

13/03/2018

SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS 141.949 DISTRITO FEDERAL

RELATOR : **MIN. GILMAR MENDES**
PACTE.(S) : ADMYS FRANCISCO DE SOUSA GOMES
IMPTE.(S) : RAFAEL DE DEUS GARCIA
COATOR(A/S)(ES) : SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR
ADV.(A/S) : SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS

Habeas corpus. 2. Crime de desacato a militar (art. 299 do Código Penal Militar). 3. Controle de constitucionalidade (arts. 1º; 5º, incisos IV, V e IX, e 220 da Constituição Federal) e de convencionalidade (art. 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica). 4. Alegada ofensa à liberdade de expressão e do pensamento que se rejeita. 5. Criminalização do desacato que se mostra compatível com o Estado Democrático de Direito. 6. Ordem denegada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Segunda Turma, sob a presidência do Senhor Ministro Edson Fachin, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, denegar a ordem de *habeas corpus*, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 13 de março de 2018.

Ministro **GILMAR MENDES**

Relator

Documento assinado digitalmente

13/03/2018

SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS 141.949 DISTRITO FEDERAL

RELATOR : **MIN. GILMAR MENDES**
PACTE.(S) : **ADMYS FRANCISCO DE SOUSA GOMES**
IMPTE.(S) : **RAFAEL DE DEUS GARCIA**
COATOR(A/S)(ES) : **SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR**
ADV.(A/S) : **SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS**

RELATÓRIO

O Senhor Ministro Gilmar Mendes (Relator): Trata-se de *habeas corpus* com pedido de medida liminar, impetrado por Rafael de Deus Garcia, em favor de Admys Francisco de Sousa Gomes, contra decisão do Superior Tribunal Militar, que negou provimento à Apelação 3-46.2016.7.11.0211/DF, ementada nos seguintes termos:

“APELAÇÃO. MPM. DEFESA. DESACATO. PRELIMINAR DE NULIDADE DO JULGAMENTO. DOLO CARACTERIZADO.

1. Não caracteriza nulidade do julgamento, por ofensa ao Princípio da Correlação ou por excesso de linguagem do Juiz, quando os fundamentos expostos na Sentença estão em estrita consonância com as provas dos autos e com o pedido contido na Denúncia.

2. Resta caracterizado o dolo, elemento subjetivo do tipo, quando o Réu se refere à autoridade militar utilizando termo desrespeitoso, com a clara intenção de menosprezar sua função militar.

Preliminar de nulidade do julgamento rejeitada. Decisão unânime.

Recursos conhecidos e não providos. Decisão unânime”.
(eDOC 13, p. 8)

HC 141949 / DF

Segundo os autos, o paciente foi condenado à pena de 6 meses de detenção, como incurso no art. 299 do CPM, com benefício do *sursis* pelo prazo de 2 anos, o direito de apelar em liberdade e o regime prisional inicialmente aberto. (eDOC 13, p. 9)

Irresignada a defesa apresenta o presente *habeas corpus*, com o intuito de se discutir a constitucionalidade e não convencionalidade do crime de desacato aplicado a civis no âmbito da Justiça Militar da União.

Alega-se que ao condenar o paciente:

(...) como incurso no crime tipificado no art. 299 do Código Penal Militar, assentando o entendimento de que o crime de desacato não viola a Constituição Federal e tampouco o Pacto de São José da Costa Rica.

A decisão desse Superior Tribunal vai de encontro ao entendimento do Superior Tribunal de Justiça, que, aos 15 de dezembro de 2016, em decisão unânime na Quinta Turma (REsp Nº 1.640.084 - RELATOR: MINISTRO RIBEIRO DANTAS), descriminalizou a conduta tipificada como crime de desacato, por entender que a tipificação ofende o art. 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica).

(...)

Tal quadro de insegurança impõe a necessidade de provocação desta Suprema Corte, a fim de que exare um entendimento unificado acerca da possibilidade de processo e julgamento por civis pelo crime de desacato. (eDOC 1, p. 2)

Requer liminarmente a suspensão dos efeitos da condenação imposta ao paciente, sob o argumento de que eventual demora no julgamento do presente HC apresenta real risco de perecimento do objeto aqui trazido, uma vez que pode não ser capaz de afastar a coação ilegal que pesa sobre o paciente, o que impõe a necessidade e conveniência da suspensão dos efeitos da decisão condenatória. (eDOC 1, p. 5)

HC 141949 / DF

E no mérito, a declaração de nulidade da condenação imposta ao paciente, em razão de sua não convencionalidade (violação do art. 13 da CADH) e inconstitucionalidade (violados os art. 5º, IV, V, IX e art. 220 da Constituição Federal). (eDOC 1, p. 18)

É o relatório.

13/03/2018

SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS 141.949 DISTRITO FEDERAL

V O T O

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR): Aduz o impetrante, em síntese, que a condenação de um civil pela Justiça Militar, por crime de desacato, ofende o art. 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos, bem como os artigos 5º, incisos IV, V e IX, e 220 da Constituição Federal, os quais garantem a liberdade de expressão e de pensamento.

Por ter desacatado o 2º Sargento do Exército Átila Ferro Corrêa, que se encontrava no exercício de suas funções no Batalhão da Guarda Presidencial, chamando-o de “palhaço”, foi imputado ao paciente o crime previsto no art. 299 do CPM, tendo sido condenado pelo Superior Tribunal Militar à pena de 6 meses de detenção, regime inicial aberto, com direito ao *Sursis*.

Referido tipo penal estabelece o crime de desacato a militar nos seguintes termos:

“Art. 299. Desacatar militar no exercício de função de natureza militar ou em razão dela:

Pena - detenção, de seis meses a dois anos, se o fato não constitui outro crime”.

O Código Penal, em seu art. 331, define o mesmo delito com a seguinte redação:

“Art. 331 - Desacatar funcionário público no exercício da função ou em razão dela:

Pena - detenção, de seis meses a dois anos, ou multa”.

HC 141949 / DF

Ambos os tipos penais guardam similitude, podendo-se considerar nas duas hipóteses legais o funcionário público (civil ou militar) como sujeito passivo secundário do crime de desacato, figurando o Estado como sujeito passivo principal.

Desacatar, consoante o Dicionário Houaiss da língua portuguesa, tem o sentido de destratar, desprezar, afrontar, insultar ou vituperar, figurando como antônimo ações de respeitar, acatar ou honrar.

Trata-se de crime praticado por particular contra a administração em geral (CP) ou, em especial, a administração militar (CPM). Nesse sentido, o bem jurídico tutelado pela norma penal, segundo NUCCI, *é a administração pública, levando-se em conta seu interesse patrimonial e moral.* (NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Direito Penal. 13ª edição. Rio de Janeiro: Forense. 2017)

A tutela penal está no interesse em se assegurar o normal funcionamento do Estado, protegendo-se o prestígio do exercício da função pública. Ressalte-se, pois, que a norma tem como destinatário da proteção legal mais a função pública do que a pessoa do funcionário (civil ou militar).

Colhe-se, portanto, para a configuração do crime, não ser necessário que o funcionário público se sinta ofendido, bastando que seja insultuosa a conduta do agente. Exige-se, porém, a presença do ofendido, sendo indispensável que o menoscabo tenha alvo certo, de forma que a vítima deve ouvir a palavra injuriosa ou sofrer diretamente o ato. (NUCCI, Guilherme de Souza. Código Penal Militar Comentado. 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense. 2014)

O desacato é um crime comum, podendo ser praticado por qualquer pessoa. O sujeito passivo, conforme dissemos, é o Estado, sendo o funcionário público (civil ou militar) uma vítima secundária da infração.

É essencial para a configuração do delito que o funcionário público esteja no exercício da função, ou, estando fora, que a ofensa seja empregada em razão dela. Deve, pois, haver o chamado *nexo funcional*.

Com efeito, desacatar é a ação de ofender, humilhar, espezinhar, agredir o funcionário público *in officio* ou *propter officium*. Nesse cenário

HC 141949 / DF

reside o dolo do agente. A crítica ou a censura, sem excessos, não constituem desacato, ainda que veementes.

Segundo Néelson Húngria, o delito consiste em qualquer palavra ou ato que redunde em vexame ou humilhação, desprestígio ou irreverência ao funcionário. Explica o destacado jurista que o desacato é a grosseira falta de acatamento, podendo consistir de palavras injuriosas, difamatórias ou caluniosas, vias de fato, agressões físicas, ameaças e gestos obscenos, gritos agudos, dentre outros comportamentos assemelhados.

O dolo deve abranger o conhecimento pelo agente da qualidade de funcionário público da vítima indireta. O desconhecimento desse dado pode redundar na atipicidade por erro de tipo, por exclusão do dolo, persistindo tão somente eventual crime de injúria.

Observe-se que o CPM aponta o desacato como tipo penal subsidiário, ou seja, esse delito é punido desde que não se configure outro mais grave. Aludido tipo penal é expresso quanto ao seu caráter subsidiário (subsidiariedade expressa), incidindo sua aplicação somente nas hipóteses de não ocorrência de um delito mais grave, o qual afasta a aplicação da norma subsidiária.

Nessa hipótese, em que a norma subsidiária funciona como um soldado de reserva, apenas na ausência ou impossibilidade de aplicação da norma principal mais grave é que incide a norma subsidiária, menos grave, conforme o antigo provérbio latino *lex primaria derogat legi subsidiariae*.

Essas breves considerações sobre o delito de desacato, no âmbito doutrinário da classificação dos crimes, faz-se necessário para melhor analisar a alegada violação à Convenção Americana de Direitos Humanos e à Constituição Federal.

Com efeito, suscita-se a incompatibilidade desse delito com a liberdade de expressão e do pensamento, garantidos tanto pela Convenção Americana de Direitos Humanos, artigo 13 (promulgado pelo Decreto 6788/92) como pela Constituição Federal, art. 5º, incisos. IV, VIII e IX, e 220, os quais não teriam recepcionado referido tipo penal.

HC 141949 / DF

Sabe-se que os tratados de direitos humanos têm para nós significado ímpar, extraindo da Constituição Federal a sua condição de validade. Sobre a incorporação dos tratados ao direito interno, após a entrada em vigor da Emenda Constitucional 45/2004, possibilitou-se elevar aqueles relativos a direitos humanos ao patamar das emendas constitucionais (art. 5º, § 3º, da Constituição). Para tanto, devem esses tratados ser aprovados pelo Poder Legislativo (posteriormente, ratificados pelo Executivo) por três quintos dos votos de cada uma das suas Casas, em dois turnos de votação.

Registre-se que já anteriormente à referida EC, a partir de decisões do STF, elevou-se o *status* dos tratados de direitos humanos a patamar *superior* ao das leis ordinárias, evoluindo relativamente às decisões anteriores (desde a década de 70, no RE 80.004/SE) que equiparavam os tratados internacionais (quaisquer que fossem, de direitos humanos ou não) ao nível da legislação ordinária.

Assim, se os tratados de direitos humanos podem ser (i) *equivalentes* às emendas constitucionais (nos termos do art. 5º, § 3º, da Constituição Federal), *se aprovados pelo Legislativo após a EC 45/2004*, ou ainda (ii) *supralegais* (segundo o entendimento atual do STF RE 349.703/RS), *se aprovados antes da referida Emenda*, o certo é que, estando *acima* das normas infraconstitucionais, não de ser *também* paradigma de controle da produção normativa doméstica.

Destarte, para além do controle *de constitucionalidade*, o modelo brasileiro atual comporta, também, um controle *de convencionalidade* das normas domésticas.

Diante do quadro colocado, assinale-se o que estabelece o Pacto de San Jose da Costa Rica a respeito da liberdade de pensamento e de expressão:

“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 ideias de toda natureza, sem consideração de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro processo de

HC 141949 / DF

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.

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 frequências 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 ideias 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”.

Tomando referido tratado internacional como parâmetro do controle de convencionalidade do ordenamento jurídico interno, a uma simples leitura do dispositivo supracitado não se infere qualquer afronta na tipificação do crime de desacato. Não houve revogação da norma penal, mas recepção pela regra supralegal.

Observe-se que o item 2, letra a, do art. 13 do Pacto de San Jose dispõe claramente que o exercício do direito à liberdade de pensamento e de expressão, embora não sujeito a censura prévia, deve assumir responsabilidades ulteriores, expressamente fixadas em lei, para assegurar o respeito aos direitos ou à reputação das demais pessoas.

Não prospera, portanto, a alegada descriminalização do desacato

HC 141949 / DF

(art. 299 do CPM ou art. 331 do CP), nem se está tampouco diante da chamada *abolitio criminis*.

Consigne-se que em diversos ordenamentos jurídicos externos, especificamente no âmbito regional, como Chile, Costa Rica, Cuba, Equador, Haiti, Honduras, México, Nicarágua, Peru, República Dominicana, Uruguai, Venezuela, a conduta do desacato é criminalizada.

Saindo das Américas, na Europa, o Código Penal português traz em seu art. 187º uma figura penal que, com outro *nomem juris*, tutela o mesmo bem jurídico do desacato, punindo o agente que afirma ou propala fatos inverídicos, capazes de ofender a credibilidade, o prestígio ou a confiança devidos às instituições e serviços que exerçam autoridade pública. Na mesma linha, nos crimes contra a honra, as penas são agravadas quando o ofendido tem a condição de funcionário público e esteja no exercício das funções ou por causa delas, conforme prevê o art. 184º.

A liberdade de expressão prevista na Convenção Americana de Direitos Humanos não difere do tratamento conferido pela Constituição Federal ao mesmo tema, não possuindo esse específico direito, como todos os demais direitos fundamentais, caráter absoluto.

A Constituição Federal, ao tutelar a honra, a intimidade e a dignidade da pessoa humana, direitos conferidos a todos, sem distinção de qualquer natureza (art. 5º da CF), recepcionou a norma do desacato prevista na legislação penal.

O direito à liberdade de expressão deve harmonizar-se com os demais direitos envolvidos (honra, intimidade e dignidade), não eliminá-los. Incide o princípio da concordância prática, pelo qual o intérprete deve buscar a conciliação entre normas constitucionais. Dissemos em nossa obra de Direito Constitucional:

“Se é esperado do intérprete que extraia o máximo efeito de uma norma constitucional, esse exercício pode vir a provocar choque com idêntica pretensão de outras normas constitucionais. Devem, então, ser conciliadas as pretensões de efetividade dessas normas, mediante o estabelecimento de

HC 141949 / DF

limites ajustados aos casos concretos em que são chamadas a incidir. Os problemas de concordância prática surgem, sobretudo, em casos de colisão de princípios, especialmente de direitos fundamentais, em que o intérprete se vê desafiado a encontrar um desfecho de harmonização máxima entre os direitos em atrito, buscando sempre que a medida de sacrifício de um deles, para uma solução justa e proporcional do caso concreto, não exceda o estritamente necessário". (MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional, 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, pág. 94/95)

O exercício abusivo das liberdades públicas não se coaduna com o Estado democrático. A ninguém é lícito usar de sua liberdade de expressão para ofender, espezinhar, vituperar a honra alheia.

O desacato constitui importante instrumento de preservação da lisura da função pública e, indiretamente, da própria dignidade de quem a exerce.

Não se pode despojar a pessoa de um dos mais delicados valores constitucionais, a dignidade da pessoa humana, em razão do *status* de funcionário público (civil ou militar). A investidura em cargo ou função pública não constitui renúncia à honra e à dignidade.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos, órgão responsável pelo julgamento de situações concretas de abusos e violações de direitos humanos, reiteradamente tem decidido contrariamente ao entendimento da Comissão de Direitos Humanos, estabelecendo que o Direito Penal pode, sim, punir condutas representativas de excessos no exercício da liberdade de expressão.

Nesse ponto, consigne-se que a Terceira Seção do STJ, no julgamento do habeas corpus 379.269, enfatizou que desacatar funcionário público no exercício da função ou em razão dela continua a ser crime, conforme previsto no artigo 331 do Código Penal. No voto do Ministro Rogério Shietti Cruz registrou-se que a Corte Interamericana tem repudiado abusos no exercício da liberdade de expressão, citando-se os seguintes casos à guisa de exemplo: caso Ricardo Canese vs. Paraguai, sentença de

HC 141949 / DF

31 de agosto de 2004, § 104; caso Kimel vs. Argentina, sentença de 2 de maio de 2008, §§ 71 e 76; e caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica, sentença de 2 de julho de 2004.

Impende destacar que a liberdade de expressão consubstancia um dos mais valiosos instrumentos na preservação do regime democrático. O pluralismo de opiniões, a crítica, a censura, são vitais para a formação da vontade livre de um povo.

O direito de se comunicar livremente é inerente à sociabilidade, que é próprio da natureza humana. E deve ser ampla a liberdade do discurso político, do debate livre, impedindo-se possíveis interferências do poder. O Estado de Direito democrático não desconhece esse valor universal.

Entretanto, a repressão do excesso não é incompatível com a democracia. O veto à censura prévia não proíbe a censura *a posteriori*, permitindo-se a intervenção contra manifestações não protegidas juridicamente constitucionalmente, o que ocorre quando transbordam dos limites do art. 5º, inciso X, da Constituição Federal, que trata, em contraposição à liberdade de manifestação, da invulnerabilidade da honra.

O STF, nesse sentido, decidiu em caso assemelhado que o discurso de ódio não se inclui no âmbito de proteção da liberdade de expressão. No HC 82.424, Redator. para o acórdão Min. Maurício Corrêa, DJ 19.3.2004. Consignou-se: *O direito à livre expressão não pode abrigar, em sua abrangência, manifestações de conteúdo imoral que implicam ilicitude penal.*

De conseguinte, a figura penal do desacato não tolhe o direito à liberdade de expressão, não retirando da cidadania o direito à livre manifestação, desde que exercida nos limites de marcos civilizatórios bem definidos, punindo-se os excessos.

A Constituição Federal, em seu artigo 37, impõe à Administração Pública a observância dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, podendo-se deduzir daí a compatibilidade entre a defesa da honra e intimidade do funcionário público e a liberdade de expressão.

Anote-se, pois, a dúplici função desse preceptivo constitucional: serve de vetor na atuação do agente público, ao mesmo tempo em que,

HC 141949 / DF

atuando no leito condutor de tais princípios constitucionais, deve estar protegido de investidas de terceiros.

O agente público, em razão dos rigorosos deveres a que está sujeito, está submetido a um regime de responsabilidade bastante gravoso, superior àquele imposto ao particular. A improbidade administrativa estabelecida pelo § 4º do aludido artigo 37 é mostra desse rigor legal que paira sobre a conduta do funcionalismo público em geral.

Não se está, pois, diante de privilégio a colocação do agente público sob especial proteção legal.

Reprimir o Estado ataques ao funcionalismo está no âmbito de abrangência do espectro democrático.

O que não se tolera, no Estado Democrático de Direito, é colocar sob a proteção da lei uma classe de profissionais ou categoria de pessoas, deixando-se de punir seus desvios, tornando-os imunes à *persecutio criminis*. Não é isso o que ocorre em nosso sistema.

Portanto, o desacato não é incompatível com a democracia desde que, em contrapartida, haja lei que puna os abusos de autoridade. O Estado de Direito democrático deve possuir mecanismos de salvaguarda do cidadão contra abusos do poder, ao mesmo tempo em que deve colocar o agente público também a salvo do exercício abusivo de direitos conferidos aos demais membros da sociedade.

Importante questão a ser observada atine com a compatibilidade do desacato e a existência, no Estado democrático, de igual lei que puna o abuso de autoridade. Há de existir um equilíbrio entre essas duas forças.

E, nesse ponto, ressalte-se que a atual lei de repressão ao abuso é precária, editada há mais de meio século (Lei 4.898, de 9 de dezembro de 1965), sendo insuficiente para coibir eficazmente a diversidade de desvios funcionais desvelados hodiernamente.

A ausência de equilíbrio provocada pela falta de uma lei que puna exemplarmente desvios de agentes do Estado, e a pretensão deste de punir agressões contra esses mesmos agentes, tem afetado a eficácia social do tipo penal do desacato.

Aparentemente, não é ainda o caso de se invocar a teoria da

HC 141949 / DF

adequação social, desenvolvida por Hans Welzel, como causa supralegal de exclusão da tipicidade, pela qual se preconiza que determinadas condutas, consensualmente aceitas pela sociedade, não mais se ajustam a um modelo legal incriminador. Não é o caso.

A evolução dos costumes seria o fator decisivo para a verificação dessa excludente de tipicidade, circunstância ainda não passível de aferição, mas é preciso que o legislador atualize a legislação para punir eficazmente desvios e abusos de agentes do Estado.

Havendo lei, ainda que deficitária, punindo o abuso de autoridade (Lei 4.898/65), pode-se afirmar que a criminalização do desacato se mostra compatível com o Estado Democrático de Direito (art. 1º da CF).

Daí, diferentemente do que alegado pela defesa, é forçoso concluir-se que não há constrangimento ilegal a ser protegido pela ação constitucional de *habeas corpus*.

Ante o exposto, conheço do presente *habeas corpus* e denego a ordem.
É como voto.

13/03/2018

SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS 141.949 DISTRITO FEDERAL

VOTO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Senhor Presidente, cumprimento o profundo voto trazido pelo eminente Ministro **Gilmar Mendes** e peço a licença para subscrever **in totum** o voto de Sua Excelência.

Acompanho o Relator.

13/03/2018

SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS 141.949 DISTRITO FEDERAL

VOTO - VOGAL

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN: Saúdo o bem lançado relatório proferido pelo e. Ministro Gilmar Mendes.

O cerne da impetração consiste na análise de compatibilidade entre o crime de desacato, previsto no art. 299 do Código Penal Militar, e a Constituição da República, lida em conjunto com os tratados de direitos humanos de que a República Federativa do Brasil faz parte.

A leitura conjunta de ambos os diplomas normativos é indispensável para que se leve a sério o disposto no art. 5º, § 2º, da CRFB, também conhecido por “cláusula de abertura”. Não deve o intérprete partir do pressuposto de que há eventual incompatibilidade entre a Constituição e o Pacto de São José da Costa Rica, como se, por meio de uma simples referência à hierarquia normativa, a *ratio decidendi* das decisões dos órgãos de direitos humanos pudesse simplesmente ser olvidada.

É desnecessário, pois, falar-se em controle de convencionalidade no direito brasileiro, porquanto a cláusula constitucional de abertura, art. 5º, § 2º, da CRFB, incorpora no **bloco de constitucionalidade** os tratados de direitos humanos de que faz parte a República Federativa do Brasil. Nesse sentido, quando do julgamento da ADI 4.439, sobre o ensino religioso em escolas públicas, assentei que:

“Os tratados de direitos humanos, na linha do disposto no art. 5º, § 2º, da CRFB, têm natureza constitucional. Essa afirmação, ao implicar uma equiparação hierárquica entre as fontes dos direitos fundamentais e dos direitos humanos, impõe que a atividade judicante exercida por este Tribunal e pelos Tribunais de Direitos Humanos seja efetivamente dialógica e complementar. Noutras palavras, não há necessária submissão de uma ordem à outra. Com efeito, o direito a ser significado por um Tribunal é objeto de uma pluralidade de compreensões,

HC 141949 / DF

a revelar típico desacordo moral razoável, na conhecida acepção de Jeremy Waldron.

A solução, em casos tais, deve ser a que melhor se adegue à fundamentação democrática do estado constitucional, ou seja, não apenas a que dê primazia à pessoa humana, fundada no princípio *pro homine*, mas a que tenha em conta o valor igual de cada pessoa em dignidade.”

Assim, **mais importante** do que saber se, por força do disposto no Artigo 62 do Pacto de São José, ou pela aplicação do princípio da interpretação evolutiva do Artigo 31, § 3º, da Convenção de Viena, são ou não obrigatórios os precedentes do Sistema Interamericano, **é investigar as razões pelas quais determinada conduta é ou não incompatível com a proteção dos direitos humanos.**

É certo que, ao contrário do que lamentavelmente assentou o Superior Tribunal de Justiça, quando do julgamento do HC 379.269, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Rel. para o Acórdão Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Terceira Seção, DJe 30.06.2017, a função da Comissão Interamericana, ao interpretar as normas do sistema interamericano, corrobora para a correta interpretação da Convenção, contribuindo decisivamente para a atividade jurisdicional dos Estados e da Corte.

Os órgãos do sistema interamericano registraram, em diversas oportunidades, que os chamados delitos de desacato são incompatíveis com o direito à liberdade de expressão e pensamento, tal como expresso no Artigo 13 do Pacto de São José:

“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

HC 141949 / DF

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.

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 frequências 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.”

No *Informe sobre la Compatibilidad entre las Leyes de Desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos* (OEA/ ser L/V/II.88, Doc. 9 ver (1995)), a Comissão Interamericana assentou que “a penalização de qualquer tipo de expressão só pode aplicar-se em circunstâncias excepcionais nas quais exista uma ameaça evidente e direta de violência anárquica” e que, por isso, “a proteção especial que as leis de desacata dão aos funcionários públicos contra uma linguagem insultante ou ofensiva é incongruente com o objetivo de uma sociedade democrática de fomentar o debate público”.

A Corte Interamericana, no caso *Palamara Iribarne v. Chile* (sentença de 22 de novembro de 2005) afirmou que “a legislação sobre desacata aplicada ao senhor Palamara Iribarne estabelecia sanções desproporcionais por realizar críticas sobre o funcionamento das instituições estatais de seus membros, suprimindo o debate essencial para o funcionamento das instituições estatais” (par. 88).

Tal desproporcionalidade é aferida pela aplicação do chamado teste tripartite que examina eventual restrição sancionada à liberdade de

HC 141949 / DF

expressão como dependente (i) de sua definição precisa e clara em lei preexistente; (ii) de terem por objetivo um valor reconhecido no próprio Pacto de São José; (iii) de serem necessário para a realização dos fins a que se destina uma sociedade democrática (veja-se, por exemplo, Caso *Kimel v. Argentina*, Sentença de 2 de maio de 2008). Como norte dessa interpretação é preciso ter-se em conta, ainda, que a necessidade quando interpretada em relação aos funcionários públicos é mais restrita, ao passo que o direito à liberdade de expressão é visto como um dos pilares da construção de uma sociedade democrática.

Em Outubro de 2000, a Comissão Interamericana aprovou a Declaração de Princípios sobre Liberdade de Expressão prevê, em seu Artigo 11 que “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”.

O Banco Mundial, por sua vez, em seu informe anual de 2002 sobre o desenvolvimento, afirma que “as leis de desacato são particularmente restritivas e protegem grupos seletos como a realeza, políticos e funcionário do governo frente às críticas. Normalmente, as leis de desacato tipificam como delito penal o atentar contra a honra e a dignidade ou reputação desses indivíduos ou instituições seletas, sem ter em conta a verdade”.

No Informe de 2002, a Relatoria Especial sobre a Liberdade de Expressão da Comissão Interamericana de Direitos Humanos foi ainda mais longe afirmando que sequer para os delitos contra a honra deveriam ser aplicadas as regras do direito penal: “o reconhecimento do fato de que os funcionários públicos estão sujeitos a um menor e não um maior grau de proteção frente às críticas e ao escrutínio público significa que a distinção entre pessoas públicas e privadas deve efetuar-se também nas leis ordinárias sobre difamação, injúrias e calúnias” (par. 17). Acrescentou, ainda, que “a Comissão considera que a obrigação do Estado de proteger os direitos dos demais se cumpre estabelecendo uma proteção estatutária contra os ataques intencionais à honra e à reputação

HC 141949 / DF

mediante ações civis e promulgando leis que garantam o direito de retificação ou resposta”.

É preciso também ter-se em conta que em diversos países das Américas foram revogadas as leis de desacato: Argentina, Paraguai, Costa Rica, Chile, Honduras, Panamá, Guatemala, Nicarágua e Bolívia. A Corte Constitucional da Guatemala, em 1º de fevereiro de 2006, declarou a inconstitucionalidade dos delitos de desacato. No mesmo sentido, o Tribunal Constitucional boliviano reconheceu, em 20 de setembro de 2012, a inconstitucionalidade da mesma conduta.

Com base nesses precedentes, as Relatorias da Onu e da Comissão Interamericana de Direitos Humanos afirmaram que os debates brasileiros para a elaboração de um novo Código Penal poderiam promover a adequação das disposições do direito interno brasileiro, o que seria “uma medida altamente valorada” (Nota Técnica enviada ao Ministro das Relações Exteriores, em 4 de novembro de 2013).

É evidente que, de modo diverso do que assentou o Superior Tribunal de Justiça no HC 379.269, as inúmeras manifestações dos órgãos do Sistema Americano não são meras recomendações aos Estados-parte, mas, na linha do disposto no art. 31, § 3º, da Convenção de Viena, verdadeira medida de interpretação evolutiva.

Limitar a discussão apenas sobre a força vinculante da *atividade* dos órgãos do sistema interamericano é, no entanto, desmerecer a autoridade do argumento utilizado por eles.

Com efeito, como indica a decisão da Corte Interamericana no caso *Iribarne*, é por meio de um juízo de proporcionalidade que se pode aferir a incompatibilidade das leis de desacato com a Convenção. Como se sabe, a análise desse argumento parte do pressuposto de que não há direitos absolutos e que os direitos fundamentais, desde que se atenda a um fim legítimo, podem ser limitados.

Os argumentos da Comissão são os seguintes: a) por expressa previsão do Pacto de São José, a responsabilização ulterior do atos que abusam da liberdade de expressão deve perseguir fins legítimos e estar expressas em leis clara e prévias; b) o critério da necessidade devem ser

HC 141949 / DF

interpretado tendo-se em conta o marco de uma sociedade democrática, a qual depende de um amplo debate de ideias e opiniões; c) as leis de desacato subvertem o princípio republicano ao outorgar aos funcionários públicos uma proteção maior do que a que gozam as demais pessoas; e d) as leis de desacato podem ter um efeito dissuasivo em quem deseje participar do debate público.

A menos que se subverta por completo os precedentes desta Corte Suprema, é evidente que os argumentos trazidos pelos órgãos do sistema interamericano foram plenamente albergados pelo Supremo Tribunal Federal.

Ressalto, de início, que o e. Ministro Celso de Mello, há muito assenta que, por força do disposto no art. 5º, § 2º, da CRFB, adotou o Brasil o chamado **bloco de constitucionalidade**, cuja base normativa é, precisamente, não só a Constituição Federal, mas também os tratados e convenções sobre direitos humanos.

Como exemplifica o precedente firmado na ADI 4.815, Rel. Ministra Cármen Lúcia, DJe de 29.01.2016, o caso em que se debatia a exigibilidade de autorização prévia para a publicação de biografias, esta Corte tem atribuído, nas palavras do e. Ministro Roberto Barroso, uma prioridade *prima facie* da liberdade de expressão em relação a outros direitos, como a própria honra e a imagem.

Ademais, em diversas oportunidades, o princípio republicano foi expressamente definido como impondo o rechaço a qualquer tipo de privilégio que um funcionário público possa ostentar em relação às demais pessoas. Como bem assentou o e. Ministro Celso de Mello, o princípio republicano “repele privilégios e não tolera discriminações” (Inq 1400-QO, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 10.10.2003).

Sendo esses os parâmetros para o controle, é, de fato, difícil sustentar que a tipificação do desacato possa conter justificção válida para restringir a liberdade de expressão.

A doutrina é uniforme no que tange à identificação do bem jurídico tutelado. Luiz Regis Prado, por exemplo, define que “o bem jurídico protegido sedimenta-se no interesse em se assegurar o normal

HC 141949 / DF

funcionamento da Administração Pública, tutelando-se, destarte, o prestígio dos funcionários públicos perante a comunidade, já que agem como *longa manus* do poder estatal” (PRADO, Luiz Regis. Curso de Direito Penal Brasileiro. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 1404). Cezar Bitencourt, por sua vez, define-o como sendo “garantir o prestígio e a dignidade da ‘máquina pública’ relativamente ao cumprimento de determinações legais, expedidas por seus agentes” (BITENCOURT, Cezar. Tratado de Direito Penal. Vol. 5. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 214).

Não obstante referirem-se esses autores à figura típica do Código Penal, a justificativa dada para a criminalização da conduta não encontra respaldo na ordem democrática brasileira, seja ela analisada sob o prisma do texto constitucional ou do bloco de constitucionalidade.

Noutras palavras, também o Supremo Tribunal Federal tem reconhecido, na linha do sistema interamericano, uma reduzida margem de aplicação do parâmetro da necessidade e um alto apreço pelo direito à liberdade de expressão.

Por essas razões, pedindo vênias ao e. Relator, voto no sentido de deferir a ordem de *habeas corpus* para reconhecer a nulidade da condenação imposta pelo Superior Tribunal Militar.

É como voto.

13/03/2018

SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS 141.949 DISTRITO FEDERAL

RELATOR : **MIN. GILMAR MENDES**
PACTE.(S) : **ADMYS FRANCISCO DE SOUSA GOMES**
IMPTE.(S) : **RAFAEL DE DEUS GARCIA**
COATOR(A/S)(ES) : **SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR**
ADV.(A/S) : **SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS**

OBSERVAÇÃO

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES

(RELATOR) - Senhor Presidente, eu gostaria de fazer duas observações.

Gostaria de lembrar que, no caso específico, estamos num ambiente muito definido, que é o ambiente militar. Nós todos sabemos, e temos feito aqui considerações a propósito do assunto - acho que não há nenhuma dúvida em relação a essa temática no debate que travamos -, que as instituições militares, tais como previstas no texto constitucional e legal, louvam-se, estruturam-se no arcabouço da hierarquia. É essa a premissa.

Imaginem, num sistema como este - e façamos justiça às organizações militares brasileiras -, um sargento, no âmbito do serviço, ser chamado de "palhaço". Isso, de fato, distorce por completo o sistema. Claro que isso nada tem a ver com liberdade de expressão. Isso, na

HC 141949 / DF

verdade, transcende toda a ideia de legalidade, de parametricidade, de proporcionalidade, de disciplina de organização que se tem que ter no âmbito desse tipo de organização. E, vejam, estou singularizando as organizações das Forças Armadas, mas poderíamos transpor isso para o âmbito do próprio Judiciário, Ministro Lewandowski, em que um diretor do Foro sofresse esse tipo de menção por parte de um servidor. Vejam, isso já transcende a ideia de liberdade de expressão tal como a conhecemos.

Eu não canso de chamar a atenção para aquilo que está no 220, § 1º, do texto constitucional, que estabelece limitações internas a esse direito de expressão, de comunicação, respeitados aqueles limites.

É claro que, talvez, inclusive, a tradição relativa à superação de fases autoritárias nos leve em algum momento a esse repúdio mais articulado ou a esse rechaço mais articulado do sistema de autoridade. Porém, ele precisa ser realmente preservado.

Essa é a minha visão. Por isso que, inclusive, trouxe também o debate para o campo do direito penal comum. Claro, é evidente, hoje, sabemos, no mundo todo, há um *ombudsman* para acompanhar os abusos que se cometem nos quartéis, à guisa, a pretexto

HC 141949 / DF

de se fazer disciplina e tudo o mais. O direito de crítica há de se fazer, mas é claro que há parâmetros que precisam ser realmente observados.

Recentemente, alguém publicou uma notícia comparando as situações do Brasil e dos Estados Unidos, dizendo que o Presidente Trump tinha feito um encômio específico a um guarda que tinha atuado para evitar um dado atentado. E, no Brasil, a Ordem dos Advogados do Brasil anuncia e também promotores anunciam que vão fiscalizar os soldados que estão tentando manter a ordem nessas chamadas "zonas ocupadas". É um dado muito importante que mostra a quebra de paradigmas.

É muito curioso, Presidente, por exemplo, que todas essas instituições não tenham levantado a voz quanto à submissão dessas pessoas ao domínio do tráfico nesses locais.

Eu, Presidente do Tribunal - Ministro Toffoli conhece isso muito bem -, fui agora, nas eleições de 2016, ao Rio de Janeiro. Acompanhei muito daquela realidade extremamente difícil, inóspita e desafiadora. As pessoas não sabem, mas para a Justiça Eleitoral fazer chegar, na Maré, urna eletrônica tem que se fazer de blindado da Marinha. Por quê? Porque essas pessoas estão submetidas ao império das

HC 141949 / DF

milícias, ao império do tráfico. Nenhuma voz se levanta, nenhuma crítica se levanta contra esse fato. Nunca ninguém disse que essas pessoas precisavam ser libertadas. Por quê? Porque, de alguma forma, há um conúbio - que o Ministro Jungmann esses dias designou - entre as pessoas do asfalto, que consomem drogas, e os vendedores. Portanto isso se normalizou. Mas no dia em que se anuncia que o Exército está pedindo uma foto para que o sujeito se identifique antes de subir o morro, diz-se: Que violação brutal dos direitos humanos! Quer dizer, que país que nós construímos com esse tipo de concepção? Vejam o repúdio à ideia de autoridade, mas a submissão das pessoas por parte das milícias é aceita. Quer dizer, isso tem que ser dito de forma muito clara: há alguma inversão de valores em relação a isso. É preciso resgatar esses valores da autoridade - não tem nada de antirrepublicano aqui, o que se tem aqui é a ideia de Estado de Direito democrático: Respeitar a lei e respeitar a autoridade que a representa. Se houver abuso, é fundamental - e tenho dito também - a Lei de Abuso de Autoridade, que se puna, mas dentro dos marcos, mas veja que país invertido que nós construímos - o exemplo do Rio de Janeiro, para mim, é o melhor, nunca vi, nunca ouvi, nesses anos todos, nós acompanhamos todos esses abusos nas eleições.

HC 141949 / DF

Inclusive, chegamos a fazer investigação sobre quem é votado nessas áreas. Nunca houve, nem na imprensa local, uma palavra sobre isto! O Ministério Público não faz investigação. Nada se coloca sobre esse assunto! Uma submissão total - eu estou lhe falando.

A Justiça Eleitoral - Vossa Excelência sabe bem - é tão neutra e é tão bem-vista nesse ambiente, como os Correios. Ninguém imagina, em princípio, de fazer um atentado contra um funcionário dos Correios, em princípio, é um bom mensageiro, pois precisamos de blindados da Marinha para entrar em áreas. E por quê? Porque é a polícia que está impedindo? Não! Porque traficantes que dominam aquela área, porque milicianos impedem essa entrada, porque ela pode perturbar os seus negócios.

Então, precisamos realmente, não entender que há, de fato, abuso por criminalizar-se, mas dizer que isto envolve, sim, um respeito a lei. Portanto, a mim, parece-me, como eu disse aqui, e aí divirjo da interpretação de Vossa Excelência, que o texto claramente da convenção não repudia o desacato, antes, pelo contrário, diz claramente que é possível, que não se deve, em princípio, fazer, afetar a manifestação previamente, mas que todos arcam com sua responsabilidade.

HC 141949 / DF

Portanto, só para reiterar uma visão em que obviamente é antagônica à de Vossa Excelência, mas chamar a atenção para a gravidade da questão, tal como colocada. Quer dizer, eu até entendo, de fato, 30 anos faz da nossa libertação com a Constituição de 88 - se formos a 85, 33 anos em relação ao regime militar, com todos os seus aspectos -, mas é preciso, de fato, entender que a ordem precisa ser observada dentro dos marcos.

Ainda hoje eu via o filme, um vídeo, sobre a vida de Helmut Schmidt. Ele dizia dos dramas que ele enfrentou. Dois deles, todos nós conhecemos, um é o caso, Ministro Ricardo Lewandowski, *Mogadischu*. Ele era um homem de ação e tinha traçada a política - e vinha de um partido, assim chamado, de esquerda - de não negociar com os terroristas. No filme, mostra a decisão, portanto, de tomar o avião em *Mogadischu*, sem nenhuma vítima e eles comemoram. Isto é uma coisa fantástica, mas ele assumiu o risco de todos morrerem, inclusive os noventa e um passageiros.

O outro caso, menos feliz, é o de Schleyer. Era um empresário, presidente da federação de indústria da Alemanha, que foi sequestrado. A questão, veja o valor da ordem neste caso. E ele decide

HC 141949 / DF

dizer: nenhuma negociação com os terroristas.

Este é um caso dramático - e eu já o conhecia também numa outra perspectiva, porque a família Schleyer foi a Corte Constitucional pedir que houvesse uma ordem para que o governo negociasse, porque estava em risco a vida. E a Corte rapidamente negou dizendo que cabia ao Estado fazer as suas escolhas. E claro, como senhores podem esperar, o desfecho foi este: Schleyer foi morto, depois dos terroristas foram presos. A viúva de Schleyer nunca perdoou Schmidt. E disse que o marido dela tinha sido sacrificado nos interesses do Estado. Depois ele disse que teve uma emoção incontida, quando o filho de Schleyer instituiu um prêmio em defesa da democracia, e esse prêmio lhe foi concedido.

Quer dizer, são decisões. Nós temos de perceber, de fato, a importância da valorização da autoridade sem cair no autoritarismo e sem cair na ideia de que o respeito à autoridade é algo liberticida. O exemplo de Trump agora nos chama a atenção, e, nos Estados Unidos, vem apelo. E temos recebido muitos apelos, e os militares conseguiram, inclusive, mudar a legislação, por exemplo, a questão da jurisdição militar para essas ações de lei e ordem. Essa questão

HC 141949 / DF

é muito importante, porque, obviamente, eles querem - e acho que muito justamente pretendem - que os julgamentos se façam rapidamente pela Justiça que está apropriada para esse tema, e que não seja dilatado no tempo, e, daqui a pouco, seja até interpretado de uma outra maneira.

De modo que eu queria registrar essas ponderações, Presidente, com todas as vênias devidas a Vossa Excelência, mas dizer da importância desse debate para o momento atual, inclusive, que nós estamos vivendo, o respeito à autoridade não significa repúdio à liberdade de expressão.

Número 2, o Texto Constitucional brasileiro não autoriza a leitura que se pretende fazer - e claramente dissemos isso no Caso Ellwanger, que já foi citado na semana passada - de que aqui há o chamado *preferred freedom*. Na verdade, é preciso fazer a análise das situações, porque o próprio Texto Constitucional sugere que a liberdade há de se fazer, respeitada a dignidade, a intimidade, a privacidade. E isto precisa ficar muito claro, também respeitado esse princípio da autoridade.

13/03/2018

SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS 141.949 DISTRITO FEDERAL**CONFIRMAÇÃO DE VOTO**

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Ministro Gilmar, se Vossa Excelência me permite, primeiro saudando o belíssimo voto do Ministro Fachin, que realmente permite que nós reflitamos sobre essa questão, que é uma questão importante. Quanto à competência, a mim, parece-me que não há nenhuma dúvida, porque o art. 9º, inciso III, d, do Código Penal Militar, com muita clareza, assenta a competência da Justiça Militar para julgar civis nessas situações, quando há um desacato.

A questão da descriminalização é o cerne da questão que está sendo debatida por este Plenário. Então, são duas visões que se confrontam.

Eu, agora, como acompanhei muito singelamente o voto do Relator, quero dizer que me senti muito à vontade para acompanhá-lo, com a devida vênia, primeiro porque tenho precedentes nesse sentido, não apenas quanto à competência da Justiça Militar para julgar civis em circunstâncias excepcionais, mas também porque, neste caso, me parece que é preciso fazer um *distinguishing*, como gosta de dizer o Ministro Gilmar Mendes.

Neste caso, um militar em serviço foi claramente desacatado e, mais ainda, foi, na verdade, ofendido por um civil. Se este civil, porventura, se sentisse, de alguma forma, aviltado pelo militar e tivesse ido a um jornal e feito uma crítica numa carta aos leitores, ou, se fosse um jornalista, e tivesse também exteriorizado alguma visão também de natureza crítica com relação ao comportamento desse militar, e fosse punido eventualmente, nós estaríamos exatamente no plano da preservação da liberdade de expressão.

Entretanto, neste caso, parece-me que essa questão é extremamente singela, com a devida vênia e o devido respeito, embora o debate, realmente, como sempre, tenha valido a pena.

Vossa Excelência, mais uma vez, como naquele caso da sessão anterior em que se discutia, realmente, a questão dos limites da liberdade

HC 141949 / DF

de expressão, em que um determinado adepto de uma certa seita, por intermédio da *internet*, verberava contra as demais religiões, houve aqui um embate de pontos de vista em que nós, pelo menos majoritariamente, entendemos que havia limites, e Vossa Excelência, com essa visão mais liberal, até libertária, entendia que nesses dois casos, o da sessão passada e deste caso, deveríamos ter uma visão um pouco mais elasticada, enfim, desta liberdade protegida constitucionalmente.

Apenas queria justificar agora, de forma mais verticalizada o meu voto, eis que, singelamente acompanhei o Relator, sem maiores considerações.

Reafirmo, portanto, o meu posicionamento.

13/03/2018

SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS 141.949 DISTRITO FEDERAL**ESCLARECIMENTO**

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN (PRESIDENTE) - Agradeço as considerações feitas ao voto divergente e volto a cumprimentar o eminente Ministro-Relator. Gostaria apenas de pontuar que a discussão sobre respeito à autoridade, respeito à lei e respeito à hierarquia não estão no meu voto, que tem as mesmas premissas do eminente Ministro-Relator. Não há dúvida alguma de que um dos sintomas contemporâneos, que é a diluição do sentido de autoridade, é extremamente preocupante. Não há dúvida também de que o sistema normativo merece o devido acato, o devido respeito, tal como sustenta o eminente Ministro-Relator.

A divergência se estabelece, talvez, explicitada, diante da seguinte situação concreta: Se alguém vai a um hospital privado e chama um médico, nesse hospital privado, de palhaço, este precisa representar pela ofensa que entender ter sofrido, como sendo uma injúria, e esse delito é punido com a pena máxima de até 6 meses; se alguém vai ao hospital público e comete a mesma grosseria com um médico funcionário público, a pena mínima é 6 meses, a pena máxima vai a 2 anos, e não há necessidade dessa respectiva representação, porque o bem jurídico tutelado é a Administração Pública.

Por isso que falei da República. O privilégio não me parece que traduza o melhor sentido, quer do ponto de vista da Constituição, quer do ponto de vista da constitucionalidade.

E por último, agradeço até a lembrança, já feita pelo Relator, e agora também pelo Ministro Lewandowski, de que estou mantendo coerência com o voto que anteriormente proferi nessa dimensão de homenagear a liberdade religiosa, sem embargo, aqui, de homenagear a liberdade de expressão, mas, evidente que remanesce no Código Penal o disposto - com toda a sua tipicidade - do art. 140, acerca do crime de injúria. Não estou, portanto, beneplacitando a conduta levada a efeito nem estou discutindo - no caso concreto, a pessoa que fez essa atribuição indevida,

HC 141949 / DF

de "palhaço", em seguida sofreu uma agressão física e não revidou, porque essa é matéria de prova dos autos -, também não destacando que o Ministério Público requereu o arquivamento, que também é matéria fora deste debate. O que estou apenas salientando, nessa perspectiva, é que a incidência da regra convencional e da própria compreensão da nossa Constituição, com todas as vênias, leva-me a essa conclusão distinta, até porque já há uma outra resposta penal que não é privilegiadora. E também porque entendo - e penso que aqui estou fazendo coro com a orientação majoritária desta Turma - que o Direito Penal não é o lenitivo de todos os males, nem a resposta, *prima facie*, para todos os nossos graves dramas sociais que demandam mais políticas públicas e, às vezes, menos intervenção do Poder Judiciário.

SEGUNDA TURMA

EXTRATO DE ATA

HABEAS CORPUS 141.949

PROCED. : DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. GILMAR MENDES

PACTE.(S) : ADMYS FRANCISCO DE SOUSA GOMES

IMPTE.(S) : RAFAEL DE DEUS GARCIA (41565/DF)

COATOR(A/S)(ES) : SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR

ADV.(A/S) : SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS

Decisão: A Turma, por maioria, denegou a ordem, nos termos do voto do Relator, vencido o Ministro Edson Fachin. Ausente, justificadamente, o Ministro Celso de Mello. Presidência do Ministro Edson Fachin. **2ª Turma**, 13.3.2018.

Presidência do Senhor Ministro Edson Fachin. Presentes à sessão os Senhores Ministros Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski e Dias Toffoli. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Celso de Mello.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Edson Oliveira de Almeida.

Ravena Siqueira
Secretária