

VOTO

O Senhor Ministro Gilmar Mendes: Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelo Partido Social Liberal – PSL, contra o § 3º do art. 326-A do Código Eleitoral, acrescentado pela Lei 13.834/2019, mediante o qual foi instituído o crime de divulgação de ato objeto de denúncia caluniosa eleitoral:

"Art. 326-A. Dar causa à instauração de investigação policial, de processo judicial, de investigação administrativa, de inquérito civil ou ação de improbidade administrativa, atribuindo a alguém a prática de crime ou ato infracional de que o sabe inocente, com finalidade eleitoral:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos, e multa.

§ 1º A pena é aumentada de sexta parte, se o agente se serve do anonimato ou de nome suposto.

§ 2º A pena é diminuída de metade, se a imputação é de prática de contravenção.

§ 3º - Incorrerá nas mesmas penas deste artigo quem, comprovadamente ciente da inocência do denunciado e com finalidade eleitoral, divulga ou propala, por qualquer meio ou forma, o ato ou fato que lhe foi falsamente atribuído".

O autor afirma que o tipo penal viola os princípios da individualização da pena, da proporcionalidade e da liberdade de expressão, assegurados constitucionalmente.

A relatora, Ministra Cármen Lúcia, vota pela improcedência da ADI, ao entender que "*não se comprova contrariedade aos princípios da proporcionalidade e da individualização da pena previstas no § 3º do art. 326-A do Código Eleitoral, acrescentado pela Lei n. 13.834/2019*". Ademais, afirma que:

"A possibilidade de escolha de representantes por eleições deve-se operar de maneira livre e desembaraçada de artifícios que maculem a compreensão do cidadão e afetem a sua liberdade e sua responsabilidade no desempenho do direito/dever do voto a partir da análise do perfil dos candidatos.

Falsas acusações, principalmente quando se valem da máquina estatal com o objetivo de deteriorar candidaturas, devem ser punidas

pela lei penal, segundo entendimento do legislador brasileiro. Causam elas no eleitor equivocada análise da condição pessoal e política do candidato, afetando a sua impressão sobre a sua conduta, sua probidade e seu preparo.

Aquele que dá causa a investigação ou a processo, atribuindo, com finalidade eleitoral, a alguém a prática de crime ou ato infracional de que o sabe inocente, como também aquele que divulga falsa acusação, sabendo da inocência do acusado, prejudicam, a um só tempo, o eleitor, o candidato, a Administração Pública e o regime democrático.”

O controle de constitucionalidade de leis penais tem sido objeto de amplo debate doutrinário, ressaltando-se a importância da questão (por ex. SCALCON, Raquel L. **Controle constitucional de leis penais**. Lumen Juris, 2018; RUIVO, Marcelo A. Legislação penal e ciências criminais. **RBCCRIM**, v. 147, 2018).

Nos termos do voto que proferi como relator do **RE 635.659**, que versa sobre a descriminalização do uso de entorpecentes, “ *a tipificação penal de determinadas condutas pode conter-se no âmbito daquilo que se costuma denominar de discricção legislativa. Cabe ressaltar, todavia, que, nesse espaço de atuação, a liberdade do legislador estará sempre limitada pelo princípio da proporcionalidade, configurando a sua não observância inadmissível excesso de poder legislativo* ”.

A doutrina identifica como típicas manifestações de excesso no exercício do poder legiferante a contraditoriedade, a incongruência, a irrazoabilidade ou, em outras palavras, a inadequação entre meios e fins. A utilização do princípio da proporcionalidade ou da proibição de excesso no direito constitucional envolve, assim, a apreciação da necessidade e a adequação da providência adotada.

De um lado, está a exigência de que as medidas interventivas se mostrem adequadas ao cumprimento dos objetivos pretendidos; de outra parte, o pressuposto de que nenhum meio menos gravoso revelar-se-ia igualmente eficaz para a consecução dos objetivos almejados. Em outros termos, o meio não será necessário se o objetivo pretendido puder ser alcançado com a adoção de medida que se revele, a um só tempo, adequada e menos onerosa.

Com isso, **abre-se a possibilidade do controle da constitucionalidade material da atividade legislativa também em âmbito penal**. Nesse campo, o

Tribunal está incumbido de examinar se o legislador utilizou de sua margem de ação de forma adequada e necessária à proteção dos bens jurídicos fundamentais que objetivou tutelar.

Segundo assentei no voto que proferi na **ADI 3.112** (Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 2.5.2007), que tratou da constitucionalidade de dispositivos do Estatuto do Desarmamento, na dogmática alemã, é conhecida a diferenciação entre o princípio da proporcionalidade como *proibição de excesso* (*Ubermassverbot*) e como *proibição de proteção deficiente* (*Untermassverbot*).

No primeiro caso, o princípio da proporcionalidade funciona como parâmetro de aferição da constitucionalidade das intervenções nos direitos fundamentais como *proibições de intervenção* . No segundo, a consideração dos direitos fundamentais como *imperativos de tutela* (CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Almedina, 2003) imprime ao princípio da proporcionalidade uma estrutura diferenciada. O ato não será *adequado* quando não proteja o direito fundamental de maneira ótima; não será *necessário* na hipótese de existirem medidas alternativas que favoreçam ainda mais a realização do direito fundamental; e violará o subprincípio da *proporcionalidade em sentido estrito* se o grau de satisfação do fim legislativo for inferior ao grau em que não se realiza o direito fundamental de proteção.

Como bem assentado pela eminente relatora, “ *o objeto jurídico tutelado pelo § 3º do art. 326-A não se refere apenas à honra subjetiva ou objetiva do acusado, abrangendo principalmente a legitimidade do processo eleitoral* ”. Assim, “ *de se relevar a acentuada culpabilidade daquele que, com intuito de influenciar as eleições e ciente da inocência do acusado, dissemina a falsa imputação, valendo-se da aparência de credibilidade decorrente da instauração de investigação ou processo* ”.

Inexiste, portanto, **violação à proporcionalidade e à individualização da pena**, visto que o tipo penal aqui analisado busca proteger bem jurídicos de relevância ímpar e regula a sanção penal em margem adequada a tal censura, a qual deverá ser medida na dosimetria em concreto a ser realizada pelo juízo competente conforme a culpabilidade do réu.

Em relação a eventual **violação à liberdade de expressão** , reforça-se o consignado pela relatora no sentido de que “ *o direito fundamental à*

liberdade de manifestação de pensamento e às demais liberdades públicas não é absoluto e não constitui permissão para a prática de ilícitos, como o que se considera na norma questionada na presente ação”.

Não se deve esquecer que, conforme esclarecem **Alvin Goldman** e **Daniel Baker**, *"a liberdade de expressão envolve trocas e balanceamentos entre o valor deste direito e os prejuízos que o discurso pode causar, de modo que nenhum país pode resolver essas trocas apenas a partir da proteção integral da liberdade"* (GOLDMAN, Alvin I; BAKER, Daniel. **Free Speech, Fake News, and Democracy**. First Amendment Law Review. V. 18. N. 1. 2019. p. 68).

Isso não significa dizer que opiniões, ainda que impopulares, devam ser censuradas, mas que cada ordenamento jurídico deve estabelecer o limite entre o livre exercício do direito de expressão e manifestação e os casos de polícia.

A título de exemplo, a Alemanha é caracterizada, por muitos autores, como uma democracia militante. Nesse sentido, de acordo com **Ronald Krotoszynski**, *"qualquer discurso que tenha por objetivo a destruição do governo democrático não possui qualquer proteção de acordo com a Lei Fundamental"*. Foi com base nessa ideia que o Tribunal Constitucional Federal alemão decretou, por exemplo, o banimento dos Partidos Socialista e Comunista alemães, considerados como plataformas para a atuação do Partido Nazista e para a adoção de projetos políticos e ações contra a ordem constitucional estabelecida (Krotoszynski jr, Ronald. **A Comparative Perspective of The First Amendment: Free Speech, Militant Democracy, and the Primacy of Dignity as a Preferred Constitutional Value in Germany**. Tulane Law Review. V. 78. N. 5. p. 1590-1591).

Mesmo nos Estados Unidos, de onde se origina a doutrina do livre mercado de ideais (*"Free Market Place of Ideais"*), introduzida pela Suprema Corte daquele país no voto dissidente do Justice Oliver Wendell Holmes no caso *Abrams v. United States, de 1919*, e incorporada pelo STF no julgamento da ADPF 187, que tratava da denominada "marcha da maconha", verifica-se a existência de certos limites à liberdade de expressão (Cf.: KOMMERS, Donald P. **The Jurisprudence of Free Speech in the United States and the Federal Republic of Germany**. Sourther California Law Review. V. 53. N. 2. Jan. 1980. p. 665; STF, ADPF 187. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Celso de Mello. j. 15.6.2011).

Nesse sentido, entende-se que a liberdade de expressão não abrange a eventual criminalização da pedofilia, da pornografia e de discursos que incitem a violência (*fighting words*) ou de difamações dolosas (denominada de *actual malice* pela jurisprudência norte-americana) (Krotoszynski jr, Ronald. **A Comparative Perspective of The First Amendment: Free Speech, Militant Democracy, and the Primacy of Dignity as a Preferred Constitutional Value in Germany.** Tulane Law Review. V. 78. N. 5. p. 1592. p. 79).

De acordo com Martin Shapiro, o perigo claro e iminente da jurisprudência norte-americana demanda a existência de uma ameaça que interfira de forma imediata e significativa sobre o sistema jurídico e o regime democrático (SHAPIRO, Martin. **Freedom os Speech: The Supreme Court and Judicial Review.** p. 48).

Ao citar os *Justices* Homes e Brandeis, o autor ressalta que:

“o fato de o discurso poder, em tese, causar algum tipo de violência ou destruição de propriedade não é suficiente para justificar a supressão. Deve existir uma séria probabilidade de prejuízos graves para o Estado (SHAPIRO, Martin. **Freedom os Speech: The Supreme Court and Judicial Review.** p. 48, tradução livre).

Nessa perspectiva, discursos de incitação à sabotagem ou à violência que preencham os requisitos de perigo claro e iminente são proibidos e podem ser legalmente restringidos, inclusive através da aplicação da lei penal, sendo importante destacar que as circunstâncias e o objetivo do discurso são relevantes para a análise de adequação a esse teste (SHAPIRO, Martin. **Freedom os Speech: The Supreme Court and Judicial Review.** p. 49, tradução livre).

Diante do exposto, conclui-se que o tipo penal inserido no § 3º do art. 326-A do Código Eleitoral pela Lei 13.834/2019 (divulgação de ato objeto de denúncia caluniosa eleitoral) está em conformidade com o texto constitucional.

Trata-se de importante mecanismo para repressão penal de *fake news* utilizadas para tentar corromper o processo eleitoral e, conseqüentemente,

atacar a democracia brasileira . Não se pode admitir a divulgação, com finalidade eleitoral, de ato ou fato que se sabe falsamente atribuído a pessoa inocente.

Portanto, **acompanho a relatora, para julgar improcedente o pedido.**

É como voto.

Plenário Virtual - minuta de voto - 19/08/2017