

INFORMATIVO STF - 894

12 a 16 de março

PLENÁRIO

DIREITO CONSTITUCIONAL – MEDIDA PROVISÓRIA

Medida Provisória e FGTS

O Plenário, por maioria e em julgamento conjunto, julgou improcedentes os pedidos formulados em ações diretas de inconstitucionalidade ajuizadas contra o art. 5º da Medida Provisória 1.951-33/2000, atual MP 2.197-43, com relação à parte que introduziu o § 18 no art. 20 e os artigos 29-A e 29-B na Lei 8.036/1990, a qual dispõe sobre o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS.

A Lei 8.036/1990, a partir dos dispositivos introduzidos pela medida provisória, passou a dispor que: a) é indispensável o comparecimento pessoal do titular da conta vinculada do FGTS para a realização de levantamento de valores, em determinadas hipóteses, salvo em caso de grave moléstia comprovada por perícia médica, quando será paga a procurador especialmente constituído para esse fim [§ 18 do art. 20 (1)]; b) quaisquer créditos relativos à correção dos saldos das contas vinculadas do FGTS serão liquidados mediante lançamento pelo agente operador na respectiva conta do trabalhador [art. 29-A (2)]; e c) não será cabível medida liminar em mandado de segurança, no procedimento cautelar ou em quaisquer outras ações de natureza cautelar ou preventiva, nem a tutela antecipada que impliquem saque ou movimentação da conta vinculada do trabalhador no FGTS [art. 29-B (3)].

De início, quanto à alegada ofensa aos requisitos de relevância e urgência para edição de medidas provisórias (CF, art. 62), o Tribunal reafirmou jurisprudência consolidada da Corte no sentido de não caber ao Poder Judiciário verificá-los, pois configuram conceitos jurídicos indeterminados que estão situados dentro da discricionariedade política do Poder Executivo para edição de tais atos normativos e do Congresso Nacional para conversão ou não em lei.

Apenas em caráter excepcional é possível o controle jurisdicional destes requisitos, quando existir abuso de poder ou a ausência destes pressupostos for evidente. No entanto, essas hipóteses não estão presentes no caso, uma vez que a matéria tratada possui evidente relevância e havia considerável urgência na edição da Medida, por meio da qual se buscou reduzir os inúmeros casos de fraude envolvendo saques de valores depositados nas contas de FGTS dos trabalhadores brasileiros.

No que se refere ao § 18 do art. 20 da Lei 8.036/1990, o Tribunal reputou legítima a exigência de comparecimento pessoal do titular da conta de FGTS para levantamento de valores. Trata-se, tão somente, de condição procedimental para pagamento, a qual não eliminou nenhuma das hipóteses de saque anteriormente previstas, nem vedou a possibilidade de os sindicatos ou os advogados atuarem na defesa e representação dos seus filiados ou clientes.

A exigência em questão é uma obrigação personalíssima que resguarda o direito do titular da conta vinculada, além de evitar fraudes e a malversação dos valores depositados, por parte de terceiros. Preservados, assim, o direito de representação e o direito adquirido dos trabalhadores.

Em relação à impugnação do art. 29-A, o Colegiado considerou válida a explicitação de que os valores suscetíveis de correção do FGTS devem ser lançados na conta vinculada do trabalhador. Essa norma garante a devida correção monetária do FGTS por meio de lançamento na própria conta vinculada, como ocorre nos depósitos do valor principal. Essa medida evita que ocorram saques de parcelas acessórias fora das hipóteses que a lei autoriza.

Por fim, quanto ao art. 29-B, afastou a apontada inconstitucionalidade formal da medida provisória na parte em que dispôs sobre o não cabimento de medida liminar, cautelar ou tutela antecipada que impliquem saque ou movimentação da conta vinculada do trabalhador no FGTS. Isso porque a vedação de medidas provisórias sobre matéria processual somente se aplica àquelas editadas posteriormente à Emenda Constitucional 32/2001. Portanto, ao tempo da edição, as disposições normativas impugnadas obedeceram aos parâmetros constitucionais vigentes. Vencidos, em parte, os Ministros Ricardo Lewandowski (relator) e Alexandre de Moraes, que declaravam a inconstitucionalidade formal do art. 29-B, e o Ministro Marco Aurélio, que declarava a inconstitucionalidade material do § 18 do art. 20 e do art. 29-B.

(1) Lei 8.036/1990: “Art. 20. A conta vinculada do trabalhador no FGTS poderá ser movimentada nas seguintes situações: (...) § 18. É indispensável o comparecimento pessoal do titular da conta vinculada para o pagamento da retirada nas hipóteses previstas nos incisos I, II, III, VIII, IX e X deste artigo, salvo em caso de grave moléstia comprovada por perícia médica, quando será paga a procurador especialmente constituído para esse fim”.

(2) Lei 8.036/1990: “Art. 29-A. Quaisquer créditos relativos à correção dos saldos das contas vinculadas do FGTS serão liquidados mediante lançamento pelo agente operador na respectiva conta do trabalhador”.

(3) Lei 8.036/1990: “Art. 29-B. Não será cabível medida liminar em mandado de segurança, no procedimento cautelar ou em quaisquer outras ações de natureza cautelar ou preventiva, nem a tutela antecipada prevista nos arts. 273 e 461 do Código de Processo Civil que impliquem saque ou movimentação da conta vinculada do trabalhador no FGTS”.

DIREITO CONSTITUCIONAL – MEDIDA PROVISÓRIA

Medida Provisória e Decreto Legislativo

O Tribunal, por maioria, julgou procedente pedido formulado em arguição de descumprimento de preceito fundamental – ADPF para afastar a aplicação do § 11 (1) do art. 62 da Constituição Federal aos pedidos de licença para exploração de Centros Logísticos e Industriais Aduaneiros – CLIA não examinados pela Receita Federal durante a vigência da Medida Provisória 320/2006.

A Medida Provisória em questão foi editada em 25.8.2006, tendo por finalidade principal a reestruturação do regime jurídico das atividades de movimentação e de armazenagem de mercadorias importadas ou despachadas para exportação. Com a edição desse ato normativo, ocorreu a superação do modelo dos Portos Secos — que dependiam de permissão e concessão de serviço público para operar, a demandar licitação — pelo regime dos Centros Logísticos e Industriais Aduaneiros – CLIA, a operar mediante autorização, eliminada a necessidade de procedimento licitatório.

Durante o período de vigência da Medida Provisória, diversas empresas protocolaram, perante a Secretaria da Receita Federal, requerimento de licenciamento para exploração de CLIA. Acontece que, em 13.12.2006, o Senado Federal, pelo Ato Declaratório 1/2006, reputou inexistentes os pressupostos constitucionais de relevância e urgência da Medida Provisória 320/2006 e determinou o seu arquivamento. O Congresso Nacional, contudo, não editou decreto legislativo para disciplinar as relações jurídicas dela decorrentes, nos termos do art. 62, § 3º (2), da Constituição Federal.

Preliminarmente, o Plenário, por maioria, conheceu da arguição, na medida em que a arguente demonstrou a importância da matéria discutida e a possibilidade de se estar em face de descumprimento de preceito fundamental. Comprovou, também, que existem preceitos constitucionais fundamentais objeto de discussão judicial em diversas ações. Outrossim, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal admite a utilização da ADPF para questionar a interpretação judicial de norma constitucional.

Vencidos, no ponto, os Ministros Roberto Barroso, Dias Toffoli, Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio, que não conheciam da arguição.

No mérito, o Tribunal registrou que o § 11 do art. 62 da CF deve ser interpretado com cautela, não se podendo prostrar indefinidamente a vigência de medidas provisórias rejeitadas ou não apreciadas. Referida norma visa garantir segurança jurídica àqueles que praticaram atos embasados em medida provisória rejeitada ou não apreciada, mas isso não pode ensejar a sobreposição da vontade do Chefe do Poder Executivo à vontade do Poder Legislativo, o que ocorrerá, por exemplo, em situações nas quais a preservação dos efeitos de determinada medida provisória rejeitada implicar na manutenção de sua vigência. Interpretação diversa ofende a cláusula pétrea constante do art. 2º da Constituição, que preconiza a separação entre os Poderes.

Na espécie, verifica-se que o § 11 do art. 62 da Constituição tem servido de fundamento para o deferimento de medidas judiciais a determinar à Administração Pública o exame de pedidos de licença para exploração de CLIA não analisados durante a vigência da Medida Provisória 320/2006. Nesses casos, não havia ato da Administração deferindo o pedido de licença para exploração de CLIA, sequer podendo se argumentar com a existência de ato jurídico perfeito. Dessa forma, não há falar na existência de relação jurídica constituída que torne possível a invocação do referido dispositivo constitucional para justificar a aplicação da medida provisória.

Interpretação contrária postergaria indevidamente a eficácia de medida provisória já rejeitada pelo Congresso Nacional, e ofenderia não apenas o § 11 do art. 62 da Constituição, mas também o princípio da separação dos Poderes e o princípio da segurança jurídica.

Vencidos os Ministros Roberto Barroso, Rosa Weber, Luiz Fux e Ricardo Lewandowski, que julgaram improcedente o pedido.

(1) CF: “Art. 62. (...) § 11. Não editado o decreto legislativo a que se refere o § 3º até sessenta dias após a rejeição ou perda de eficácia de medida provisória, as relações jurídicas constituídas e decorrentes de atos praticados durante sua vigência conservar-se-ão por ela regidas.”

(2) CF: “Art. 62. (...) § 3º As medidas provisórias, ressalvado o disposto nos §§ 11 e 12 perderão eficácia, desde a edição, se não forem convertidas em lei no prazo de sessenta dias, prorrogável, nos termos do § 7º, uma vez por igual período, devendo o Congresso Nacional disciplinar, por decreto legislativo, as relações jurídicas delas decorrentes.”

DIREITO ELEITORAL - ELEIÇÕES

Fundo Partidário e recursos destinados às candidaturas de mulheres

O Plenário, por maioria, julgou procedente ação direta em que se discutiu a distribuição de recursos do Fundo Partidário destinados ao financiamento das campanhas eleitorais voltadas a candidaturas de mulheres para: a) declarar a inconstitucionalidade da expressão “três”, contida no art. 9º da Lei 13.165/2015 (1), eliminando o limite temporal até agora fixado; b) dar interpretação conforme a Constituição ao art. 9º da Lei 13.165/2015 de modo a equiparar o patamar legal mínimo de candidaturas femininas (hoje o do art. 10, § 3º, da Lei 9.504/1997, isto é, ao menos 30% de cidadãos), ao mínimo de recursos do Fundo Partidário a lhes serem destinados, que deve ser interpretado como também de 30% do montante do Fundo alocado a cada partido, para as eleições majoritárias e proporcionais, e fixar que, havendo percentual mais elevado de candidaturas femininas, o mínimo de recursos globais do partido destinados a campanhas lhe seja alocado na mesma proporção; e c) declarar a inconstitucionalidade, por arrastamento, do § 5º-A e do § 7º do art. 44 da Lei 9.096/1995 (2).

O Colegiado afirmou que, se o princípio da igualdade material admite as ações afirmativas, utilizar para qualquer outro fim a diferença estabelecida com o objetivo de superar a discriminação, ofende o mesmo princípio da igualdade, que veda tratamento discriminatório fundado em circunstâncias que estão fora do controle dos indivíduos, como a raça, o sexo, a cor da pele ou qualquer outra diferenciação arbitrariamente considerada.

Quando da edição da Lei 9.504/1997, os partidos passaram a ser obrigados a preencher, do número de vagas de candidaturas, o mínimo de 30% e o máximo de 70% para candidaturas de cada sexo. Essa desequiparação é compatível com a Constituição. Seja por força do art. 5º, § 2º, da CF, seja pela adoção do princípio “pro homine”, o conteúdo do direito à igualdade é muito semelhante ao direito previsto no art. 2º do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos. Nesse sentido, determinadas diferenciações, se usadas para corrigir a discriminação, são legítimas. Em outras palavras, é próprio do direito à igualdade a possibilidade de uma desequiparação, desde que pontual e tenha por objetivo superar uma desigualdade histórica.

Sintetizou que discriminação contra a mulher significa toda distinção, exclusão ou restrição baseada no sexo e que tenha por objeto ou resultado prejudicar ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício pela mulher, independentemente de seu estado civil, com base na igualdade do homem e da mulher, dos direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural e civil ou em qualquer outro campo.

Especificamente no campo da política, embora as mulheres correspondam a mais da metade da população e do eleitorado brasileiro, elas ocupam menos de 15% das cadeiras do Legislativo federal, sendo que, na Câmara dos Deputados, apenas 9,9% dos parlamentares são mulheres. Além disso, apenas 11% das prefeituras do país são comandadas por mulheres. Não se vislumbra possibilidade de reversão dessa tendência.

Os obstáculos para a efetiva participação política das mulheres são ainda mais graves, caso se tenha em conta que é por meio da participação política que as próprias medidas de desequiparação são definidas. Qualquer razão que seja utilizada para impedir que as mulheres participem da elaboração de leis inviabiliza o principal instrumento pelo qual se reduzem as desigualdades. Em razão dessas barreiras à plena inclusão política das mulheres, são, portanto, constitucionalmente legítimas as cotas fixadas em lei a fim de promover a participação política das mulheres.

O caso em exame não impugna as cotas para as campanhas, mas a distribuição dos recursos partidários posteriormente fixada por meio da Lei 13.165/2015. Questiona-se a fixação de patamares mínimos e máximos para o acesso a recursos públicos do fundo partidário. Quanto a esse ponto, a inconstitucionalidade é manifesta.

O estabelecimento de um piso de 5% significa, na prática, que, na distribuição dos recursos públicos que a agremiação partidária deve destinar às candidaturas, os homens poderão receber no máximo 95%. De outro lado, caso se opte por fixar a distribuição máxima às candidaturas de mulheres, poderão ser destinados do total de recursos do fundo 15%, hipótese em que os recursos destinados às candidaturas masculinas será de 85%.

Não existem justificativas para essa diferenciação. A autonomia partidária não consagra regra que exima o partido do respeito incondicional aos direitos fundamentais. Enquanto pessoas jurídicas de direito privado, aplicam-se às agremiações não só a garantia da plena autonomia, mas também a liberdade de associação, desvinculada da interferência estatal. O respeito à igualdade não é, contudo, obrigação cuja previsão somente se aplica à esfera pública. Incide a ideia de eficácia horizontal dos direitos fundamentais, sendo importante reconhecer que é nessa segmentação entre o público e o privado que reside a principal forma de discriminação das mulheres.

Tampouco se poderia afirmar que os recursos destinados às campanhas de mulheres revelam consenso possível. A não discriminação deve ser compreendida como assentando que qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência por qualquer razão como raça, cor, sexo, língua, religião, opinião, origem, propriedade ou qualquer outro elemento, que tem por propósito ou efeito nulificar ou impedir o reconhecimento, o gozo e o exercício por todas as pessoas, de modo igual, de todos os direitos e liberdades. Nessa perspectiva, a inexistência de consenso revela não um limite à atuação do legislador, mas uma omissão inconstitucional, na medida em que priva as candidaturas de mulheres dos recursos públicos que irão custear suas aspirações políticas de ocupar posição democraticamente representativa, apenas pelo fato de serem mulheres.

Além disso, não cabe sustentar que o percentual de candidaturas para as mulheres limita-se a reconhecer uma igualdade de oportunidades, no sentido de garantir iguais condições a partir de uma posição inicial, nomeadamente as candidaturas. Trata-se de reconhecer que a concepção de igualdade garantida às mulheres não autoriza o tratamento discriminatório por circunstâncias que estão fora de seu controle. Sob essa perspectiva, o caráter público dos recursos a elas destinados é elemento que reforça a obrigação de que sua distribuição não seja discriminatória. A fundamentalidade das normas constitucionais referentes à atividade financeira do Estado na unidade entre obtenção de recursos, orçamento e realização de despesas engloba o regime jurídico das finanças públicas em máxima conformidade com os fins constitucionais.

Conforme dispõe o art. 38 da Lei 9.096/1995, os recursos do Fundo Partidário são constituídos por multas e penalidades pecuniárias aplicadas nos termos do Código Eleitoral e leis conexas; recursos financeiros que lhe forem destinados por lei; doações de pessoas físicas ou jurídicas; e dotações orçamentárias da União. Esses recursos são destinados, nos termos do art. 44 do mesmo diploma, à manutenção das sedes e serviços do partido, à propaganda doutrinária e política, ao alistamento e às campanhas eleitorais, às fundações de pesquisa e de doutrinação política e, mais recentemente, aos programas de promoção e difusão da participação política das mulheres. A consignação desses recursos é feita ao TSE, que distribui aos órgãos nacionais dos partidos, na proporção de sua representação na Câmara. No que tange aos recursos empregados nas campanhas, os partidos possuem autonomia para distribuí-los, desde que não transbordem dos estritos limites constitucionais.

Em virtude do princípio da igualdade, não pode, pois, o partido político criar distinções na distribuição desses recursos exclusivamente baseadas no gênero. Assim, não há como deixar de reconhecer como sendo a única interpretação constitucional admissível aquela que determina aos partidos políticos a distribuição dos recursos públicos destinados à campanha eleitoral na exata proporção das candidaturas de ambos os sexos, sendo, em vista do disposto no art. 10, § 3º, da Lei de Eleições, o patamar mínimo de 30%.

No que tange ao prazo de três eleições fixado pela lei, deve-se ter em conta que o critério de distribuição de recursos oriundos do Fundo Partidário deve obedecer à composição das candidaturas e deflui diretamente da cota de 30%. Assim, é inconstitucional a fixação de um prazo, porquanto a distribuição não discriminatória dos recursos deve perdurar enquanto for justificada a composição mínima das candidaturas. Isso porque a legitimidade das políticas afirmativas depende de seu caráter temporário. A temporariedade incide, no caso em exame, nas cotas das candidaturas, não na distribuição de recursos, que não está sujeita a tratamento discriminatório.

É preciso reconhecer que ao lado do direito a votar e ser votado, como parte substancial do conteúdo democrático, a completude é alcançada quando são levados a efeito os meios à realização da igualdade. Só assim a democracia é plena. A participação das mulheres nos espaços políticos é um imperativo do Estado e produz impactos significativos para o funcionamento do campo político, uma vez que a ampliação da participação política feminina permite equacionar as medidas destinadas ao atendimento das demandas sociais das mulheres. Daí porque a atuação dos partidos políticos não pode, sob pena de ofensa às suas obrigações transformativas, deixar de se dedicar também à promoção e à difusão da participação política das mulheres.

Vencidos, em parte, os ministros Marco Aurélio, Gilmar Mendes e Ricardo Lewandowski. Os ministros Marco Aurélio e Gilmar Mendes julgaram a ação parcialmente procedente, para dar interpretação conforme a Constituição ao art. 9º da Lei 13.165/2015, e assentar a liberdade de os partidos políticos ultrapassarem os limites fixados em lei. O ministro Ricardo Lewandowski, por sua vez, julgou o pedido procedente em maior extensão, para excluir do mesmo dispositivo o trecho que abrange os recursos a que se refere o art. 44, V, da Lei 9.096/1995.

(1) Lei 13.165/2015: “Art. 9º Nas três eleições que se seguirem à publicação desta Lei, os partidos reservarão, em contas bancárias específicas para este fim, no mínimo 5% (cinco por cento) e no máximo 15% (quinze por cento) do montante do Fundo Partidário destinado ao financiamento das campanhas eleitorais para aplicação nas campanhas

de suas candidatas, incluídos nesse valor os recursos a que se refere o inciso V do art. 44 da Lei n. 9.096, de 19 de setembro de 1995.”

(2) Lei 9.096/1995: “Art. 44. Os recursos oriundos do Fundo Partidário serão aplicados: (...) V - na criação e manutenção de programas de promoção e difusão da participação política das mulheres, criados e mantidos pela secretaria da mulher do respectivo partido político ou, inexistindo a secretaria, pelo instituto ou fundação de pesquisa e de doutrinação e educação política de que trata o inciso IV, conforme percentual que será fixado pelo órgão nacional de direção partidária, observado o mínimo de 5% (cinco por cento) do total; (...) § 5º O partido político que não cumprir o disposto no inciso V do “caput” deverá transferir o saldo para conta específica, sendo vedada sua aplicação para finalidade diversa, de modo que o saldo remanescente deverá ser aplicado dentro do exercício financeiro subsequente, sob pena de acréscimo de 12,5% (doze inteiros e cinco décimos por cento) do valor previsto no inciso V do “caput”, a ser aplicado na mesma finalidade. § 5º-A. A critério das agremiações partidárias, os recursos a que se refere o inciso V poderão ser acumulados em diferentes exercícios financeiros, mantidos em contas bancárias específicas, para utilização futura em campanhas eleitorais de candidatas do partido. § 6º No exercício financeiro em que a fundação ou instituto de pesquisa não despende a totalidade dos recursos que lhe forem assinalados, a eventual sobra poderá ser revertida para outras atividades partidárias, conforme previstas no “caput” deste artigo. § 7º A critério da secretaria da mulher ou, inexistindo a secretaria, a critério da fundação de pesquisa e de doutrinação e educação política, os recursos a que se refere o inciso V do “caput” poderão ser acumulados em diferentes exercícios financeiros, mantidos em contas bancárias específicas, para utilização futura em campanhas eleitorais de candidatas do partido, não se aplicando, neste caso, o disposto no § 5º.”

SEGUNDA TURMA

DIREITO PROCESSUAL PENAL – EXECUÇÃO PENAL

Execução provisória da pena e trânsito em julgado

A Segunda turma, em conclusão de julgamento, resolveu questão de ordem para julgar prejudicada a impetração em face de pedido de desistência do impetrante (Informativos 872 e 891).

HC 136720/PB, rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 13.3.2018. (HC - 136720)

DIREITO PENAL – CRIMES PRATICADOS POR PARTICULAR CONTRA A ADMINISTRAÇÃO EM GERAL

Desacato praticado por civil contra militar e constitucionalidade

A 2ª Turma, por maioria, denegou a ordem de “habeas corpus” impetrado em favor de civil, condenado pela prática do crime descrito no art. 299 do CPM (desacato).

A defesa sustentou a inconstitucionalidade da imputação do delito a civil, bem assim a incompatibilidade da criminalização da conduta com o Pacto de São José da Costa Rica.

A Turma assinalou que o delito de desacato, quer conforme tipificado na legislação penal comum, quer na militar, tem por sujeito passivo secundário o funcionário público (civil ou militar), figurando o Estado como sujeito passivo principal. O bem jurídico tutelado é a Administração Pública, levando-se em conta seu interesse patrimonial e moral. A tutela penal está no interesse em se assegurar o normal funcionamento do Estado, protegendo-se o prestígio do exercício da função pública. Assim, a norma tem como destinatário da proteção legal mais a função pública do que a pessoa (civil ou militar). Portanto, para a configuração do crime, não é necessário que o funcionário público se sinta ofendido, sendo indispensável que o menoscabo tenha alvo certo, de forma que a vítima deve ouvir a palavra injuriosa ou sofrer diretamente o ato.

O desacato é crime comum, podendo ser praticado por qualquer pessoa. 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 nexos funcional. A crítica ou a censura sem excessos, por sua vez, não constituem desacato, ainda que veementes.

No que se refere à suposta incompatibilidade desse delito com a liberdade de expressão e de pensamento, garantidos pelo Pacto de São José da Costa Rica e pela Constituição, sabe-se que os tratados de direitos humanos podem ser: a) equivalentes às emendas constitucionais, se aprovados após a EC 45/2004; ou b) supralegais, se aprovados antes da referida emenda. De toda forma, estando acima das normas infraconstitucionais, são também paradigma de controle da produção normativa.

Nesse sentido, não se infere, da leitura do aludido tratado, afronta na tipificação do crime de desacato. Não houve revogação da norma penal, mas recepção pela regra supralegal. O texto dispõe 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. Portanto, não se está diante de descriminalização ou de “abolitio criminis”.

A liberdade de expressão prevista no Pacto de São José da Costa Rica não difere do tratamento conferido pela Constituição ao tema, sendo que esse direito não possui caráter absoluto. A Constituição, ao tutelar a honra, a intimidade e a dignidade da pessoa humana, recepcionou a norma do desacato prevista na legislação penal.

O direito à liberdade de expressão deve harmonizar-se com os demais direitos envolvidos, não eliminá-los. Incide o princípio da concordância prática, pelo qual o intérprete deve buscar a conciliação entre normas constitucionais.

O exercício abusivo das liberdades públicas não se coaduna com o Estado democrático. A ninguém é lícito usar sua liberdade de expressão para ofender a honra alheia. O desacato constitui importante instrumento de preservação da lisura da função pública e, indiretamente, da 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 função pública não constitui renúncia à honra e à dignidade. Nesse aspecto, 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 punir condutas excessivas no exercício da liberdade de expressão.

Por 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 impõe à Administração 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.

Não parece ainda o caso de se invocar a teoria da adequação social 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. A evolução dos costumes seria fator decisivo para a verificação da 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, pode-se afirmar que a criminalização do desacato se mostra compatível com o Estado democrático.

Vencido o ministro Edson Fachin, que concedeu a ordem.

TRANSCRIÇÕES

Com a finalidade de proporcionar aos leitores do INFORMATIVO STF uma compreensão mais aprofundada do pensamento do Tribunal, divulgamos neste espaço trechos de decisões que tenham despertado ou possam despertar de modo especial o interesse da comunidade jurídica.

Crime de desacato - Prisão preventiva - Controle de convencionalidade - Art. 13 da Convenção Americana de Direitos (Pacto de São José) - Liberdade de expressão e do pensamento (Transcrições)

HC-141949/DF

RELATOR: Ministro Gilmar Mendes VOTO VENCIDO DO 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, a revelar típico desacordo moral razoável, na conhecida acepção de Jeremy Waldron.

A solução, em casos tais, deve ser a que melhor se adequa 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 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 freqüências radioelétricas ou de equipamentos e aparelhos usados na difusão de informação, nem por quaisquer outros meios destinados a obstar a comunicação e a circulação de idéias e opiniões.

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

No Informe sobre la Compatibilidad entre las Leyes de Desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (OEA/ ser LV/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 desacato 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 desacato 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 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 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 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 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 vênia 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.

