoje*. Rio de Janeiro: Companhia das Letras, 2019; Perry Anderson. *Brazil Apart: 1964-2019*. London/New York: Verso, 2019.

institucional da OAB. Devido processo legal, direitos humanos, respeito às minorias, justiça social, proteção ao meio ambiente, por exemplo, não são meras bandeiras partidárias, e estão, inclusive, acima da disputa tradicional entre esquerda e direita. São princípios constitucionais e valores civilizatórios, com cuja transgressão nenhum democrata deve transigir. Ao defendê-los na esfera pública, mesmo que com veemência, o Consulente *honra a tradição da OAB de coragem diante do arbítrio*.

5. Respostas aos quesitos

Diante do que foi exposto, passamos a responder, de modo mais sintético, aos quesitos formulados pelo Consulente.

(i) *A conduta imputada ao Consulente está protegida pelo direito fundamental à liberdade de expressão? Diante disso, essa conduta pode ser criminalizada?*

Sim. A liberdade de expressão protege manifestações críticas, mesmo as mais ácidas e contundentes, sobretudo quando formuladas contra atos praticados por autoridades públicas, no exercício das respectivas funções. Foi o que ocorreu no presente caso, já que o Consulente criticou a decisão que teria sido anunciada pelo Ministro Sérgio Moro, de destruir provas obtidas pela Polícia Federal – ato, aliás, impedido pelo STF, por meio da concessão de medida cautelar na ADPF nº 605. A tutela da liberdade de expressão, nessa hipótese, prevalece sobre a proteção do direito à honra do agente público, na linha de pacífica jurisprudência do STF e do STJ, bem como da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Se determinado comportamento corresponde ao exercício legítimo de um direito fundamental, ele não pode ser criminalizado. A lei penal não pode ser interpretada e aplicada de modo incompatível com a Constituição da República. Assim, além da própria norma penal, a Constituição veda essa tentativa de criminalização, razão pela qual deve ser mantida a decisão de rejeição da denúncia apresentada contra o Consulente.

DANIEL SARMENTO ADVOGADOS

(ii) *A crítica, ainda que veemente, a atos de autoridades governamentais, percebidos como incompatíveis com a Constituição, a democracia e os direitos fundamentais, insere-se na missão institucional da Ordem dos Advogados do Brasil, representada pelo Presidente do seu Conselho Federal?*

Sim. O Ordem dos Advogados do Brasil não é uma instituição voltada apenas à defesa dos interesses da corporação dos advogados. Sua missão institucional, que deriva da própria Constituição – notadamente do artigo 103, VII, da Lei Maior – abrange a defesa da ordem constitucional democrática brasileira. É o que claramente determina o artigo 44, I, do Estatuto da Advocacia, que prevê o papel da OAB de “*defender a Constituição, a ordem jurídica do Estado democrático de direito, os direitos humanos, a justiça social*”. Essa defesa pode se dar perante o Poder Judiciário, mas também na esfera pública, pelo exercício da liberdade de expressão.

Em tempos de crise democrática, tal papel torna-se ainda mais relevante, e deve ser exercido com coragem e independência. É o que ocorreu no caso, na linha das melhores tradições da Ordem dos Advogados do Brasil.

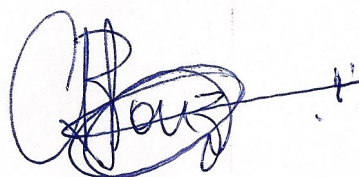
É o parecer.

Rio de Janeiro, 30 de janeiro de 2020.



DANIEL SARMENTO

Professor Titular de Direito Constitucional da UERJ
Mestre e Doutor em Direito Público pela UERJ
Visiting Scholar na Yale Law School



ADEMAR BORGES

Professor de Direito Constitucional do IDP
Mestre em Direito Constitucional pela UFF
Doutor em Direito Público pela UERJ