



Temas do Ministério Público:

Acordos no
Sistema de Justiça
e
Liberdade de
Expressão

Comissão Editorial:

Alexandre Espinosa Bravo Barbosa
Emerson Garcia
Jefferson Aparecido Dias
Lígia Cireno Teobaldo
Maria Iraneide Olinda Santoro Facchini
Nathália Mariel Ferreira de Souza Pereira
Nicolao Dino de Castro e Costa Neto
Pedro Antonio de Oliveira Machado
Robério Nunes dos Anjos Filho
Sílvio Roberto Oliveira de Amorim Junior



Ministério Público Federal
1ª Câmara de Coordenação e Revisão
2ª Câmara de Coordenação e Revisão
5ª Câmara de Coordenação e Revisão

TEMAS DO MINISTÉRIO PÚBLICO: ACORDOS NO SISTEMA DE JUSTIÇA E LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Comissão Editorial:

Alexandre Espinosa Bravo Barbosa
Emerson Garcia
Jefferson Aparecido Dias
Lígia Cireno Teobaldo
Maria Iraneide Olinda Santoro Facchini
Nathália Mariel Ferreira de Souza Pereira
Nicolao Dino de Castro e Costa Neto
Pedro Antonio de Oliveira Machado
Robério Nunes dos Anjos Filho
Silvio Roberto Oliveira de Amorim Junior

Brasília, 2019





Copyright © 2019 Editora ANPR.

Nenhuma parte desse livro poderá ser reproduzida, sejam quais forem os meios empregados, sem a permissão, por escrito, da Editora.

Impresso no Brasil | *Printed in Brazil*

Editor: Pedro Antonio de Oliveira Machado

Editora Adjunta: Nathália Mariel Ferreira de Souza Pereira

Editora Assistente: Alana Miranda de Gois

Comissão Julgadora: Alexandre Espinosa Bravo Barbosa, Emerson Garcia, Jefferson Aparecido Dias, Lígia Cireno Teobaldo, Maria Iraneide Olinda Santoro Facchini, Nathália Mariel Ferreira de Souza Pereira, Nicolao Dino de Castro e Costa Neto, Pedro Antonio de Oliveira Machado, Robério Nunes dos Anjos Filho e Silvio Roberto Oliveira de Amorim Junior

Capa: Pedro Lino

Projeto gráfico e diagramação: Eduardo Franco Dias

Revisão: Amélia Lopes Dias de Araújo e Lilian de Lima Falcão Braga

A849c Associação Nacional dos Procuradores da República

Temas do Ministério Público: acordos no sistema de justiça e liberdade de expressão / ANPR. 1ª Câmara de Coordenação e Revisão, 2ª Câmara de Coordenação e Revisão, 5ª Câmara de Coordenação e Revisão e Ministério Público Federal. Comissão julgadora: Alexandre Espinosa Bravo Barbosa, Emerson Garcia, Jefferson Aparecido Dias, Lígia Cireno Teobaldo, Maria Iraneide Olinda Santoro Facchini, Nathália Mariel Ferreira de Souza Pereira, Nicolao Dino de Castro e Costa Neto, Pedro Antonio de Oliveira Machado, Robério Nunes dos Anjos Filho, Silvio Roberto Oliveira de Amorim Junior. – Brasília : ANPR, 2019.

458 p.

ISBN: 978-85-54361-03-7

1. Acordos. 2. Direito Penal. 3. Interesse público. 4. Tribunal Penal Internacional. 5. Sistema de justiça criminal brasileiro. 6. STJ. 7. MPF. 8. Projeto de Lei n. 882/2019. 9. Liberdade de expressão. 10. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (Lei n. 13.709, de 2018). 11. Fake news. I Título.

CDD: 340

CDU: 343.2

EDITORA ANPR

www.anpr.org.br

Editora / DF

SAF Sul Quadra 04, Conjunto C,

Bloco B, sala 113

Brasília – DF – CEP: 70050-900

Tel: (61) 3961-9025

administrativo@anpr.org.br

DIRETORIA DA ANPR

Fábio George Cruz da Nóbrega

Presidente

Ana Carolina Alves Araújo Roman

Vice-Presidente

Francisco Guilherme Vollstedt Bastos

Diretor Financeiro

Carlos Augusto da Silva Cazarré

Diretor de Assuntos Corporativos

Lea Batista de Oliveira Moreira Lima

Diretora de Assuntos Legislativos

Pedro Antonio de Oliveira Machado

Diretor Cultural

Patrick Salgado Martins

Diretor de Assuntos Jurídicos

Nathália Mariel Ferreira de Souza Pereira

Diretora de Eventos

Flávio Paixão de Moura Júnior

Diretor de Assuntos Institucionais

Hayssa Kyrie Medeiros Jardim

Diretora de Comunicação Social

Renan Paes Felix

Diretor-Secretário

Franklin Rodrigues da Costa

Diretor de Aposentados

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
1ª CÂMARA DE COORDENAÇÃO E REVISÃO

Célia Regina Souza Delgado
Subprocuradora-Geral da República
Coordenadora

Lindôra Maria Araújo
Subprocuradora-Geral da República
Membro titular

Paulo Gustavo Gonet Branco
Subprocurador-Geral da República
Membro titular

Haroldo Ferraz da Nóbrega
Subprocurador-Geral da República
Membro suplente

Maria Cristiana Simões Amorim Ziouva
Procuradora Regional da República da 3ª Região
Membro suplente

Alexandre Espinosa Bravo Barbosa
Procurador Regional da República
Membro suplente

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
2ª CÂMARA DE COORDENAÇÃO E REVISÃO

Luiza Cristina Fonseca Frischeisen
Subprocuradora-Geral da República
Coordenadora

Juliano Baiocchi Villa-Verde de Carvalho
Subprocurador-Geral da República
Membro titular

Márcia Noll Barboza
Procuradora Regional da República
Membro suplente

Cláudio Dutra Fontella
Procurador Regional da República
Membro suplente

Rogério José Bento Soares do Nascimento
Procurador Regional da República
Membro suplente

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
5ª CÂMARA DE COORDENAÇÃO E REVISÃO

Maria Iraneide Olinda Santoro Facchini
Subprocuradora-Geral da República
Coordenadora

Francisco Rodrigues dos Santos Sobrinho
Subprocurador-Geral da República
Membro titular

Antônio Carlos Fonseca da Silva
Subprocurador-Geral da República
Membro titular

Samantha Chantal Dobrowolski
Procuradora Regional da República
Membro suplente

Uendel Domingues Ugatti
Procurador Regional da República
Membro suplente

SUMÁRIO

10 Prefácio | *Pedro Antonio de Oliveira Machado*

PARTE 1 | ACORDOS NO SISTEMA DE JUSTIÇA

17 Acordos de admissão de culpa no Tribunal Penal Internacional: lições para o sistema de justiça criminal brasileiro | *Vítor Souza Cunha*

55 Acordos resolutivos no direito penal: direito comparado, projeto anticrime e proposta de aperfeiçoamento para os delitos ambientais | *Monique Cheker*

92 A contribuição do STJ para a consolidação da prática do compromisso de ajustamento de conduta: desafios pretéritos e atuais | *Geisa de Assis Rodrigues*

132 Autocomposição e improbidade administrativa: uma breve reflexão sobre a busca do real interesse público | *Thais Coelho Mariano*

146 Acordo de não persecução penal: princípio da oportunidade regrada como política criminal | *Susan Garcia de Oliveira*

180 Suspensão condicional do processo e a atividade revisional da 2ª Câmara de Coordenação e Revisão – expedientes extrajudiciais | *Maria Viveiros Peixoto Volkmer Fell*

PARTE 2 | LIBERDADE DE EXPRESSÃO

202 Liberdade de expressão e democracia | *Paulo Thadeu Gomes da Silva*

- 219** Liberdade artística como dimensão da liberdade de expressão | *Leandro Mitidieri*
- 236** Controle de convencionalidade e suas exceções: liberdade de expressão | *Ivan Cláudio Garcia Marx*
- 270** A liberdade de expressão parlamentar e o *hate speech* na representação político-partidária brasileira | *Thiago da Penha Lima e Victória Félix de Verçosa*
- 301** Democracia e liberdade de expressão: a inter-relação desses valores na óptica da Corte Interamericana de Direitos Humanos | *Vinícius Alexandre Fortes de Barros e Guilherme Pereira Maciel Serra*
- 334** Exercício da liberdade de expressão pelos membros do Ministério Público | *Stanley Valeriano da Silva*
- 361** A liberdade de imprensa e o sensacionalismo nas decisões judiciais: trilhando caminhos em busca da credibilidade perdida | *Silvia Follain de Figueiredo Lins*
- 382** A verdade como limite imanente à liberdade de expressão: *fake news* e risco à democracia | *Eveline Maria Pierre Fonteles e Rômulo Moreira Conrado*
- 408** Programas de integridade e a proteção de direitos da personalidade no tratamento de dados pessoais | *Rodrigo de Castro Villar Mello*
- 431** Liberdade de expressão e de comunicação na mídia brasileira: uma análise do direito de resposta coletivo | *Francisco Ferreira Pires de Albuquerque Montenegro*

PREFÁCIO

No modelo de Estado brasileiro, o Poder Judiciário tem como função essencial a solução pacífica dos conflitos sociais, em suas mais diversas dimensões, notadamente com o fim de assegurar o respeito aos direitos e garantias fundamentais gravados no texto constitucional. Para isso, utiliza como principal ferramenta a observância e interpretação do que estabelecido no ordenamento jurídico (esse construído a partir do que for deliberado pelos Poderes Legislativo e Executivo); adotando, contudo, como fonte essencial de interpretação, o roteiro fixado pelo legislador constituinte na Constituição Federal de 1988 (CF/1988).

Diante disso, o legislador constituinte originário cuidou de fixar a garantia de acesso por qualquer cidadão ao Poder Judiciário, para a solução de conflitos, a proteção de direitos e mesmo a proteção contra ameaça a direitos. Nesse sentido, chegou, inclusive, a impedir que o legislador ordinário pudesse suprimir tal garantia (CF/1988, art. 5º, XXXV e LXXIV), pois de nada valeria ter direitos se não se pudesse exigir que eles fossem respeitados e implementados. Trata-se, portanto, de garantir o direito a ter direitos.

Nesse contexto, nosso sistema de justiça ganha funcionalidade não apenas com a atuação dos membros do Poder Judiciário mas também com outros atores fundamentais à função jurisdicional, como o Ministério Público (MP), a Advocacia pública e privada e a Defensoria Pública, conforme estabelece o documento político-jurídico que regula nossa sociedade (CF/1988, arts. 127 e 131 a 134).

Com vistas a promover o debate entre esses atores, a presente publicação busca refletir sobre dois assuntos candentes e relevantes à atuação cotidiana principalmente (mas não exclusivamente) do MP, instituição permanente e titular privativo da ação penal pública (CF/1988, arts. 127 e 129).

O primeiro tema refere-se à mescla de uma cultura já consagrada da utilização de acordos para a solução consensual de conflitos, como o Termo de Ajustamento de Conduta (Lei n. 8.069/1980, art. 211, e Lei n. 8.078/1990, art. 113), com novas possibilidades de mecanismos de consensualidade. Boa parte dessas novidades foi adotada em razão de compromissos assumidos em tratados internacionais de combate ao crime transnacional, à lavagem de dinheiro, à corrupção pública e aos atos lesivos à administração pública, nas vertentes do direito sancionador penal e administrativo (estrito senso e judicializado), que contam com um histórico mais recente e ainda em fase de adaptação e consolidação. Nessa linha, encontram-se as Convenções Internacionais da OCDE (Decreto n. 3.678/2000), da OEA (Decreto n. 4.410/2002), de Palermo (Decreto n. 5.015/2004) e de Mérida (Decreto n. 5.687/2006).

Cabe aqui um parêntese para destacar que a garantia constitucional de acesso à jurisdição não implica vedação à autocomposição pacífica na solução de conflitos, que pode e deve ser promovida pelos demais atores do sistema de Justiça, até mesmo sem a intervenção do Poder Judiciário. Há, inclusive, incentivo explícito nesse sentido no vigente Código de Processo Civil (arts. 3º, §§ 1º, 2º e 3º; 15; e 190), bem como na Lei n. 13.655/2018 (Decreto-Lei n. 4.657/1942, arts. 26 e 27).

No âmbito penal, a própria CF (art. 98, I) abriu espaço para a consensualidade em casos de crimes de menor potencial ofensivo definidos pelo legislador ordinário. É certo que a própria legislação ordinária também caminhou para modelos de consensualidade na seara penal, como se depreende dos institutos da transação penal e da suspensão condicional do processo nos moldes dos arts. 72, 76 e 89 da Lei n. 9.099/1995, além da colaboração premiada, conforme os arts. 4º a 6º da Lei n. 12.850/2013. Já na esfera do direito administrativo sancionador estrito senso ou judicializado, vide, *verbi gratia*, art. 86 da Lei n. 12.529/2011; art. 174 do Código de Processo Civil; arts. 16 e 17 da Lei n. 12.846/2013; art. 36, § 4º, da Lei n. 13.140/2015; e arts. 30 a 32 da Lei n. 13.506/2017.

No mais das vezes, sob o prisma do direito sancionador estatal, a consensualidade pode também constituir uma técnica especial de investigação, nos casos em que as infrações revelem situações de ajustes entre infratores, arquitetadas em um clima de confiança, além de sigilo e segredo, nos moldes da *omertà* (código de honra de organizações mafiosas do sul da Itália). Exemplos disso são os cartéis ou organizações criminosas, nos quais é possível conseguir que um dos envolvidos, em troca de imunidade, isenção ou redução das penas, colabore com as autoridades estatais para o descortinamento de infrações, a obtenção de provas e, eventualmente, a recuperação de valores decorrentes da conduta infracional.

Contribuem, ainda, para a potencialização dos mecanismos de consensualidade (de implementação mais célere) na solução de conflitos a complexidade da sociedade e a grande gama de direitos consagrados constitucionalmente aos cidadãos em face do Estado, com o praticamente irrestrito acesso de todo cidadão ao Poder Judiciário, expandindo assim litigiosidade e impedindo que através da jurisdição se possa dar resposta, a tempo e modo, para o consumidor dos serviços judiciais. Trata-se de constatação que levou inclusive o legislador constituinte reformador (Emenda Constitucional n. 45/2004) a estabelecer o postulado da garantia da duração razoável do processo (CF/1988, art. 5º, LXXVIII), como um alerta e reconhecimento da morosidade do Poder Judiciário, para a tutela de direitos, através do mecanismo tradicional do processo de conhecimento para obtenção de um título judicial e, posteriormente, com a sua efetiva e concreta execução.

A consensualidade tem campo fértil e maior experiência histórica de aplicação nos sistemas de direito anglo-saxão (*common law*), em que a solução alternativa de conflitos é estimulada sob a incidência da lei ou de outra forma de comum acordo estabelecido pelas partes, em uma perspectiva mais utilitarista, que visa à melhor solução com o menor custo.

No Brasil, onde o sistema adotado é o de tradição romano-germânica (*civil law*), um dos desafios apresentados é a adaptação a institutos consensuais que aqui não têm larga tradição, em um ambiente no qual a cumulação de instâncias estatais sancionadoras sobre os mesmos fatos encontra respaldo interpretativo do Tribunal Constitucional, que flexibiliza o âmbito de incidência do postulado do *non bis in idem* (vide STF, Agravo Regimental na Petição n. 3.606-9/DF e Mandado de Segurança n. 22.728/PR).

Precisamos trilhar, contudo, o caminho da consensualidade, que tem potencial, inclusive sob o prisma do princípio da eficiência (CF/1988, art. 37), para contribuir na solução de conflitos e distribuição de justiça, bem como na atuação estatal de combate à criminalidade (notadamente a praticada por organizações criminosas) e à corrupção pública, além da tutela à probidade administrativa.

O segundo assunto, também objeto da presente publicação – a liberdade de expressão –, é igualmente da maior relevância por se tratar de um dos pilares da democracia, uma vez que faz parte do leque das chamadas liberdades negativas. Garantidas constitucionalmente (CF/1988, art. 5º, IV), mediante mandamento expresse, tais liberdades vedam que o Poder estatal adote qualquer medida restritiva em relação ao seu exercício, salvo situações excepcionalíssimas.

O que se pretende assegurar nesse campo é o pluralismo político e a construção de uma sociedade livre (CF/1988, arts. 1º, V, e 3º, I), que se revela na ampla possibilidade do cidadão de construir, por si mesmo, a visão ou versão de suas compreensões sobre qualquer assunto e, também, de reverberar essas compreensões divulgando-as e defendendo-as.

Como assevera o ex-ministro do Supremo Tribunal, Carlos Ayres Brito, a liberdade de expressão é a maior expressão da liberdade. Ela se revela na liberdade intelectual, científica, política, ideológica, de comunicação, de cátedra, cultural, artística, religiosa, de imprensa, vedada a censura (CF/1988, arts. 5º, IX, e 220, § 2º).

Mas é preciso destacar que, se do ponto da ação estatal está interdita a censura e a prévia licença para a manifestação do pensamento, de outro lado, o texto constitucional, paralelamente, veda o anonimato, sob a perspectiva de que as liberdades devem ser exercidas com responsabilidade, já que também encontram assento no rol de proteção aos direitos, a intimidade, a vida privada, a imagem e a honra (CF/1988, art. 5º, IV, IX e X).

A vedação da censura tem como *background* a constatação de que uma sociedade na qual os cidadãos não são livres para expressar suas opiniões será intelectualmente pobre e, portanto, sem espontaneidade, vitalidade e potencial para se desenvolver e progredir, porque não discute abertamente os seus problemas, não contesta (ou não questiona) a ação dos governantes, não provoca, enfim, a necessária reflexão sobre seus traumas e sua superação.

Diante disso, por mais incômoda, absurda e imoral que seja a opinião manifestada, a liberdade para expressá-la é inerente às verdadeiras democracias, sendo um ônus muito diminuto a convivência com os incômodos causados pela ofensividade que o exercício de tal liberdade porventura causar, de resto sempre existindo o caminho da ponderação interpretativa, guiada pelo princípio da proporcionalidade, para a solução de eventuais abusos, conflitos ou agressões a outros valores tutelados constitucionalmente.

O MP, ator do sistema de justiça, que tem como missão institucional a defesa da ordem jurídica e do regime democrático, por vezes é provocado a tomar providências acerca do exercício da liberdade de expressão – na dicção constitucional, a livre manifestação do pensamento (CF/1988, art. 5º, IV) –, seja no tocante ao embaraço ao seu exercício, seja sob o prisma do abuso na utilização de tal prerrogativa. E essa tarefa delicada, sob a perspectiva da ponderação dos valores em jogo, ganha gravidade adicional na atualidade, ante o famigerado fenômeno das *fake news* e o caminho tortuoso e perigoso da tentativa

(ou intenção) de agentes estatais de laborar para definir o que é verdade, mentira, crítica legítima etc.

Desse modo, a Associação Nacional dos Procuradores da República (ANPR) tem a satisfação de promover a presente obra, com a ambição de tentar estimular a reflexão e contribuir para o debate acerca dessas questões jurídicas tão atuais e instigantes.

Brasília, dezembro de 2019.

Pedro Antonio de Oliveira Machado

Procurador da República

Diretor Cultural da ANPR

1 | ACORDOS NO SISTEMA DE JUSTIÇA

ACORDOS DE ADMISSÃO DE CULPA NO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL: LIÇÕES PARA O SISTEMA DE JUSTIÇA CRIMINAL BRASILEIRO

*Vítor Souza Cunha*¹

RESUMO

O artigo busca discutir a influência dos acordos de admissão de culpa do Estatuto de Roma no sistema processual penal brasileiro. Para realizar tal intento, inicialmente serão abordadas as questões concernentes à construção das normas procedimentais do Tribunal Penal Internacional (TPI), processo que foi marcado pelo constante confronto entre tradições jurídicas distintas. Em seguida, após o estabelecimento de premissas conceituais necessárias, abordar-se-á o processo legislativo propriamente dito, com foco nas discussões travadas anteriormente à proposição final do projeto. Por fim, será analisado o desenho normativo dos acordos de admissão de culpa no TPI e como suas normas são interpretadas

1 Procurador da República. Mestre em Direito na Universidade Católica de Brasília. Especialista em Ciências Criminais pela Faculdade Baiana de Direito. Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Santa Cruz.

pela Corte para, então, discutir como elas podem influenciar o sistema processual brasileiro.

Palavras-chave: Processo penal comparado. Tribunal Penal Internacional. Acordos de admissão de culpa. Justiça criminal consensual. Devido processo legal.

ABSTRACT

The paper aims to discuss the influence of the Rome Statute's admission of guilt agreements on the Brazilian criminal procedural system. To achieve this goal, the discussion will start from the analysis of the process of building of the International Criminal Court's (ICC) procedure rules, whose preparation was characterized by the confrontation between different legal traditions. Then, based on some necessary theoretical assumptions, it will be shown the legislative process itself, focusing on discussions held prior to the final draft. Finally, the procedural rules of the admission of guilt agreements and how they are interpreted by ICC will be analyzed to then discuss how they can influence the Brazilian procedural system.

Keywords: Comparative criminal procedure. International Criminal Court. Admission of guilty agreements. Consensual criminal justice. Due process of law.

1. INTRODUÇÃO

No atual contexto de intensificação das relações jurídicas internacionais, inúmeros fatores evidenciam a crescente importância do estudo comparativo das normas processuais penais adotadas pelos sistemas jurídicos estrangeiros.

Como pontua Bettwy (2014), o maior valor dos estudos jurídicos comparativos é a promoção de reflexões sobre os pontos fortes e os fracos das mudanças a serem levadas a efeito no próprio sistema jurídico. Isso porque os sistemas estrangeiros fornecem um “laboratório vivo” para que os reformadores das leis possam testar a correção ou a coerência de suas hipóteses. Em suma, como o sistema jurídico de um país não é fechado em si, mas produto de influências recíprocas, os estudos jurídicos comparativos ajudam a entender melhor o próprio Direito.

Inegavelmente, a relevância do estudo comparado de institutos jurídicos é tanto maior quanto mais amplo foi o debate para a sua construção. É o caso das regras procedimentais do TPI. Essas foram analisadas e aprovadas pelo parlamento dos países signatários do tratado de criação da Corte, os quais naturalmente levaram a sua bagagem teórica à mesa de debates ao participarem das discussões para a criação do corpo normativo do TPI. Inquestionável, por conseguinte, a importância das normas do TPI como objeto da análise comparada do Direito.

Promulgado pelo Decreto n. 4.388, de 25 de setembro de 2002, após aprovação pelo Congresso Nacional, o Estatuto de Roma encontra-se devidamente incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro.

Entre suas regras, destaca-se o art. 65, que trata do procedimento nos casos de admissão de culpa, um mecanismo consensual que busca abreviar o procedimento e antecipar o julgamento da causa a partir da renúncia do réu ao exercício do direito de resistir à pretensão.

Considerando o desenho normativo dos acordos de admissão de culpa previstos no Estatuto de Roma, o presente estudo pretende analisar em que medida tais normas procedimentais, tanto na perspectiva da estrutura normativa como em relação ao processo de discussão internacional para definição do texto, podem servir ao debate sobre a adoção de tais acordos pelo sistema processual brasileiro.

Para realizar tal intento, inicialmente serão abordadas as questões concernentes ao processo de construção das normas procedimentais

do TPI, processo esse que foi marcado pelo constante confronto entre tradições jurídicas distintas. Em seguida, após o estabelecimento de premissas conceituais imprescindíveis para a correta compreensão do tema, abordar-se-á o processo legislativo propriamente dito, com foco nas discussões travadas anteriormente à proposição final do projeto. Como será demonstrado, o procedimento dos acordos de admissão de culpa no TPI foi objeto de intensos debates, sendo o seu texto final produto da fusão de elementos das tradições processuais romano-germânica e anglo-saxã.

Na sequência, por fim, será analisado o desenho normativo dos acordos de admissão de culpa no TPI e como suas normas foram interpretadas pela Corte na primeira oportunidade em que o instituto foi utilizado em um caso penal. Abordadas tais questões, será possível discutir como as normas que disciplinam o acordo de admissão de culpa podem influenciar o sistema processual brasileiro.

2. NORMAS PROCEDIMENTAIS DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL

Oriundo de projeto de convenção apresentado por ocasião da 49ª Sessão da Assembleia-Geral da Organização das Nações Unidas, no ano de 1994, o Estatuto de Roma do TPI foi aprovado quatro anos mais tarde, em conferência ocorrida na cidade de Roma, por 120 votos a favor, 7 contrários e 21 abstenções.

Se o processo de tomada de decisões coletivas é essencialmente complexo, tal dificuldade eleva-se sensivelmente quando os responsáveis pelo processo decisório não compartilham a mesma visão de mundo, partindo de premissas não raras vezes inconciliáveis. Não sem razão, Ambos (2000) afirma que o Estatuto de Roma não é dogmaticamente um modelo internacional de código de direito e processo penal, senão uma tentativa de erigir um sistema de justiça criminal a partir da junção

de mais de 150 países em um documento que fosse mais ou menos aceitável para cada delegação presente na Conferência de Roma.

Isso não significa, de forma alguma, que o empreendimento foi malsucedido. Em relação às regras procedimentais, o TPI representou verdadeira quebra de paradigmas, haja vista que pela primeira vez os grandes sistemas legais do mundo foram convidados a estabelecer um código de processo que fosse aceitável por todos. Nesse sentido, as previsões procedimentais do Estatuto de Roma são diferentes das regras procedimentais do corpo normativo dos Tribunais para a antiga Iugoslávia e para Ruanda, Cortes *ad hoc* que foram criadas de forma extremamente rápida, o que inviabilizou os estudos comparativos das leis processuais penais. Diante das circunstâncias, optou-se, nesses Tribunais, por seguir o modelo processual da *common law* (Behrens, 2000).

De fato, não é tarefa simples moldar regras procedimentais que sejam universalmente aceitas. Ao se proceder a um estudo comparativo, como o levado a efeito para estabelecimento das regras do TPI, os benefícios da análise jurídica não devem ofuscar um aspecto de notável relevância: o risco de os institutos jurídicos estrangeiros serem compreendidos de forma equivocada. Quando se parte de premissas distintas, a compreensão e a interpretação dos institutos jurídicos estrangeiros podem ser comprometidas e levar a resultados socialmente indesejáveis², se apartadas de cuidados relacionados a considerações de ordem cultural, fática e contextual³.

-
- 2 Entre os desafios do estudo criminal comparado, Chiesa (2016) sumariza três fatores que funcionam como barreiras para o sucesso da análise: o primeiro são as barreiras linguísticas, que não raras vezes impedem a exata compreensão sobre o objeto da comparação; em seguida, aborda as dificuldades decorrentes da estrutura do raciocínio jurídico utilizado para resolver problemas; por fim, menciona as peculiaridades concernentes aos aspectos culturais e as contingências históricas de cada sistema jurídico.
 - 3 Desde o final do século XIX, especialmente após o Congresso Internacional de Direito Comparado ocorrido em 1900, na cidade de Paris, vislumbrou-se, a partir

Nesse contexto, para o estabelecimento de regras que não representassem o mero “transplante”⁴ unilateral de um sistema processual dominante, o que ocorreu em relação às regras procedimentais de Cortes internacionais antecedentes, os responsáveis pelas normas procedimentais do TPI optaram por promover o que Damaška (2004) e Delmas-Marty (2008) chamam de “hibridização” do procedimento criminal, ou seja o desenvolvimento de regras que tomam emprestado, simultaneamente, formas características dos sistemas processuais de tradições jurídicas distintas.

Não sem motivos, Turner (2019) conclui que, em virtude da grande diversidade de seus instituidores, as normas procedimentais do TPI são mais alinhadas à abordagem inquisitorial que as regras de procedimento dos tribunais *ad hoc*. Como exemplo, menciona: a atribuição aos magistrados do poder de controlar a apresentação de evidências e as decisões acusatórias da promotoria; a possibilidade conferida às vítimas de participar ativamente do procedimento, desde a fase pré-processual até o momento de impugnar decisões judiciais finais; o dever de a promotoria não apenas dar acesso a todo o material probatório, mas também a obrigação de buscar a produção de provas incriminatórias e exculpatórias.

Apesar da dificuldade do desafio de criação de normas procedimentais para o TPI que observassem uma gramática comum (Delmas-Marty, 2008), a doutrina pátria não enxerga óbices em relação às regras de procedimento previstas para o Tribunal, mesmo que tenham elementos estranhos à cultura jurídica brasileira. Ao revés, a aproximação das

da conclusão de que a mera análise das normas não é suficiente, a necessidade de que os estudos de Direito Comparado levem em conta elementos contextuais, fáticos, funcionais e culturais dos sistemas jurídicos (Pegoraro; Rinella, 2006).

4 Sobre a metáfora do transplante na importação de institutos jurídicos estrangeiros, ver Langer (2005).

regras procedimentais do modelo de investigação oficial⁵ tornou mais compreensível ao jurista brasileiro a forma de adjudicação escolhida para o tratamento dos crimes internacionais. Ilustrativas, nesse sentido, são as palavras de Steiner (2000, p. 298), para quem o sistema de garantias processuais consagrados no estatuto do TPI autoriza concluir ter sido adotado um modelo efetivamente garantista. De acordo com ela, o Estatuto de Roma acertou ao atribuir poderes instrutórios mais destacados ao julgador:

Assim, asseguram os estatutos, além do sistema acusatório – de resto conhecido pelos países que adotam a *civil law* – uma série de poderes que podem ser tidos por investigativos atribuídos aos próprios magistrados, especialmente os componentes das Câmaras de Primeira Instância, além da atribuição de tomar as medidas que entenderem cabíveis para a proteção efetiva das vítimas e testemunhas [...]. Torna-se clara a posição do juiz do Tribunal Penal Internacional, como garante dos princípios trazidos no Estatuto que afirmam o conteúdo garantístico das normas penais e processuais nele contidas. De outra parte, além de assumir o papel de garante das liberdades fundamentais, está o magistrado da Corte internacional autorizado, nos limites trazidos pelo próprio Estatuto e sem invasão da esfera de atuação do Procurador, a buscar provas do fato sujeito a seu julgamento.

5 Sobre a adequação do sistema processual brasileiro ao modelo de investigação oficial, ver Cunha (2019). Em breve síntese, pode-se afirmar que, em vez de ser compreendido como uma disputa entre dois adversários teoricamente iguais perante um árbitro passivo, o processo penal brasileiro é estruturado como uma investigação oficial da qual participam, via de regra, além do acusado, agentes estatais imparciais e desinteressados em determinado resultado. O papel que o sistema de justiça atribui a tais agentes públicos é o da busca de reconstrução imparcial dos fatos e, conseqüentemente, da aplicação justa da lei.

De fato, no modelo da *common law*, ordinariamente, o papel do magistrado é muito mais próximo do de um árbitro (Merryman; Pérez-Perdomo, 2007) que busca assegurar que as partes cumpram as regras que disciplinam a disputa do que o de um oficial que se preocupa com a correspondência entre o desfecho processual e a realidade. A rejeição da figura do magistrado espectador nas regras procedimentais do TPI, da qual fala a jurista brasileira, é apenas um dos pontos representativos do choque entre as diversas tradições processuais.

O tema de interesse do presente estudo, a forma como foram estruturados e vêm sendo aplicados os mecanismos de consenso no procedimento criminal do TPI, também ilustra o confronto entre diferentes culturas jurídicas. A seguir, será apresentado o histórico das discussões travadas antes da aprovação do Estatuto de Roma e os contornos normativos do instituto consensual. Vale frisar que, muito embora sua análise possua indiscutível relevância, não nos preocuparemos com as objeções de ordem político-criminal relacionadas à adoção do modelo consensual nos tribunais penais internacionais, por fugir do escopo do trabalho⁶.

3. ACORDOS DE ADMISSÃO DE CULPA NO TPI

Não é necessário grande aprofundamento na análise dos sistemas de justiça criminal para concordar com a conclusão realista e pragmática de Damaška (2004, p. 1030) de que “onde as cortes estão sobrecarregadas, impedir a disseminação de acordos entre as partes é tão difícil como sufocar um bocejo depois de já ter começado” (tradução nossa). De fato,

6 Para um discussão mais aprofundada sobre a conveniência político-criminal da adoção do modelo consensual na justiça penal internacional, ver Rauxloh (2010) e Turner (2017).

ainda que não se concorde com as premissas teóricas ou com as consequências práticas do consenso no processo penal, é forçosa a conclusão de que, no mundo real, os sistemas processuais – em regra, movidos pelo objetivo político-criminal de dar tratamento célere aos casos penais – têm utilizado, com crescente frequência, os acordos de admissão de culpa como técnica de simplificação e abreviação procedimental.

Os Estados Unidos, cujo sistema exerce inegável influência no mundo, já convive com a *plea bargaining* há muito tempo. Nesse país, embora a prática tenha se consolidado no início do século XX, sobretudo com o aumento de casos processados em decorrência da maior criminalização de condutas⁷ – fenômeno para o qual as leis de proibição de venda de bebidas contribuíram decisivamente –, pesquisas levadas a efeito por Fisher (2003) indicam que a *plea bargaining* já era utilizada na justiça criminal em Massachusetts desde o início do século XIX.

Na Europa, um marco da incorporação dos acordos penais nos sistemas processuais foi a Resolução R (87) 18 do Comitê de Ministros do Conselho da Europa e da Reunião de Helsinque em 1986, que recomendou expressamente a adoção dos negócios jurídicos, materializando a tendência de reforma já concretizadas em alguns países europeus. Mais recentemente, no caso “Natsvlishvili e Togonidze vs. Geórgia”, julgado em 2014, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos, além de reconhecer que os acordos penais são ferramentas legítimas para acelerar a adjudicação de casos criminais e diminuir a sobrecarga de trabalho dos tribunais nacionais, também realizou estudo comparativo que concluiu

7 Em 1908, aproximadamente 50% das condenações em cortes federais decorriam de *guilty pleas*. No ano de 1925, esse percentual aumentou para 90% dos casos, aproximadamente o mesmo até os anos recentes (Alschuler, 1979). Sobre a relação entre o incremento na criminalização de condutas e o aumento dos acordos penais, ver Dervan (2011).

que a maioria dos países europeus possui legislação autorizando os negócios jurídicos sobre a pena no processo penal.

Na América Latina, uma comissão de juristas presidida por Júlio Maier e composta, entre outros, por Alberto Binder, Cafferata Nores e Luis Darritchon apresentou, em 1986, um projeto de lei denominado “Projeto Maier”, que, entre outros aspectos, previu o “procedimento monitorio”, um instrumento que permitia acordos penais em relação a delitos leves (Ciocchini, 2013). Tal projeto influenciou decisivamente o Código Modelo de Processo Penal para a Ibero-América, o qual, por sua vez, “provocou uma verdadeira revolução no processo penal da América Latina” (Grinover, 2000, p. 958), ao inspirar a reforma processual de diversos países da região. Não sem motivos, os acordos penais foram amplamente adotados pelos países da região.

Como se vê, as normas procedimentais do TPI foram pensadas no contexto em que se percebia o crescimento do recurso a acordos penais como solução de problemas político-criminais. Logo, tais regras não passaram incólumes aos influxos de adoção de mecanismos de consenso nos sistemas de justiça criminal ao redor do mundo.

Diferentemente do que ocorre nos casos em que há incorporação dos acordos em um sistema nacional, a dificuldade de estabelecer a gramática comum aceitável por sistemas processuais distintos, ou seja, o desafio de tornar híbrido o modelo consensual, exigiu muita discussão e cuidado por parte dos responsáveis pela criação do procedimento do TPI. Essa característica faz aumentar o interesse dos estudiosos tanto pelo processo de discussão das regras como pelo resultado final. Em outros termos, a análise das objeções apresentadas e de como os problemas foram contornados, em uma perspectiva marcadamente plural, é rico material de pesquisa para quem deseja criticar, aprimorar ou instituir novos mecanismos de consenso em um determinado sistema. É o caso do Brasil.

Antes de abordar especificamente o modelo de consenso aprovado no Estatuto de Roma, porém, são necessários alguns esclarecimentos conceituais para se evitarem equívocos e incompreensões.

3.1 ACORDO DE ADMISSÃO DE CULPA: CONCEITOS E CARACTERÍSTICAS GERAIS

A justiça penal consensual, em sentido amplo, pode ser compreendida como uma nova maneira de se estruturar e de se administrar o sistema de justiça criminal, baseada no reforço do autorregramento da vontade, que facilita o atingimento de resultados pactuados entre os sujeitos processuais. Disso decorre a possibilidade de abarcar um número significativo de práticas e de estratégias de reação institucionalizada ao comportamento desviante.

É importante definir, portanto, que se utiliza no trabalho a acepção estrita de justiça penal consensual. Nesse sentido, ela consiste no modelo inserido no panorama punitivo que busca, por meio do diálogo e do estabelecimento de soluções consensuadas, promover e fomentar estratégias de simplificação e de aceleração procedimental, visando à implementação da orientação político-criminal de tratar de forma célere os casos penais (Cunha, 2019).

Definidos os contornos da justiça penal consensual punitiva, pode-se dizer que os acordos de admissão de culpa são (Cunha, 2019, p. 98)

negócios jurídicos bilaterais de natureza mista, firmados após a estabilização da relação processual, que buscam abreviar o procedimento ou antecipar o julgamento da causa a partir da admissão da culpabilidade do acusado, que renuncia ao direito de resistir à pretensão acusatória em troca de algum benefício processual ou material.

Desse modo, os acordos de admissão de culpa não se confundem com os intitulados “acordos de cooperação”⁸, no Brasil denominados

8 Os acordos de cooperação foram previstos pela Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada pela Assembleia-Geral das Nações Unidas em 31 de

pela legislação de “acordos de colaboração premiada”. Embora também sejam considerados negócios jurídicos bilaterais (Didier Jr.; Bomfim, 2016), não se pode perder de vista que eles se traduzem, ainda, em uma técnica especial de investigação, que busca obter provas (Aras, 2015; Fonseca, 2017). Os acordos de cooperação, portanto, não se prestam, precipuamente, à finalidade de acelerar a persecução por meio da sumarização, da abreviação ou do encerramento antecipado do procedimento; objetivam, sim, facilitar a produção de provas, motivo pelo qual podem ser firmados na fase investigativa e após o término da relação processual.

Nesse sentido, Strang (2014) sustenta que, diferentemente do que ocorre em relação aos *plea agreements*, os acordos de cooperação são ferramentas investigativas que não visam à admissão de culpa como objetivo principal. Eles buscam produzir provas para incriminar outros indivíduos, geralmente coautores e comparsas, quebrando, assim, o código de silêncio e tornando mais efetivo o combate à criminalidade organizada.

outubro de 2003 e assinada pelo Brasil em 9 de dezembro de 2003. De acordo com o art. 37 do referido tratado: 1. Cada Estado-parte adotará as medidas apropriadas para restabelecer as pessoas que participam ou tenham participado da prática dos delitos qualificados de acordo com a presente Convenção que proporcionem às autoridades competentes informação útil com fins investigativos e probatórios e as que lhes prestem ajuda efetiva e concreta que possa contribuir a privar os criminosos do produto do delito, assim como recuperar esse produto. 2. Cada Estado-parte considerará a possibilidade de prever, em casos apropriados, a mitigação de pena de toda pessoa acusada que preste cooperação substancial à investigação ou ao indiciamento dos delitos qualificados de acordo com a presente Convenção. 3. Cada Estado-parte considerará a possibilidade de prever, em conformidade com os princípios fundamentais de sua legislação interna, a concessão de imunidade judicial a toda pessoa que preste cooperação substancial na investigação ou no indiciamento dos delitos qualificados de acordo com a presente Convenção.

Igualmente, os acordos de admissão de culpa são diferentes do que se convencionou denominar “diversão” (Torrão, 2000; Thaman, 2007), que pode ser compreendido como a opção de política criminal definida para a resolução dos casos penais de maneira diversa daquelas ordinariamente adotadas e levada a efeito antes da determinação da culpa (Brandalise, 2016). Como exemplos de diversão, pode-se mencionar, no Brasil, a extinção da punibilidade decorrente da composição civil dos danos e a transação penal previstas na Lei 9.099/1995, ocorridas antes da propositura da ação penal, além da suspensão condicional do processo, posterior ao ajuizamento do caso penal.

Embora os métodos de diversão possam ser considerados expressão da justiça penal consensual em sentido amplo, já que implicam o ajuste de vontades entre os envolvidos, eles diferem, substancialmente, do paradigma penal punitivo, que busca desestimular condutas socialmente indesejáveis por meio da aplicação de sanções. Por essa razão, tais métodos também não serão objeto de análise neste trabalho.

3.1.1 GUILTY PLEA, CONFISSÃO E ADMISSÃO DE CULPA: UMA DISTINÇÃO NECESSÁRIA

Sendo o processo penal adversarial anglo-saxão uma disputa (Goldstein, 1974), caso um dos contendores, por entender que o oponente tem razão, decida não duelar, o processo deixa de fazer sentido. É nesse contexto que deve ser entendida a *guilty plea* – instituto tipicamente adversarial e que não existe no modelo “inquisitorial” –, justamente por não fornecer uma versão completa da “verdade” (Langer, 2005).

Para que o instituto da *guilty plea* seja bem compreendido e, principalmente, diferenciado da confissão, deve-se, de início, tecer alguns comentários sobre o método de solução do caso penal no procedimento adversarial.

Como esclarece Bovino (2001), no sistema norte-americano, o ju-

rado se pronuncia com seu veredito (*verdict*⁹) sobre a questão de fato, relativa à culpabilidade do acusado. O veredito diferencia-se de uma decisão judicial (*judgment*) não somente porque é pronunciado por juízes leigos, mas por se referir exclusivamente aos fatos da causa. Em um caso penal, um veredito condenatório, proferido pelos jurados, não é suficiente para a imposição da pena. É necessária uma segunda decisão, denominada sentença (*sentence*), na qual a corte individualiza e impõe a pena ao condenado.

De tal modo, a *guilty plea* não é um elemento de prova ou uma confissão, mas possui a mesma força e produz os mesmos efeitos do veredito dos jurados¹⁰ (Griffin, 2017). Diante da *guilty plea*, resta à corte apenas a tarefa de proferir a sentença condenatória para aplicar a pena¹¹. Por essa razão, comumente se diz que admissão de culpabilidade da *guilty plea* não é uma prova da qual se pode valer a acusação, senão uma declaração formal, por meio da qual o acusado aceita como verdadeira a imputação e renuncia a determinados direitos processuais, entre os quais o direito ao julgamento pelos jurados (Bovino, 2001).

Tendo em vista as características da *guilty plea*, Garrett (2016) pondera que, independentemente de seus méritos e de seus defeitos, o instituto não deve ser confundido com a confissão, uma vez que, de modo geral, sequer envolve o relato do fato praticado, muito menos

9 De acordo com o *Black's Law Dictionary* (1979, p. 1398), *verdict* é a “resposta definitiva dada pelo júri para a corte considerando a matéria de fato submetida ao júri para deliberação e determinação. [...] O *usual verdict* é aquele em que o júri decide qual lado vence”. (Tradução livre)

10 No caso “United States vs. Bialkin”, a Suprema Corte norte-americana deixou consignado que o papel do júri é verificar a culpa do acusado, de modo que se ele próprio a admite, não resta função para o júri executar.

11 Desde que, logicamente, os requisitos de admissibilidade sejam verificados no caso concreto.

com detalhes. Embora faça a ressalva de que a prática não é uniforme nos Estados Unidos¹², via de regra, o acusado apenas faz a singela declaração “*I did it*”, sem indicar as razões pelas quais o fez ou como praticou o delito cuja prática assumiu.

Considerando as especificidades da *guilty plea*, os países de tradição continental, mesmo aqueles que adotaram os mecanismos consensuais, têm resistência em relação ao instituto, de modo que permanecem se valendo da confissão. De fato, por ser mais detalhada e não eliminar a necessidade de avaliação judicial, a confissão é mais consistente com a missão tradicional dos países da *civil law*, que é descobrir a verdade do caso (Turner, 2017a).

As reflexões de Brandão (2015) ilustram com precisão a perspectiva continental. De acordo com esse professor português, ainda que seja assumido como um meio destinado a simplificar o processo, o acordo de encerramento antecipado, como tal, não é nem pode ser o substrato em que se funda a sentença. Essa deve basear-se unicamente na convicção fundada do tribunal acerca dos fatos que integram o objeto do processo. Ele prossegue, afirmando que para o acordo atingir seus objetivos é imprescindível a confissão. Não, porém, como mera declaração de culpa, mas como elemento dirigido ao esclarecimento e à comprovação dos fatos. Por isso, devem-se considerar inidôneas as confissões meramente formais e vazias de conteúdo.

12 A abordagem e a análise do processo penal norte-americano colocam, a quem se propõe a tal empreendimento, sobretudo àqueles acostumados com a tradição romano-germânica, uma dificuldade adicional: dada a pluralidade de ordenamentos (estaduais e federal), não é isenta de dúvidas a existência de um verdadeiro sistema norte-americano de processo penal (Albergaria, 2007). Não é possível negar, porém, que, mesmo a despeito de os sistemas não seguirem necessariamente regras idênticas, apresentam traços comuns que justificam seu agrupamento na categoria de sistema processual norte-americano, pelo menos para os fins do presente trabalho.

Embora a confissão tenha pontos de contato com o instituto da *guilty plea*, principalmente em razão de ambos consistirem no ato de o acusado ou investigado, perante a autoridade competente, admitir a prática de algum ato criminoso, há algumas especificidades que delimitam a fronteira que separa os institutos. A primeira delas é que a confissão é um meio de prova, que pode ser cotejada com as demais evidências e devidamente valorada para a formação tanto da *opinio delicti* como do juízo sobre a culpa do acusado ao fim da instrução processual. Por essa razão, ela exige o detalhamento dos fatos confessados. A segunda, traço mais marcante, é que a confissão, em geral, não produz o efeito de abreviar o procedimento nem tampouco de modificar a marcha procedimental, tal qual ocorre com a *guilty plea*.

Tendo em vista esse pano de fundo, pode-se dizer que a admissão de culpa, da forma como foi aprovada no Estatuto de Roma, seria um terceiro gênero de ato processual que possui parcela das características da confissão e da *guilty plea*, mas que não se confunde com nenhuma das duas. Como será demonstrado a seguir, ao mesmo tempo que é um meio de prova a ser submetido à cognição judicial, o que a aproxima da confissão, a admissão de culpa produz o efeito de abreviar, de forma completa ou parcial, o procedimento penal, assemelhando-se à *guilty plea*. Assim, pode-se afirmar que a admissão de culpa, simultaneamente, contém a confissão e produz efeitos procedimentais semelhantes aos da *guilty plea*.

É relevante mencionar, ainda, que a expressão “admissão de culpa” foi utilizada, de forma deliberada, por ocasião das discussões que precederam a definição das normas procedimentais do Estatuto de Roma, para evidenciar as diferenças entre os institutos da *guilty plea* e da confissão. Como explica Petrig (2008), a escolha pelo termo “admissão de culpa” não foi ocasional, mas decorrente da reação à divisão entre os que propunham e os que se opunham a um sistema de acordos penais nos moldes norte-americanos. Em outros termos, a escolha da expressão representou um compromisso entre as tradições da *common law* e da

civil law (Turner, 2017a). A seguir, serão enfatizados os pontos mais relevantes das discussões.

3.2 ADMISSÃO DE CULPA NO TPI: UM INSTITUTO ENTRE DUAS TRADIÇÕES

Como mencionado, as discussões sobre as normas procedimentais do TPI ocorreram no contexto de franca expansão da utilização do modelo de justiça penal consensual como forma de lidar com alguns problemas do sistema de justiça criminal.

Era previsível, portanto, que a inclusão de algum mecanismo de consenso fosse proposta nas discussões para definição das regras do TPI. O grupo de trabalho criado pela Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas para discutir as normas do TPI apresentou, em 1994, um projeto no qual foi incluída a possibilidade de os acusados se declararem culpados ou inocentes por meio da *guilty plea*. A proposta foi a seguinte:

Article 38. Functions and powers of the Trial Chamber

1. *At the commencement of the trial, the Trial Chamber shall:*

(a) *Have the indictment read;*

[...]

(d) ***Allow the accused to enter a plea of guilty or not guilty.***

Nos comentários sobre o instituto, o próprio relatório da Comissão de Direito Internacional reconhece que, em alguns sistemas processuais, a *guilty plea* reduz substancialmente o trâmite procedimental e dispensa a comprovação da culpabilidade, enquanto em outros produz poucos efeitos em termos de redução do procedimento. O documento reconhece, ainda, que alguns sistemas sequer conhecem a *guilty plea* ou institutos assemelhados. Apesar desse reconhecimento, a proposta

da Comissão foi extremamente lacônica ao prever a *guilty plea* e nada falou sobre as suas consequências (Turner, 2017).

A proposta de inclusão da *guilty plea* logo encontrou resistência. No ano seguinte, um dos dois órgãos criados pela Assembleia-Geral da ONU para produzir um texto consolidado, o Comitê *Ad Hoc* (*Ad Hoc Committee on the Establishment of an International Criminal Court*), cuja participação foi aberta a todos os países das Nações Unidas, reuniu-se para discutir o projeto apresentado pela Comissão. Em seu relatório, o Comitê *Ad Hoc* apresentou ressalvas quanto ao artigo que previa a *guilty plea*. Relatou que algumas delegações ponderaram que os efeitos da *guilty plea* tinham de ser mais bem explicitados, considerando as diferenças entre os sistemas processuais de tradição *civil law* e *common law*. Ademais, levando em consideração a gravidade dos crimes submetidos à jurisdição do TPI, também foram apresentados questionamentos quanto a ser apropriado permitir a *plea bargaining*.

No ano seguinte, com a criação do Comitê Preparatório (*Preparatory Committee on the Establishment of an International Criminal Court*), que substituiu o Comitê *Ad Hoc*, as discussões foram aprofundadas. No relatório do Comitê Preparatório, fica evidente o confronto de visões decorrente de tradições jurídicas distintas. Inicialmente, admite-se que existiam diferentes visões sobre a possibilidade de aceitação ou não da *guilty plea* e sobre quais seriam suas consequências. Por um lado, o relatório evidencia que havia posições defensoras da aceitação da *guilty plea*, que teria como efeito processual a redução de custos dos julgamentos e a proteção de vítimas e testemunhas, as quais seriam poupadas de sofrimentos adicionais. Por outro lado, foram expressadas opiniões no sentido de que a *guilty plea* deveria tomar a forma da confissão, tal como é aplicada nos sistemas romano-germânicos. Em outras palavras, para a segunda corrente, a admissão de responsabilidade deveria ter a natureza de prova a ser considerada pelo julgador, que permaneceria obrigado a determinar a culpa, independentemente das declarações do

acusado. Além disso, a assunção de culpa não deveria ensejar a abreviação do procedimento, de modo que um julgamento completo seria necessário em razão da gravidade dos crimes e interesses das vítimas e da comunidade internacional. Por fim, os defensores dessa segunda visão observaram que a previsão da *guilty plea*, da forma como foi prevista inicialmente, era contrária às normas constitucionais de alguns países, o que podia impedir a aceitação interna do estatuto.

Essa divergência de visões não passou despercebida. O próprio Comitê Preparatório reconheceu expressamente a necessidade de superar a distância existente entre sistemas distintos por meio da busca de denominadores comuns, que pudessem estabelecer o diálogo entre ambos os sistemas. Diante desse desafio, as delegações da Argentina e do Canadá submeteram uma proposta de solução intermediária, que mesclava conceitos tradicionais dos sistemas da *common law* e da *civil law*. Como resultado da tentativa de criar um instituto aceitável pelos representantes de ambas as tradições jurídicas, a proposta apresentada – que, com poucas mudanças posteriores tornou-se o art. 65 do estatuto – utilizou pela primeira vez o termo “*admission of guilt*”, evitando a terminologia corriqueiramente utilizada pelas tradições da *common law* e da *civil law*.

Com pequenos ajustes, o Comitê Preparatório incluiu a proposta apresentada pela Argentina e Canadá no projeto final do Estatuto do Tribunal Penal Internacional, concluído pouco tempo antes da Conferência de Roma. O dispositivo, com a proposta de acordo de admissão de culpa, foi aprovado no art. 65, sob o título inglês de “*Proceedings on an admission of guilt*”.

3.3 CARACTERÍSTICAS GERAIS DOS ACORDOS NO TPI

É cediço que o processo, do mesmo modo que a jurisdição, não pode ser compreendido à distância dos valores do Estado e da sociedade na

qual está mergulhado. Dito de outra maneira, não há como se cogitar sobre a adoção de um conceito de processo instituído para uma jurisdição de outro momento da história, marcada por diferentes valores e metas sociais. Da mesma forma que ocorre com a jurisdição, com a ação e com a defesa, o processo compromete-se com os valores de seu momento histórico (Marinoni, 2014).

Com isso, demonstra-se que a estrutura e a concretização do procedimento, longe da posição de indiferença ou de neutralidade em relação aos fins da jurisdição penal, são (ou pelo menos devem ser) o reflexo das decisões político-criminais adotadas por meio dos mecanismos de tomada de decisões coletivas.

Nessa perspectiva, as regras procedimentais previstas no art. 65 estabelecem para a jurisdição do TPI o que pode ser denominado “devido processo consensual punitivo” (Cunha, 2019), sendo este o reflexo dos valores que a Corte Penal Internacional busca proteger e dos objetivos que pretende alcançar.

Com disciplina muito mais minuciosa do que comumente se vê nos sistemas que adotam a *plea bargaining*, é possível inferir que o procedimento dos acordos de admissão de culpa previsto no TPI pretende, basicamente, preservar a autonomia dos acusados ao mesmo tempo em que busca estimular a maior obtenção de conhecimento possível visando à reconstrução dos fatos. Isso sem descuidar do ideal de tratar de forma mais célere os casos penais, característico do modelo consensual. Em outros termos, o procedimento de acordos do TPI afastou-se da concepção do processo como um método exclusivo de resolução de conflitos e adotou a premissa de que o processo deve desempenhar função epistêmica, encarando o conhecimento verdadeiro como possível e desejável (Taruffo, 2016).

Quanto às normas procedimentais, inicialmente, vale mencionar que é obrigatória a apuração judicial sobre a validade da admissão de culpa, validade esta que consiste em ser a admissão bem informada e voluntária. Para tanto, o estatuto menciona expressamente a necessidade de a

admissão de culpa ser realizada livremente, com a obrigatória consulta do advogado de defesa. Logo, para bem observar o princípio da autonomia na perspectiva do acusado, não é suficiente que o procedimento dos acordos de admissão de culpa evite a indevida influência externa na formação e manifestação de sua vontade. É necessário, mais que isso, que a estrutura normativa garanta condições materiais para que o imputado possa efetivamente se autodeterminar. A obrigatoriedade da assistência de advogado caminha nessa direção.

Ademais, a validade, por força de expresso dispositivo legal, também depende da correta compreensão da natureza do ato de admissão de culpa e das suas consequências¹³. Ou seja, de acordo com as lições de Turner (2017), incumbe ao julgador avaliar se o acusado entende os elementos do crime em relação ao qual assume a culpa, se tem ciência dos direitos que renuncia com seu ato e se compreende as implicações em termos de consequências punitivas. Por fim, o julgador deve avaliar a capacidade cognitiva de o acusado admitir a culpa. A comprovação de tal capacidade, diga-se, não difere do que se exige para submeter uma pessoa à persecução criminal internacional.

Em relação à preocupação com a fidedigna reconstrução dos fatos, o que possui estreita relação com o contexto da prática dos crimes internacionais, o procedimento dos acordos é bastante cauteloso, tentando apartar-se o mínimo possível desse objetivo. Trilhando esse caminho, o estatuto exige que a admissão seja corroborada pelos fatos que resultam da imputação deduzida pelo órgão acusador, pelas provas que dão suporte à acusação e por quaisquer outras provas, como testemunhos, apresentadas tanto pela acusação como pela defesa.

13 Estatuto de Roma, art. 65: “1. Se o acusado confessar nos termos do parágrafo 8, alínea a), do artigo 64, o Juízo de Julgamento em Primeira Instância apurará: a) Se o acusado compreende a natureza e as consequências da sua confissão;”

A primeira exigência decorre da finalidade epistemológica do processo, ou seja, do princípio da busca da verdade. Consiste, inicialmente, na proibição de que o acordo recaia sobre os fatos, isto é, sobre o próprio objeto da imputação, o que representa uma mudança em relação aos Tribunais *ad hoc* anteriores ao TPI (Turner, 2017). Não se admite, por consequência, que o juízo valorativo do órgão acusador seja objeto de transação ou funcione como instrumento de persuasão para obter um determinado comportamento do réu. E não é só. A exigência de que a admissão seja precedida da acusação permite concluir que o acordo será necessariamente firmado depois de fixado o objeto do processo, o que diminui os incentivos para a utilização da *overcharging*¹⁴ como técnica de negociação.

A segunda exigência é a de que a admissão de culpa seja necessariamente acompanhada de provas que lhe deem sustentação, o que impede a utilização da assunção dos fatos como o único fundamento para a imposição da pena. A admissão, além disso, deve ser completa e tratar de todos os elementos essenciais constitutivos do crime, não sendo suficientes declarações lacônicas de assunção de responsabilidade. De acordo com Damaška (2004), a opção por esse modelo pode ser creditada, entre outros fatores, ao fato de que a narrativa detalhada do acusado, além de facilitar a descoberta da verdade, contribui para a

14 A *overcharging*, também conhecida como sobreacusação, é estratégia acusatória que consiste, em apertada síntese, na imputação de crimes mais graves ou de um maior número de crimes ao acusado, com a finalidade de ampliar os riscos do processo e, assim, aumentar incentivos para que os acusados firmem acordos penais. Cumpre esclarecer, todavia, que o termo *overcharging* tem natureza ambígua e pode incluir decisões acusatórias tanto lícitas como ilícitas. Como técnica para catalisar acordos penais, o termo apareceu na literatura em meados da década de 1960, a partir do artigo *The Prosecutor's Role in Plea Bargaining*, escrito pelo professor Alschuler (1968). Para um estudo aprofundado sobre a *overcharging*, ver Graham (2013).

promoção dos objetivos pedagógicos da jurisdição penal internacional, até mesmo a reconciliação dos grupos envolvidos no conflito. Afinal, como pondera o citado professor croata, é mais fácil enxergar remorso em confissões detalhadas do que em meras declarações formais de responsabilidade ou em recusas de contestação de acusações.

Na hipótese de o julgador entender que não estão reunidas as condições de validade da admissão de culpa, considerá-la não ocorrida, determinando o prosseguimento do processo com a observância do procedimento ordinário. Nesse caso, o estatuto faculta-o remeter o processo a outro julgador. É oportuno destacar que a remessa a outro juízo se trata de mera faculdade, não havendo imposição legal, o que sugere que o estatuto presumiu que os juízes têm a capacidade de manter-se imparciais mesmo depois de ter ouvido do acusado uma admissão de culpa (Turner, 2017).

Se o julgador reputar insuficientes os elementos de prova que corroboram a admissão de culpa, pode, no interesse da Justiça, e em particular no interesse das vítimas, solicitar ao órgão acusador a apresentação de provas adicionais¹⁵. Trata-se de regra procedimental que busca solucionar o potencial conflito existente entre o incentivo ao consenso entre as partes e os interesses das vítimas. Os poderes processuais do julgador foram fortalecidos exatamente para evitar que os acordos de admissão de culpa deixem de levar em consideração os direitos e interesses das vítimas (Petrig, 2008).

Quanto aos incentivos para a admissão de culpa, o Estatuto de Roma não menciona expressamente a possibilidade de os acusados

15 TPI, art. 65 (4): “Se o Juízo de Julgamento em Primeira Instância considerar necessária, no interesse da justiça, e em particular no interesse das vítimas, uma explanação mais detalhada dos fatos integrantes do caso, poderá: a) Solicitar ao Procurador que apresente provas adicionais, incluindo depoimentos de testemunhas;”

serem tratados de forma mais leniente, muito embora se entenda que há uma presunção de que a sentença reconhecerá algum benefício ao réu, considerando que todos os sistemas processuais reputam tal comportamento como merecedor de recompensa (Rauxloh, 2010). Embora a consequência leniente não seja expressamente mencionada, as Regras de Procedimento e Prova (*Rules of Procedure and Evidence*) do TPI, em seu dispositivo 145 (2)(a)(ii), dispõe que é circunstância atenuante o comportamento do condenado depois do ato criminoso, incluindo os esforços para compensar as vítimas e qualquer cooperação com a corte. Como será a seguir demonstrado, o TPI seguiu a jurisprudência das cortes criminais internacionais, ao considerar a admissão de culpa uma circunstância atenuante no primeiro caso em que ela ocorreu.

Por fim, o Estatuto de Roma optou por esclarecer expressamente que o acordo, seja em relação à acusação, seja em relação à sanção penal, não vincula o tribunal¹⁶, o que demonstra, mais uma vez, que o modelo consensual escolhido optou por se afastar da prática da *plea bargaining* norte-americana.

O TPI, no ano de 2016, pela primeira vez, aplicou o procedimento previsto em seu art. 65, ocasião em que teve oportunidade de discutir e concretizar as normas procedimentais acima descritas. Trata-se do caso “The Prosecutor vs. Ahmad Al Faqi Mahdi”.

Em dezembro de 2015, o órgão acusador do TPI imputou a Al Mahdi, cidadão maliano, o crime previsto no art. 8 (2)(e)(iv) do Estatuto de Roma, em razão de ter atacado intencionalmente dez edifícios históricos e consagrados ao culto religioso na cidade de Timbuktu, declarada patrimônio cultural da humanidade pela Unesco em 1988. De acordo

16 TPI, art. 65 (5): “Quaisquer consultas entre o Procurador e a defesa, no que diz respeito à alteração dos fatos constantes da acusação, à confissão ou à pena a ser imposta, não vincularão o Tribunal.”

com a acusação, Al Mahdi, integrante do grupo armado conhecido como Ansar Dine, praticou o delito em um contexto de conflito armado iniciado em 2012, no interior do Mali.

No dia 18 de fevereiro de 2016, o acusado, assistido por advogados, e o órgão acusador firmaram um acordo de admissão de culpa. Tal negócio jurídico foi reduzido a termo e contém a manifestação de que o acusado optou de forma livre e consciente pela celebração. Além disso, possui, em um dos anexos, a narrativa detalhada da assunção de culpa.

O julgamento foi levado a efeito entre 22 e 24 de agosto do mesmo ano. Para estabelecer se admissão de culpa era suportada pelas evidências, a Corte levou em consideração as provas apresentadas pela acusação e aceitas pelo réu, dois depoimentos escritos de testemunhas de defesa, manifestações escritas das vítimas do crime e a oitiva presencial de três testemunhas de acusação. Embora não tenha havido requerimento de produção de provas adicionais, a Corte deixou consignado que prestou particular atenção à circunstância de serem as provas suficientes para demonstrar a responsabilidade do acusado independentemente de sua admissão.

Além disso, a Corte avaliou, tanto oralmente como por meio das manifestações escritas, que o acusado: conhecia a natureza das acusações e as consequências da admissão de culpa; admitiu a culpa de forma voluntária e devidamente orientada pela defesa técnica; renunciou ao exercício dos direitos ao silêncio, de resistir à acusação, de produzir provas, de confrontar testemunhas e de impugnar a decisão condenatória; aceitou sua responsabilidade criminal; e confirmou que o acordo não previa a modificação dos fatos imputados.

Após analisar minuciosamente a prova, indicando as razões pelas quais elas conduziram à conclusão, a Corte entendeu que a imputação estava provada para além de dúvida razoável. No processo de dosimetria, a admissão de culpa foi considerada uma circunstância atenuante, sendo o acusado condenado a nove anos de prisão. Em relação aos efeitos materiais da admissão de culpa, consignou que:

The Chamber considers that an admission of guilt is undoubtedly a mitigating circumstance and gives it substantial weight. In this regard, the Chamber notes that the admission was made early, fully and appears to be genuine, led by the real desire to take responsibility for the acts he committed and showing honest repentance. This admission of guilt undoubtedly contributed to the rapid resolution of this case, thus saving the Court's time and resources and relieving witnesses and victims of what can be a stressful burden of giving evidence in Court. 167 Moreover, this admission may also further peace and reconciliation in Northern Mali by alleviating the victims' moral suffering through acknowledgement of the significance of the destruction. Lastly, such an admission may have a deterrent effect on others tempted to commit similar acts in Mali and elsewhere. This said, the Chamber notes that this admission is made against a backdrop of overwhelming evidence pointing to Mr Al Mahdi's guilt.

Atualmente, Al Mahdi, que teve o julgamento mais rápido da história do TPI, cumpre pena no Reino Unido, Estado que coopera voluntariamente com a Corte para permitir em seu território a execução das sentenças condenatórias.

4. LIÇÕES PARA O SISTEMA PROCESSUAL BRASILEIRO

São múltiplas as lições ao sistema jurídico brasileiro, especialmente ao jurídico-penal, que podem ser extraídas do processo de criação do TPI e suas normas. Duas delas merecem destaque.

A primeira diz respeito a uma armadilha comum no processo de tradução de textos jurídicos. No processo de aprovação legislativa do Estatuto de Roma ao ordenamento brasileiro, que culminou no Decreto n. 4.388, de 25 de setembro de 2002, o termo “*admission of guilt*” foi equivocadamente traduzido como “confissão”.

De acordo com o que foi demonstrado, a utilização da expressão “*admission of guilt*” pelo TPI deu-se de forma proposital, de modo a evitar que o instituto fosse confundido com a confissão característica dos sistemas de tradição romano-germânica. De fato, a admissão de culpa prevista no arcabouço procedimental do TPI pouco se assemelha à confissão conhecida pelo sistema processual pátrio, o que torna questionável a escolha do termo em português para o instituto. Em que pese o deputado federal relator do projeto do decreto legislativo tenha consignado, em seu parecer, que a tradução para o português feita pelo Executivo respeitou a boa técnica, levando mais de um ano para ser concluído, não há como concordar com a escolha do termo.

Não sem motivos, Legrand (2018), em crítica à corrente dominante do juscomparatismo, pondera que inexiste objetividade na atividade de descrever o Direito estrangeiro, tal como se fosse possível separar o sujeito da realidade cultural na qual está inserido para então analisar objetivamente as normas alienígenas. Portanto, o que o comparatista apresentará ao seu leitor será uma interpretação própria daquilo que lhe parecer ser o Direito estrangeiro, ou seja, uma construção forjada com base nas suas pré-compreensões jurídicas, feita sempre através das lentes de seu próprio Direito.

Não há dúvidas de que isso ocorreu no processo de tradução do termo “*admission of guilt*” para o português. Convém, para evitar futuros equívocos semelhantes, sobretudo no atual contexto de aprofundamento da cooperação penal internacional e de constante circulação de institutos jurídicos, ampliar a cautela para se evitarem erros na compreensão dos institutos estrangeiros.

Outro ponto a ser discutido é a influência exercida pelas regras procedimentais do TPI no processo penal brasileiro.

De início, não se desconhece que as regras procedimentais do TPI foram pensadas para incidirem no contexto da persecução dos crimes internacionais, de modo que são válidas para operarem dentro do universo

para o qual foram construídas. Já as jurisdições nacionais, como explica Zilli (2013), têm autonomia para gerenciarem a marcha processual de acordo com a sua própria cultura e tradição jurídica.

Isso não significa, de modo algum, que as normas procedimentais das cortes internacionais não possam ser levadas em consideração tanto como vetor interpretativo do direito interno quanto para a criação ou modificação de estruturas normativas a serem aplicadas no tratamento dos casos penais. Especificamente no caso do procedimento de admissão de culpa do TPI, sobram motivos para que a comunidade jurídica leve em consideração tais normas na solução de problemas do sistema brasileiro.

Atualmente, 122 Estados-Nação são parte do Estatuto de Roma, incluindo a quase totalidade dos países europeus e toda a América Latina, o que significa que todos eles, muitos dos quais democracias liberais consolidadas, reconheceram as regras que disciplinam o acordo de admissão de culpa como compatíveis com seus sistemas jurídicos.

No caso do processo de incorporação do Estatuto de Roma ao Brasil, são ilustrativas as informações constantes na Exposição de Motivos do encaminhamento do texto do tratado ao Congresso:

A ratificação do Estatuto do TPI estaria em plena sintonia com os princípios da prevalência dos direitos humanos nas relações internacionais e da dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado, inscritos na Constituição brasileira. Cabe recordar que a Constituição determina, no artigo 7º do Ato das Disposições Transitórias, que o Brasil propugnará pela formação de um tribunal internacional dos direitos humanos.

Ademais, desde a Conferência de Roma, foram realizadas, segundo a Exposição de Motivos, consultas e discussões, em diversos níveis, para o exame cuidadoso das questões relativas à compatibilidade das disposições do Estatuto de Roma com o direito interno brasileiro. Tais iniciativas envolveram não apenas o Poder Executivo mas também

entidades da sociedade civil, acadêmicos e membros dos Poderes Legislativo e Judiciário.

De igual maneira, as duas casas do Congresso avaliaram o texto do estatuto e concluíram que todos os seus dispositivos, o que inclui as regras procedimentais, estão em harmonia com a Constituição Federal e com o sistema jurídico brasileiro. De fato, a submissão do Brasil à jurisdição do Tribunal Penal Internacional, preceito incluído no Título dos Direitos e Garantias Fundamentais da Constituição Federal, exige a compatibilidade das disposições normativas da Corte Internacional com as regras de direitos e garantias da pessoa, compatibilidade essa que deve ser avaliada pelos mesmos atores que cancelaram as normas do TPI.

Não se está a defender que as regras procedimentais do TPI possam ser aplicadas diretamente nos processos penais em curso no País, assunto que demandaria aprofundamento. Aliás, as notas explicativas que precedem as Regras de Procedimento e Prova do TPI contêm a expressa observação de que as normas da Corte não afetam os processos de nenhum tribunal nacional para os fins de exercício de jurisdição local.

No entanto, não é possível desconsiderar a influência exercida pelas normas do TPI nos sistemas nacionais. Como observam Piragoff e Clarke (2004), a resposta para o questionamento sobre a aplicabilidade dos *standards* procedimentais das cortes internacionais aos sistemas processuais nacionais demanda uma reflexão mais cuidadosa, sendo, em alguns aspectos, positiva. De acordo com o que sustentam, nos casos em que os Estados enfrentaram graves crises de conflitos civis, como o Timor Leste e Serra Leoa, as cortes penais internacionais podem desempenhar papel fundamental na promoção da cultura democrática não apenas punindo os crimes internacionais cometidos mas também fornecendo padrões e diretrizes processuais do devido processo legal a serem aplicadas pelas cortes nacionais pós-transição. Adicionalmente, mesmo em democracias consolidadas, as normas procedimentais do

TPI podem exercer influência persuasiva por aqueles que defendem mudanças nas regras processuais nacionais.

É a situação do sistema de justiça criminal brasileiro. Atualmente, tramitam no Congresso projetos de lei que buscam incorporar a ele os acordos de admissão de culpa¹⁷. Ainda que caiba ao Congresso o juízo exclusivo sobre a conveniência, do ponto de vista político-criminal, de adotar ou não os acordos de admissão de culpa, entende-se que a chancela que a República Federativa do Brasil deu às normas procedimentais do TPI acaba por limitar o espaço de discricionariedade do legislador.

Não se deve olvidar que as normas do TPI foram avaliadas por inúmeros atores internacionais e nacionais, os quais concordaram que seu procedimento adjudicatório observa as balizas do que pode ser reputado devido. O próprio Congresso Nacional, ao incorporar as normas do TPI, manifestou concordância quanto à aplicação do procedimento de admissão de culpa, assentindo, inclusive, que um brasileiro nato possa ser submetido à jurisdição da Corte.

Seria incoerente, portanto, refutar, para fins de aplicação interna, a compatibilidade do procedimento dos acordos de admissão de culpa com o devido processo legal. Ora, sob o ponto de vista da análise estritamente jurídica, por que os acordos seriam admissíveis no âmbito internacional, mas não no âmbito interno? Sem desconsiderar o espaço legislativo para rechaçar o procedimento de admissão de culpa, considere-se que recai sobre o legislativo o ônus argumentativo maior ao rejeitar a inclusão dos acordos no sistema interno, inclusive o de demonstrar

17 Podem ser mencionados os Projetos de Lei n. 236/2012 e n. 8.045/2010, que buscam, respectivamente, instituir um novo Código Penal e um novo Código de Processo Penal (CPP). Mais recentemente, o Executivo encaminhou ao Congresso o Projeto de Lei n. 882/2019, popularmente conhecido como Projeto Anticrime, por meio do qual se pretende a incorporação do acordo de admissão de culpa no CPP.

as razões pelas quais tais regras procedimentais seriam consideradas compatíveis com o devido processo legal exclusivamente para fins do exercício da jurisdição penal internacional.

Outrossim, considerando a recorrência com que os acordos de admissão de culpa são tratados como manifestação do modelo norte-americano de consenso penal¹⁸, são relevantes as lições do TPI. Como visto, o procedimento de admissão de culpa do TPI foi discutido e desenhado normativamente com o propósito de se afastar do modelo norte-americano da *plea bargaining*, objetivo alcançado pelo Estatuto de Roma. A menos que se diga que toda e qualquer influência exercida pelo sistema norte-americano tem aptidão para transformar o mecanismo de consenso penal na *plea bargaining*, é equivocado sustentar que os acordos de admissão de culpa – seja no procedimento do TPI, seja nas propostas legislativas em trâmite no Congresso – representam uma tentativa de transplantar o mecanismo dos Estados Unidos. Em outros termos, o estatuto fornece um ilustrativo exemplo de que é possível criar um procedimento que atenda e se adapte às necessidades da tradição processual brasileira.

18 De modo a ilustrar essa posição, cumpre citar recente estudo publicado pela Ordem dos Advogados do Brasil (2019, grifo nosso): “A adoção do Acordo Penal (*plea bargain*) é certamente a de maior impacto e transformação do sistema processual brasileiro. [...] Toda a doutrina norte-americana identifica no *plea bargain* um modelo que potencializa os riscos de condenação de inocentes, razão pela qual o sistema anglo-saxão estabelece filtros e garantias pré-acordo, como a denominada *Brady Rule*, criada pela Suprema Corte em 1963, que consiste na obrigação da polícia e do ministério público de revelar todas as provas potencialmente relevantes (*disclose exculpatory evidence*) ao caso, inclusive elementos que possam minimizar a credibilidade das testemunhas, antes da realização do *guilty plea*, sob pena de invalidação do processo e sanções aos públicos que violaram esse dever. [...] Diante de todas essas razões, opina-se pela rejeição da proposta de adoção do *plea bargain*.”

5. CONCLUSÃO

O sistema de justiça criminal, como nenhum outro, é corriqueiramente desafiado a encontrar o equilíbrio entre as exigências de garantia dos direitos individuais e de efetividade da tutela penal. Ao mesmo tempo que se busca a justa e rápida punição dos comportamentos desviantes, requer-se o respeito irrestrito a garantias que limitam e estabelecem obstáculos ao exercício do poder punitivo.

Foi neste contexto, de busca de soluções para a tensão entre garantias e efetividade da jurisdição penal, que se pretendeu demonstrar como a análise do procedimento do Tribunal Penal Internacional pode contribuir para a construção e o aprimoramento do modelo de justiça penal consensual que ofereça respostas às demandas político-criminais do sistema jurídico-penal brasileiro.

Não se trata, como discutido, de utilizar como parâmetro comparativo um modelo procedimental estranho à tradição processual brasileira. Trata-se, sim, de levar em consideração um conjunto normativo construído de forma coletiva e dialógica – de cuja construção o próprio Brasil participou – e que recebeu o beneplácito de 122 países, muitos dos quais democracias consolidadas. Não bastasse isso, o próprio Congresso brasileiro, exercendo tipicamente sua função, escrutinou e aprovou o corpo de regras procedimentais do TPI, confirmando sua compatibilidade com as normas que asseguram os direitos e garantias fundamentais e anuindo que um nacional se submeta a julgamento na Corte.

Pode-se afirmar, sem receios, que o procedimento dos acordos de admissão de culpa previstos no TPI representa uma bem-sucedida tentativa de oferecer respostas aos reclamos por efetividade e garantias na jurisdição penal. Resta ao Brasil atentar para as suas lições.

REFERÊNCIAS

ALBERGARIA, P. S. *Plea bargaining: aproximação à justiça negociada nos E.U.A.* Coimbra: Almedina, 2007.

ALSCHULER, A. Plea Bargaining and Its History. *Columbia Law Review*, v. 79, n. 1, 1979.

ALSCHULER, A. The Prosecutor's Role in Plea Bargaining. *University of Chicago Law Review*, v. 36, n. 1, 1968. Disponível em: <https://chicagounbound.uchicago.edu/uclrev/vol36/iss1/3/>. Acesso em: 17 ago. 2018.

AMBOS, K. Os princípios gerais de Direito Penal no Estatuto de Roma. In: CHOUKR, F.; AMBOS, K. *Tribunal Penal Internacional*. [S.l.]: Revista dos Tribunais, 2000.

ARAS, V. Conceito de colaboração premiada. *Blog do Vlad*, 2015. Disponível em: <https://vladimiraras.blog/2015/05/12/conceito-de-colaboracao-premiada/>. Acesso em: 3 mai. 2018.

BEHRENS, H.-J. Investigação, julgamento e recurso. In: CHOUKR, F.; AMBOS, K. *Tribunal Penal Internacional*. [S.l.]: Revista dos Tribunais, 2000.

BLACK, H. C. *Black's Law Dictionary*. 5. ed. St. Paul: West Publishing, 1979.

BOVINO, A. Procedimiento Abreviado y Juicio por jurados. In: MAIER, J. B.; BOVINO, A. *El procedimiento abreviado*. Buenos Aires: Del Puerto, 2001.

BRANDALISE, R. S. *Justiça penal negociada: negociação de sentença criminal e princípios processuais relevantes*. Curitiba: Juruá, 2016.

BRANDÃO, N. Acordos sobre a sentença penal: problemas e vias de

solução. *Julgar*, Coimbra, v. 25, 2015. Disponível em: <http://julgar.pt/wp-content/uploads/2015/01/JULGAR-25-09-NB-Acordos-senten%C3%A7a-penal.pdf>. Acesso em: 2 mai. 2018.

CABON, S.-M. *La négociation en matière pénale*. Tese (Direito) – Université de Bordeaux. Bordeaux. 2014.

CHIESA, L. E. Comparative Criminal Law. In: DUBBER, M. D.; HÖRNLE, T. *The Oxford Handbook of Criminal Law*. Nova Iorque: Oxford University Press, 2016. p. 1089-1114.

CIOCCHINI, P. Moldeando el problema y sus soluciones: Los discursos técnicos sobre la demora en la administración de justicia penal. *Revista Crítica Jurídica*, v. 36, p. 95-123, 2013.

CRUZ, F. S.; BREDA, J. *Análise do projeto de lei anticrime*: OAB Nacional. Brasília: OAB, Conselho Federal, 2019.

CUNHA, V. S. *Acordos de admissão de culpa no processo penal*: devido processo, efetividade e garantias. Salvador: JusPodivm, 2019.

DAMASKA, M. Negotiated Justice in International Criminal Courts. *Journal of International Criminal Justice*, v. 2, p. 1018-1039, 2004. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/jicj/2.4.1018>. Acesso em: 17 mar. 2018.

DELMAS-MARTY, M. The ‘Hybridisation’ of Criminal Procedure. In: JACKSON, J. D.; LANGER, M.; TILLERS, P. *Crime, Procedure and Evidence in a Comparative and International Context*: essays in honour of professor Mirjan Damaska. Oxford: Hart Publishing, 2008.

DERVAN, L. E. Overcriminalization 2.0: The Symbiotic Relationship Between Plea Bargaining and Overcriminalization. *Journal of Law, Economics and Policy*, v. 7, n. 4, 2011. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1916148>. Acesso em: 15 ago. 2018.

EU. European Court of Human Rights. *Caso Natsvlshvili e Togonidze vs Georgia*. 2014. Disponível em: <http://www.mpce.mp.br/wp-content/uploads/2016/03/NATSVLISHVILI-e-TOGONIDZE-vs-GEORGIA-2014.pdf>. Acesso em: 25 set. 2018.

FISHER, G. *Plea bargaining's triumph: a history of plea bargaining in America*. Stanford: Stanford University Press, 2003.

FONSECA, C. B. *Colaboração premiada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2017.

GARRETT, B. L. Why Plea Bargains are Not Confessions. *William & Mary Law Review*, v. 56, 2016. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2533985. Acesso em: 6 mai. 2016.

GOLDSTEIN, A. S. Reflection on Two Models: Inquisitorial Themes in American Criminal Procedure. *Stanford Law Review*, v. 26, p. 1009-1025, 1974. Disponível em: https://www.jstor.org/stable/1227689?seq=1#page_scan_tab_contents. Acesso em: 6 mai. 2018.

GRAHAM, K. Overcharging. *Ohio State Journal of Criminal Law*, v. 11, n. 1, 2013. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2227193. Acesso em: 17 ago. 2018.

GRINOVER, A. P. O Código modelo de processo penal para Ibero-América 10 anos depois. *Revista de La Facultad de Derecho*, n. 53, 2000. Disponível em: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/6585>. Acesso em: 18 set. 2018.

LANGER, M. From Legal Transplants to Legal Translations: The Globalization of Plea Bargaining and the Americanization Thesis in Criminal Procedure. *Harvard International Law Journal*, v. 45, n. 1, 2005. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=707261. Acesso em: 5 mai. 2004.

LEGRAND, P. *Como ler o direito estrangeiro*. Tradução de Daniel Wunder Hachem. São Paulo: Contracorrente, 2018.

LEITE, R. V. *Justiça consensual e efetividade do processo penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). *Report of the International Law Commission on the work of its forty-sixth session (2 May-22 July 1994) [part 2]*. Comissão de Direito Internacional. A/49/10. 1994.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). *Report of the Ad Hoc Committee on the Establishment of an International Criminal Court*. General Assembly. Fiftieth Session. Supplement n. 22 (A/50/22). Nova York. 1995.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). *Report of the Preparatory Committee on the Establishment of an International Criminal Court_Volume I (Proceedings of the Preparatory Committee during March-April and August 1996)*. General Assembly. Supplement n.22 (A/51/22). Nova York. 1996.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). *Working Paper Presented by the Delegation of Argentina on Rules of Procedure*. General Assembly. ICC Preparatory works. A/AC.249/L.6. 1996.

PEGORARO, L.; RINELLA, A. *Introducción al Derecho público comparado*. Tradução de César Astudillo. Lima: Palestra Editores, 2006.

PETRIG, A. Negotiated Justice and the Goals of International. *Chicago-Kent Journal of International and Comparative Law*, v. 8, n. 1, 2008. Disponível em: <https://scholarship.kentlaw.iit.edu/ckjicl/vol8/iss1/1/>. Acesso em: 5 mai. 2018.

PIRAGOFF, D.; CLARKE, P. The emergence of common standards of “due process” in international and national criminal proceedings. *In: ASSOCIATION INTERNACIONALE DE DROIT PENAL. International criminal law: quo vadis? Éres: Ramonville Saint-Agne, 2004.* p. 363-395. Disponível em: <http://www.penal.org/sites/default/files/files/NEP%2019.pdf>. Acesso em: 5 mai. 2018.

RAUXLOH, R. E. Plea bargaining in international criminal justice – can the International Criminal Court afford to avoid trials? *The Journal of Criminal Justice Research*, v. 1, n. 2, p. 1-25, 2010. Disponível em: <https://eprints.soton.ac.uk/360252/>. Acesso em: 5 mai. 2018.

STEINER, S. H. O perfil do juiz do Tribunal Penal Internacional. *In: CHOUKR, F.; AMBOS, K. Tribunal Penal Internacional.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

STRANG, R. R. Plea bargaining, cooperation agreements, and immunity orders. *Resources material series n. 92*, Fuchu, p. 30-37, 2014. Disponível em: http://www.unafei.or.jp/english/pdf/RS_No92/No92_00All.pdf. Acesso em: 4 mai. 2018.

TARUFFO, M. *Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos.* São Paulo: Marcial Pons, 2016.

TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL (TPI). *Rules of Procedure and Evidence.* Enschede: International Criminal Court, 2013. Disponível em: <https://www.icc-cpi.int/iccdocs/pids/legal-texts/rulesprocedureevidenceeng.pdf>. Acesso em: 11 ago 2019.

TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL (TPI). ICC-01/12-01/15: Case The prosecutor v. Ahmad Al Faqu Al Mahdi, 2016. Disponível em: https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2017_05117.PDF. Acesso em: 11 ago. 2019.

TURNER, J. I. Article 65: Proceedings on an admission of guilt. *In: KLAMBERG, M. Commentary on the Law of the International Criminal Court*. Brussels: Torkel Opsahl Academic EPublisher, 2017. Disponível em: www.cmn-kh.org/clicc. Acesso em: 6 mai. 2018.

TURNER, J. I. Plea Bargaining and International Criminal Justice. *The University of the Pacific Law Review*, v. 48, n. 2, 2017a. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2924610. Acesso em: 6 mai. 2018.

TURNER, J. I. Pluralism in International Criminal Procedure. *In: BROWN, D. K.; TURNER, J. I.; WEISSER, B. The Oxford Handbook of Criminal Process*. Nova Iorque: Oxford University Press, 2019. p. 993-1017.

ZILLI, M. As provas ilícitas no processo penal brasileiro e no Direito Penal Internacional: duas cabeças. duas sentenças. *In: SANTIAGO, N. E. A. Proibições probatórias no processo penal: análise do direito brasileiro, do direito estrangeiro e do direito internacional*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 89-133.

ACORDOS RESOLUTIVOS NO DIREITO PENAL: DIREITO COMPARADO, PROJETO ANTICRIME E PROPOSTA DE APERFEIÇOAMENTO PARA OS DELITOS AMBIENTAIS

Monique Cheker¹

RESUMO

O artigo busca comprovar que a celebração de acordos resolutivos no direito penal, em especial acordos de não persecução penal e acordos sobre a sentença é uma tendência mundial. Nesse sentido, apresenta uma breve pesquisa sobre o tema nos Estados Unidos, em Portugal, na Alemanha, na Argentina, na Espanha e na Itália, sem intenção de ser exaustivo. Além disso, procura desmistificar a equivocada concepção de que o Projeto Anticrime apresentado pelo Ministério da Justiça importou a legislação norte-americana quanto ao *plea bargain*, elencando diferenças substanciais entre as proposições. Por fim, em relação aos crimes ambientais, faz uma análise crítica relativamente à omissão legislativa nas sentenças condenatórias e aos acordos de não persecução penal.

1 Pós-graduada pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Ex-procuradora do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro. Procuradora da República.

Palavras-chave: Projeto Anticrime. Projeto de Lei n. 882/2019. *Plea bargain*. *Non-prosecution agreement*. Acordo sobre a sentença. Acordo de não persecução penal. Direito comparado. Meio Ambiente.

ABSTRACT

The article seeks to prove that the conclusion of plea bargaining, in particular non-prosecution agreements and sentencing agreements, is a worldwide trend, presenting a brief research on the United States, Portugal, Germany, Argentina, Spain and Italy, not intended to be exhaustive. It seeks to demystify the misconception that the Anticrime Project presented by the Ministry of Justice imported US plea bargain legislation, listing substantial differences between the propositions. Finally, in relation to environmental crimes, it makes a critical analysis of legislative omission in condemnatory judgments and also regarding non-prosecution agreements.

Keywords: Anticrime project. 882/2019. Plea bargain. Non-prosecution agreement. Agreement on the sentence. Non-criminal prosecution agreement. Comparative law. Environment.

1. INTRODUÇÃO

Em sua obra *Direito e Razão*, Luigi Ferrajoli (2010, p. 195) define o direito penal como uma “técnica de *definição*, de *individualização* e de *repressão* da desviação”.

Ainda segundo o autor, essa técnica manifesta-se por meio de coerções e restrições aos potenciais desviantes (suspeitos e condenados). Assim, a *pena*, o *delito* e o *processo* são, respectivamente, conceituados:

A primeira delas consiste na definição ou *proibição* dos comportamentos legalmente classificados como desviantes, e, portanto, em uma limitação da liberdade de ação de todas as pessoas. A segunda, por sua vez, consubstancia-se na sujeição coercitiva ao *juízo* penal de todos aqueles suspeitos de haver violado as proibições penais. A terceira, por derradeiro, identifica-se na repressão ou *punição* daqueles que tenham sido julgados culpados de haver perpetrado uma das violações supra-mencionadas. (Ferrajoli, 2010, p. 195)

Na visão de Ferrajoli, o Estado deve tutelar a segurança social pela tipificação de crimes para impedir que os cidadãos causem danos uns aos outros. Nessa senda, o princípio da legalidade ocupa um lugar central no sistema de garantias, conjuntamente com a adoção de um método prévio e legitimamente regulado para a aplicação da penalidade.

Nota-se que a visão tradicional do processo, como procedimento constituído em diversas fases, desde a denúncia, citação, contestação, instrução, até a sentença final, não se identifica com o conceito de pena, muito menos com o dever que o Estado tem de tutelar a segurança dos cidadãos. Sendo assim, outros procedimentos de aplicação da pena (privativa de liberdade ou outras), a par do processo tradicional, são igualmente legítimos, desde que respeitado um sistema de garantias que visa a evitar punições injustas.

Apesar de grande parte da literatura e da jurisprudência no Brasil, há tempos, afirmar que em nosso ordenamento jurídico vigora o princípio da obrigatoriedade da ação penal, o fato é que esse preceito não está escrito em nenhum lugar. O art. 129, I, da Constituição Federal de 1988 (CF/1988), o art. 24 do Código de Processo Penal (CPP) e o art. 100, § 1º, do Código Penal (CP), normalmente citados para justificar o dever incondicional do Ministério Público (MP) de apresentar peça acusatória, apenas destacam que cabe ao MP a titularidade exclusiva da ação penal pública.

Ao revés, uma espada pela Lei n. 9.099/1995, em seus arts. 76 e 89 – que tratam, respectivamente, da transação penal e da suspensão condicional do processo –, leva à conclusão de que o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública já se encontra mitigado em nosso ordenamento pátrio.

Logo, a resolução penal pactuada já está presente no Brasil, mesmo que de forma insuficiente, como será exposto a seguir. Além disso, já conta com uma regulamentação própria em diversos países no mundo, pelo menos desde a década de 1980², e como uma forma de, em benefício não só do acusado mas também de uma justiça penal mais célere e econômica, prever as possibilidades de resolução antecipada do possível ou atual litígio entre o Estado (representado pelo órgão acusador) e o investigado ou acusado.

Contudo, na linha de se evitarem punições injustas, a nosso ver, qualquer proposta de fixação de pena privativa de liberdade que fuja ao que chamamos de processo judicial tradicional tem de ser formada por etapas anteriores que, necessariamente, em maior ou menor quantidade de atos investigativos, consigam conferir um grau de convencimento suficientemente elevado sobre a responsabilidade ou não do investigado ou acusado.

Necessário registrar também que, tradicionalmente, a expressão “*plea bargain*” ou similares, em outros países, visa a qualificar o procedimento em que os participantes e o juiz concordem com uma sanção, à qual o imputado deve submeter-se para abreviar ou mesmo evitar um julgamento de contraditório pleno.

Além de fazer algumas sugestões de necessário aperfeiçoamento nos crimes ambientais, o presente artigo tem como objetivo comprovar

2 Conforme bem destaca Juan Carlos Ferré Olivé (2018, p. 5): “*Desde los años ‘80 Europa y en general todo el mundo se ha contagiado de este fenómeno, y de igual manera lo han hecho los Tribunales Internacionales de Justicia.*”

que há uma tendência mundial de se buscar maior resolutividade penal pactuada em que o acusado aceite a aplicação imediata de sanções na expectativa de obter benefícios processuais, o que resulta em maior celeridade processual.

A seguir, apresentamos uma breve pesquisa de direito comparado³ com o intuito de demonstrar que o Brasil está em atraso em relação a medidas mais amplas de negociação entre o MP e o acusado quanto aos termos da penalidade criminal a ser aplicada sob a fiscalização do Poder Judiciário.

2. DIREITO COMPARADO

2.1 ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA

Nos Estados Unidos, a barganha tornou-se um método dominante de resolução de casos criminais no final do século XIX e início do século XX. Diversas comissões de inquérito demonstraram, nos anos 1920, que as barganhas haviam se banalizado. Nas décadas seguintes, os tribunais criminais americanos ficaram ainda mais dependentes dos acordos criminais.

Segundo Albert Alschuler (1979), ainda em 1958, parecia possível que a Suprema Corte dos Estados Unidos pudesse considerar a prática ilegal, contudo a atuação do Departamento de Justiça fez com que a

3 Este breve estudo não poderia ter como objetivo uma análise ampla de todos os países que admitem a barganha sobre a sentença no processo criminal. Contudo, certamente, quanto mais países fossem aqui abordados, a conclusão, inevitavelmente, seria de uma tendência mundial à aplicação do *plain bargain*, e com as peculiaridades de cada ordenamento jurídico, não o inverso.

discussão fosse postergada. Até que, em 4 de maio de 1970, no caso “Brady vs. United States”, a Suprema Corte decidiu que uma alegação de culpa não é inválida meramente por ter sido prestada para evitar a possibilidade da pena de morte, e considerou que a alegação do peticionário de culpado cumpriu o padrão de voluntariedade, pois fora feito “por alguém plenamente consciente das consequências diretas” da declaração.⁴

A Carta de Direitos, de 1791, conhecida como *Bill of Rights*, determina em sua 6ª emenda: “*In all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right to a speedy and public trial by an impartial jury of the state and district wherein the crime shall have been committed [...]*”.⁵

Apesar da previsão do julgamento por um tribunal popular (*jury trial*), os acordos em torno da *plea* (declaração de culpado, não culpado ou *nolo contendere*⁶) tornam o *trial* nos Estados Unidos uma exceção. Segundo as estatísticas federais de 2016 (*Bureau of Justice Statistics*), de um total de 76.639 pessoas acusadas de crime⁷, 89% foram por *guilty plea* e 2% por meio de *bench* ou *jury trial*.⁸ Embora os percentuais de

4 Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/397/742/>. Acesso em: 1º ago. 2019.

5 “Em todos os processos criminais, o acusado gozará do direito a um julgamento rápido e público por um júri imparcial do estado e distrito em que o crime tenha sido cometido [...]” (Tradução livre)

6 Declaração em que o imputado, não obstante aceitar a realização do acordo, não confessa a autoria do delito. É uma declaração de não contestação dos fatos apresentados pelo MP.

7 Do total, 67.996 acusações foram por crimes de maior potencial ofensivo (*felony*) e 8.643 por crimes de menor potencial ofensivo (*misdeemeanor*).

8 Juiz togado ou júri. Disponível em: <https://www.bjs.gov/content/pub/pdf/fjs1516.pdf>. Acesso em: 1º ago. 2019.

No *Oxford Dictionary of Law*, “*bench*” significa: “*Literally, the seat of a judge in*

guilty plea não abarquem, necessariamente, todos os casos de acordo com o MP, na prática, as declarações de culpa são motivadas por eles.

Um relatório do Departamento de Justiça dos Estados Unidos de 2011 caracterizou o *plea bargaining* como *uma definição* característica do sistema de justiça criminal federal⁹, senão *a definição* característica de tal sistema.

A *plea* é regulada pela Regra 11 da *Federal Rules of Criminal Procedure*¹⁰, a qual dispõe que o acusado pode declarar-se inocente, culpado ou, com o consentimento do tribunal, *nolo contendere*. Antes de aceitar uma declaração de *nolo contendere*, o tribunal deve considerar as opiniões das partes e o interesse público na administração eficaz da justiça.

Sobre o procedimento de acordo (*plea agreement procedure*), segundo a Regra 11(c)(1), o MP e o advogado de defesa ou o acusado, em causa própria, podem discutir e chegar a um acordo (*plea agreement*). O tribunal não deve participar dessas discussões. O acordo poderá especificar que o MP: (A) não imputará ou desistirá de outras acusações; (B) recomendará ou concordará com o pedido da defesa de que uma determinada sentença ou margem de condenação é apropriada, ou que uma disposição particular do Guia de Sentença, ou política criminal, ou circunstância seja ou não aplicável (tal recomendação ou solicitação não vincula o tribunal); (C) concordará que determinada sentença ou margem de condenação é apropriada, ou que uma disposição particular do Guia de Sentença, ou política criminal, ou circunstância seja ou não aplicável (tal recomendação ou solicitação vincula o tribunal se houver homologação do acordo).

court. The bench is usually in a elevated position at one side of the court room facing the seats of counsel and solicitors.” (Martin, 2009, p. 58)

9 *Bureau of Justice Assistance*, 2011.

10 Disponível em: https://www.law.cornell.edu/rules/frcrmp/rule_11. Acesso em: 1º ago. 2019.

Em seguida, inicia-se a fase de consideração judicial do acordo (*Judicial Consideration of a Plea Agreement*), cujas regras dispostas na *Federal Rules of Criminal Procedure* são as seguintes¹¹:

(A) Na medida em que o acordo é do tipo especificado na Regra 11(c)(1)(A) ou (C), o tribunal pode aceitar o acordo, homologando-o, rejeitá-lo ou adiar uma decisão até que o tribunal examine o relatório de pré-sentença¹²;

(B) Na medida em que o acordo é do tipo especificado na Regra 11(c)(1)(B), “esgota-se no ato de assinatura [...], sendo que o juiz não o homologa nem o rejeita”.¹³ O tribunal deve informar ao réu que ele não tem direito a retratação se aquele não seguir a recomendação do acordo firmado.

Caso o tribunal aceite o acordo, deve informar ao réu que a disposição acordada será incluída no julgamento, já que o acordo de confissão é do tipo especificado na Regra 11(c)(1)(A) ou (C).¹⁴

11 Regra 11(c)(3).

12 O relatório pré-sentença é solicitado pelos juízes para ajudá-los a decidir sobre a maneira mais adequada de lidar com qualquer pessoa condenada por um delito. Normalmente, contém: (a) descrição completa do crime e das circunstâncias que o envolvem; (b) declaração da vítima e a descrição do seu estado, o impacto sobre ela e as perdas sofridas; (c) descrição completa dos antecedentes criminais do infrator e seu histórico educacional; (d) descrição do histórico do infrator, incluindo registro militar, condição de trabalho e situação financeira; (e) história social do infrator, incluindo relações familiares, estado civil, interesses e atividades, histórico de residência e afiliações religiosas; (f) histórico médico do infrator e, se desejável, relatório psicológico ou psiquiátrico; (g) informações que possam estar disponíveis para auxiliar o infrator, tais como centros de tratamento, instalações residenciais, serviços de treinamento vocacional, instalações educacionais especiais, programas de reabilitação etc.

13 Camargo de Castro, 2019, p. 87.

14 Regra 11(c)(4).

Se o tribunal rejeitar o acordo contendo as disposições do tipo especificado na Regra 11(c)(1)(A) ou (C), deverá proceder da seguinte forma¹⁵:

(A) informar às partes que rejeita o acordo;

(B) advertir o réu, pessoalmente, de que o tribunal não é obrigado a seguir o acordo e dar ao réu a oportunidade de retirar a disposição acordada; e

(C) advertir o réu, pessoalmente, de que, se a disposição acordada não for retirada, o tribunal pode dispor do caso, em relação ao imputado, de forma menos favorável à acordada.

As informações acima, passadas obrigatoriamente pelo tribunal ao imputado, são feitas em audiência pública, ou, por uma boa causa, de forma reservada¹⁶, e devem constar no registro do ato.

O acusado pode solicitar a retirada da declaração de culpa ou *nolo contendere* antes de o tribunal aceitar a disposição acordada, por qualquer fundamento ou sem fundamento; ou, após o tribunal aceitar a disposição acordada, mas antes da imposição da sentença¹⁷: (A) se o tribunal rejeitar um acordo nos termos da regra 11(c)(5); ou (B) se o acusado demonstrar uma razão justa e legítima para solicitar a retirada.

Um importante questionamento feito por Ana Lara Camargo de Castro, em obra específica sobre o tema, merece registro: por que o

15 Regra 11(c)(5).

16 Para excepcionar a regra da audiência pública, a Lei utiliza a oração “*or, for good cause, in camera*”. “*In camera*” é uma expressão em latim que significa “*in the chamber*”. Na definição do *Oxford Dictionary of Law*: “*In private. A court hearing must usually be public but the public may be barred from the court or the hearing may continue in the judge’s private room in certain circumstances; for example, when it is necessary in the interests of national security or to protect the identity of a witness unwilling to give evidence in public. Part 39 of the Civil Procedure Rules and Part 16 of the Criminal Procedure Rules deal with in camera hearings.*” (Martin, 2009, p. 275)

17 Regra 11(d).

acusado aceitaria um acordo tipo (B), que é mera recomendação, havendo a possibilidade de um acordo do tipo (C) que vincula o juízo no caso de homologação? A própria autora esclarece:

Essa pergunta é bastante comum. Primeiro, porque a vinculação só se dá em caso de homologação, conforme dito, o juízo sempre pode rejeitá-lo. Depois, porque muitos juízes não são simpáticos a acordos do tipo (C), já que são vistos como limitadores da discricionariedade judicial de sentenciamento. Ademais, o acordo do tipo (C) se rejeitado, permite a desistência da declaração de culpa pelo acusado, vale dizer, o caso volta para a pauta de *trials*. Embora mais arriscado, o tipo (B) muitas vezes é de bom tom, já que os juízes não costumam rotineiramente desprestigiar os acordos, uma vez que o fazendo o instituto seria desacreditado. (Camargo de Castro, 2019, p. 90-91)

Sobre os tipos de negociação que podem existir, a literatura americana normalmente denomina *charge bargaining* como o acordo em que o imputado pede um crime que é menos grave do que a acusação original, ou que a mais grave das acusações. Há uma relação de gradação. Seria o caso, por exemplo, de alguém ser acusado por roubo, mas se declarar culpado pela violação de domicílio, e o MP descartar a acusação de roubo. Há, também, a modalidade de *count bargaining*, em que o acusado pede apenas uma ou mais das acusações originais, e a acusação suspende o resto. Aqui predomina a relação de quantidade. Como exemplo, seria o caso de o MP acusar alguém de roubo, em concurso material com a agressão, e as partes concordarem que o imputado somente responderá por agressão (Neubauer; Fradella, 2017, p. 354-355).

Enquanto os casos acima envolvem uma negociação em torno da acusação, há a barganha que diz respeito à própria sentença. Chama-se *sentence bargaining* quando o acusado aceita a declaração de culpado ou *nolo contendere* (*no contest plea*) e o acordo com o MP pode abranger

quantidade da pena, modalidade e regime de execução ou outro aspecto a ser abarcado pela decisão condenatória.

Ademais, denomina-se *fact bargaining* quando há barganha em torno dos fatos que envolvem o delito (Neubauer; Fradella, 2017, p. 85). Como exemplo, o MP apresenta uma acusação contra um indivíduo por tráfico de drogas por ter sido flagrado com mais de cinco quilos de cocaína. Por conta das diretrizes presentes no Guia de Sentença¹⁸, cinco quilos da substância entorpecente acarretariam uma sentença envolvendo muitos anos de prisão. Sendo assim, o acusado concorda em se declarar culpado pelos fatos criminosos em troca da estipulação da promotoria de que ele possuía menos de cinco quilos.

O sentimento padrão que leva o MP e o acusado a negociarem um acordo criminal é, por um lado, o desejo deste de reduzir, ao máximo, a penalização na sentença, bem como a busca daquele em garantir a condenação, reduzindo o risco, o tempo e as despesas com o litígio judicial. Contudo, às vezes, o promotor também pode ser motivado pelo objetivo de obter provas contra outro réu, mais profundamente envolvido no crime (*agreement to cooperate*) (Beall, 2005, p. 176).

No extremo das possibilidades que o advogado de defesa possui, se o acusado tiver sorte de ser confrontado com uma imputação fraca ou possuir informações de grande valor para o MP, poderá tentar obter a renúncia de todas as acusações em troca do acordo de cooperação. Essa disposição, conhecida como “*pass*”, equivale à concessão de imunidade completa.

Por fim, importante também citar o chamado acordo de não persecução penal – *non-prosecution agreement (NPA)* –, muito útil em casos de

18 *United States Sentencing Commission Guidelines Manual* 2018. Disponível em: <https://www.ussc.gov/sites/default/files/pdf/guidelines-manual/2018/GLMFull.pdf>. Acesso em: 1º ago. 2019.

criminalidade econômico-financeira¹⁹. O *NPA* independe de homologação judicial e é feito entre uma agência do governo dos EUA – como o Departamento de Justiça (*DOJ*) ou a Comissão de Valores Mobiliários (*Securities and Exchange Commission – SEC*) – e uma pessoa jurídica ou física²⁰ que enfrente uma investigação criminal ou civil.

Semelhante ao *NPA*, há o acordo de persecução diferida ou acordo de suspensão da persecução – *deferred prosecution agreements (DPA)* –, no qual um promotor aceita retirar a acusação já feita em troca de o réu concordar em cumprir certos requisitos. Decisões judiciais nos EUA adotam uma visão extremamente restrita do papel e da autoridade do juiz após ser apresentado *DPA* e o escrutínio judicial quanto ao mérito do acordo ser inexistente.²¹

Sob um *NPA*, a agência se abstém de apresentar acusações para permitir que a empresa demonstre sua boa conduta. Em troca, os *NPA*s, semelhantes aos *DPAs*, geralmente exigem que a pessoa jurídica ou indivíduo concorde com: pagamento de multa, renúncia a limitações presentes no estatuto, cooperação com o governo, admissão de fatos relevantes e ingresso em programas de *compliance* ou programa de integridade, inclusive com a admissão de uma monitoria externa.

Invocando possíveis consequências colaterais derivadas das infrações criminais corporativas, o *DOJ* estabeleceu diretrizes relativas ao julgamento de organizações empresariais e corporações e, expressamente, no Manual dos Procuradores dos Estados Unidos (*USAM*) do *DOJ*, permite considerar a não acusação ou o processo diferido.²²

19 Aras, 2018, p. 303.

20 No Reino Unido, os *NPA*s são aplicados exclusivamente a pessoas jurídicas.

21 Nessa linha, vão os seguintes precedentes: *United States v. HSBC Bank USA, NA*, 863 F.3d 125 (2d Cir. 2017) e *United States v. Fokker Servs. B.V.*, 818 F.3d 733 (DC Cir. 2016).

22 Disponível em: <https://www.justice.gov/jm/jm-9-28000-principles-federal-prose>

2.2 ARGENTINA

A Lei Federal n. 27.063 (B.O. 10-12-2014) aprovou o *Código Procesal Penal de la Nación (CPPN)*.²³ A implementação do referido código deveria ocorrer de forma progressiva, de acordo com as disposições da Lei Federal n. 27.150, a qual fixou, em seu art. 2º, a data de 1º de março de 2016 para a vigência do *CPPN* no âmbito da Justiça Nacional.²⁴

Contudo, diante de declarações do ministro da Justiça, Germán Garavano, nas quais classificara as novas atribuições do MP como “exorbitantes”²⁵, o governo argentino editou o Decreto n. 257/2015, que, em seu art. 2º, suspendeu a entrada em vigor do *CPPN* e a condicionou a um cronograma a ser fixado por uma comissão bicameral do Congresso argentino.²⁶

Como mais um capítulo das modificações processuais penais na Argentina, a Lei Federal n. 27.482, de 6 de dezembro de 2018, foi publicada no Boletim Oficial (B.O.) de 7 de janeiro de 2019, introduzindo modificações na Lei n. 27.063. A nova norma alterou a denominação do *CPPN* para *Código Procesal Penal Federal (CPPF)* e modificou

[cution-business-organizations](#). Acesso em: 1º ago. 2019.

23 Disponível em: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2017/10947.pdf>. Acesso em: 1º ago. 2019.

24 Disponível em: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/verNorma.do?id=248181>. Acesso em: 1º ago. 2019.

25 “Entre lo que también deroga el decreto están todos los capítulos que se introdujeron en las leyes orgánicas del Ministerio Público Fiscal y de la Defensa referidos a la implementación del nuevo Código. Esos capítulos preveían nuevas facultades para la procuradora; según Garavano, ‘exorbitantes’”. Disponível em: <https://www.lanacion.com.ar/politica/oficial-el-gobierno-suspendio-la-aplicacion-del-nuevo-codigo-procesal-penal-y-traspaso-las-escuchas-judiciales-a-la-corte-suprema-nid1857916>. Acesso em: 1º ago. 2019.

26 Disponível em: <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/decreto-257-2015-257347>. Acesso em: 1º ago. 2019.

alguns títulos, a exemplo do Título VI sobre *Técnicas especiales de investigación* e o Título VII sobre *Acuerdos de colaboración*.

Em obediência ao art. 67 da Lei n. 27.482, o Poder Executivo editou o Decreto n. 118/2019, que, então, aprovou o texto ordenado do *CPPF*, com as modificações sucessivamente introduzidas pelas Leis n. 27.063 e n. 27.482.²⁷

Feita essa necessária introdução, e até as leis mencionadas estarem completamente em vigor, ainda é utilizado na Argentina o *Jucio Abreviado* da Lei Federal n. 24.825 (B.O. 18-6-1997), que estabelece a possibilidade de o MP, diante da confissão do imputado sobre a existência do fato e da necessária descrição de sua participação, fazer pedido de aplicação de pena específica.

Como requisito para o acordo, o MP deve estimar a imposição de uma pena inferior a seis anos. Conforme bem destacado por Vitor Souza Cunha (2019, p. 175-176), “o legislador argentino, diferentemente do que ocorreu em outros sistemas, não optou pelo critério da pena máxima abstratamente cominada; ele adotou o critério da pena concretamente pactuada”. Logo, não há restrições abstratas a crimes, com distinções pela gravidade, como existem em outros ordenamentos.

Nas disposições da Lei Federal n. 27.063, no art. 22, há uma mensagem clara no sentido de que o processo penal tradicional, em todas as suas etapas completas, não é a única forma de solucionar conflitos, podendo haver outras que foquem na harmonia entre os protagonistas do processo e a paz social.²⁸

27 Disponível em: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/315000-319999/319681/norma.htm>. Acesso em: 1º ago. 2019.

28 “Artículo 22. *Solución de conflictos. Los jueces y los representantes del Ministerio Público procurarán resolver el conflicto surgido a consecuencia del hecho punible, dando preferencia a las soluciones que mejor se adecuen al restablecimiento de la armonía entre sus protagonistas y a la paz social.*”

No título referente aos *procedimientos abreviados*, o art. 288 da lei supramencionada tratou do *Acuerdo Pleno*, praticamente idêntico ao *Juicio Abreviado* da Lei Federal n. 24.825, sendo mais claro no limitador temporal para a proposta de acordo: desde a formalização da investigação preparatória²⁹ até a audiência de controle da acusação.

As regras do *Acuerdo Pleno* também parecem mais claras no que tange à aceitação ou rejeição do acordo pelo juiz. Segundo o art. 290:

- a) em caso de sentença condenatória, esta não poderá se pautar exclusivamente sobre a aceitação dos fatos por parte do acusado. A pena imposta não poderá superar à acordada pelas partes nem modificar sua forma de execução, sem prejuízo da aplicação de uma pena menor;
- b) se o juiz avaliar que o acordo não cumpre os requisitos legais, declarará a sua inadmissibilidade. Nesse caso, a admissão anterior dos fatos por parte do acusado não poderá ser considerada como reconhecimento de culpabilidade.

Os arts. 291 e 292 da mesma lei preveem, respectivamente, o *Acuerdo Parcial* e o *Acuerdo de Juicio Directo*. Segundo a literatura argentina, o primeiro constitui um pacto de alcance mais limitado. Trata-se de um acordo de produção de provas que visa a evitar debate sobre os fatos sem que se estabeleça a obrigação do MP de definir uma pretensão de pena determinada ou necessária culpabilidade do acusado (Rossi, 2015, p. 176-177).

A Lei Federal n. 27.482 fez algumas alterações nas disposições acima sem alterar a essência dos institutos. No *Acuerdo Pleno*, por exemplo, exige, no caso de o membro do MP solicitar menos da metade da pena prevista para o caso, a concordância do órgão superior da instituição.

29 “Artículo 195. Objeto. La investigación preparatoria tiene por objeto establecer si existe o no mérito suficiente para abrir un juicio respecto de una o más conductas com relevancia jurídico penal.”

Por outro lado, exclui a previsão de que, na hipótese de o juiz reconhecer a inadmissibilidade do acordo, o representante do MP não poderá solicitar, no procedimento comum, uma pena superior à requerida no procedimento abreviado.

O *Acuerdo de Juicio Directo* é um procedimento abreviado acordado que pode ser aplicado em qualquer tipo de crime. Pela lei, será obrigatório nos casos previstos no art. 184 (hipóteses de flagrante), para crimes cuja pena mínima não exceda três anos de prisão, salvo se o MP ou a defesa solicitarem a aplicação do procedimento ordinário. Esta parte final foi excluída pela Lei Federal n. 27.482.

2.3 PORTUGAL

O princípio da oportunidade está presente em alguns institutos no Código de Processo Penal (CPP) português, apesar de o MP ter o dever de instaurar inquérito sempre que receba notícia de um crime (CPP português, art. 262, n. 2º) e de apresentar acusação sempre que haja indícios suficientes de determinada pessoa ter sido a autora do crime (CPP português, art. 283, n. 1º).

A Lei n. 21/2007, de 12 de junho, criou um *Regime de Mediação Penal* entre o ofensor e a vítima no caso de processo que dependa apenas de queixa e trate de crime contra as pessoas ou contra o patrimônio (art. 2º, n. 2º). O MP participa designando um mediador (art. 3º, n. 1º) e, ao final, aprova ou não o acordo (art. 5º, n. 5º).

A mediação não pode ter lugar nos casos em que (art. 2º, n. 3º): o tipo legal de crime preveja pena de prisão superior a cinco anos; o processo seja instaurado por crime contra a liberdade ou autodeterminação sexual; o processo seja instaurado por crime de peculato, corrupção ou tráfico de influência; o ofendido seja menor de dezesseis anos; se for aplicável processo sumário ou sumaríssimo.

No acordo, não se podem incluir sanções privativas da liberdade ou deveres que ofendam a dignidade do arguido ou cujo cumprimento se prolongue por mais de seis meses (art. 6º, n. 2º).

O segundo instituto de resolução pactuada no direito português é a *Suspensão Provisória do Processo*, aplicável à pequena e média criminalidade (crimes punidos com pena de prisão não superior a cinco anos ou crimes com sanção diferente da pena de prisão). Se, durante o inquérito, forem recolhidos indícios suficientes da prática de um crime e de sua autoria, o art. 281º do CPP português prevê que o MP determine, com a concordância do juiz de instrução, do arguido³⁰ e do assistente, a suspensão provisória do processo. Nesse caso, não há negociação sobre culpa.

Com a suspensão do processo, são impostas ao arguido algumas obrigações (v.g., indenizar a vítima, não frequentar alguns lugares, ou qualquer outro comportamento exigido ao caso). A prescrição não corre no decurso do prazo de suspensão do processo (art. 282º, n. 2º).

Além de ser aplicada na fase de inquérito do processo, há previsão de sua incidência durante a fase de instrução (CPP português, art. 307º) ou no âmbito dos processos especiais sumário e abreviado (respectivamente, CPP português, arts. 384º e 391º-B, n. 4), além de legislações especiais, como a Lei de Combate à Droga (Decreto-Lei n. 15/1993, art. 56º), Lei de Combate à Corrupção e Criminalidade Econômica e Financeira (Lei n. 36/1994, art. 9º) e na Lei Tutelar Educativa (Lei n. 166/1999, art. 84º).

Nos anos de 2015 e 2016, a aplicação da suspensão provisória do processo teve maior expressão nos crimes de condução de veículo sob influência de álcool (27,99% em 2015 e 25,92% em 2016), de condução sem habilitação legal (12,66% em 2015 e 11,23% em 2016), de violência doméstica contra cônjuge ou análogos (6,95% em 2015 e 6,7%

30 No sistema jurídico português, o arguido é uma pessoa sobre a qual recaem indícios da prática de um delito.

em 2016), de desobediência (4,75% em 2015 e 5,22% em 2016), e de ofensa à integridade física simples (4,71% em 2015 e 4,82% em 2016).³¹

O *Arquivamento em Caso de Dispensa de Pena* é um instituto de direito penal³², previsto no art. 74º do Código Penal português, e aplicável quando o crime for punível com pena de prisão não superior a 6 meses, ou só com multa não superior a 120 dias.

Pode, assim, o tribunal declarar o réu culpado, mas não aplicar qualquer pena se: a) a ilicitude do fato e a culpa do agente forem diminutas; b) o dano tiver sido reparado; e c) à dispensa de pena se não opuserem razões de prevenção. Caso o juiz tenha razões para crer que a reparação do dano está ainda em vias de ocorrer, pode adiar a sentença para reapreciação do caso dentro de um ano.

O instituto está previsto no art. 280º do CPP português, com a exigência da iniciativa do MP e a concordância do juiz de instrução e do arguido.

Por fim, os arts. 392º a 398º do mesmo diploma processual tratam do *processo sumaríssimo* nos casos de crime punível com pena de prisão não superior a cinco anos ou só com pena de multa, ou seja, delitos de pequena e média criminalidade.

No Preâmbulo do Decreto-Lei n. 78/1987, de 17 de fevereiro, a criação de um processo sumaríssimo é mencionada como forma especial de controle da “pequena criminalidade em termos de eficácia e celeridade, sem os custos de uma estigmatização e de um aprofundamento da conflitualidade no contexto de uma audiência formal”.³³

31 Disponível em: http://www.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/pdf/relatorio_sintese_spp_2015-2016.pdf. Acesso em: 1º ago. 2019.

32 Conforme decidido pelo Ac. da 5ª Secção, Criminal, do Tribunal da Relação de Coimbra (TRC) de 15-5-2013. Processo n. 661/12.8TBCBR.C1.

33 Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt>. Acesso em: 1º ago. 2019.

O requerimento do MP, com a concordância do arguido, é encaminhado de forma escrita, com a identificação deste, a descrição dos fatos, a menção às disposições legais violadas e as provas existentes. Ainda, segundo o art. 394º, o pedido da acusação termina com a indicação das sanções concretamente propostas e a quantia exata a título de reparação.

Quando entender que a sanção proposta pelas partes é manifestamente insuscetível de ser imposta de forma adequada e suficiente às finalidades da punição, o juiz pode, em vez de reenviar o requerimento para outra forma de processo, fixar sanção diferente, na sua espécie ou medida, da proposta pelo MP, com a concordância deste e do arguido.

Sob o ponto de vista da abreviação processual, com imposição de pena privativa de liberdade, o processo sumaríssimo é o que mais se assemelha ao *plea bargain* norte-americano. Contudo, conforme afirmado, trata-se de um procedimento essencialmente escrito, em que não há ampla negociação real, quando muito uma entrevista durante a fase de investigação. Quanto ao diálogo entre o MP e o arguido, sem dúvida, ele está mais presente no caso de dispensa de pena e suspensão provisória do processo. Contudo, esses, assim como a mediação, não exigem uma confissão formal da prática criminosa, não obstante ela seja muitas vezes necessária.

O art. 391º-A traz o *processo abreviado* em caso de crime punível com pena de multa ou pena de prisão não superior a cinco anos, se houver provas simples e evidentes sobre o crime e seu autor. Trata-se de uma simplificação do procedimento nas situações em que o agente tenha sido detido em flagrante delito e o julgamento não possa ser efetuado na forma de processo sumário; a prova seja essencialmente documental e obtida no prazo previsto para a dedução da acusação; ou a prova seja fundada em testemunhas presenciais com versão uniforme dos fatos.

A par dos institutos previstos acima, é importante registrar os efeitos da *confissão dos fatos delituosos* no direito processual penal português, presentes no art. 344º, quais sejam: renúncia à produção da prova relativa aos fatos imputados e conseqüente consideração desses como

provados; passagem de imediato às alegações orais e, se não houver outros motivos para a absolvição do arguido, à determinação da sanção aplicável; e redução da taxa de justiça em metade.

Excetuam-se os casos em que houver coautores e não houver confissão integral, sem reservas e coerente entre eles; o juiz suspeitar do carácter livre da confissão, notadamente por dúvidas sobre a imputabilidade plena do arguido ou da veracidade dos fatos confessados; ou o crime for punível com pena de prisão superior a cinco anos.

O julgamento é marcado pela oralidade, com a possibilidade de o MP e o defensor realizarem as devidas sustentações por trinta minutos, prorrogáveis, se necessário, bem como réplica por dez minutos (CPP português, art. 391º-E). A sentença é, desde logo, proferida oralmente (CPP português, art. 391º-F, c/c art. 389º-A).

Por fim, cabe trazer à baila o art. 16º do CPP português, que, ao estabelecer a competência do tribunal singular para julgar crimes cuja pena abstratamente cominada seja superior a cinco anos de prisão, prevê a impossibilidade de aplicação de punição superior a esse prazo, caso o MP, na acusação, ou, em requerimento, entenda que a pena não deve exceder o seu limite máximo, isto é, cinco anos.

2.4 ALEMANHA

Em 1979, ganhou destaque um artigo escrito por John H. Langbein, no qual, após tecer duras críticas ao sistema de barganha norte-americano e apontar, em sua opinião, diversas deficiências morais, jurídicas e práticas àquele procedimento, o autor elogia o sistema germânico, classificado por ele como uma “terra sem negociações de barganha”.³⁴

34 Langbein (1979).

Contudo, é pacífica a compreensão internacional de que os acordos informais (*Vergleich*) sobre penas na Alemanha ocorrem, pelo menos mais abertamente, desde a década de 1990. Um estudo de 1986 (Turner, 2006, p. 519) descobriu que a negociação de confissão ocorria quase exclusivamente em casos de colarinho branco e drogas. Porém, mesmo antes da mudança legislativa de 2009, já era aplicada aos crimes de violência sexual, crime organizado e corrupção, com menos incidência nos casos de homicídio.

Em 1982, um advogado criminal, sob o pseudônimo *Detlef Deal*, publicou um artigo na Alemanha no qual descrevia em detalhes a prática comum de negociações informais em casos criminais de larga escala. Ou seja: na década de 1980, definitivamente, a Alemanha não era uma “terra sem negociações de barganha”. A esse respeito, atualmente há um consenso entre os advogados de que, se não houvesse tais acordos, as Cortes responsáveis por julgar crimes financeiros não seriam capazes de lidar com a inundação de casos de grande escala (Rauxloh, 2011, p. 300).

Passada essa breve introdução, importante rememorar que o sistema alemão, ao lado do francês (*Code Civil*, 1804), é um dos pilares do chamado sistema continental ou de direito codificado ou *civil law* (*Bürgerliches Gesetzbuch – BGB*, 1900), além de exercer grande influência no sistema brasileiro.

Em função disso, no ordenamento codificado alemão, nota-se que a busca da chamada “verdade material” – inclusive com juízos de verificabilidade de eventual confissão do imputado – é um objetivo da persecução penal. O parágrafo 244 Abs 2 é bem representativo disso ao dispor, expressamente, que o tribunal, para estabelecer a verdade, deve, por sua própria iniciativa, ampliar a obtenção de provas a todos os fatos e meios de prova relevantes para a decisão.

Não obstante e, inclusive pelo histórico de negociações narrado, o Código de Processo Penal alemão (*Strafprozeßordnung – StPO*), no

parágrafo³⁵ 153, registra expressamente hipótese de adoção do princípio da oportunidade, ao prever que o MP abstenha-se de exercer a persecução penal com autorização do tribunal competente para o procedimento principal, se a culpa do infrator for considerada de natureza menor e não houver interesse público para a ação penal (delitos de escassa significação). A aprovação do tribunal não é exigida se for um crime de menor potencial ofensivo que não esteja sujeito a um aumento de pena e às consequências decorrentes da infração sejam mínimas (*StPO*, parágrafo 153 Abs 1).

Se as acusações já tiverem sido proferidas, o tribunal, com o consentimento do MP e do acusado, poderá encerrar o processo em qualquer fase das condições previstas nas subseções (*StPO*, parágrafo 153 Abs 2).

O parágrafo 153a do *StPO* trata da dispensa da acusação sob condições e instruções. Em caso que envolva crime de menor potencial ofensivo, o MP pode, com o consentimento do imputado e do tribunal competente para ordenar a abertura do processo principal, abster-se provisoriamente de propor a ação penal, impondo condições e instruções ao imputado se elas forem suficientes à reprovabilidade, entre elas: compensar os danos causados pela infração; pagar uma quantia em dinheiro para uma instituição sem fins lucrativos ou ao erário; realizar prestação de serviço em instituição sem fins lucrativos; esforçar-se para compensar, total ou parcialmente, os danos sofridos pela vítima; participar de curso de treinamento social.

O prazo de cumprimento das obrigações dispostas no acordo não passará de um ano, podendo ser prorrogado em algumas situações. O MP também pode alterar, posteriormente, as condições e instruções, desde que haja o consentimento do imputado.

35 Usa-se o termo “parágrafo” pois a referência a “artigo” somente existe na Constituição Federal Alemã.

Em 4 de agosto de 2009, entrou em vigor uma regra inserida pela Lei para a regulamentação do acordo entre as partes e o tribunal no Processo Penal (*Urteilsabsprachen*)³⁶. Segundo dispõe o parágrafo 257c Abs 1, o tribunal poderá acordar com as partes sobre o desenvolvimento do processo e os seus resultados. Não cabe acordo sobre imputações, conhecido no direito norte-americano como *charge bargaining*, uma vez que o próprio parágrafo afirma que o objeto desse consentimento envolve apenas as consequências jurídicas do conteúdo da sentença, bem como outras decisões relacionadas. A confissão do réu é parte obrigatória de qualquer negociação, mas o juiz deve fiscalizar sua coerência, além da harmonia com as provas existentes.

Cabe ao tribunal apresentar o conteúdo do acordo a ser negociado e os limites máximo e mínimo da penalidade. Para isso, deve levar em conta as circunstâncias do caso concreto. Os participantes fazem considerações e o acordo só é fechado se o MP e o acusado concordarem com a proposta apresentada e negociada.

O tribunal deixará de ficar vinculado ao acordo negociado se circunstâncias significativas de fato ou de direito tiverem sido negligenciadas ou vierem a surgir posteriormente, e o tribunal, em razão disso, ficar convencido de que o alcance previsto na sentença não é mais adequado à gravidade do delito ou ao grau de culpa. A mesma norma se aplica caso o comportamento processual do acusado não corresponda ao comportamento tomado como base pelo tribunal para a celebração do acordo. A confissão, nesses casos, não poderá ser usada, e o tribunal deverá notificar o acusado assim que souber do desvio.

36 No direito alemão, há mais de um termo utilizado para se referir ao acordo celebrado para imposição imediata de sanção e abreviação do processo penal. Apesar da diferença de significados, eles são utilizados de forma bem intercambiável: *Verständigung*, *Vereinbarung*, *Abrede*, e *informelle Absprache*.

2.5 ESPANHA

O art. 105 da *Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim)* dispõe de forma expressa que o MP tem a obrigação de exercitar todas as ações penais que considere procedentes³⁷, deixando claro o princípio da obrigatoriedade da ação penal no ordenamento jurídico espanhol.

Apesar disso, a chamada conformidade (*conformidad*) está presente no ordenamento jurídico espanhol, sendo conceituada pelo Tribunal Supremo como uma instituição que encerra o processo com base em razões utilitárias ou de economia processual. Conformidade significaria uma busca às pretensões da acusação, mas sem chegar a sua equiparação total e a suas estritas consequências, pois há de se reconhecer que no processo penal prepondera o princípio da legalidade e da indisponibilidade do objeto do processo, sendo orientado para a busca da verdade material.³⁸ Não se trata de um ato de prova, mas, sim, um meio de resolução antecipada do processo.

A conformidade está prevista na *LECrim* (arts. 655, 688 e seguintes para o procedimento ordinário e arts. 784.3 e 787 para o procedimento abreviado) ou na Lei Orgânica do Tribunal do Júri (LOTJ), art. 50.

O art. 649 da *LECrim* trata da abertura do *juicio oral* contra os imputados, com posterior manifestação de ambas as partes. O art. 655 traz, então, a previsão da possibilidade de as partes pactuarem uma pena de caráter “correcional”, tipologia penal que desapareceu no Código Penal em vigor na Espanha, mas que tem relação com as penas menos graves. Há entendimento de que a expressão, hoje, se refere aos

37 *Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal*: [https://www.boe.es/eli/es/rd/1882/09/14/\(1\)/con](https://www.boe.es/eli/es/rd/1882/09/14/(1)/con). Acesso em: 1º ago. 2019.

38 Cortés López (2017).

limites punitivos previstos para o Procedimento Abreviado, ou seja, seis anos de prisão.³⁹

Para se admitir a conformidade, há de se considerar a acusação por cada delito individualmente, de modo que nenhum dos pedidos de punição supere o limite de seis anos de prisão, com independência para que a soma das penas possa exceder esse limite.

O julgador realizará o controle da conformidade no momento da homologação, sobre os aspectos a que se referem os arts. 655 e 787 da *LECrim* e o art. 50.2 e 3 da Lei Orgânica do Tribunal do Júri, quais sejam, correção da qualificação e adequação da pena a essa qualificação, além da voluntariedade e conhecimento das consequências da conformidade prestada.

Uma tradicional Sentença do Tribunal Supremo (STS), de 1º de março de 1988⁴⁰, estabeleceu os requisitos básicos para a conformidade ao afirmar que ela deve ser: *absoluta* (não sujeita a condição, prazo ou limitação de qualquer tipo); *personalíssima* (decorrente dos próprios acusados ou ratificados por eles pessoalmente e não através de representante ou intermediário); *voluntária* (consciente e livre); *formal* (capaz de reunir as solenidades exigidas por lei); *vinculante* (capaz de, uma vez formulada, respeitar o tipo de infração, a classe e extensão da pena mutuamente acordada); *de dupla garantia* (exigente quanto à assistência efetiva de um advogado no processo de negociação e declaração de conformidade).

39 “*En la práctica judicial –hasta el vigente Código Penal– se interpretó pacíficamente que la pena correccional equivalía a la de prisión menor; por lo que la conformidad era admisible en pretensiones punitivas de hasta seis años*” – Roj: SAP M 2503/2014 – ECLI: ES:APM:2014:2503. Disponível em: <http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasematch=AN&reference=6998295&links=&optimize=20140321&publicinterface=true>. Acesso em: 1º ago. 2019.

40 Disponível em: <https://2019.vlex.com/#vid/211956311>. Acesso em: 1º ago. 2019.

Por conta do primeiro requisito, de que a conformidade seja absoluta, não é possível, no ordenamento espanhol, como ocorre no norte-americano, que o acordo seja assinado “com protesto de inocência”, isto é, um indivíduo, livre e voluntariamente, pode consentir que lhe seja imposta uma pena de prisão, ainda que não esteja disposto a admitir sua participação nos fatos constitutivos do delito.⁴¹

Segundo a literatura espanhola, o sistema não permite que entrem na negociação outros componentes regularmente admitidos no sistema norte-americano, como dar informações à polícia, utilizar microfones para reunir provas incriminadoras ou testemunhar contra outros delinquentes (Ferré Olivé, 2018, p. 20).

2.6 ITÁLIA

A *Constitución de la República Italiana* é expressa na obrigatoriedade de o MP promover a ação penal. Assim prevê o seu art. 112: “*Il pubblico ministero ha l’obbligo di esercitare l’azione penale.*”⁴²

Mesmo com essa redação categórica, o CPP italiano, em seus arts. 444 e seguintes, possui um procedimento especial de aplicação da pena a pedido das partes (*L’applicazione della pena su richiesta delle*

41 Moral García (2008). No caso “North Carolina v. Alford”, concluiu-se que é constitucional que o Tribunal aceite uma confissão que represente uma escolha voluntária e inteligente entre as alternativas disponíveis para um réu, especialmente uma representada por um advogado competente, para evitar a possibilidade da pena de morte. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/400/25/>. Acesso em: 1º ago. 2019.

42 Disponível em: http://www.educational.rai.it/materiali/pdf_articoli/22135.pdf. Acesso em: 1º ago. 2019. “O Ministério Público tem a obrigação de exercitar a ação penal.” (Tradução livre)

parti) chamado *patteggiamento*.⁴³ Nele, após o acordo entre o acusado e o MP (*Pubblico Ministero*), há uma sentença judicial equiparada a uma decisão final condenatória.

A recompensa na formalização do acordo tem como base a penalidade prevista em lei para o fato delituoso, inclusive pena privativa de liberdade, com redução de até um terço. Além disso, a sentença de aplicação da pena não é mencionada em certidão de registro judicial.

Há dois tipos de *patteggiamento*: o tradicional (*tradizionale*) e o alargado (*allargato*). Enquanto no primeiro o acusado e o MP concordam com uma sanção substituta ou prestação pecuniária ou com uma pena privativa de liberdade que, sem a redução máxima permitida, não exceda dois anos de prisão (art. 445-1); no segundo, permite-se o acordo sobre uma sanção que varia entre dois anos e um dia de prisão até cinco anos de prisão (sempre igual à redução máxima permitida). A reparação do dano, quando cabível, é requisito essencial.

A partir do pedido das partes, o juiz poderá apenas verificar a correção da qualificação jurídica dos fatos e considerar a adequação do *quantum* da pena proposta. Conforme bem destacado pela literatura, o juiz aceitará o pedido (por *sentenza*) ou o rejeitará totalmente (por *ordinanza*); mas não poderá modificar seu conteúdo. Não poderá, *v.g.*, rejeitar o pedido das partes por considerar desajustada a pena concreta e fixar outra (Matos, 2013, p. 224).

São excluídos da possibilidade de barganha os crimes de máfia e associação assimilada, terrorismo e um grande número de crimes de violência sexual e assimilados. Os criminosos habituais também não podem utilizar o benefício.

Não há instituto equivalente ao *patteggiamento* no Brasil, seja na

43 *Patteggiare* significa “discutir pacto; ajustar pacto; pactear, pactar, transigir, ajustar, convencionar, pactuar.” (Spinelli; Casasanta, 1983, p. 518)

legislação vigente, seja na proposta do Projeto de Lei n. 881/2019 (Projeto de Lei Anticrime). Um ponto marcante de distinção, a par das diferenças de requisitos formais, é o de que o pedido de *patteggiamento* não equivale a uma confissão de responsabilidade penal, mas, sim, uma renúncia à presunção de inocência. Ao contrário, o Projeto de Lei n. 881/2019, em qualquer das modalidades de acordo previstas, exige a “confissão circunstanciada da prática da infração penal”.

A literatura italiana destaca que a sentença de *patteggiamento*, conquanto seja equiparada a uma condenatória, não é uma efetiva sentença condenatória. Nos exatos ensinamentos de Paolo Tonini:

In sostanza, la differenza tra la sentenza di condanna e quella di patteggiamento risiede nel diverso grado di approfondimento della cognizione del giudice. Quest’ultimo, infatti, quando emette sentenza di applicazione della pena su richiesta delle parti non effettua un accertamento pieno della responsabilità dell’imputato; egli deve limitarsi a motivare sulla fondatezza degli elementi a carico risultanti all’esito delle indagini e sulla impossibilità di prosciogliere in base all’art. 129.⁴⁴

Ao revés, o art. 395-A, § 8º, previsto para ser incluído no CPP brasileiro pelo Projeto Anticrime, prevê expressamente que, “Para todos os efeitos, o acordo homologado é considerado sentença condenatória”.

Outro instituto de direito processual penal consensual na Justiça italiana é o *giudizio abbreviato*, previsto no art. 438, segundo o qual

44 “Em essência, a diferença entre a sentença de condenação e a de barganha reside no diferente grau de aprofundamento do conhecimento do juiz. Este último, de fato, quando prolata sentença de aplicação da pena, a pedido das partes, não realiza uma avaliação completa da responsabilidade do acusado; deve limitar-se a motivar sobre o mérito dos elementos decorrentes do resultado das investigações e na impossibilidade de absolver com base no art. 129.” (Tonini, 2012, p. 382 – Tradução livre)

o imputado pode requerer, oralmente ou por escrito, em acordo com o MP, que o caso seja julgado em audiência preliminar, com as provas presentes⁴⁵, sem se seguir às etapas ordinárias do processo.

Não se trata, assim, de um acordo sobre culpabilidade ou pena, mas, sim, sobre o procedimento a ser adotado. Contudo, o art. 442, n. 2, dispõe que em caso de condenação, a pena é reduzida de um terço. Até há pouco tempo, a pena de prisão perpétua também podia ser substituída pela pena de reclusão de trinta anos, mas a Lei n. 33, de 12-4-2019, excluiu a possibilidade de utilização do julgamento abreviado para os crimes punidos com a sentença de prisão perpétua, na linha de uma resposta estatal mais severa para tais delitos.

Ao contrário do *patteggiamento*, que tem limitações legais no *quantum* da pena abstratamente prevista para o crime, o *giudizio abbreviato* é aplicado em qualquer crime, independentemente da gravidade, à exceção da reforma supramencionada.

3. DIFERENÇAS ENTRE O ACORDO SOBRE A SENTENÇA DO PROJETO DE LEI N. 882/2019 E O PLEA BARGAIN NORTE-AMERICANO

O Projeto de Lei n. 882/2019, que integra o Pacto do Ministério da Justiça denominado Anticrime, prevê a possibilidade de dois tipos de acordos: o *acordo de não persecução penal* e o *acordo sobre a sentença*.

Segundo a exposição de motivos apresentada pelo Ministério da Justiça, “a tendência ao acordo, seja lá qual nome receba, é inevitável. O antigo sistema da obrigatoriedade da ação penal não corresponde aos

45 O art. 438, n. 5, do CPP italiano diz que o imputado pode apresentar o pedido de procedimento abreviado “sujeito a uma integração probatória”, que deverá ser aceita ou não pelo juiz.

anseios de um país com mais de 200 milhões de habitantes e complexos casos criminais”.⁴⁶ Toda a primeira parte desta breve exposição vai nesta linha: diversos países, pelo menos desde a década de 1980, aceitam acordos sobre a sentença.

Quanto ao acordo de não persecução penal, trata-se da inclusão do art. 28-A, no CPP brasileiro, que dispõe que o MP ou o querelante poderá propô-lo, desde que necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime, se não for hipótese de arquivamento e se o investigado tiver confessado circunstanciadamente a prática de infração penal, sem violência ou grave ameaça, e com pena máxima não superior a quatro anos⁴⁷, mediante o cumprimento de algumas condições que especifica. Há a necessidade de homologação judicial.

Em caso de não homologação, a redação do projeto de lei prevê, no § 8º, que “o juiz devolverá os autos ao MP para a análise da necessidade de complementação das investigações ou o oferecimento da denúncia.”

No caso de recusa, por parte do MP, em propor o acordo de não persecução penal, a Comissão Especial da Câmara dos Deputados designada para analisar o Projeto de Lei n. 882/2019, em 6 de agosto de 2019, apresentou a melhor solução: o investigado poderá requerer a remessa dos autos ao órgão superior do *Parquet*, na forma do art. 28 do CPP, para que decida.

46 Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?-codteor=1712111&filename=Tramitacao-PL+882/2019. Acesso em: 1º ago. 2019.

47 Essa pena máxima prevista no Projeto de Lei n. 882/2019 é insuficiente. A limitação impede, por exemplo, a celebração de acordos de não persecução penal no crime de estelionato previdenciário (art. 171, § 3º), com pena máxima pouco acima de cinco anos, que possibilitam o ressarcimento imediato ao INSS. Em função disso, andou melhor a Resolução n. 181, de 7 de agosto de 2017, do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), que permite o acordo em crimes com pena mínima inferior a quatro anos.

Conforme exposto no tópico 2.1, o acordo nos Estados Unidos conhecido como de não persecução penal (*non-prosecution agreement*) é muito utilizado na criminalidade econômico-financeira, e é feito com uma agência do governo americano – como o Departamento de Justiça (*DOJ*) ou a Comissão de Valores Mobiliários (*Securities and Exchange Commission – SEC*) e não necessita de homologação judicial.

Quanto ao acordo sobre a sentença, trata-se da inclusão do art. 395-A, no CPP brasileiro, o qual dispõe que, após o recebimento da denúncia ou da queixa e até o início da instrução, o MP ou o querelante e o acusado, assistido por seu defensor, poderão requerer mediante acordo penal a aplicação imediata das penas. Os requisitos são: I – a confissão circunstanciada da prática da infração penal; II – o requerimento de que a pena privativa de liberdade seja aplicada dentro dos parâmetros legais e consideradas as circunstâncias do caso penal, com a sugestão de penas ao juiz; e III – a expressa manifestação das partes no sentido de dispensar a produção de provas por elas indicadas e de renunciar ao direito de recorrer.

As penas poderão ser diminuídas em até a metade ou poderá ser alterado o regime de cumprimento das penas ou, ainda, promovida a substituição da pena privativa por restritiva de direitos, segundo a gravidade do crime, as circunstâncias do caso e o grau de colaboração do acusado para a rápida solução do processo.

Algumas diferenças estruturais do sistema previsto no Projeto de Lei n. 882/2019 para o *plea bargain* norte-americano já saltam aos olhos, de forma a refutar qualquer tipo de alegação de importação sem filtros dessa legislação:

- a) enquanto no direito norte-americano há a possibilidade de o imputado, sob autorização do tribunal, apresentar declaração de não contestação (sem implicar em confissão de culpa), o acordo sobre a sentença que se propõe no Brasil impõe a confissão circunstanciada da prática da infração penal. E, coerente com essa linha jurídica, o acordo homologado é considerado sentença condenatória;

- b) enquanto no direito norte-americano há a possibilidade de acordo sobre a quantidade e o tipo de acusação (*charge bargaining* e *count bargaining*), no Brasil não há essas possibilidades;
- c) no direito norte-americano, há a possibilidade de acordo sobre pressupostos fáticos da sentença (*fact bargaining*), não havendo essa previsão no Brasil;
- d) enquanto no direito norte-americano há a possibilidade de acordo sobre quaisquer crimes, inclusive aqueles nos quais são previstas as severas penalidades da pena de morte e da prisão perpétua, o acordo sobre a sentença que se propõe no Brasil terá limitação em relação à pena máxima, sendo previsto para crimes de médio potencial ofensivo. Isso, de certa forma, somado às benesses de nossa execução penal, diminui extremamente a pressão sob o acusado e seu defensor de realizarem um acordo com o MP, tendo em vista as opções extremas que aquele pode ser submetido em caso de eventual negativa;
- e) conjugando o CPP vigente no Brasil com a previsão do Projeto de Lei n. 882/2019, podemos ainda afirmar que no sistema brasileiro existem e existirão cláusulas mais claramente postas contra o eventual excesso de imputação (*overcharging*) do que nos Estados Unidos. Para chegar na fase de homologação do acordo sobre a sentença, o juiz já deve ter aferido a possibilidade de rejeição liminar da peça acusatória (CPP, art. 395, c/c art. 396), absolvição sumária (CPP, art. 397) e se há provas suficientes para a condenação (CPP, art. 395-A, § 7º, do projeto de lei). Isso tudo, sem dúvida alguma, diminui substancialmente os riscos de acordos injustos.

Nota-se, assim, que o sistema que se propõe no Brasil está muito mais próximo de países como Espanha, Alemanha, Argentina e Portugal, do que propriamente dos Estados Unidos.

4. NECESSIDADE DE APERFEIÇOAMENTO NOS CRIMES AMBIENTAIS

O ordenamento jurídico-penal brasileiro ainda não compreendeu uma peculiaridade dos delitos ambientais que exige foco especial na reparação integral do dano ambiental⁴⁸. Na teoria e na prática, vemos que há omissão na previsão de um sistema de reparação eficiente em tais casos e isso acaba por afetar negativamente muitas decisões judiciais que impõem alguma penalidade ao infrator, esquecendo-se de obrigar o condenado a fazer uma reparação específica ambiental.

O Código Penal (CP), em seu art. 91, trata dos efeitos automáticos da condenação, quais sejam, tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime e a perda em favor da União, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé.

Não é concepção inerente aos crimes ambientais a existência de vítima certa e determinada. Além disso, a reparação específica do dano, e não a mera busca de indenização, ganha igual ou até maior relevo do que a própria aplicação da pena.

Assim, a redação do art. 91 do CP retrata uma visão patrimonialista de indenização pelo dano causado, certamente relevante em alguns casos, porém incompatível com os princípios mais importantes do direito ambiental, entre eles a reparação *in natura*. O CPP brasileiro vai na mesma linha: em seu art. 387, IV, dispõe que o juiz, ao proferir sentença condenatória, fixará valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido.

A Lei n. 9.605/1998 não dispõe sobre a obrigatoriedade de constar da sentença condenatória a reparação do dano *in natura*, inclusive sobre a

48 Interessante discussão sobre o conceito de crimes ambientais consta na obra de Mary Clifford, 1998. No Brasil, entretanto, fica mais fácil falar dos crimes ambientais, pois há um microsistema previsto na Lei n. 9.605/1998.

exigência de eventual laudo a ser utilizado na execução penal. O art. 20 da referida lei já parte para um regime de fixação de valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração; o art. 17 dispõe sobre a reparação (frise-se: voluntária), pelo apenado, dos danos causados ao meio ambiente como condição favorável para a suspensão da pena. O art. 23, II, do mesmo diploma legal coloca como opção de prestação de serviços à comunidade a “execução de obras de recuperação de áreas degradadas”, sem muita imperatividade.

A necessária reparação do dano ambiental, de forma a paralisar, muitas vezes, os efeitos da própria ação criminosa, consta apenas dos arts. 27 e 28 da lei supramencionada, em relação somente à transação penal e à suspensão condicional do processo. Isso significa que, havendo a possibilidade de reparação *in natura* do meio ambiente, os acordos do tipo celebrados pelo MP que assim não exigirem são ilegais.

Sem a reparação *in natura* do dano, há casos em que o crime ambiental, não obstante sentença condenatória prolatada, continua a ser praticado. Basta pensarmos no exemplo da prática do crime do art. 48 da Lei n. 9.605/1998, em que alguém suprime vegetação nativa de uma floresta e realiza uma construção irregular. Essa construção impedirá a regeneração da vegetação natural, o que levará a um crime permanente, conforme decisões do Superior Tribunal de Justiça (STJ).⁴⁹ Mesmo que venha a ser condenado pela prática do crime do art. 48 da Lei n. 9.605/1998, se o juiz não determinar que o condenado desfaça a construção irregular (o que a experiência evidencia que ocorre na quase totalidade dos casos) o crime continua sendo praticado.

Essa situação inusitada obriga o MP a ter de ajuizar uma ação civil pública, com toda a burocracia de um novo processo judicial, para

49 STJ, Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial n. 562.060, *DJe* de 26-10-2015.

buscar a reparação específica do dano ambiental no caso, quando tudo isso seria evitado se houvesse um sistema de reparação específica do dano ambiental, no direito penal, em casos de sentença condenatória.

Algumas raras decisões condenatórias criminais fixam a obrigação do condenado em demolir as construções como “substituição da pena privativa de liberdade por prestação de serviços à comunidade” (Tribunal Regional Federal da 4ª Região, *Habeas Corpus* 0010877-64.2011.404.0000, Sétima Turma, rel. Élcio Pinheiro de Castro, D.E. 12-1-2012).

Entretanto, enquanto não tivermos uma disposição clara em lei sobre o assunto, cada vez mais ficaremos reféns do voluntarismo e sensibilidade de alguns julgadores que se importam com o tema, do que um respeito efetivo ao meio ambiente.

Em acordos de não persecução penal, a solução parece ser mais simples, pois basta o membro do MP prever a reparação *in natura*. Entretanto, a prudência impõe a inclusão de um art. 28-A na Lei n. 9.605/1998, para se dispor expressamente que, nos acordos que tratem de crimes ambientais, a reparação do dano terá de ser obrigatória e sujeita a laudo de constatação.

Da mesma forma, haver a previsão na legislação de que a sentença condenatória em crimes ambientais deve impor a reparação do dano ambiental, mesmo que a título de prestação de serviços à comunidade, é essencial para a completa tutela do bem jurídico a ser protegido. Essa saída, aliás, admitiria a conversão em pena de privativa de liberdade em caso de descumprimento dessa parte da condenação.

REFERÊNCIAS

ALSCHULER, Albert. *Plea bargaining and its history*, 79 Columbia Law Review 1 (1979). Disponível em: <https://chicagounbound.uchicago.edu>. Acesso em: 1º ago. 2019.

ARAS, Vladimir. Acordos penais no Brasil: uma análise à luz do direito comparado. In: CUNHA, Rogério Sanches et al. (coords.). *Acordos de não persecução penal*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

BEALL, George. *Principles of plea bargaining*, 9Loy. U. Chi. L. J.175, 2015. Disponível em: <http://lawecommons.luc.edu/lucjlj/vol9/iss1/5>. Acesso em: 1º ago. 2019.

BUREAU OF JUSTICE ASSISTANCE. *Plea and Charge Bargaining*. Research Summary, 2011. Disponível em: <https://www.bja.gov>. Acesso em: 1º ago. 2019.

CAMARGO DE CASTRO, Ana Lara. *Plea bargain*. Resolução penal pactuada nos Estados Unidos. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019.

CLIFFORD, Mary. *Environmental crime: enforcement, policy, and a social responsibility*. Gaithersburg, Maryland: An Aspen Publication, 1998.

CORTÉS LÓPEZ, María José. *Breve exposición de la figura de la conformidad y su regulación en la ley de enjuiciamiento criminal*. 2017. Disponível em: <https://2019.vlex.com/#vid/676798373>. Acesso em: 1º ago. 2019.

CUNHA, Vítor Souza. *Acordos de admissão de culpa no processo penal*. Salvador: JusPodivm, 2019.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos. El Plea Bargaining, cómo pervertir la justicia penal a través de un sistema de conformidades low cost. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. ISSN 1695-0194. RECPC 20-06, 2018. Disponível em: <http://criminet.ugr.es/recpc/>. Acesso em: 1º ago. 2019.

LANGBEIN, John H. *Land without plea bargaining: how the germans do it*. 1979. Disponível em: https://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/534/. Acesso em: 1º ago. 2019.

MARTIN, Elizabeth A. *Oxford Dictionary of Law*. 7. ed. New York: Oxford University, 2009.

MATOS, José Igreja (dir.). *Julgar*. n. 19, jan.-abr./2013, ISSN 1646-6853, Coimbra: Coimbra, 2013.

MORAL GARCÍA, Antonio del. *La conformidad en el proceso penal*. 2008. Disponível em: <http://www.unis.edu.gt/ap/fetch/conformidad-proceso-penal.pdf>. Acesso em: 1º ago. 2019.

NEUBAUER, David W; FRADELLA, Henry F. *America's Courts and the criminal justice system*. 3. ed. Boston: Cengage, 2017.

RAUXLOH, Regina E. Formalization of plea bargaining in Germany: will the new legislation be able to square the circle? *Fordham International Law Journal*, vol. 34, issue 2, article 5, 2011.

ROSSI, Pablo. La regulación del juicio abreviado en el nuevo Código Procesal Penal de la Nación. *Revista Derecho Penal*, ano 4, n. 10, out./2015: Infojus, SAIJ: DACF150815.

SPINELLI, Vincenzo; CASASANTA, Mario. *Dizionario completo italiano-portoghese (brasiliano) e portoghese (brasiliano)-italiano*. Milano: Ulrico Hoepli Editore S.p.A., 1983.

TONINI, Paolo M. *Lineamenti di diritto processuale penale*. Milano: A. Giuffrè, 2012.

TURNER, Jenia Iontcheva. Judicial participation in plea negotiations: a comparative view. *American Journal of Comparative Law*. vol. 94, 2006, p. 519. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=871979. Acesso em: 1º ago. 2019.

A CONTRIBUIÇÃO DO STJ PARA A CONSOLIDAÇÃO DA PRÁTICA DO COMPROMISSO DE AJUSTAMENTO DE CONDOTA: DESAFIOS PRETÉRITOS E ATUAIS¹

Geisa de Assis Rodrigues²

RESUMO

O presente artigo defende a tese de que o Superior Tribunal de Justiça (STJ), como órgão catalisador da aplicação do direito federal, tem emitido importante mensagem às demais instâncias judiciais e aos jurisdicionados de valorização do termo de ajustamento de conduta. São apresentados diversos desafios enfrentados pela Corte que permitiram a própria existência do instituto como a possibilidade de conciliação

-
- 1 Este artigo é uma versão revista e ampliada do artigo *A contribuição do Superior Tribunal de Justiça para a consolidação da prática do compromisso de ajustamento de conduta*, publicado no livro *Direito Ambiental no STJ* (Sampaio; Alvarenga, 2010). O artigo desenvolve a linha de raciocínio apresentada em participação no 2º Curso Nacional “O juiz e os desafios do processo coletivo”, realizado em 15 de agosto de 2019 na sede da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados.
 - 2 Procuradora Regional da República na 3ª Região. Mestre e doutora em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Pós-doutora pelo Brazil Institut do Kings College de Londres. Professora da Universidade Presbiteriana Mackenzie.

envolvendo direitos indisponíveis e a ausência de veto do § 6º do art. 5º da Lei n. 7.347/1985, e questões atuais relacionadas à sua natureza negocial, à sua eficácia de título executivo extrajudicial e a seu potencial de ampliação do acesso à Justiça de direitos transindividuais. Examinou-se, ainda, questão ainda não solucionada quanto a admissibilidade de composição na responsabilização de atos de improbidade. Concluiu-se que o balanço da atuação do STJ é bem positivo para a afirmação da solução alternativa de conflito envolvendo direitos transindividuais.

Palavras-chave: Superior Tribunal de Justiça. Termo de Ajustamento de Conduta. Conciliação. Direitos transindividuais. Solução alternativa de conflito. Acesso à Justiça.

ABSTRACT

This article defends the thesis that the Superior Court of Justice, as a catalyst for the application of federal law, has been sending an important message to the other Courts and to citizens in general of the value of the conduct adjustment agreement (TAC). The way several challenges were handled by the Court allowed the institute's very existence, such as the possibility of conciliation involving collective rights and the absence of veto of the sixth paragraph of article 5 of Law 7.347/1985. Some current issues related to its negotiating nature, its extrajudicial enforcement and its potential for enhancing access to justice of cross-individual rights are presented. The controversy about the admissibility of composition involving improbity misconducts is also examined. It is concluded that the Superior Court of Justice's performance has been very positive for the affirmation of the alternative solution of cross-individual rights.

Keywords: Superior Court of Justice. Conduct Adjustment Agreement. Cross. Individual rights. Alternative dispute solution. Access to justice.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

É inegável que o compromisso de ajustamento de conduta desempenha hoje um importante papel na tutela jurídica dos direitos transindividuais. Nesse sentido, mostra-se um importante instrumento do qual se valem os órgãos públicos legitimados, especialmente o Ministério Público (MP)³, para ensejar a prevenção e a reparação de danos a direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Trata-se de truísmo afirmar que a obtenção de acordo que garanta a melhor tutela possível dos direitos da sociedade, flexibilizando apenas prazos e condições do atendimento das medidas preventivas ou reparadoras da lesão, revela-se mais interessante do que o desgaste do processo judicial, por propiciar maior brevidade, economicidade e efetividade à Justiça. Todavia, a ênfase na tutela extrajudicial não significa, de forma alguma, menoscabo à garantia da proteção judicial, noção intrínseca à configuração do estado de direito.

Na verdade, são tutelas complementares que ampliam o acesso à Justiça, permitindo que as singularidades do conflito apontem a melhor forma de solucioná-lo. Ademais, nos regimes democráticos, é o Poder Judiciário o único titular do poder incontestável de impor o cumprimento de deveres pela força com a observância do devido processo legal. Assim, sempre que houver descumprimento da solução negociada, será necessária a movimentação da máquina jurisdicional.

Somada a isso, a afirmação de um instrumento de tutela extrajudicial de direitos tem decisiva participação do Poder Judiciário, porque

3 Somente no ano de 2017 foram celebrados 21.460 termos de ajustamento de conduta, sendo 12.323 nos Ministérios Públicos Estaduais e no Ministério Público do Distrito Federal e Territórios; 304 no Ministério Público Federal (MPF); e 8.883 no Ministério Público do Trabalho (Brasil/CNMP, 2018).

a análise do estado da jurisprudência e a demora natural dos processos judiciais são levadas em conta na condução das negociações. Como lembra Galanter (1993, p. 73) ao comentar a verdadeira dimensão da atuação judicial,

Os Tribunais não produzem apenas decisões, emitem também mensagens. Estas mensagens constituem elementos que as partes vão aproveitar para tomar consciência dos direitos que lhe são reconhecidos, elaborar petições, apresentá-las, encetar negociações e fazer valer as suas pretensões tanto para se absterem de propor uma ação como para resistirem e fazerem com que a pretensão do adversário seja indeferida. De igual modo, os tribunais fornecem informações que vão permitir a uns regular o comportamento de outros (ou de se opor a regras assim estabelecidas).

Cumprir acentuar ser até mais importante, sobretudo em países de cultura judicialista como o Brasil, a mensagem do tribunal reconhecendo equivalência na solução extrajudicial para a promoção da justiça, permitindo, assim, o desenvolvimento de todas as suas potencialidades.

Todos que estão familiarizados com a organização judiciária no Brasil sabem da relevância do STJ como órgão catalisador da aplicação uniforme do direito federal no País. As características da Federação brasileira fazem com que a legislação federal seja responsável pela normatização dos aspectos mais relevantes de nosso ordenamento jurídico. Desse modo, esmaece, sobremaneira, a ideia da existência de várias ordens jurídicas superpostas, típica do federalismo. Por isso, como órgão de cúpula da Justiça estadual e da Justiça federal, a mensagem emanada do STJ reverbera de uma forma significativa, influenciando instâncias inferiores do Poder Judiciário e todos os demais operadores jurídicos.

Por não ser uma corte ordinária de revisão, o STJ não examina provas relativas à razoabilidade das cláusulas pactuadas no Termo de

Ajustamento de Conduta (TAC), seja quanto a obrigações e prazos, seja quanto ao efetivo adimplemento das obrigações assumidas pelo interessado.⁴ Deve-se aqui destacar a preciosa lição legada pelo STJ, qual seja, justamente o reconhecimento da Justiça ordinária como uma arena ampla de revisão sobre a adequação, legitimidade e eficácia dos acordos que versam sobre direitos transindividuais, como, aliás, ocorre, até mesmo, em países nos quais o papel do juiz é bem mais tímido em matéria de revisão de acordos.⁵

Diante desse contexto, destacaremos a contribuição do STJ para a consolidação do TAC em relação a desafios pretéritos, como a controvérsia sobre a possibilidade da negociação e conciliação em torno de direito difuso de natureza indisponível e a vigência da norma que introduziu esse instrumento em nosso sistema jurídico. Analisaremos, ainda, desafios passados e atuais relacionados à natureza negocial do TAC, sua eficácia de título executivo extrajudicial e seu potencial de ampliação de acesso à Justiça, inclusive questões não explicitamente enfrentadas, como a possibilidade da celebração de TAC ou mesmo acordo judicial em ação de improbidade administrativa.

4 Conforme ilustram os seguintes precedentes do STJ: Agravo Interno (AgInt) no Recurso Especial (REsp) n. 1.433.758/SP, rel. min. Assusete Magalhães, 2ª T, *DJe* de 20-5-2019; AgInt no Agravo em Recurso Especial (AREsp) n. 755.350/RS, rel. min. Napoleão Nunes Maia Filho, 1ª T, *DJe* de 22-4-2019; AgInt no AREsp n. 1.033.241/MG, rel. min. Francisco Falcão, 2ª T, *DJe* de 2-4-2019, REsp n. 1.729.037/PA, rel. min. Herman Benjamin, 2ª T, *DJe* de 23-4-2019.

5 Mesmo em países que não reservam ao juiz um papel ativo na condução do processo civil, como os Estados Unidos, os tipos de direitos envolvidos nas *class actions* determinam uma participação do juiz no controle dos termos de negociação (Friedeenthal; Kane; Miller, 1985). O nosso ordenamento processual confere ao juiz poderes que o vocacionam ainda mais para exercer com maestria o controle da defesa dos direitos transindividuais, sem que haja qualquer tipo de comprometimento da imparcialidade do julgador.

2. A POSSIBILIDADE DA CONCILIAÇÃO SOBRE DIREITOS INDISPONÍVEIS

Para a concepção do compromisso de ajustamento de conduta – solução extrajudicial de conflitos envolvendo direitos transindividuais, especialmente os difusos – foi necessário enfrentar o importante debate jurídico sobre a possibilidade de conciliação versando sobre direitos indisponíveis.

Como é cediço, o direito é indisponível quando seu titular não pode dele renunciar nem realizar concessão que represente redução de seu conteúdo. A nota de indisponibilidade sempre está ligada ao interesse público, aquele reputado como de interesse geral em um momento histórico específico de uma dada sociedade, de modo a se evitar o risco de prejuízos a bens relevantes para o sistema jurídico (Gropalli, 1998).

São múltiplas as causas eleitas pelo ordenamento jurídico para qualificar de indisponível um direito. Algumas são relacionadas com a qualidade especial do titular do direito (incapaz), outras justificam-se pela própria natureza dos bens envolvidos (bens fora de comércio como o ar, a integridade corporal do homem), outras, ainda, pelas relações jurídicas que visam proteger (relações de família, de trabalho). Em boa parte dos casos, a disponibilidade do direito e a patrimonialidade são coincidentes.

Para a qualificação da indisponibilidade do direito difuso, é comum concorrerem algumas das causas supracitadas. A qualidade do titular do direito é levada em conta, por exemplo, para defini-lo como indisponível, porque a indeterminação dos sujeitos não permite que se identifique uma vontade adequadamente formulada no sentido da disposição do direito. Por outro lado, o objeto do direito se constitui em bem de uso comum, de impossível divisibilidade, a exemplo do meio ambiente ecologicamente equilibrado. De igual modo, os direitos difusos se desenvolvem no seio da sociedade e sua preservação é de interesse de todos, o que configura mais um motivo relevante para a sua

indisponibilidade. Sendo assim, pode-se afirmar que todo direito difuso é essencialmente indisponível. Já para os direitos coletivos e individuais homogêneos, a indisponibilidade decorre de sua tutela coletiva, ou seja, os grupos, devidamente representados, e os indivíduos, em sua situação singular, podem, a depender de seu conteúdo, dispor desses direitos, mas nunca os legitimados para a sua defesa. Nesse sentido, não se pode admitir a simples renúncia desses direitos nem, ao nosso juízo, a transação versando sobre eles.

São características fundamentais da transação: a) existência de concessões recíprocas, o que pressupõe a possibilidade de alienação e de disponibilidade do direito; b) abrangência apenas de direitos patrimoniais de caráter privado, segundo o art. 841 do Código Civil (CC) brasileiro⁶; c) função de evitar o surgimento de um litígio ou de pôr-lhe fim.

A conciliação é um instituto mais abrangente do que a transação. Na verdade, a transação é um dos seus resultados possíveis, assim como a renúncia de quem tem a pretensão do direito e o reconhecimento do direito por quem poderia oferecer resistência. Podemos considerar a conciliação como uma forma de solução de conflitos, com uma lógica própria, que privilegia a participação ativa das partes litigantes. Esse modo de proceder no qual as partes contribuem para a definição da controvérsia é o traço característico que distingue a conciliação das formas adjudicatórias de resolução de conflitos. O caminho para se chegar ao resultado conciliatório passa necessariamente pela negociação, entendida esta como entabulação de um diálogo, é uma “comunicação bidirecional” (Fisher, Ury, Patton, 1994, p. 15) sobre os pontos de vista de cada parte e a melhor forma de compor os interesses em jogo.

6 CC, art. 841: “Só quanto a direitos patrimoniais de caráter privado se permite a transação.”

Em caso pioneiro, o STJ decidiu pela admissibilidade de acordo judicial na ação civil pública que postulava a interdição do consumo de carne animal proveniente de região suspeita de contaminação pelo acidente de Chernobyl, refutando o tradicional argumento de que seria vedada a conciliação versando sobre direitos indisponíveis. O acordo permitiu que a carne com laudo de boas condições sanitárias pudesse ser reexportada, mitigando os danos suportados pelos que tinham importado o produto em nosso país⁷.

Em outra oportunidade, o STJ apreciou novamente esse tema ao admitir a possibilidade de conciliação a respeito de direito difuso, reconhecendo uma margem de discricionariedade na eleição das obrigações de fazer ou de não fazer que melhor se adaptem ao caso⁸.

7 “Ação civil pública proposta pelo Ministério Público Federal. Carne importada. Suspeita de contaminação radioativa em razão do acidente de Chernobyl. Recusa a proposta de acordo, com julgamento de mérito pela improcedência do pedido inicial, em grau de embargos infringentes. Formalização de novo acordo na fase do recurso especial. Homologação, eliminando o objeto do recurso pendente. Estando a solução da lide submetida à última instância, em matéria infraconstitucional, nada impede que o novo acordo seja aqui examinado. Afasta-se a tese sobre a – disponibilidade do direito material em ação civil pública, no caso concreto – já que o bem tutelado integra a classe dos chamados direitos difusos – uma vez que, julgado o mérito, a carne importada fora considerada prestável ao consumo humano – sendo o âmago da questão a proteção aos interesses de todos e inexistente qualquer nocividade do produto, protegida está a sociedade, reputando-se perfeitamente viável a transação e julgando-se extinto o procedimento recursal.” (REsp n. 8.714/RS, rel. min. Hélio Mosimann, 2ª T, DJU de 10-2-1992, p. 856)

8 “Relevante consignar, outrossim, que ao Ministério Público, efetivamente, é defeso, como legitimado extraordinário, praticar atos que importem em disposição de direito material. Não menos importante, todavia, é ressaltar que, nas ações de obrigações de fazer, não constitui concessão ou transigência admitir execução específica de providências que levem a resultados equivalentes ao que se obteria com a procedência do pedido inicial. [...] Em nenhum ponto da questão se vislumbra qualquer

Basicamente o regime peculiar da composição dos conflitos envolvendo direitos transindividuais pode se resumir a duas regras que devem necessariamente ser seguidas. A primeira está relacionada à ausência de renúncia e de concessão do cerne do direito em jogo. A segunda, por sua vez, prevê a observância de um sistema que garanta a coincidência da vontade manifestada com os interesses dos titulares do direito, seja mediante consulta efetiva dos interessados, seja por meio da presunção de que órgãos públicos poderão adequadamente representar os direitos da coletividade.

Outra característica da solução extrajudicial dos conflitos transindividuais, que nem sempre está presente nas resoluções alternativas dos conflitos individuais, é o seu potencial preventivo. Em muitos casos, a disciplina de alguns aspectos da relação entre aqueles que participam do acordo, não só apresentando a solução para um dissídio concreto mas dispondo para o futuro, evita novos pontos de atrito em relacionamentos às vezes inevitáveis e recorrentes.

A admissibilidade da negociação dos direitos transindividuais pelos precedentes do STJ foi fundamental para a própria gênese normativa do compromisso de ajustamento de conduta (Rodrigues, 2011), bem

interesse em negar-se ao Ministério Público a alta missão de velar pelos direitos difusos, sabidamente definidos como aqueles, indeterminados quanto a seu titular específico, cujo direito material pertence, de modo indiviso, a todos os componentes da comunidade. Ao Tribunal, por fim, cabe concluir que a transação manteve intangido o direito material da população de Volta Redonda e a sua homologação teve o mérito de viabilizar, através de medidas equivalentes, a antecipação do resultado prático perseguido pela ação proposta. A transação, reconheça-se de vez, serviu ao interesse público, à coletividade, consolidando-se harmoniosa com os bens tutelados pela Lei n. 7.347/85 (fls).” (REsp n. 299.400/RJ, voto da rel. p/ o ac. min. Eliana Calmon, 2ª T, *DJU* de 2-8-2006, p. 229)

como serviu como importante parâmetro para a definição dos limites dessa negociação.

3. RECONHECIMENTO DA VIGÊNCIA DA NORMA QUE INSTITUIU O TAC

O STJ também teve um papel de destaque na definição da controvérsia sobre a vigência do art. 113 do Código de Defesa do Consumidor (CDC), que incluiu a previsão do compromisso de ajustamento de conduta na lei da ação civil pública. Havia uma corrente, capitaneada por Negrão (2000)⁹, no sentido de que tal dispositivo não estaria em vigor, uma vez que preceitos idênticos inseridos no § 3º do art. 82 e no parágrafo único do art. 92 da norma de proteção ao consumidor foram vetados.

Segundo Negrão, estaríamos na presença de veto *incidenter tantum*, uma vez que, na justificativa ao veto do art. 92, há expressa intenção de se impugnar também os §§ 5º e 6º do art. 113¹⁰. Conquanto tenha o

9 “Antes de analisar o conteúdo da norma, comporta lembrar que o parágrafo ora em comentário não integrava a Lei n. 7.347/1985 no momento em que foi promulgada. Foi ele introduzido pelo art. 113 do Código de Proteção ao Consumidor (Lei n. 8.078/1990). Há duas observações a fazer quanto à alteração do art. 5º através da introdução do § 5º. Primeiramente é preciso lembrar que a Lei n. 8.078/1990 sofreu veto no art. 82, § 2º, que tinha a mesma redação que a do § 5º e, por esse, motivo consideram alguns que só por descuido do Chefe do Executivo não foi também vetado o art. 113 do Código do Consumidor.” Em segundo lugar, Negrão (2000) registra que o parágrafo teria sido vetado (*DOU* de 12-9-1990) e que, por engano, a publicação oficial não o suprimiu.

10 O veto formulado pelo Poder Executivo ao art. 92 foi no seguinte sentido: “Este dispositivo considera a nova redação que o art. 113 do projeto dá ao art. 5º da Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985, acrescentando-lhe novos §§ 5º e 6º, que seriam decorrência dos dispositivos constantes dos §§ 2º e 3º do art. 82. Esses dispositi-

Executivo mencionado a intenção de vetar os dispositivos discutidos, não os relacionou no veto¹¹.

Ora, o *veto power*, importante contribuição do direito constitucional americano aos países de regime de governo presidencial (Jacques, 1987, p. 263), é em regra expresse, podendo ser implícito quando o ordenamento jurídico assim o faculta. O art. 66¹² da Constituição Fe-

vos foram vetados, pelas razões expendidas. Assim também, vetam-se, no aludido art. 113, as redações dos §§ 5º e 6º. (*Diário do Congresso Nacional*, 10 out. 1990, p. 3980)

- 11 Assim, na votação das partes vetadas do projeto de lei, só se discutiram os seguintes vetos, porque formalmente realizados: §§ 1º e 2º do art. 5º; inciso IX do art. 6º, art. 11, art. 15, art. 16; item II do § 2º do art. 26; parágrafo único do art. 27; § 1º do art. 28; § 4º do art. 37; inciso X do art. 39; art. 45; inciso V e § 3º do art. 51; § 3º do art. 52; § 1º do art. 53; § 5º do art. 54; § 2º do art. 55; §§ 2º e 3º do art. 60, art. 62; parágrafo único do art. 67; parágrafo único do art. 68; §§ 2º e 3º do art. 82; parágrafo único do art. 83; art. 85; art. 86; art. 89; parágrafo único do art. 92; art. 96; parágrafo único do art. 97; §§ 1º e 2º do art. 102; incisos X, XI e XII do art. 106; art. 108; art. 109. (*Diário do Congresso Nacional*, 21 nov. 1990, p. 4396-4400)
- 12 CF, art. 66: “A Casa na qual tenha sido concluída a votação enviará o projeto de lei ao Presidente da República, que, aquiescendo, o sancionará. § 1º Se o Presidente da República considerar o projeto, no todo ou em parte, inconstitucional ou contrário ao interesse público, vetá-lo-á total ou parcialmente, no prazo de quinze dias úteis, contados da data do recebimento, e comunicará, dentro de quarenta e oito horas, ao Presidente do Senado Federal os motivos do veto. § 2º O veto parcial somente abrangerá texto integral de artigo, de parágrafo, de inciso ou de alínea. § 3º Decorrido o prazo de quinze dias, o silêncio do Presidente da República importará sanção. § 4º O veto será apreciado em sessão conjunta, dentro de trinta dias a contar de seu recebimento, só podendo ser rejeitado pelo voto da maioria absoluta dos Deputados e Senadores, em escrutínio secreto. § 5º Se o veto não for mantido, será o projeto enviado, para promulgação, ao Presidente da República. § 6º Esgotado sem deliberação o prazo estabelecido no § 4º, o veto será colocado na ordem do dia da sessão imediata, sobrestadas as demais proposições, até sua votação final, ressalvadas as matérias de que trata o art. 62, parágrafo único. § 7º Se a lei não for promulgada dentro de quarenta e oito horas pelo Presidente da República, nos

deral (CF) não prevê essa possibilidade. O descumprimento da regra formal do veto tem graves implicações no controle que o Legislativo pode fazer das rejeições do Executivo (Sampaio, 1996), equiparando-se a um verdadeiro *veto implícito*.

A regra, portanto, no nosso sistema, é a de que a rejeição tem que ser sempre explícita e relativa formalmente a todos os dispositivos aos quais se intenta vetar (Moraes, 2000), ou seja, quando se trata de veto parcial, o chefe do Executivo deve demonstrar as razões da recusa em sancionar formalmente cada artigo, parágrafo, inciso ou alínea. Na verdade, “tecnicamente o presidente não formalizou o veto ao art. 113” (Mazzili, 1999, p. 298). Por conseguinte, não se pode defender a existência de um veto “incidental” porque as razões do veto de um dispositivo não podem ser aplicáveis a outro que não expressamente vetado. Se por descuido ou “cochilo” (Almeida, 2000, p. 271) do Executivo, o veto não foi apostado a preceitos idênticos, estes encontram-se em pleno vigor.

Nas diversas oportunidades em que o STJ foi convocado a se pronunciar sobre o tema, foi enfático na preservação da norma que concebeu o compromisso de ajustamento de conduta¹³.

casos dos §§ 3º e 5º, o Presidente do Senado a promulgará, e, se este não o fizer em igual prazo, caberá ao Vice-Presidente do Senado fazê-lo.”

13 A exemplo dos seguintes julgados: REsp n. 213.947/MG, rel. min. Ruy Rosado de Aguiar, *DJ* de 21-2-2000, p. 13; REsp n. 440.205/SP, rel. min. Carlos Alberto Menezes Direito, 3ª T, *DJ* de 13-6-2005, p. 289; REsp n. 443.407/SP, rel. min. João Otávio de Noronha, 2ª T, *DJ* de 25-4-2006, p. 106. Aliás, no voto condutor do acórdão no REsp n. 213.947/MG, o ministro Ruy Rosado faz expressa referência à inexistência de veto implícito em nosso ordenamento jurídico: “Procurei obter na Câmara dos Deputados a documentação sobre a tramitação e votação da referida mensagem, pela qual verifiquei que realmente não existe veto ao art. 113. Faltou na mensagem da Presidência da República a expressa menção ao art. 113 do CDC, que assim não foi objeto de veto; nem a referência constante daquele documento, quando tratava de justificar o veto ao art. 92, veio a ser votada no Congresso

De qualquer sorte, como muito bem o afirma Mazzili (1999), as razões do veto não mais subsistem desde 1994. De fato, considerou-se¹⁴ que o preceito que instituía o termo com eficácia de título executivo extrajudicial seria inadequado por prever cumprimento de obrigação de fazer e de não fazer em título executivo extrajudicial, o que antes da minirreforma de 1994 não era compatível com o nosso sistema processual. Ora, primeiro tal óbice não existia efetivamente, bastaria que se interpretasse a norma na forma preconizada por Grecco Filho (1991), que defendia que o termo só poderia ser executado para cobrar quantia certa. Posteriormente, com a alteração aludida, o nosso processo civil, desde então, passou a admitir a execução de obrigação de fazer e de não fazer constante de título executivo extrajudicial¹⁵.

A firme posição do STJ foi importantíssima para a própria subsistência do compromisso de ajustamento de conduta; mais, ao erradicar essa controvérsia, propiciou uma ambiência mais segura para a celebração dos TACs, servindo como um importante estímulo à sua prática.

Nacional como compreensiva do tal veto. Portanto, concluo que a legislação em vigor permite a constituição de título executivo mediante a assinatura de termo de compromisso de ajustamento de conduta, de acordo com o § 6º do art. 5º da Lei n. 7.347/1985, na redação dada pelo art. 113 do CDC.”

14 O fundamento do veto foi nos seguintes termos: “É juridicamente imprópria a equiparação de compromisso administrativo a título executivo extrajudicial (CPC, art. 585, II). É que, no caso, o objetivo do compromisso de cessação ou a prática de determinada conduta, e não a entrega de coisa certa ou pagamento de quantia fixada.” (*Diário do Congresso Nacional*, 31 nov. 1990, p. 4398)

15 O art. 645 do Código de 1973, com a redação dada pela Lei n. 8.953/1994, passou a ter a seguinte dicção: “Na execução de obrigação de fazer ou não fazer, fundada em título extrajudicial, o juiz, ao despachar a inicial, fixará multa por dia de atraso no cumprimento da obrigação e a data a partir da qual será devida.” No Código de Processo de 2015, o art. 814 tem idêntico teor.

4. AFIRMAÇÃO DA NATUREZA NEGOCIAL DO TAC

Já tivemos a oportunidade de ressaltar que o ajustamento de conduta, sob qualquer prisma que se analise, tem a essência de um negócio jurídico (Rodrigues, 2011). O primeiro aspecto a ser considerado é a fundamental manifestação de vontade para sua celebração, tanto por parte do obrigado quanto por parte do órgão público. Embora os efeitos mais importantes desse negócio jurídico estejam previstos na lei, assim como seu campo de atuação e sua eficácia executiva, a declaração de vontade, ínsita ao ajustamento de conduta, tornará específica a forma de incidência da norma no caso concreto, vinculando os pactuantes aos efeitos expressos no ajuste.

Consideramos ser o ajustamento de conduta um negócio jurídico da administração e não um negócio jurídico administrativo, em que a administração esteja em uma posição superior ao administrado. De fato, o ajustamento de conduta é meio de se garantir a prevenção do dano ou sua reparação no âmbito civil, e por isso não tem sentido imaginar que o legitimado ativo, pela sua natureza de órgão público, possa estar em uma situação de superioridade desmedida. Há, decerto, uma submissão do obrigado, que ameaçava ou violava o direito transindividual ao cumprimento de uma conduta definida pelo órgão público, não por suas qualidades intrínsecas, mas por estar este defendendo os direitos transindividuais.

É um negócio da administração que também tem natureza de equivalente jurisdicional, por ser um meio alternativo de solução de conflito. Podemos concluir que o ajustamento de conduta é um acordo, um negócio jurídico bilateral, que tem apenas o efeito de acertar a conduta do obrigado às exigências legais.

Sua natureza negocial é reconhecida pelo STJ, que, em várias oportunidades, entendeu fundamental a convergência de vontades para a sua configuração, “do mesmo modo que o Ministério Público não pode

obrigar qualquer pessoa física ou jurídica a assinar termo de cessação de conduta, também não é obrigado a aceitar a proposta de ajustamento formulada pelo particular”¹⁶. Portanto, não há direito subjetivo à celebração de TAC pelo particular, nem a tentativa da conciliação é considerada como uma condição da ação para a propositura da ação civil pública¹⁷, pois “o ordenamento jurídico brasileiro não confere ao referido instrumento o caráter obrigatório defendido pela recorrente, em que pese sua notória efetividade”¹⁸.

Não por acaso a higidez da formação da vontade no processo de celebração do TAC é pressuposto para sua validade. Nesse sentido, o STJ já reconheceu como nulo o título subjacente ao termo de ajustamento de conduta cujas obrigações não foram livremente pactuadas, segundo a interpretação dos fatos examinados no caso em análise no REsp 625.249/PR. Nesse julgamento, o colegiado entendeu ter havido coação relativamente ao convocado a comparecer perante o MP sob pena de crime de desobediência. Firmou-se o TAC sem a presença de advogado e posteriormente houve desacordo em relação à cláusula compensatória, que não foi considerada funcional em relação à reparação do direito transindividual lesado¹⁹.

16 Trecho da ementa do julgamento proferido no REsp n. 596.764/MG, rel. min. Antônio Carlos Ferreira, 4ª T, *DJe* de 23-5-2012.

17 Nesse sentido: “O STJ entende que o Termo de Ajustamento de Conduta é destituído de caráter obrigatório, razão pela qual sua não proposição não induz à carência de ação.” (Resp n. 1.252.869/DF, rel. min. Herman Benjamin, 2ª T, *DJe* de 16-9-2013)

18 Trecho da ementa do julgamento proferido no REsp n. 895.443/RJ, rel. min. Eliana Calmon, 2ª T, *DJe* de 17-12-2008.

19 “Administrativo. Dano Ambiental. Inquérito civil. Termo de ajustamento de conduta. Art. 5º, § 6º, da Lei 7.347/85. Título executivo extrajudicial. Imposição pelo Ministério Público. Cerceamento de defesa. Coação moral. Violação do contraditório e da ampla defesa. Excesso de cobrança. Multa moratória. Homologação de termo de ajustamento de conduta pelo Conselho Superior do Ministério Público.

O STJ já decidiu pela admissibilidade da celebração de TAC pelas partes do processo, mesmo depois de firmada a coisa julgada²⁰, uma vez que o nosso ordenamento jurídico não impede o exercício da autonomia da vontade nessa hipótese.

Art. 9º, §§ 2º e 3º, da Lei 7.347/85. 1. A revogação da manifestação de vontade do compromitente, por ocasião da lavratura do Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) junto ao órgão do Ministério Público, não é objeto de regulação pela Lei 7.347/85. 2. O Termo de Ajustamento, por força de lei, encerra transação para cuja validade *é imprescindível a presença dos elementos mínimos de existência, validade e eficácia à caracterização deste negócio jurídico*. 3. Sob esse enfoque a abalizada doutrina sobre o tema assenta: '[...] Como todo negócio jurídico, o ajustamento de conduta pode ser compreendido nos planos de existência, validade e eficácia. Essa análise pode resultar em uma fragmentação artificial do fenômeno jurídico, posto que a existência, a validade e a eficácia são aspectos de uma mesmíssima realidade. Todavia, a utilidade da mesma supera esse inconveniente. [...] Para existir o ajuste carece da presença dos agentes representando dois 'centros de interesses, ou seja, um ou mais compromitentes e um ou mais compromissários; tem que possuir um objeto que se consubstancie em cumprimento de obrigações e deveres; deve existir o acordo de vontades e ser veiculado através de uma forma perceptível [...]' (RODRIGUES, Geisa de Assis. Ação Civil Pública e Termo de Ajustamento de Conduta. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2002, p. 198). [...]. 4. Consectariamente, é nulo o título subjacente ao termo de ajustamento de conduta cujas obrigações não foram livremente pactuadas, consoante adverte a doutrina, *verbis*: '[...] Para ser celebrado, o TAC exige uma negociação prévia entre as partes interessadas com o intuito de definir o conteúdo do compromisso, não podendo o Ministério Público ou qualquer outro ente ou órgão público legitimado impor sua aceitação. Caso a negociação não chegue a termo, a matéria certamente passará a ser discutida no âmbito judicial'. (FARIAS, Talden. Termo de Ajustamento e Conduta e acesso à Justiça. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, v. LII, p. 121). 5. O Tribunal *a quo* à luz do contexto fático-probatório encartado nos autos, insindicação pelo Egrégio Superior Tribunal de Justiça, consignou que: (a) o Termo de Ajustamento de Conduta *in foco* não transpõe a linde da existência no mundo jurídico, em razão de o mesmo não refletir o pleno acordo de vontade das partes, mas, ao revés, imposição do membro do *Parquet* Estadual, o qual oficiara

Por conta de sua bilateralidade, especialmente no que tange aos compromissários, o TAC só vincula os interessados que assumem expressamente o compromisso de ajustar a sua conduta às exigências legais²¹. Desse modo, o resultado da negociação não favorece os que dele não tenham participado e assumido o dever do cumprimento das obrigações pactuadas²².

no inquérito; (b) a prova constante dos autos revela de forma inequívoca que a notificação da parte, ora Recorrida, para comparecer à Promotoria de Defesa Comunitária de Estrela-RS, para ‘negociar’ o Termo de Ajustamento de Conduta, se deu à guisa de incursão em crime de desobediência; (c) a Requerida, naquela ocasião desprovida de representação por advogado, firmou o Termo de Ajustamento de Conduta com o Ministério Público Estadual no sentido de apresentar projeto de reflorestamento e doar um microcomputador à Agência Florestal de Lajeado, órgão subordinado ao Executivo Estadual do Rio Grande do Sul; (e) posteriormente, a parte, ora Recorrida, sob patrocínio de advogado, manifestou sua inconformidade quanto aos termos da avença celebrada com o *Parquet* Estadual, requerendo a revogação da mesma, consoante se infere do excerto do voto condutor dos Embargos Infringentes à fl. 466. 6. A exegese do art. 3º da Lei 7.347/85 (‘A ação civil poderá ter por objeto a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer’), a conjunção ou deve ser considerada com o sentido de adição (permitindo, com a cumulação dos pedidos, a tutela integral do meio ambiente) e não o de alternativa excludente (o que tornaria a ação civil pública instrumento inadequado a seus fins). Precedente do STJ: REsp 625.249/PR, Rel. Ministro Luiz Fux, 1ª T, DJ de 31-8-2006) 7. A reparação de danos, mediante indenização de caráter compensatório, deve se realizar com a entrega de dinheiro, o qual reverterá para o fundo a que alude o art. 13 da Lei 7345/85. 8. Destarte, não é permitido em Ação Civil Pública a condenação, a título de indenização, à entrega de bem móvel para uso de órgão da Administração Pública. 9. Sob esse ângulo, sobressai nulo o Termo de Ajustamento de Conduta *in loco*, por força da inclusão de obrigação de dar equipamento de informática à Agência de Florestal de Lajeado. 10. Nesse sentido direciona a notável doutrina: [...] como o compromisso de ajustamento às “exigências legais” substitui a fase de conhecimento da ação civil pública, contemplando o que nela poderia ser deduzido, são três as espécies de obrigações que, pela ordem, nele podem figurar: (i) de não fazer, que se traduz na

Ademais, as partes não envolvidas no conflito devem aceitar a eficácia natural da solução contida no TAC, não havendo interesse jurídico de terceiros em desconstituir compromisso de ajustamento simplesmente por discordar da solução definida. Nesse sentido, o STJ não considerou legítimas as impugnações de Município²³ e de Federação de Produtores Rurais do Estado do Mato Grosso do Sul²⁴ para anular TAC celebrado pelo MPF com a Funai para regularização de terras indígenas. A possibilidade de impugnação ao processo de demarcação só poderia ocorrer dentro do procedimento e não ter como alvo a própria celebração do TAC.

cessação imediata de toda e qualquer ação ou atividade, atual ou iminente, capaz de comprometer a qualidade ambiental; (ii) de fazer, que diz com a recuperação do ambiente lesado; e (iii) de dar, que consiste na fixação de indenização correspondente ao valor econômico dos danos ambientais irreparáveis (Edis Milaré, Direito Ambiental, p. 823, 2004). 11. Consectariamente, é nula a homologação de pedido de arquivamento de inquérito civil público instaurado para a apuração de dano ambiental, pelo Conselho Superior do Ministério Público, à míngua de análise da inconformidade manifestada pelo compromitente quanto ao teor do ajuste. 12. A legislação faculta às associações legitimadas o oferecimento de razões escritas ou documentos, antes da homologação ou da rejeição do arquivamento (art. 5º, V, *a* e *b*, da Lei 7.347/85), sendo certo, ainda, que na via administrativa vigora o princípio da verdade real, o qual autoriza à Administração utilizar-se de qualquer prova ou dado novo, objetivando, em última *ratio*, a aferição da existência de lesão a interesses sob sua tutela. 13. *Mutatis mutandis, os demais interessados, desde que o arquivamento não tenha sido reexaminado pelo Conselho Superior, poderão oferecer razões escritas ou documentos, máxime porque a reapreciação de ato inerente à função institucional do Ministério Público Federal, como no caso em exame, não pode se dar ao largo da análise de eventual ilegalidade perpetrada pelo órgão originário, mercê da inarredável função fiscalizadora do Parquet.* 14. Sob esse enfoque não dissente a doutrina ao assentar: ‘A homologação a que se refere o dispositivo, contudo, não tem mero caráter administrativo, nela havendo também certo grau de institucionalidade. Note-se a diferença. Não trata a lei de mera operação na qual um ato administrativo é subordinado à apreciação de outra

Do mesmo modo, o STJ considerou como questões não pertinentes ao TAC os eventuais litígios entre terceiros e compromissários, relacionados ao cumprimento de suas cláusulas, quando estas não tenham sido questionadas, a exemplo do REsp 1.483.144/DF, relativo à transferência de lote assumida em TAC²⁵.

5. O RECONHECIMENTO DA EFICÁCIA DE TÍTULO EXECUTIVO AO TAC

Nos termos do § 6º do art. 5º da Lei n. 7.347/1985, na redação dada pelo CDC, o compromisso de ajustamento de conduta se constitui como

autoridade. Trata-se, isso sim, de reapreciação de ato inerente à função institucional do Ministério Público, qual seja, a de defender os interesses difusos e coletivos, postulado que, como já anotamos, tem fundamento constitucional. Por isso mesmo, não bastará dizer-se que o Conselho Superior examina a legalidade da promoção de arquivamento. Vai muito além na revisão. Ao exame de inquérito ou das peças informativas, o Conselho *reaprecia todos os elementos que lhe foram remetidos, inclusive – e este ponto é importante – procede à própria reavaliação desses elementos*. Vale dizer: o que para o órgão responsável pela promoção de arquivamento conduzia à impossibilidade de ser proposta a ação civil, para o Conselho Superior os elementos coligidos levariam à viabilidade da propositura. O poder de revisão, em consequência, implica na possibilidade de o Conselho Superior substituir o *juízo de valoração do órgão originário pelo seu próprio* [...] José dos Santos Carvalho Filho, *in Ação Civil Pública, Comentários por Artigo, 7ª ed; Lumen Juris; Rio de Janeiro, 2009, p. 313-316*) grifos no original 15. A apelação que decide pela inexigibilidade do Termo de Ajustamento de Conduta (TAC), por maioria, malgrado aluda à carência, encerra decisão de mérito, e, *a fortiori*, desafia Embargos Infringentes. 16. *In casu*, as razões de decidir do voto condutor dos Embargos Infringentes revelam que análise recursal se deu nos limites do voto parcialmente divergente de fls. 399/402, fato que afasta a nulidade do referido acórdão suscitada pelo Ministério Público Federal à fl. 458. 17. Recurso Especial parcialmente conhecido e, nesta parte, desprovido.” (REsp n. 802.060/RS, rel. min. Luiz Fux, 1ª T, julgado em 17-12-2009, *DJe* de 22-2-2010)

um título executivo extrajudicial, que deve ser líquido e certo. O STJ entendeu que falecia ao TAC não assinado pelo órgão compromitente, no caso o Ministério Público, natureza de título executivo por manifesta ausência de certeza²⁶. A Corte Superior reputou, ainda, falta de certeza do termo de ajustamento de conduta que tinha partido de uma falsa premissa fática, a de que o imóvel era tombado pelo patrimônio histórico quando efetivamente não o era, considerando, assim, que o substrato fático do compromisso integra a sua própria essência²⁷. Todavia, desde que “se possam inferir de suas cláusulas critérios que possibilitem a compreensão e a quantificação das condutas ajustadas”, o TAC é certo e líquido, sendo “dispensáveis especificações matemáticas das prestações estipuladas”²⁸.

20 “Não viola a coisa julgada, porquanto compatível com os termos da sentença, a formalização de termo de ajustamento de conduta – TAC, posterior ao trânsito em julgado da ação civil pública, firmada pelo mesmo Ministério Público, com a finalidade de limitar a retenção a apenas 10% dos valores pagos, nas hipóteses de eventual extinção unilateral de contrato. 4. A contratação de percentual razoável para cobertura de eventuais despesas decorrentes da extinção anômala do contrato incentiva a manutenção das relações estabelecidas e o cumprimento do quanto acordado, concretizando assim a função social dos contratos.” (REsp n. 1.548.246/RJ, rel. min. Marco Aurélio Belizze, 3ª T, *DJe* de 11-12-2015)

21 “O Termo de Ajustamento de Conduta, para ser celebrado, exige uma negociação prévia entre as partes interessadas com o intuito de definir o conteúdo do compromisso, não podendo o Ministério Público ou qualquer outro ente ou órgão público legitimado impor sua aceitação a todos, inclusive aos que não participaram do acordo.” (REsp n. 1.155.144/MS, rel. min. Eliana Calmon, 2ª T, *DJe* de 8-9-2010)

22 “Já no que se refere à alegação de suposta perda de objeto da demanda, tendo em vista a assinatura do Termo de Ajustamento de Conduta assinado no Ministério Público do Estado de São Paulo e o Banco Itaú S/A, o Tribunal de origem consignou que “No que concerne ao termo de ajustamento de conduta firmado entre o Ministério Público de Minas Gerais e o Banco Itaú S/A, conforme documento juntado às fls. 756/762, não atrai ou mesmo justifica o acolhimento da pretensão

Há que se pontuar, contudo, que os requisitos para a configuração da eficácia executiva estão previstos na lei, não cabendo ao Poder Judiciário estabelecer novas exigências (Rodrigues, 2012). Nesta senda, o STJ afastou a exigência de presença de testemunhas no termo como requisito de sua eficácia executiva²⁹, assim como reconheceu como desnecessária a prévia homologação do TAC por órgão superior no caso de compromisso celebrado perante o MP³⁰.

externada pelo Apelante pelo fato do banco do Brasil S/A não ser uma empresa vinculada ou pertencente ao Grupo Itáu-Unibanco, não podendo um acordo firmado por um vincular o outro (fl. 898, e-STJ).” (Agravo Regimental (AgRg) nos Embargos de Declaração nos Embargos de Declaração no REsp n. 1.499.300/MG, rel. min. Herman Benjamin, 2ª T, *DJe* de 29-9-2016)

23 REsp n. 1.640.704/MS, rel. min. Herman Benjamin, 2ª T, *DJe* de 19-4-2017.

24 AgInt no REsp n. 1.587.351/MS, rel. min. Herman Benjamin, 2ª T, *DJe* de 3-3-2017.

25 REsp n. 1.483.144/DF, rel. min. Raula Araújo, 4ª T, *DJe* de 10-3-2016.

26 “Assim, é manifesta a conclusão no sentido de que o compromisso de ajustamento de conduta como espécie de título executivo extrajudicial exige, para o reconhecimento de sua validade, a presença de requisitos, entre os quais a expressa manifestação de vontade do órgão público que formalizou o compromisso que fica exteriorizado pela assinatura do compromitente. Portanto, a ausência de assinatura do representante do Ministério Público que formalizou o termo de ajustamento de conduta constitui requisito formal indispensável que afasta a natureza executiva do referido instrumento.” (REsp n. 840.507/RS, rel. min. Denise Arruda, 1ª T, *DJe* de 11-2-2009)

27 REsp n. 1.221.426/MG, rel. min. Mauro Campbell Marques, 2ª T, *DJe* de 1º-12-2011.

28 REsp n. 1.333.251/RS, rel. min. Herman Benjamin, 2ª T, *DJe* de 5-5-2017.

29 “O art. 113 do Código de Defesa do Consumidor não foi vetado pelo Presidente da República. Desse modo, o termo de compromisso de ajustamento de conduta firmado com o Ibama – que prevê multa diária se o recorrido não recuperar áreas degradadas pelo garimpo – é título executivo extrajudicial, podendo embasar execução, mesmo não assinado por testemunhas.” (REsp n. 213.947/MG, rel. min. Ruy Rosado, julgado em 6-12-1999. Informativo 0043/ 6 a 10 de dezembro de 1999)

A eficácia executiva do compromisso de ajustamento de conduta se opõe à Fazenda Pública, não sendo a execução das obrigações avençadas no TAC afronta ao princípio da separação de poderes, até porque a solução adotada no compromisso há de ser consensuada com o poder público³¹. Do mesmo modo, é cabível a cobrança de medidas coercitivas como multa cominatória quando a administração pública é a compromissária do TAC³². Aliás, em matéria de multa “o STJ assentou o entendimento de que o Poder Judiciário pode reduzir a multa estipulada no TAC caso a considere excessiva, não podendo majorá-la”³³.

30 A exemplo do decidido no AgRg no REsp n. 1.175.494/PR, rel. min. Arnaldo Esteves Lima, 1ª T, *DJe* de 7-4-2011.

31 “A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça consolidou-se no sentido de que o TAC, como solução negociada de ajuste das condutas às exigências legais, constitui título executivo extrajudicial e, como tal, na hipótese de descumprimento, enseja a sua execução direta. Nesse sentido os seguintes julgados: AgRg no REsp n. 1.175.494/PR, rel. min. Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, julgado em 22-3-2011, *DJe* de 7/4/2011 e REsp n. 1.521.584/RS, rel. min. Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 5-11-2015, *DJe* de 16-11-2015.) III – Ressalta-se que não há falar em violação ao princípio da separação dos poderes em face da discricionariedade da administração pública, uma vez que, no caso dos autos, o poder público estadual aderiu livremente às cláusulas do acordo firmado com o *Parquet* local!” (AgInt no REsp n. 1.665.702/AP, rel. min. Francisco Falcão, 2ª T, *DJe* de 15-2-2019)

32 “A inércia da municipalidade no cumprimento do pactuado em Termo de Ajustamento de Conduta firmado com o Ministério Público, sobretudo em caso de inadimplemento de obrigação de fazer para a debelação de dano ambiental, justifica a incidência de multa coercitiva até o efetivo cumprimento do encargo consensualmente assumido. 2. A indefinição do termo final da incidência das astreintes é fenômeno resultante da injustificada inércia do próprio devedor da obrigação, no que expressa seu contumaz intento em descumprir o encargo que lhe toca. 3. Agravo interno a que se nega provimento.” (AgInt no REsp n. 1.332.775/MS, rel. min. Sérgio Kukina, 1ª T, *DJe* de 28-8-2017)

No mesmo sentido: REsp n. 1.540.360/RS, rel. min. Herman Benjamin, 2ª T, *DJe* de 16-11-2015.

A ação de execução autônoma é a via processual adequada para a obtenção do adimplemento do termo de compromisso de ajustamento de conduta e não o mandado de segurança³⁴. Todavia, o STJ, mesmo antes do advento da norma do art. 785 do Código de Processo Civil (CPC) de 2015, admitia a opção pelo processo de conhecimento, para fins de obtenção de título executivo judicial³⁵. Assim, admite-se interesse de agir na propositura de ação civil pública de homologação do TAC descumprido. Todavia, essa opção deve ser utilizada com parcimônia e de forma acertada com os compromissários, pois o maior trunfo do TAC é justamente evitar a provocação da máquina jurisdicional para tutelar conflito já solucionado pelas partes (Rodrigues, 2016).

33 AgInt no REsp n. 1.379.973/RS, rel. min. Herman Benjamin, 2ª T, *DJe* de 29-11-2016. No mesmo sentido: REsp n. 859.857/PR, rel. min. Eliana Calmon, 2ª T, *DJe* de 19-5-2010; AgInt no AREsp n. 1.079.757/MS, rel. min. Sérgio Kukina, 1ª T, *DJe* de 13-11-2018.

34 “A jurisprudência desta Corte Superior é firme no sentido de que o mandado de segurança não é a via processual adequada para dar cumprimento a obrigação prevista em termo de ajustamento de conduta ou em acórdão prolatado em ação civil pública. São ambas espécies de título executivo e, portanto, exigem a instauração do respectivo processo executório. Neste sentido: AgInt no Recurso em Mandado de Segurança (RMS) n. 51.940/GO, rel. min. Francisco Falcão, 2ª T, *DJe* de 6-3-2018; AgInt no RMS 54.350/GO, rel. min. Sérgio Kukina, 1ª T, *DJe* de 5/12/2017; AgInt no RMS 53.879/GO, rel. min. Assuete Magalhães, 2ª T, *DJe* de 25-8-2017. II – Agravo interno improvido.” (AgInt no RMS n. 56.828/GO, rel. min. Francisco Falcão, 2ª T, *DJe* de 17-8-2018)

35 “O Termo de Ajustamento de Conduta é título executivo extrajudicial, conforme dispõe o art. 5º, § 6º, da Lei 7.347/1985, e o seu descumprimento permite ajuizar Ação de Execução. Contudo, o Ministério Público pode optar por homologar judicialmente o acordo entabulado no TAC, art. 475-N, V, do CPC, pois obterá título executivo judicial, instrumento mais célere e efetivo para a proteção dos direitos coletivos.” (REsp n. 1.572.000/SP, rel. min. Herman Benjamin, 2ª T, *DJe* de 30-5-2016)

6. PERCEPÇÃO DO POTENCIAL DE AMPLIAÇÃO DE ACESSO À JUSTIÇA DO TAC

O compromisso de ajustamento de conduta, solução alternativa de conflito, surgiu no contexto de ampliação da proteção de direitos transindividuais, de forma a contribuir para uma tutela mais adequada desses direitos, integrando a terceira onda de acesso à Justiça (Cappelletti, 1994). Como já afirmado, o ajuste de conduta não objetiva substituir a atividade jurisdicional, mas complementá-la nos casos em que a solução negociada se revele mais apropriada.

A concepção desse mecanismo alternativo permite que direitos transindividuais possam se beneficiar das evidentes vantagens da conciliação. Por conseguinte, não devemos criar um excessivo formalismo para a celebração do ajuste que o tornaria mais dispendioso e demorado, nem criar óbices que limitem a sua operosidade imediata, significando dizer, na dicção de Carneiro (1999, p. 63), que “as pessoas, quaisquer que sejam elas, que participam direta ou indiretamente da atividade judicial ou extrajudicial, devem atuar da forma mais produtiva e laboriosa possível para assegurar o efetivo acesso à Justiça.”

Nesta seção serão examinados diversos precedentes do STJ que se coadunam com este propósito de ampliação de acesso à Justiça ensejado pelo TAC.

Não pode a aplicação do instituto importar de forma alguma em limitação do acesso à Justiça de direito transindividual ou de direito individual, sendo, em verdade, essa a sua medida de justiça. Assim, o compromisso de ajustamento de conduta não pode reduzir a esfera de proteção de direitos transindividuais. Por isso, de forma pacífica, o STJ reconhece que o TAC, como um meio de composição de reparação ou prevenção de direitos transindividuais em matéria cível, não é óbice para a apuração da responsabilidade penal, eventualmente, relacionada aos mesmos fatos³⁶. Portanto, a tutela extrajudicial não impacta a independência das instâncias, ainda que, por óbvio, elas se relacionem.

O TAC versa sobre responsabilidade civil em face de ameaça ou de ato ilícito prejudicial a direito transindividual, não afastando, de ordinário, a incidência da responsabilidade administrativa, ressalvadas as hipóteses em que o próprio órgão público, detentor do poder de polícia, também figure no polo ativo do compromisso de ajustamento de conduta (Rodrigues, 2011). Nessa linha, o STJ compreendeu que o Ibama não poderia exercer nova fiscalização relacionada a TAC, homologado judicialmente, em ação civil pública, na qual, inclusive, houvera participado³⁷, nem tampouco que TAC firmado por instituição bancária com a Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça, órgão de coordenação da política nacional do consumidor, pudesse afastar o poder de polícia do Procon do Estado de São Paulo, diante da independência das instâncias cível e administrativa³⁸.

Em outro precedente, o STJ deu provimento a recurso para que a Corte ordinária examinasse argumento sobre a convivência do poder de polícia do Ibama, inclusive, para fins de licenciamento e o TAC celebra-

36 “As Turmas especializadas em matéria penal do STJ adotam a orientação de que, em razão da independência das instâncias penal e administrativa, a celebração de termo de ajustamento de conduta é incapaz de impedir a persecução penal, repercutindo apenas, em hipótese de condenação, na dosimetria da pena. Nesse sentido: AgRg no AREsp 984.920/BA, rel. min. Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, *DJe* de 31/08/2017 e HC 160.525/RJ, rel. min. Jorge Mussi, Quinta Turma, *DJe* de 14/03/2013. Assim, ‘mostra-se irrelevante o fato de o recorrente haver celebrado termo de ajustamento de conduta, [...] razão pela qual o *Parquet*, dispondo de elementos mínimos para oferecer a denúncia, pode fazê-lo, ainda que as condutas tenham sido objeto de acordo extrajudicial’ (RHC 41.003-PI, rel. min. Jorge Mussi, Quinta Turma, *DJe* de 03/02/2014). A assinatura do termo de ajustamento de conduta com órgão ambiental não impede a instauração de ação penal.” (Ação Penal n. 888/DF, rel. min. Nancy Andrighi, julgado em 2-5-2018, *DJe* de 10-5-2018)

37 AgRg no AREsp n. 247.286/PB, rel. min. Og Fernandes, 2ª T, *DJe* de 5-12-2014.

38 REsp n. 1.623.579/SP, rel. min. Francisco Falcão, 2ª T, *DJe* de 9-4-2018.

do pelo empreendimento com órgão ambiental estadual³⁹. Nesses dois últimos casos, não só há discussão sobre a relação entre as instâncias administrativa e cível como também sobre a repartição de competências entre União e Estado.

Todavia, a Corte Superior já decidiu que o TAC firmado com o MP do estado com empresa aérea afastaria a atuação do Procon quanto à imposição de multas pelos mesmos fatos⁴⁰. Interessante consignar apenas que, embora o Procon tenha poderes administrativos de fiscalização, não detém poder de polícia para licenciamento ou autorização de funcionamento, o que, ao nosso entendimento, nunca pode ser objeto de conciliação a não ser com a presença do órgão público titular do poder de polícia.

Contudo, nas hipóteses em que o TAC foi homologado judicialmente, o STJ tem considerado inaplicáveis sanções administrativas que sejam incompatíveis com os termos do acordo, como no caso de demolição de edificações consentidas e com a realização de devidas compensações ambientais⁴¹.

Como é cediço, em nosso sistema jurídico, a tutela dos direitos transindividuais é conferida a vários legitimados. Segundo a Lei

39 Resp n. 1.438.970/RN, rel. min. Herman Benjamin, 2ª T, *DJe* de 22-4-2019.

40 “Em que pese a autonomia conferida pela Lei ao Órgão de Controle estadual, certo é que a Instituição compõe a Administração do Estado de São Paulo da mesma forma que a Entidade Ministerial, quando no exercício da função fiscalizatória que culminou na pactuação do TAC. Independentemente do compromisso ter sido assumido na execução de conduta de transação ou de poder de polícia, a Empresa firmou o ajuste visando a regularização da sua atividade como um todo, com o Estado de São Paulo, no caso. 6. A posterior imposição de multa pelo Procon/SP enfraquece a autoridade do ajustamento de conduta oferecido pelo Ministério Público, esvaziando o interesse na celebração de novos acordos dessa natureza, já que, por outras vias, poderia o Estado infligir sanção derivada do mesmo fato.” (AgInt no AREsp n. 419.369/SP, rel. min. Napoleão Nunes Maia Filho, 1ª T, *DJe* de 2-4-2019)

41 REsp n. 1.645.572/CE, rel. min. Herman Benjamin, *DJe* de 19-4-2017.

n. 7.347/1985, na esfera judicial, podem ser autores da ação civil pública os entes que integram a administração pública direta e indireta dos três níveis da Federação, o MP, a Defensoria Pública e as associações. Já na esfera administrativa, a lei confere apenas aos órgãos públicos legitimidade para tomar dos interessados compromisso de ajustar sua conduta às exigências legais. A atuação desses vários colegitimados, tanto judicial quanto extrajudicialmente, pode ser disjuntiva e concorrente, na consagrada expressão de Barbosa Moreira (1984).

Portanto, é comum que o compromisso de ajustamento de conduta seja celebrado perante apenas um dos colegitimados, surgindo controvérsias sobre as implicações da existência do TAC em relação à propositura de uma ação civil pública por outros legitimados. De fato, o STJ tem a tendência de reputar que a tutela judicial e a extrajudicial são complementares, quando não prescrevam obrigações antagônicas, o que acaba privilegiando a ampla tutela dos direitos transindividuais. Admitindo a possibilidade de se complementarem as obrigações previstas no TAC, o STJ já decidiu que não haveria qualquer comprometimento da ação quando seus pedidos fossem complementares e alternativos ao TAC firmado com outro órgão legitimado⁴².

42 “Processual civil. Administrativo. Ação civil pública. Empresa poluidora. Legitimidade. Ministério Público. Regularização de empresas junto a órgãos de fiscalização. Cabimento. I – O Ministério Público possui legitimidade para propor ação civil pública contra empresa poluidora ou que degrade o meio ambiente. Precedentes: AgREsp 170.958/SP, rel. min. Franciulli Netto, *DJU* de 30/06/2004; REsp 310.703/SP, rel. min. Eliana Calmon, *DJU* de 16/12/2002 e REsp 265.358/SP, rel. min. Humberto Gomes de Barros, *DJU* de 18/02/2002, p. 247. I – Remanesce o interesse do Ministério Público na proposição de ação civil pública mesmo após o firmamento de termo de ajustamento de conduta, eis que formulados pedidos alternativos para a reparação de danos causados. II – recurso especial provido.” (REsp n. 514.489, rel. min. Francisco Falcão, 1ª T, *DJU* de 16-5-2005, p. 232)
No mesmo sentido, REsp n. 1.355.559/MG, rel. min. Herman Benjamin, *DJe* de 27-5-2016.

Podemos concluir que só existe interferência do TAC sobre a ação civil pública quando ambas as discussões versam sobre obrigações que devem ser assumidas para a prevenção e a reparação dos *mesmos* danos, ou seja, quando discutam o mesmo contexto fático, numa linguagem processual, quando a causa de pedir da ação coincida com a situação que ensejou a celebração do TAC. Também fica evidente pela posição do STJ que a tutela judicial sempre pode complementar o compromisso de ajustamento de conduta, prevendo-se obrigações alternativas, sobretudo quando se trata de pleito de colegitimado que não firmou o título executivo extrajudicial. De conseguinte, a ação civil pública sempre pode ser proposta pelos demais colegitimados, desde que seja para complementar as obrigações contidas no TAC, ou para impugná-lo.

Do mesmo modo, assim como a tutela judicial coletiva não limita a tutela individual, o termo de ajustamento não pode ensejar redução de direito individual. Portanto, TAC que envolva direito individual homogêneo define um patamar mínimo de proteção, como decidido no caso de TAC celebrado sobre limite de reajuste de planos de saúde com a Agência Nacional de Saúde⁴³.

43 “Assim, a autocomposição levada a efeito pelos órgãos públicos legitimados, na via administrativa do compromisso de ajustamento de conduta, não constituirá jamais renúncia a direitos, mas simples reconhecimento de direitos mínimos em proveito dos reais detentores do direito material controvertido. Caso assim não fosse, o instrumento de proteção de direitos transindividuais se transmutaria em mecanismo de restrição de direitos, exatamente na contramão de seu propósito e, em última análise, em frontal ofensa ao comando constitucional segundo o qual ‘a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito’ (CF, art. 5º, XXXV). Com efeito, a sentença proferida em ação civil pública, ajuizada para a tutela de direitos transindividuais, se mais vantajosa aos beneficiários, deve prevalecer em face de termo de ajustamento de conduta celebrado entre o órgão público e o demandado, seja pela preponderância da coisa julgada, seja pela independência das esferas judicial e administrativa, seja, ainda, pela qualidade e titularidade dos direitos controvertidos.” (REsp n. 1.309.948/SP, rel. min. Luis Felipe Salomão, 4ª T, *DJe* de 24-2-2015)

A Corte Superior afirma a função de ampliação de acesso à Justiça do TAC quando admite que a celebração dele pode ser a medida adotada após a concessão da medida cautelar preparatória de ação civil pública, uma vez que abrangeria todos os pedidos futuros da ação, concretizando a tutela ensejada pela medida assecuratória e afastando a necessidade da postulação judicial⁴⁴.

Em importante decisão que valoriza a aptidão de ampliação do acesso à Justiça do TAC, o STJ entendeu que as alterações legislativas posteriores à sua celebração não têm o condão de torná-lo ineficaz, como no caso das alterações do Código Florestal em que se reconheceu a higidez dos TACs celebrados na vigência na norma anterior, mais restritiva.⁴⁵

44 “Na hipótese dos autos, a ação cautelar preparatória de ação civil pública foi proposta em 7 de abril de 2003 (fl. 147), tendo a medida liminar sido deferida na mesma data (fls. 158/162). Passados, pois, mais de um ano e nove meses, sem que se efetivasse a propositura da ação principal. Deveras, a natureza da ação é eminentemente cautelar e, ultrapassado o prazo legal, ainda não foi proposta a ação principal, de certo pela efetivação do Termo de Ajustamento, esvazia-se o interesse processual da ação principal, porquanto o título que se forma cria obrigações que suprimem o processo cognitivo.” (REsp n. 839.916, rel. min. Luiz Fux, 1ª T, DJe de 11-10-2007, p. 301)

45 “*Termo de ajustamento de conduta ambiental* 5. Ao contrário do que defende o recorrido, não se está diante de obrigações incertas e inexpressivas estabelecidas em ‘suposto título executivo extrajudicial’, pois elas decorrem de Termo de Ajustamento de Conduta legitimamente constituído e com força executiva plena. Trata-se de título que – como ocorre com qualquer negócio jurídico, em especial com os de salvaguarda do interesse da sociedade – deve ser leal, cabal e pontualmente cumprido. Mais do que mero contrato entre particulares, representativo de obrigações de natureza disponível, o Termo de Ajustamento de Conduta firmado com o *Parquet* encarna documento público de gênese legal que, nessa qualidade, goza de robusta presunção de legitimidade, veracidade e validade, nos termos do art. 5º, § 6º, da Lei 7.347/1985 (‘Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial’). O TAC é um só, o que significa

A tutela dos direitos difusos apresenta, ao mesmo tempo, as seguintes peculiaridades: cuida de direitos, quase sempre não patrimoniais, e a injustiça que vier a ser consolidada com o decurso do tempo não viola o direito de um indivíduo, ou grupo, mas o de toda uma coletividade mais ou menos indeterminada. Nesse caso, em não havendo lei expressa, não se pode admitir a sua prescritibilidade (Rodrigues, 2011); desde que fique evidente no TAC que se trata de uma obrigação de natureza ambiental⁴⁶ ou de proteção de patrimônio público⁴⁷, o STJ as considera imprescritíveis.

dizer que, exceto previsão clausular expressa e inequívoca em sentido contrário, a satisfação parcial ou inadequada de qualquer de suas obrigações caracteriza inadiplência do todo, incorrendo em mora o devedor, consoante dispõe o art. 394 do Código Civil. É incompatível com o sistema processual civil vigente que o Poder Judiciário recuse ou dificulte execução de obrigações estabelecidas em TAC. Uma vez celebrado, e respeitadas as formalidades de rigor, o TAC estampa ato jurídico perfeito de piso, por isso blindado em si mesmo, inclusive relativamente a alterações legislativas posteriores que reduzam ou enfraqueçam o patamar mínimo de proteção do interesse público nele preceituado, à luz do princípio da irretroatividade da lei.” (REsp n. 1.742.149/MG, rel. min. Herman Benjamin, 2ª T, *DJe* de 18-6-2019)

No mesmo sentido: “O novo Código Florestal não pode retroagir para atingir o ato jurídico perfeito, os direitos ambientais adquiridos e a coisa julgada, tampouco para reduzir de tal modo e sem as necessárias compensações ambientais o patamar de proteção de ecossistemas frágeis ou espécies ameaçadas de extinção, a ponto de transgredir o limite constitucional intocável e intransponível da ‘incumbência’ do Estado de garantir a preservação e a restauração dos processos ecológicos essenciais (art. 225, § 1º, I)” (AgRg no REsp 1.434.797/PR, rel. min. Humberto Martins, Segunda Turma, *DJe* 7-6-2016) 4. No presente caso, conforme consta do acórdão do Tribunal de origem, o Termo de Ajustamento de Conduta – TAC foi plenamente celebrado sob a vigência da legislação anterior, devendo este ser regido pelo Código Florestal vigente há época da celebração do acordo. Agravo interno não provido.” (AgInt no REsp n. 1.744.609/SP, rel. min. Mauro Campbell Marques, 2ª T, *DJe* de 2-4-2019)

46 AgRg no REsp n. 1.466.096/RS, rel. min. Mauro Campbell Marques, 2ª T, *DJe* de 30-3-2015.

As regras aplicáveis à tutela coletiva judicial que dispensam a cobrança de honorários advocatícios e custas judiciais aos autores coletivos também se aplicam nos processos de execução e de embargos de execução⁴⁸ relativos a termos de ajustamento de conduta, sob pena de reduzirmos o estímulo à solução negociada e o seu potencial de ampliação do acesso à Justiça.

7. QUESTÃO EM ABERTO: POSSIBILIDADE DE CELEBRAÇÃO DE TAC EM CASO DE ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Uma importante questão ainda não dirimida pelo STJ é a admissibilidade da celebração de TAC que envolva responsabilização por

47 AgRg no REsp n. 1.254.628/SC, rel. min. Arnaldo Esteves Lima, 1ª T, *DJe* de 23-9-2011.

48 “No caso dos autos, o recorrente sustenta que o Ministério Público deve ser condenado ao pagamento de honorários advocatícios, já que a entidade é parte sucumbente nos autos de embargos à execução de Termo de Ajustamento de Conduta, por entender inaplicável o artigo 18 da Lei n. 7.437/85. 2. Contudo é indevida a condenação do órgão público ao pagamento de honorários advocatícios sucumbenciais nas hipóteses em que se trata de embargos à execução decorrente de TAC, salvo quando houver prova da má-fé do autor, o que não ocorre no caso *in fine*, Nesse sentido: REsp 896.679/RS, 1ª Turma, rel. min. Luiz Fux, *DJ* de 12.5.2008. Ademais, é pacífica a jurisprudência do STJ no sentido de que é indevida a condenação do Ministério Público ao pagamento de honorários advocatícios nas hipóteses em que se trata de ação civil pública, execução e correlatos embargos, exceto quando houver prova da má-fé do *Parquet*. Precedentes: AgRg nos EDcl no REsp 1.120.390/PE, 1ª Turma, rel. min. Hamilton Carvalhido, *DJe* de 22.11.2010; AgRg no Ag 1.135.821/RS, 4ª Turma, rel. min. Aldir Passarinho Junior, *DJe* de 18.2.2010; REsp 891.743/SP, 2ª Turma, rel. min. Eliana Calmon, *DJe* de 4.11.2009; REsp 419.110/SP, 2ª Turma, rel. min. Herman Benjamin, *DJ* de 27.11.2007.4. Agravo regimental não provido.” (AgRg no Ag n. 1.304.896/MG, rel. min. Mauro Campell Marques, 2ª T, *DJe* de 30-3-2011)

ato de improbidade administrativa. Já aportaram ao STJ demandas relacionadas à temática, mas ainda não houve uma afirmação clara quanto à admissibilidade ou não da composição em casos de ação de improbidade administrativa.

Em um dos casos envolvendo o MPMT, o Estado de Mato Grosso e empresas e servidores réus em ação de improbidade, o STJ considerou que o pagamento de mais de cem milhões de reais relativo ao cumprimento do acordo seria justa causa para afastar o decreto de indisponibilidade dos bens dos réus⁴⁹, pois esse valor seria apto a garantir a utilidade da ação de improbidade. Nesse mesmo caso, a Corte manteve decisão do tribunal *a quo*, que reputou inadequadas as cláusulas do TAC, em virtude de ausência de previsão de cláusula penal e insuficiência das sanções aplicadas, sem, contudo, enfrentar a impossibilidade de celebração de acordo nesta matéria⁵⁰.

49 “Havendo prévio adimplemento das cláusulas pecuniárias de Termo de Ajustamento de Conduta firmado entre o Ministério Público e os Réus em Ação Civil Pública, ainda que o acordo não tenha sido posteriormente homologado pelo Magistrado, não há razão, nem lógica jurídica, para que se mantenha indisponível o patrimônio dos acionados por suposto ato de improbidade administrativa, sobretudo quando se tem como certo que vultosa soma já foi disponibilizada aos cofres públicos como forma de cumprimento de obrigações e de ressarcimento de dano ao Erário; nessas hipóteses – como é a do presente caso – a liberação constritiva deve ser pronunciada, sob pena de configurar onerosidade excessiva aos imputados e infirmação do 7º, parág. único da Lei 8.429/92”. (REsp n. 1.588.812/MT, rel. min. Napoleão Nunes Maia Filho, 1ª T, *DJe* de 26-8-2016)

50 “Na espécie, as Instâncias Ordinárias, com base nos elementos factuais e probatórios que se represaram no caderno processual – gize-se, impermeáveis a alterações em sede rara –, foram unânimes em constatar que o TAC não reuniu os aspectos de forma e de fundo que se prestassem a solucionar a ACP em curso. Estando devidamente fundamentada a decisão que recusa a homologação do ajuste entre as partes – bem o caso dos autos –, não há lugar para a sua reforma. 3. Contrariamente à pretensão da parte recorrente, o acórdão recorrido não praticou violação alguma ao art. 17,

Em outro exemplo de TAC – firmado com prefeito de Petrolina – que não foi aceito pelo Judiciário, aqui sob o fundamento de haver vedação do parágrafo do art. 17 da Lei n. 8.492/1992, o STJ apenas examinou a questão processual de ser ou não admissível o prosseguimento da ação de improbidade depois da não aceitação do TAC, em decisão irrecorrida, sem enfrentar o argumento da subsistência da vedação legal⁵¹.

Do mesmo modo, no exame da alegação de vereadores de Atibaia condenados em ação de improbidade, por não devolverem subsídios majorados ilegalmente, quanto à nulidade de TAC celebrado com outros vereadores que aceitaram promover a devolução, e não foram, por isso, acionados, o STJ não se pronunciou sobre a vedação de TAC em matéria de improbidade e considerou inexistente a violação ao princípio da isonomia, pois todos os vereadores tiveram a oportunidade de celebrar o acordo. A eventual consequência da nulidade do TAC seria permitir que todos os vereadores fossem réus em ações de improbidades e não dispensar o mesmo tratamento aos que foram recalitrantes solução negociada⁵².

§ 11, da LIA, este que rege a extinção do processo por inadequação da ação.” (REsp n. 1.711.528/MT, rel. min. Napoleão Nunes Maia Filho, 1ª T, *DJe* de 7-5-2018)

51 “Mas o fato é que, não mais existindo no mundo jurídico o termo de ajustamento de conduta, causa eficiente dos demais segmentos processuais (inclusive da desistência), a consequência processual inarredável seria o processamento da ação de improbidade, com o recebimento da inicial. Na cadeia dos atos processuais, um deles, mais remoto – o que anulou o acordo firmado entre o MPE e o recorrente –, ingressou na situação jurídica de imutabilidade, por falta de recurso do ora recorrente, o que, além de quebrar a sequência de atos processuais a salvo de preclusão, esvazia a eficácia do questionamento do recorrente acerca da decisão, menos remota, que reconsiderou o indeferimento da petição inicial e, na sequência, a recebeu.” (AgRg no REsp n. 1.185.628/PE, rel. min. Olindo Menezes – des. convocado do TRF 1ª Região –, 1ª T, *DJe* de 24-9-2015)

52 REsp n. 1.316.951/SP, rel. min. Herman Benjamin, 2ª T, *DJe* de 13-6-2013.

É fundamental que o STJ se pronuncie sobre a controvérsia a envolver a vedação do recurso à conciliação prevista no art. 17, § 1º, da Lei n. 8.429/1992, pois há uma tendência em se admitir a celebração de TAC, por se considerar que legislações mais recentes alteraram o paradigma, então vigente em 1992, de que a única forma de combater os atos de improbidade seria por meio da repressão. A conciliação em improbidade é hoje admissível (Gajardoni, 2014; Andrade, 2018; Diniz e Cambi, 2018), seja como estímulo para entrega de provas sobre condutas praticadas por vários agentes, em virtude da aplicação das normas que preveem institutos de colaboração como a Lei n. 9.807/1999, Lei n. 9.613/1998, Convenção de Palermo, Convenção de Mérida, Lei n. 12.850/2013 e Lei n. 12.846/2013, seja versando sobre o próprio conteúdo da improbidade, especialmente útil em casos de atos de menor gravidade, com a reparação integral do patrimônio público, quando for o caso, e a incidência de outras sanções típicas de improbidade, nesta última hipótese principalmente por uma interpretação extensiva do § 4º do art. 36 da Lei de Mediação⁵³ e as próprias disposições do CPC cuja ênfase na conciliação é amplamente reconhecida⁵⁴.

53 O § 4º do art. 36 da Lei n. 13.140/2015 (Lei da Mediação), sugerido pela União Federal durante o processo legislativo da lei de mediação, prescreve que, *nas hipóteses em que a matéria objeto do litígio esteja sendo discutida em ação de improbidade administrativa ou sobre ela haja decisão do Tribunal de Contas da União, a conciliação de que trata o caput dependerá da anuência expressa do juiz da causa ou do Ministro Relator*. Ainda que esse dispositivo se refira a casos de controvérsia entre órgãos da União, fica evidente que se passou a admitir que a mediação e, portanto, seus possíveis resultados (conciliação, acordo e transação), ocorra em ações de improbidade, desde que seja submetido ao crivo do Poder Judiciário. Entender que os efeitos dessa norma não podem ser aplicados para todas as ações de improbidade configuraria um *discrímen* totalmente desproporcional, uma vez que afastaria das demais ações as evidentes vantagens da possibilidade do acordo, e seria violador do princípio da isonomia jurídica, pois nada justifica

Essa tendência também se revela em decisões institucionais, como a Resolução n. 179/2017, do CNMP, que secundou decisões de diversos ramos do MP⁵⁵. Essa resolução prevê expressamente no § 2º do art. 1º que: “É cabível o compromisso de ajustamento de conduta nas hipóteses configuradoras de improbidade administrativa, sem prejuízo do ressarcimento ao erário e da aplicação de uma ou algumas das sanções previstas em lei, de acordo com a conduta ou o ato praticado”, e precedentes judiciais⁵⁶.

um tratamento diverso nessa hipótese. Assim, ou se pode fazer acordos em matéria de improbidade em todas as ações ou não se pode em nenhuma. Portanto, a regra especial não sobrevive quando disposição de lei em contrário, ainda que objetivando escopo menor, infirma a sua razoabilidade. O advento da Lei de Mediação, em 2015, criou, assim, um novo paradigma de consensualidade controlada versando sobre matérias envolvendo atos de improbidade.

- 54 “O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos” (CPC, art. 1º, § 2º); e “a conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial” (CPC, art. 1º, § 3º).
- 55 A exemplo da Resolução n. 2, de 28 de março de 2017, do Conselho Superior do Ministério Público do Estado do Amapá, e a Resolução n. 1, de 15 de maio de 2017, do Conselho Superior do Estado do Paraná.
- 56 “Se em 1992, época da publicação da lei, essa vedação até se justificava, tendo em vista que estávamos engatinhando na matéria de combate aos atos ímprobos, hoje, em 2015, tal dispositivo deve ser interpretado de maneira temperada. Isso porque, se o sistema jurídico permite acordos com colaboradores no campo penal, possibilitando a diminuição da pena ou até mesmo o perdão judicial em alguns casos, não haveria motivos pelos quais proibir que o titular da ação de improbidade administrativa, no caso, o MPF, pleiteie a aplicação de recurso semelhante na esfera cível. Cabe lembrar que o art. 12, parágrafo único, da Lei 8.249/92 admite uma espécie de dosimetria da pena para fins de improbidade administrativa, sobretudo levando em conta as questões patrimoniais. Portanto, os acordos firmados entre os réus e o MPF devem ser levados em consideração nesta ação de improbidade administrativa [...]” (Decisão

Há, inclusive, os que sustentam a existência da ocorrência do fenômeno da inconstitucionalidade progressiva da norma do art. 17, § 1º, da Lei n. 8.429/1992, que se tornou inconstitucional justamente porque sua aplicação atual enseja violação a vários dispositivos constitucionais como o direito à igualdade, previsto no *caput* do art. 5º da CF, pois uma pessoa jurídica pode, nos termos da Lei n. 12.846/2013, negociar a aplicação de sanções previstas na lei de improbidade e as pessoas físicas não; o direito à segurança, previsto no mesmo dispositivo constitucional, pois não se admite que todas as instâncias (cível geral, de regulação, de improbidade administrativa e penal) possam ser contempladas em um único acordo, subsistindo sempre a possibilidade da punição por improbidade, mormente para as pessoas físicas; os direitos fundamentais da tutela jurisdicional efetiva e a razoável duração do processo, porque afasta das ações de improbidade a possibilidade de avaliar medidas que sejam mais adequadas à solução do caso concreto; o princípio da eficiência administrativa previsto no art. 37 da CF, uma vez que se impede que soluções mais rápidas e menos onerosas sejam adotadas em sede de improbidade administrativa. Alguns desses argumentos foram

abaixo, integralmente confirmada pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região no Agravo de Instrumento n. 5053276-81.2015.404.0000, Quarta Turma, relator Luís Alberto d'Azevedo Aurvalle, Ação Civil Pública de Improbidade Administrativa, n. 5006717-18.2015.4.04.7000/PR, caso Lava-Jato). “A validade do negócio jurídico celebrado nos autos de ação de improbidade administrativa carece de uma interpretação mais atual, porquanto, após mais de 25 (vinte e cinco) anos desde a sua edição, período em que houve a aprovação dos mais variados diplomas legislativos, que contemplam inclusive acordos na esfera criminal, tem-se que uma simplória interpretação literal do art. 17, § 1º, da Lei n. 8.429/1992 destoa do ordenamento jurídico pátrio vigente, o que deve ser ponderado pelo intérprete no momento da aplicação da norma, sob pena de incorrer em evidente contradição com o sistema em que está incluso;” (Agravo de Instrumento n. 0002954-34.2018.8.03.0000, TJAP, rel. des. Sueli Pereira Pini, julgamento em 4-4-2019)

deduzidos na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 5.980, ainda não julgada pelo Supremo Tribunal Federal.

A conciliação em matéria de improbidade deve ser admitida diante deste quadro de revogação implícita do § 1º do art. 17 da Lei n. 8.429/1992 ou de sua progressiva inconstitucionalidade. Todavia, esta sempre deve ser submetida à homologação judicial, a exemplo do que ocorre em outras hipóteses de conciliação sobre o poder sancionatório individualizado. Esse, aliás, é o regime que vem sendo adotado nas normas supracitadas.

8. CONSIDERAÇÕES CONCLUSIVAS

O balanço do exame das controvérsias relativas ao termo de ajustamento de conduta pelo STJ tem sido positivo, pois a instituição vem permitindo, de forma equilibrada e serena, que um instrumento extrajudicial de solução de conflitos como o compromisso de ajustamento de conduta floresça em toda a sua potencialidade. Espera-se que o Tribunal da Cidadania prossiga pavimentando esse caminho, enfrentando os novos desafios da mesma forma como o fez no passado.

É de se celebrar a importante tendência do órgão de cúpula da Justiça comum de não criar embaraços indevidos à opção da solução extrajudicial, garantindo, assim, uma ordem jurídica mais justa às demandas envolvendo direitos transindividuais. Nas próprias palavras de um dos seus mais destacados membros, o ministro Herman Benjamin:

Trata-se de título que – como ocorre com qualquer negócio jurídico, em especial com os de salvaguarda do interesse da sociedade – deve ser leal, cabal e pontualmente cumprido. Mais do que mero contrato entre particulares, representativo de obrigações de natureza disponível, o Termo de Ajustamento de Conduta firmado com o *Parquet* encar-

na documento público de gênese legal que, nessa qualidade, goza de robusta presunção de legitimidade, veracidade e validade, nos termos do art. 5º, § 6º, da Lei 7.347/1985 (“Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial”). O TAC é um só, o que significa dizer que, exceto previsão clausular expressa e inequívoca em sentido contrário, a satisfação parcial ou inadequada de qualquer de suas obrigações caracteriza inadimplência do todo, incorrendo em mora o devedor, consoante dispõe o art. 394 do Código Civil. É incompatível com o sistema processual civil vigente que o Poder Judiciário recuse ou dificulte execução de obrigações estabelecidas em TAC. Uma vez celebrado, e respeitadas as formalidades de rigor, o TAC estampa ato jurídico perfeito de piso, por isso blindado em si mesmo, inclusive relativamente a alterações legislativas posteriores que reduzam ou enfraqueçam o patamar mínimo de proteção do interesse público nele preceituado, à luz do princípio da irretroatividade da lei. (REsp 1.742.149/MG, rel. min. Herman Benjamin, 2ª T, *DJe* de 18-6-2019)

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, João Batista. *A proteção jurídica do consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2000.

ANDRADE, Landolfo. *Autocomposição na esfera de improbidade administrativa*. Gen Jurídico, publicado em 11-4-2018. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2018/04/11/autocomposicao-na-esfera-de-improbidade>.. Acesso em: 23 nov. 2019.

BRASIL. CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. *Ministério Público: um retrato. Dados de 2017*. V VII. Brasília: CNMP, 2018.

CAPPELLETTI, Mauro. Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça. *Revista de Processo*, 74/1994, p. 81.

CARNEIRO, Paulo César Pinheiro. *Acesso à Justiça*. Juizados especiais cíveis e ação civil pública. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

DINIZ, Cláudio Smirne; CAMBI, Eduardo. Solução extrajudicial de conflitos na proteção do patrimônio público e da probidade administrativa. *Revista dos Tribunais*. vol. 994/2018, p. 49-69, ago./2018.

FISCHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce. *Como chegar ao sim*: negociação de acordos sem concessões. Rio de Janeiro: Imago, 1994.

FRIEENDEENTHAL, Jack H; KANE, Mary Kay; MILLER, Arthur R. *Civil Procedure*. New York: West publishing Co., 1985.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Comentários à Lei de Improbidade Administrativa*: Lei 8.429, de 2 de junho de 1992. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 255-259.

GALANTER, Marc. A justiça não se encontra apenas nas decisões dos tribunais. In: HESPANHA, Antonio (coord.). *Justiça e litigiosidade*: história e perspectiva. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993. p. 73.

GRECO FILHO, Vicente. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 378.

GROPALLI, Alessandro. *Introdução ao estudo de direito*. Tradução de Manoel Alarcão, Coimbra, 1998. p. 168-170.

JACQUES, Paulino. *Curso de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *O inquérito civil*. São Paulo: Saraiva, 1999.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. São Paulo: Atlas, 2000.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Tutela jurisdicional dos interesses coletivos ou difusos. In: MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de Direito Processual*. 3ª Série. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 193-221.

NEGRÃO, Theotônio. *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 947.

RODRIGUES, Geisa de Assis. *Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

RODRIGUES, Geisa de Assis. A contribuição do Superior Tribunal de Justiça para a consolidação da prática do compromisso de ajustamento de conduta. In: SOARES JR., Jarbas; ALVARENGA, Luciano José (orgs.). *Direito Ambiental no STJ*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

RODRIGUES, Geisa de Assis. Breves reflexões sobre o potencial do novo Código de Processo Civil para aprimorar a tutela processual coletiva. In: RODRIGUES, Geisa de Assis; ANJOS FILHO, Roberio Nunes dos. (orgs.). *Reflexões sobre o novo Código de Processo Civil*. 1. ed. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2016. v. 1, p. 333-371.

SAMPAIO, Nelson de Sousa. *O processo legislativo*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

SOARES JR., Jarbas; ALVARENGA, Luciano José (orgs.). *Direito ambiental no STJ*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p. 97-116.

AUTOCOMPOSIÇÃO E IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: UMA BREVE REFLEXÃO SOBRE A BUSCA DO REAL INTERESSE PÚBLICO

Thais Coelho Mariano¹

RESUMO

A Lei de Improbidade Administrativa representou um importante instrumento de combate à corrupção, e o Ministério Público (MP) foi um dos principais protagonistas da sua aplicação. No entanto, há muito a se fazer, especialmente em relação à inefetividade dos provimentos jurisdicionais que, em muitos casos, não levam à real recomposição dos prejuízos causados ao erário. Assim, em um microsistema legal de combate a atos lesivos à administração pública, é preciso que o MP exerça sua missão constitucional de defender o interesse público para poder celebrar acordos que representem a solução esperada nesses casos. A autocomposição é estimulada há anos e, nas mãos

1 Especialista em Direito Penal pela Universidade Anhanguera e em Direito Processual Civil pela Universidade Cândido Mendes. Analista do MPU/Apoio Jurídico/Direito. Assessora Jurídica Nível IV na Procuradoria Regional da República da 1ª Região.

desse importante órgão, de juízo crítico e responsável, pode tornar-se instrumento apto a transformar a realidade, sempre de forma a melhor atender o interesse público.

Palavras-chave: Improbidade administrativa. Autocomposição. Efetividade. Interesse público.

ABSTRACT

The law that investigates acts of administrative misconduct represents an important instrument to fight against corruption, being the Public Prosecutor the main protagonist of its application. However, much remains to be done, especially in relation to the ineffectiveness of jurisdictional provisions which, in many cases, do not generate compensation of damage to public funds. Thus, in a legal microsystem to combat harmful effects for the Public Administration, it is necessary that the Public Prosecutor, exercising its constitutional mission to defend the public interest, can make deals that represent the expected solution in these cases. Self-composition has been encouraged for years and, in the hands of an important institution that, with critical and responsible judgment, can become an instrument capable of transforming reality, always in order to better serve the public interest.

Keywords: Administrative misconduct. Self composition. Effectiveness. Public interest.

1. OS DESAFIOS DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

A Lei n. 8.429/1992 já se aproxima de seus trinta anos de vigência. Não obstante os inegáveis avanços trazidos em relação à proteção do patrimônio público e ao combate à improbidade, é certo que ainda

enfrenta alguns desafios, especialmente relacionados à impunidade e à falta de efetividade dos meios de cobrança.

O MP, sem sombra de dúvidas, tem concentrado grandes esforços no combate à improbidade e à corrupção, mas as condenações conquistadas, infelizmente, por si sós, não garantem a recomposição do dano.

Na realidade prática, verifica-se que mesmo medidas cautelares, como a indisponibilidade de bens, não impedem a dilapidação rápida do patrimônio e, conseqüentemente, geram a inefetividade de todo o processo.

Nas palavras de Emerson Garcia (2017, p. 72), “é absolutamente inútil a cominação de severas sanções, se os mecanismos de controle e de execução são ineficazes”.

Nessa perspectiva, é preciso que, sem abrir mão do interesse público, seja realizado um diálogo institucional em busca de soluções que representem uma real e eficaz tutela do patrimônio público. A melhor doutrina já assim se posiciona, na medida em que não entende o processo como um fim em si mesmo, mas um meio necessário à tutela da ordem jurídica.

2. A POSSIBILIDADE DE AUTOCOMPOSIÇÃO NA AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

A autocomposição, considerada meio alternativo legítimo de pacificação social (Didier Jr., 2016, p. 167), reduz a litigiosidade e contribui para uma solução célere e efetiva das demandas. Por isso, tem sido estimulada pelo próprio Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) há muito tempo, como se verifica da Resolução n. 118, de 1º de dezembro de 2014.

No mesmo sentido, o atual Código de Processo Civil foi todo estruturado de modo a estimular a solução dos conflitos por autocomposi-

ção, tendo, inclusive, tratado o assunto como norma fundamental, com previsão no art. 3º, §§ 2º e 3º.

O debate surge quando da análise da aplicação da autocomposição no bojo de ações civis públicas por atos de improbidade administrativa, que, como se sabe, além de sanções patrimoniais, podem levar à aplicação de sanções políticas.

Não se desconhece a vedação trazida pelo art. 17, § 1º, da Lei n. 8.429/1992, que impede transação, acordo ou conciliação nas ações de improbidade. Contudo, é importante a reflexão para entender o alcance pretendido e o obsolescimento dessa previsão.

Fredie Didier Jr. e Daniela Bonfim (2017, p. 117), inclusive, discorrem sobre a justificativa histórica da proibição, já que o sistema processual brasileiro era avesso a qualquer solução negociada, postura que começou a ser alterada apenas a partir de 1995, com a publicação da Lei n. 9.099.

A proibição de negociação prevista na Lei de Improbidade Administrativa era, na verdade, um reflexo da proibição no âmbito penal. Não havia sido admitida na improbidade em razão do princípio da obrigatoriedade para o Ministério Público e da visão que a tutela do interesse público era absolutamente indisponível, não admitia graus de tutela. Se agora é possível negociar as consequências penais, mesmo nas infrações graves, não haveria razão para não ser possível negociar as sanções civis de improbidade. Pode-se estabelecer a seguinte regra: a negociação na ação de improbidade administrativa é possível sempre que for possível a negociação no âmbito penal, em uma relação de proporção.

Com certeza o legislador buscou evitar que ajustes violassem a supremacia do interesse público ou implicassem renúncia aos bens jurídicos tutelados pela norma.

Assim, pensando numa hipótese em que um acordo represente efe-

tiva e eficiente tutela do patrimônio público, não se pode negar sua possibilidade, sob pena de malferir o próprio objetivo da lei.

A grande demonstração disso é a Resolução n. 179/2017 do CNMP, que autorizou expressamente a celebração de acordos e ajustes em ações civis públicas de improbidade administrativa. Vejamos:

Art. 1º [...]

§ 2º É cabível o compromisso de ajustamento de conduta nas hipóteses configuradoras de improbidade administrativa, sem prejuízo do ressarcimento ao erário e da aplicação de uma ou algumas das sanções previstas em lei, de acordo com a conduta ou o ato praticado.

Seguindo a mesma lógica, o Ministério Público Federal (MPF), por meio da sua 5ª Câmara de Coordenação e Revisão, emitiu a Nota Técnica n. 1/2017 e a Orientação n. 7/2017, ambas trazendo o entendimento de que o art. 17, § 1º, da Lei de Improbidade Administrativa foi tacitamente revogado pelas normas do microsistema de defesa do patrimônio público que admitem a celebração de acordos.

E mais, é de ressaltar que, em 2013, a chamada Lei Anticorrupção – Lei n. 12.846 – permitiu a celebração de acordos em práticas inclusive mais graves que as trazidas pela Lei n. 8.429/1992, de modo que, entendendo-se pela existência de um microsistema legal de combate a atos lesivos à administração pública, não há motivo para sua proibição em ações de improbidade administrativa.

3. OS BENEFÍCIOS DA AUTOCOMPOSIÇÃO NA AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Admitida a possibilidade, ao menos em tese, da elaboração de acordos no bojo de ações civis que apurem a prática de atos de improbidade

administrativa, é necessária uma breve análise sobre os benefícios que esse entendimento traz para os objetivos pretendidos pelo microsistema jurídico de defesa da probidade administrativa.

Um dos grandes problemas verificados nas ações civis públicas, de forma geral, diz respeito justamente a uma tramitação prolongada. Além disso, ainda que a ação implique uma resposta sancionadora de natureza política, ela não é capaz de devolver aos cofres públicos o valor desviado ou indevidamente apropriado. Em uma análise simplória, é o famoso “ganhar e não levar”, algo com que infelizmente estamos acostumados, mas que precisa ser modificado, sob pena de manejarmos processos judiciais desprovidos de utilidade.

Estudar meios alternativos é fundamental, pois é evidente que a demora do processo, os custos de movimentação de toda a máquina judiciária e a certeza de, ao término do julgamento, dificilmente haver restituição ao erário não caracterizam a eficiência almejada pelo Estado brasileiro.

É difícil informar à sociedade que o processo vai demorar anos, possivelmente décadas, os gastos serão muitos e, ao final, nada mudará, pois o que foi desviado ou indevidamente apropriado dos cofres públicos não retornará a eles.

Por isso, o que se espera dos membros do MP é que sejam agentes capazes de positivas transformações sociais e não assépticos burocratas, contentados com uma mera atuação processual (Berclaz; Moura, 2010, p. 148).

Assim, para uma real eficiência na defesa da probidade administrativa, é preciso partir da premissa de que o processo só existe porque há um interesse de defesa da ordem jurídica, a quem o MP foi incumbido constitucionalmente.

Logo, ninguém melhor que o próprio MP para decidir sobre a conveniência e oportunidade de um acordo cujos termos, além de proporcionais aos ilícitos praticados, permitam um cumprimento imediato e espontâneo.

A maior concentração de esforços na solução material do problema,

por meio de um procedimento célere e capaz de conferir um resultado satisfatório, representa, ainda, uma valorização da instituição, que se mostrará atenta aos clamores sociais e não apenas preocupada com a manutenção do velho modelo demandista.

Não se olvida se tratar de questão que pressupõe um longo debate institucional e que, assim como acontece com os Termos de Ajustamento de Conduta, estará sujeita a rígido controle interno e externo.

No entanto, é preciso deixar claro que o objetivo jamais será favorecer o violador da norma ou abrir mão do patrimônio público, mas sim promover uma tutela mais rápida e menos onerosa que a movimentação de toda a máquina jurisdicional.

É inegável que o acordo, muitas vezes, representará a única garantia efetiva contra a impunidade e por isso deve ser entendido como instrumento contributivo justo e apto a restaurar a ordem jurídica perturbada.

É possível fazer uma breve comparação com o instituto das *astreintes*, que, como mecanismo executivo de coerção, precisa ser suficiente e compatível com a obrigação a ser cumprida (Câmara, 2018, p. 375). Uma multa de valor baixo, fixada contra uma grande instituição financeira, será insuficiente e não constrangerá o devedor ao cumprimento da obrigação. Para um banco como o Itaú, por exemplo, que apenas em 2018 teve lucro de 25 bilhões de reais², uma multa de mil ou cinco mil reais por mês chega a ser risível. Ele pode atrasar o pagamento por milhares de anos e não terá seu lucro minimamente afetado.

De igual modo, uma multa de valor elevado fixada em face de um pequeno e insolvente devedor também será ineficaz, já que ele sim-

2 Lucro de R\$ 25 bilhões do Itaú em 2018 é o maior da história dos bancos do país. 5 fev. 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/noticia/2019/02/05/lucro-de-r-25-bilhoes-do-itaui-em-2018-e-o-maior-da-historia-dos-bancos-do-pais.ghml>. Acesso em: 10 ago. 2019.

plesmente não realizará o pagamento. Nada poderá ser feito. A multa, portanto, precisa ser capaz de constranger o devedor.

No mesmo sentido, deve-se pensar em um acordo que convença o réu a cumpri-lo. Não adianta fixar sanções exorbitantes, corrigidas monetariamente por décadas e, com o trânsito em julgado, simplesmente o réu não ter condições financeiras para pagar.

É claro que há réus com patrimônio suficiente; nesses casos, caberá ao prudente membro do MP não realizar o acordo ou realizá-lo da forma mais benéfica ao erário.

No entanto, nos casos de réus com patrimônio limitado, que muitas vezes cometeram pequenos ilícitos, pode se mostrar muito mais vantajoso receber um valor de forma imediata ou em parcelas fixas do que simplesmente não receber nada daqui a muitos anos.

O Estado não consegue impedir que agentes públicos ou privados equiparados cometam atos de improbidade administrativa, mas pode impedir os efeitos deletérios que o tempo traz à solução das demandas. Procrastinar a tutela jurisdicional da legítima pretensão de uma parte é uma grave injustiça, não superada tão somente pela negativa de tutela (Bodart, 2014, p. 82).

Nesse sentido, a autocomposição é um mecanismo extremamente vantajoso, logo não pode ser sumariamente descartado em razão de uma suposta defesa da indisponibilidade do interesse público.

Afinal, haveria interesse público em um provimento jurisdicional inexecutável? Claramente, a resposta é negativa. Uma compreensão adequada desse quadro deve reconhecer também como possibilidade uma solução pacífica das controvérsias, exatamente como trazido no preâmbulo da Constituição Federal de 1988.

Impedir uma movimentação desnecessária da máquina judiciária é também zelar pelo interesse da sociedade. Ademais, essa atuação não será discricionária, especialmente porque realizada pelo curador constitucional desse interesse e com a possibilidade de alcançar melhores resultados.

4. UMA BREVE ANÁLISE ECONÔMICA DAS AÇÕES POR ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Embora haja carência de dados estatísticos confiáveis que demonstrem os custos totais de um processo perante a Justiça brasileira, é inegável que se trata de um valor elevado. Assim, considerado o tempo disposto e os gastos envolvidos, o que se espera, no mínimo, é o sucesso do provimento buscado.

Um dos principais estudiosos da análise econômica do direito, Richard Posner, da Escola de Chicago, defende que a justiça da norma seria avaliada de acordo com sua capacidade de promover a eficiência, o que implicaria a maximização do bem-estar social (Posner, 2007).

Nesse sentido, a associação entre direito e economia tem interessado muitos países, e sua importância se dá especialmente porque ela pode oferecer uma melhor compreensão de como as pessoas reagem a regras jurídicas (Cooter, 2010).

Embora diversas escolas de pensamento busquem analisar a realidade econômica e corrigir as distorções da norma jurídica, esse não é o objetivo da presente análise. O que se busca, neste momento, é apenas refletir sobre a importância da construção de um sistema jurisdicional que desestimule ações frívolas, de modo a serem maximizados os resultados, considerando-se os custos impostos à sociedade.

Em uma perspectiva econômica, é desejável que os custos sejam menores que o proveito alcançado. Porém, essa lógica traria uma perversidade implícita: ficariam os réus insolventes impunes? A resposta, obviamente, deve ser negativa.

Entende-se que a análise econômica do direito deve ser vinculada à realização da justiça social, consoante espera a sociedade.

Na busca da proteção do patrimônio público e preservação da probidade administrativa, cabe ao MP escolher as melhores alternativas,

isto é, maximizar sua atuação, de acordo com as restrições encontradas no caso submetido à sua análise, de modo a alcançar a eficiência ideal.

Como já salientado, o processo judicial no Brasil é muito oneroso e, ainda que o MP esteja dispensado do pagamento de custas e despesas processuais, ninguém duvida de que o Estado brasileiro gasta muito com a manutenção de todo o sistema judicial.

E mais, embora os gastos só aumentem, a produtividade não encontra o mesmo crescimento, pois não há magistrados em números adequados para lidar com a alta litigiosidade de nosso país.

A dimensão do demandismo judicial no Brasil pode ser analisada no relatório *Justiça em Números 2018*, elaborado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ). De acordo com o CNJ, mais de 80 milhões de processos tramitaram no Brasil em 2017. Considerando que cada processo tem, no mínimo, duas partes, seria quase equivalente à população inteira do País.

Logo, a queda da qualidade das decisões, a demora excessiva e a impunidade são consequências quase inevitáveis, em um grave prejuízo aos jurisdicionados.

A teoria dos jogos, tão conhecida no direito econômico, é um método que lida com estratégias, de modo que a ação de uma pessoa depende do que o outro agente econômico escolher. Por meio dela, resultados seguros são buscados, uma solução denominada *equilíbrio de Nash* (Cooter, 2010).

No Brasil, agentes públicos continuam atentando contra o patrimônio público por acreditarem que detêm as melhores estratégias e, em razão disso, imaginam que as condições do jogo lhe serão favoráveis, de modo que terão sempre ganhos.

Nesse sentido, o MP pode e precisa se antecipar. Para isso, deve usar de uma visão tática para prever a conduta da pessoa com a qual interage – habilidade adquirida pelas semelhanças dos casos tramitados nos tribunais – e o tempo necessário para solucionar o caso, de forma

a buscar um equilíbrio capaz de gerar uma obtenção maior de ganhos na proteção do patrimônio público e da ordem jurídica.

Talvez algumas concessões em relação ao valor que se pretende ressarcido precisem ser feitas, mas, no trâmite de um processo comum, dificilmente os resultados serão menos destrutivos.

Além de contribuir para o desafogo do Judiciário, a autocomposição pode representar a melhor estratégia para a resolução do conflito, na medida em que reduz o tempo de espera da recomposição do erário, garante um resultado justo e possibilita uma solução mais eficaz do litígio, tanto do ponto de vista do Estado quanto do devedor, e sobretudo elimina o custo do processo judicial, resultando em um jogo do tipo “ganha-ganha”.

O MP é o órgão ideal para esse papel; pois, vocacionado para a transformação social, possui posição institucional de singularidade própria no Estado, sendo um dos únicos que interagem com os demais poderes de forma harmônica e peculiar (Jatahy, 2013).

Desta feita, em uma análise cuidadosa, caberá ao membro da instituição administrar com eficiência o processo, tomando posições processuais, e, quando for o caso, formular propostas de acordos que promovam uma transformação da realidade social de forma eficiente e cooperativa.

Não se trata, claro, de uma imposição, mas de uma porta que precisa estar aberta e que merece uma grande reflexão, especialmente porque não significa a disposição do interesse público, como defendem alguns, apenas a melhor forma de tutelá-lo.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O processo nada mais é do que o exercício do poder democrático estatal, necessário à construção dos atos jurisdicionais (Câmara, 2018,

p. 25). Entretanto, é preciso ter em mente que o processo judicial clássico não será sempre a melhor via para a solução de todas as demandas, especialmente se considerados os efeitos deletérios do tempo e da morosidade.

Ao se buscar a efetividade, tem sido valorizado cada vez mais o perfil resolutivo do MP, na medida em que a resolução extrajudicial pode garantir uma melhor solução, com menor tempo e menores custos.

Não é uma tarefa fácil e de pouca responsabilidade, mas é preciso desmistificar a ideia de que cabe apenas aos órgãos jurisdicionais dar a palavra final em processos que apurem atos de improbidade administrativa.

Pode ser que o caso específico precise de uma solução judicial que, claro, deverá ser cumprida. Todavia, é possível que, antes mesmo de o processo se iniciar ou durante seu curso, o MP decida realizar uma autocomposição do conflito. Assim, caberá ao juízo tão somente analisar os requisitos de validade, sem intervir nos termos acordados.

O MP, ao atuar em nome da sociedade e buscar cumprir suas funções constitucionais, pode optar estrategicamente por mecanismos que realmente solucionem determinado conflito, sem uma dependência necessária do Judiciário.

Nesse sentido, a implementação de núcleos poderia ser uma importante ferramenta. Subsidiados com apoio técnico, os membros do MP poderiam dimensionar as chances de sucesso de determinada ação e, assim, definir uma estratégia melhor para solucionar o caso.

O MP, além de guardião da ordem jurídica, do interesse e do patrimônio público, conhece a realidade social em que atua e possui autonomia institucional. Fica evidente que é o órgão ideal e necessário ao controle e fiscalização da boa administração, por apurar e reparar condutas que maculem a probidade, sempre de forma eficiente e adequada ao caso concreto.

Assim, respeitando apenas sua missão constitucional, é possível que celebre acordos em matéria de improbidade administrativa, afastando-se

da crise de impunidade, morosidade e falta de efetividade, reais problemas ainda enfrentados no ordenamento jurídico pátrio.

REFERÊNCIAS

BERCLAZ, Márcio Soares; MOURA, Millen Castro Medeiros. Para onde caminha o Ministério Público? In: *Temas atuais do Ministério Público*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BODART, Bruno Vinícius da Rós. *Tutela de evidência: teoria da cognição, análise econômica do direito processual e considerações sobre o Projeto do Novo CPC*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em Números 2018: ano-base 2017*. Brasília: CNJ, 2018.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2018.

COOTER, Robert; ULLEN, Thomas. *Direito & economia*. Tradução: Luís Marcos Sander, Francisco Araújo da Costa, 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.

DIDIER Jr., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 18. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

DIDIER JR., Fredie; BOMFIM, Daniela Santos. A colaboração premiada como negócio jurídico processual atípico nas demandas de improbidade administrativa. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 17, n. 67, p. 105-120, jan./mar. 2017. DOI: 10.21056/aec.v17i67.475

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

G1. *Lucro de R\$ 25 bilhões do Itaú em 2018 é o maior da história dos bancos do país*. 5 fev. 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/noticia/2019/02/05/lucro-de-r-25-bilhoes-do-itaú-em-2018-e-o-maior-da-historia-dos-bancos-do-pais.ghtml>. Acesso em: 10 ago. 2019.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

JATAHY, C. R. C. 20 anos de Constituição: o novo Ministério Público e suas perspectivas no Estado Democrático de Direito. In: FARIAS, Cristiano Chaves de; ALVES, Leonardo Barreto Moreira; ROSENVALD, Nelson (orgs.). *Temas Atuais do Ministério Público*. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2013. p. 27-43.

POSNER, Richard. *El análisis económico del derecho*. 2 ed. México: Fondo de Cultura Económica, 2007.

ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL: PRINCÍPIO DA OPORTUNIDADE REGRADA COMO POLÍTICA CRIMINAL

*Susan Garcia de Oliveira*¹

RESUMO

Diante das problemáticas advindas da persecução criminal, faz-se necessário ressignificar a atuação do titular da ação penal. Para tanto, buscam-se métodos em que não se incorra em sanção desproporcional à gravidade do delito ou em proteção deficiente de direitos fundamentais (*untermassverbot*).

O acordo de não persecução penal (art. 18 da Resolução 183/2018 do Conselho Nacional do Ministério Público – CNMP) surge como instrumento idôneo a cumprir as essenciais funções do direito penal: proteção do bem jurídico, resposta estatal à vítima e prevenção da criminalidade. O instituto suscita, todavia, a polêmica discussão sobre a possibilidade de discricionariedade no enfrentamento do delito.

1 Especialista em Ciências Criminais pela Escola Superior Dom Helder Câmara e Fundação Escola Superior do Ministério Público do Estado de Minas Gerais e advogada.

O direito comparado elucida que, apesar dos benefícios de celeridade, efetividade e economia de recursos, é necessário haver imperiosa cautela para não se violarem direitos fundamentais individuais.

Palavras-chave: Acordo de não persecução penal. Acordos penais. Justiça consensual. Justiça negociada. Política criminal. Ministério Público. Obrigatoriedade da ação penal. Princípio da oportunidade regrada.

ABSTRACT

Given the arising problems from criminal prosecution, it is required to redefine the role of the criminal action's prosecutor. To this end, methods have been sought to not incur in disproportional sanctions to the offense gravity or in deficient protection of fundamental rights (*untermassverbot*).

The non-criminal prosecution agreement (art. 18 of Resolution 183/2018 of the National Council of the Public Prosecution Service) emerges as a suitable instrument to fulfill the essential functions of criminal law: protection of legal interests, state response to the victim and crime prevention. However, the institute raises the controversial discussion about the possibility of discretion in facing crime.

Comparative law elucidates that, despite the benefits of celerity, effectiveness and resources saving, it must have imperative caution to not violate individual fundamental rights.

Keywords: Non-prosecution agreement. Criminal agreements. Consensual justice. Negotiated justice. Criminal policy. Public Prosecution service. Mandatory prosecution. Principle of regulated opportunity.

1. INTRODUÇÃO

A justiça consensual tem despontado como política criminal apta a realizar o dever estatal de proteção suficiente dos bens jusfundamentais. Além disso, lida estrategicamente com questões como a crescente taxa de criminalidade, problemas econômicos governamentais, inúmeros processos prescritos, superlotação carcerária, inadequada aplicação de recursos a crimes com potenciais ofensivos diferentes, entre outros temas da persecução criminal.

No cenário brasileiro, temos acolhido paulatinamente o princípio da oportunidade regrada, compatível com nosso ordenamento jurídico, objetivando a prestação estatal em tempo razoável, a economia de recursos estatais e a efetividade na persecução penal.

Assim como diversos países, temos mitigado o princípio da obrigatoriedade da ação penal após a concepção da Lei Federal n. 9.099/1995 – que previu os institutos da transação penal e da suspensão condicional do processo – e do instituto da colaboração premiada.

Todavia, a receptividade do acordo de não persecução penal, recente instrumento político-criminal criado pelo CNMP, exige maior discussão acerca de seus limites para uma aplicação que respeite as garantias propostas pelo Estado Democrático de Direito, na perspectiva do garantismo integral (Fischer, 2017).

2. PRINCÍPIO DA OPORTUNIDADE REGRADA E PRINCÍPIO DA OBRIGATORIEDADE OU INDISPONIBILIDADE DA AÇÃO

O Estado Democrático de Direito é pautado pelo princípio da legalidade, que visa, principalmente, controlar o abuso de poder do Estado.

Além de consignar o dever de cumprimento da lei, a doutrina extrai como obrigatória a propositura da ação penal pelo Ministério

Público (MP) (Mazzilli, 1980, p. 88). O princípio da obrigatoriedade da ação penal, dessa forma, tornou-se regra ao exercício do *ius puniendi*, pois defende que, assim, o MP age objetivamente, conforme a lei.

Portanto, caso o *Parquet* encontre elementos de tipicidade, ilicitude e culpabilidade na conduta em exame, deve obrigatoriamente proceder à apuração do fato delituoso, sem qualquer análise de critério político ou utilidade social (Lima, 2018, p. 245).

Entretanto, verifica-se a mitigação desse princípio em diversos países que também consagram o princípio da obrigatoriedade penal em seu ordenamento.

2.1 PREVISÃO NO DIREITO COMPARADO

Atualmente, nos debates sobre a recepção de acordos penais, ocorre uma profunda discussão sobre sua aplicabilidade no direito comparado. Perpassando brevemente por ordenamentos jurídicos de países de dogmática e práxis avançadas, nota-se que esses, apesar de inicialmente adotarem o princípio da obrigatoriedade da ação penal, terminam por conceder certa discricionariedade ao órgão de persecução.

No que tange à justiça consensual em países vizinhos ao Brasil, temos a experiência do Uruguai, que prevê o *proceso abreviado* nos arts. 272 e 273 de seu Código de Processo Penal (CPP); a Argentina, que prevê o *acuerdo pleno* no art. 288 do *Código Procesal de la Nación* (CPN); e a Colômbia, com os *preacuerdos posteriores a la presentación de la acusación*, no art. 352 de seu CPP – todos adeptos do princípio da obrigatoriedade da ação penal.

No caso de Portugal, em seu *codex* processual, no art. 262º, inciso 2, consta que o inquérito será aberto sempre que haja notícia de um crime. Contudo, esse país flexibilizou o princípio da obrigatoriedade, porquanto

autoriza o arquivamento do processo quando o crime permitir a dispensa de pena (art. 280) e a suspensão do processo (art. 281).

Já o art. 112 da Constituição da Itália determina que o MP deve exercer a ação penal, não havendo a possibilidade de essa ser de iniciativa privada no país. Embora se perceba a obrigatoriedade e exclusividade do *Parquet* para a propositura da ação, o ordenamento italiano adotou o instituto do *patteggiamento sulla pena*, em que há o 1) *giudizio abbreviato* (art. 442 do *Codice di Procedura Penale*), onde após o acordo entre as partes, o juiz proferirá decisão de mérito, diminuindo um terço da pena em caso de condenação; e a 2) *applicazione della pena su richiesta delle parti* (art. 444 do CPP italiano), em que há acordo entre o acusado e o MP sobre a pena imposta.

Cabe salientar que a Corte Constitucional italiana, na Sentença n. 313 de 1990, determinou que o juiz deve verificar a adequação da pena imposta, a qualificação jurídica dos fatos, bem como a voluntariedade e a consciência do acusado no acordo.

Na Alemanha, o art. 153 do CPP germânico (*Strafprozeßordnung – StPO*) preceitua que o titular da ação penal pode abster-se de processar judicialmente, com o consentimento do tribunal, quando verificada a culpabilidade (juízo de reprovação) de menor importância e ausência de interesse público na persecução da infração. Ademais, dispensa a aprovação do tribunal nas hipóteses de delito sem aumento da pena mínima ou se as consequências decorrentes da prática delitiva forem pequenas.

Ainda nessas hipóteses, mesmo que o acusado responda a processo, o tribunal pode, com a anuência do MP e do próprio denunciado, encerrá-lo no estágio em que se encontrar. Todavia, Schünemann, eminente criminalista alemão, critica duramente o instituto:

O segundo maior ataque ao equilíbrio do modelo original da *RStPO* é dado pela crescente institucionalização do acordo na justiça penal alemã. *Schünemann* enxerga no acordo uma quebra de todos os princípios

com base nos quais se assentava o equilíbrio idealizado pela *RStPO*: a audiência deixa de existir; o juiz se convence com base na leitura do inquérito, isto é, com base numa prova construída unilateralmente e sem possibilidade de defesa, o que contraria a ideia de oralidade, publicidade, imediatez; não interessa mais a verdade material, o que realmente fez ou não fez o acusado (o que é o núcleo da objeção desenvolvida no artigo sobre o processo penal norte-americano); e, principalmente, nega-se a posição de sujeito processual do acusado, que é coagido a renunciar a seus direitos de defesa, sob a ameaça de uma sanção mais severa. (2013, p. 17)

Os portugueses Figueiredo Dias e Costa Andrade (1992, p. 494), por outro lado, afirmam que os §§ 153 e seguintes do *StPO* constituem um avanço da política criminal de diversão que objetiva evitar os “estigmas das reacções institucionais” em delitos de pequeno potencial ofensivo.

Para breve esclarecimento, o modelo de diversão é lecionado por Brandalise e Andrade (2018, p. 237-238) como

[...] opção de política criminal usada para a resolução dos processos penais de maneira diversa daquelas ordinariamente adotadas no processo criminal, e que consistem na solução antes de qualquer determinação ou de declaração de culpa.

Ademais, aduzem que essa política se divide em simples, encoberta e com intervenção, tendo classificado a suspensão condicional do processo, a transação penal e o acordo de não persecução penal em diversão com intervenção, pois não há o oferecimento ou continuidade da ação penal. Entretanto, há a imposição de condições ao acusado/investigado, conforme previsão legal.

Elucida-se aqui a diferença entre justiça consensual e negociada. Enquanto no primeiro instituto cabe ao acusado apenas aceitar ou declinar

uma proposta já fechada, o segundo demanda uma negociação, a tão chamada barganha.

Lado outro, a França, onde se adota o sistema de *civil law*, estabelece o instituto do *classement sans suite*, em que se verifica o princípio da oportunidade da ação penal nos arts. 40 e 40-1 de seu CPP. Registre-se que a decisão do membro do MP (*procureur de la République*) não faz coisa julgada material e é passível de revisão, enquanto não prescrita a pretensão punitiva.

Por fim, nos Estados Unidos da América, onde se adota sistema da *common law*, o titular da ação penal possui plena discricionariedade sobre o objeto de acusação ou da sanção, em troca da confissão de culpa pelo acusado.

Cabe ressaltar que, enquanto o *plea bargain* norte-americano coage ao cumprimento do acordo firmado e impõe pena de multa e até prisão sem a instrução judicial, o acordo de não persecução penal não dispõe qualquer sanção de clausura e, caso o acusado descumpra o acordado, será oferecida a denúncia e ele será processado criminalmente pela via ordinária.

No sistema jurídico brasileiro, ocorre fenômeno similar aos países brevemente estudados aqui.

2.2 A COMPATIBILIDADE DO PRINCÍPIO DA OPORTUNIDADE REGRADA COM O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Embora a doutrina brasileira afirme, categoricamente, a adoção do princípio da obrigatoriedade da ação penal, há que destacar a falta de previsão legal expressa, com exceção da legislação militar.

Primeiramente, faz-se necessário diferenciar o princípio da obrigatoriedade do princípio da inafastabilidade da jurisdição, prevista constitucionalmente:

O resgate do escólio de Ponte de Miranda se mostra relevante porque é frequente a confusão entre o que seja uma afirmada inafastabilidade de jurisdição (prevista constitucionalmente) com a obrigatoriedade de provocação dessa jurisdição. É patente a existência de um direito subjetivo material, aqui compreendido com o veículo do *jus puniendi*, que se mostra presente na tensão ou conflito entre a pessoa do acusado e o Estado antes e fora do processo. Mas há de ser igualmente clara a ideia de que o direito subjetivo processual não se confunde com esse direito subjetivo material: a razão de ser do direito subjetivo processual é tornar efetivo o direito material. E, se o direito material já se mostra efetivado, há razão para o exercício “esvaziado” dessa ação penal em juízo? A resposta é claramente negativa, pois, na expressão do jurista alagoano, numa situação assim, a ação (o direito de ação) não ocorre na vida da pretensão (*jus puniendi*). (Suxberger, 2018, p. 108)

A garantia de inafastabilidade da jurisdição no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal (CF) determina que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, isto é, tal garantia assegura o direito do cidadão de ter sua pretensão apreciada, mas não dispõe imperativamente por qual via haverá tal apreciação.

No acordo de não persecução penal, por exemplo, não há inércia do MP perante o direito violado da vítima. Essa, inclusive, ganha papel mais relevante na apreciação de sua demanda. Ademais, o acordo passa por homologação judicial para a fiscalização da legalidade do procedimento.

Constata-se pelo art. 24 do CPP, em leitura conjunta ao art. 100, § 1º, do Código Penal (CP) e art. 129, I, da CF, a disposição acerca da titularidade e exclusiva legitimidade processual para a proposição da ação penal pública, prestigiando o princípio acusatório, ao determinar ao MP essa função, mas não há obrigação de exercê-la em todos os casos.

Outrossim, o art. 28 do CPP não estabelece o juiz como um “fiscal” da obrigatoriedade da ação penal, dado que quem decide pelo arquivamento

mento, ao final, continua sendo o MP (através do procurador-geral de justiça ou das Câmaras de Coordenação e Revisão – CCR). Nesse caso, o magistrado, ao analisar a legalidade das razões de arquivamento, não sua obrigatoriedade, poderá discordar e remeter os autos para revisão.

Ressalte-se que esses dispositivos datam do ano de 1941, advindos de um regime ditatorial de cultura inquisitiva. Assim, muitas determinações passaram por novos crivos e remodelagem de institutos para atender às mudanças que o direito penal contemporâneo, após a promulgação da CF/1988, propõe.

Para melhor aplicação da hermenêutica e compreensão de possíveis impedimentos, Beggiato (2016, p. 358-359) traz o elucidativo entendimento de Canotilho:

Os princípios interessar-nos-ão, aqui, sobretudo na sua qualidade de verdadeiras normas, qualitativamente distintas das outras categorias de normas, ou seja, das regras jurídicas. As diferenças qualitativas traduzir-se-ão, fundamentalmente, nos seguintes aspectos. Os princípios são normas jurídicas impositivas de uma otimização, compatíveis com vários graus de concretização, consoante os condicionalismos fácticos e jurídicos; as regras são normas que prescrevem imperativamente uma exigência (impõem, permitem ou proíbem) que é ou não é cumprida (nos termos de Dworkin: *applicable in all-or-nothing fashion*); a convivência dos princípios é conflitual (Zagrebel'sky), a convivência de regras é antinómica; os princípios coexistem, as regras antinómicas excluem-se. Consequentemente, os princípios, ao constituírem exigências de optimização, permitem o balanceamento de valores e interesses (não obedecem, como as regras, à lógica do tudo ou nada), consoante o seu peso e a ponderação de outros princípios eventualmente conflituantes; as regras não deixam espaço para qualquer outra solução, pois se uma regra vale (tem validade) deve cumprir-se na exacta medida de suas prescrições, nem mais nem menos. Como se verá mais adiante, em caso

de conflito entre princípios, estes podem ser objecto de ponderação e de harmonização, pois eles contêm apenas exigências ou *standards* que, em primeira linha (*prima facie*), devem ser realizados; as regras contêm fixações normativas definitivas, sendo insustentável a validade simultânea de regras contraditórias. Realça-se também que os princípios suscitam problemas de validade e peso (importância, ponderação, valia); as regras colocam apenas questões de validade (se elas não são correctas devem ser alteradas).

Os arts. 42 e 576 do CPP também não inviabilizam a adoção do instituto de acordo penal, pois o procurador-geral de justiça ou a 2ª CCR do Ministério Público Federal (MPF) não podem obrigar o membro atuante em juízo primevo a recorrer. Isso ocorre uma vez que os membros do MP são dotados da prerrogativa de autonomia funcional e, inclusive, não são obrigados a promover a condenação até o fim, quando podem pedir a absolvição, consoante o art. 385 do CPP.

Ademais, conforme discorre Beggiato (2016, p. 374), a discricionariedade da ação penal é compatível com o princípio da indisponibilidade, o qual não se confunde com o princípio da obrigatoriedade:

Isso porque, após o juízo de valor sobre o preenchimento dos critérios de perseguibilidade e a decisão de acusar, reconhece-se o interesse público no processo penal, e, iniciada, em razão disso, a relação processual penal, não mais se pode falar em desistência (de acordo com o ordenamento vigente), exatamente como ocorre no processo coletivo.

O princípio da oportunidade regrada se consagra como a percepção realista de que o aparelho estatal não consegue nem deve perseguir penalmente toda e qualquer infração, sem admitir-se, em hipótese alguma, certa dose de discricionariedade na escolha das infrações penais realmente dignas de maior consideração.

Essa percepção se torna mais evidente no estudo das condições processuais da ação penal e da preceituação da doutrina e da jurisprudência relativamente às políticas criminais que colocam em xeque a relevância da persecução ordinária da infração.

2.3 PRESSUPOSTOS PROCESSUAIS DE INTERESSE DE AGIR E DE JUSTA CAUSA

O art. 395 do CPP dispõe que a denúncia será rejeitada não apenas quando for manifestamente inepta, mas também quando lhe faltar pressuposto processual ou condição ou justa causa para o exercício da ação penal.

Oliveira (2017), ao lecionar sobre justa causa, afirma:

A questão não poderia se reduzir a uma disputa entre interesses de absolvição, pela manifesta ausência de provas, e interesses de acusação, no sentido mais específico de parte (acusadora). Do ponto de vista do exercício do Poder Público, com efeito, não se deve admitir o desenvolvimento de atividade jurisdicional inútil, ou útil apenas em relação a determinados fins e interesses. Não há um direito subjetivo do acusado em ver julgado o mérito da ação penal, sobretudo quando o único fundamento a legitimar tal pretensão seja a inadequação da iniciativa persecutória. Assim, bem-vinda a redação do art. 395 do CPP, trazida com a Lei n. 11.719/08, deixando expressamente assentada a justa causa como condição da ação (art. 395, III, CPP).

No que tange ao interesse de agir, o autor dispõe:

No âmbito específico do processo penal, entretanto (e o mesmo ocorre no processo civil, como um verdadeiro *plus* ao conceito de interesse), desloca-se para o interesse de agir a preocupação com a efetividade do

processo, de modo a ser possível afirmar que este, enquanto instrumento da jurisdição, deve apresentar, em juízo prévio e necessariamente anterior, um mínimo de viabilidade de satisfação futura da pretensão que informa o seu conteúdo. É dizer: sob perspectiva de sua efetividade, o processo deve mostrar-se, desde a sua instauração, apto a realizar os diversos escopos da jurisdição, isto é, revelar-se útil. Por isso, fala-se em interesse-utilidade.

O autor defende, assim, um processo que não se afasta de uma perspectiva funcional do direito material e, diante da ausência do interesse de agir, não prossegue a persecução, visto que não ofereceria resultado útil.

Um bom exemplo da mitigação da obrigatoriedade da ação é a adoção do princípio da insignificância, o qual, apesar de não previsto legalmente (exceto direito penal militar), é extraído da interpretação da lei e culmina no afastamento da própria tipicidade penal.

Tal iniciativa ocorre objetivando evitar as sanções desproporcionais, a estigmatização de infratores, bem como a ocupação da máquina judiciária com delitos de pouca relevância. Assim, materializam-se o princípio da intervenção mínima e o caráter subsidiário do Direito Penal (Supremo Tribunal Federal – STF, *Habeas Corpus* n. 84.412/SP).

O princípio da insignificância claramente se relaciona ao da oportunidade em casos de construção institucional de estratégias, como a adotada na Orientação n. 3 da 5ª CCR:

O combate à corrupção privilegiará os casos em que o prejuízo ao erário ou o enriquecimento ilícito, atualizado monetariamente, seja superior a vinte mil reais, tendo em vista os princípios da proporcionalidade, da eficiência e da utilidade. Nos casos em que o prejuízo for inferior, é admissível a promoção de arquivamento sujeita à homologação da 5ª Câmara, ressalvadas também as situações em que, a despeito da baixa repercussão patrimonial, verifique-se a ofensa significativa a princípios

ou a bens de natureza imaterial merecedores de providências sancionatórias, no campo penal e/ou da improbidade administrativa.

Cabe pontuar que o referido princípio tem se alargado substancialmente para abarcar infrações que, normalmente, não haveria incidência. Tal conduta ocorre em delitos nos quais, embora se imponha sua persecução em decorrência do princípio da obrigatoriedade, não se vislumbra custo-benefício ou sanção proporcional à violação perpetrada.

Contudo, enquanto a insignificância leva à absolvição, a extinção de punibilidade, por outro lado, é justificada, na práxis forense, por razões exclusivas de política criminal – que afasta a pretensão estatal abstrata e previamente.

Além do art. 107 do CP, tais casos também são encontrados no pagamento espontâneo da contribuição devida à Previdência Social (CP, art. 168-A, § 2º) ou em crimes contra a ordem tributária (Lei n. 9.249/1995, art. 34), mesmo após o trânsito em julgado (STF, Recurso em *Habeas Corpus* n. 128.245/SP), pois, assim, haverá melhor reparação do bem jurídico violado.

Na seara processual, a Lei Federal n. 9.099/1995 avançou nessa direção.

2.4 A LEI FEDERAL N. 9.099/1995 COMO O PRIMEIRO PASSO

A Lei Federal n. 9.099/1995 – que disciplina os Juizados Cíveis e Criminais – busca maior celeridade, informalidade e economia processual ao julgar contravenções e infrações penais de menor potencial ofensivo.

Ao prescrever os institutos da transação penal e suspensão condicional do processo, a doutrina diverge sobre a recepção do princípio da oportunidade regradada ou permanência do princípio da obrigatoriedade por ainda haver um dever de agir do MP quando presente os pressupostos legais.

Ora, se essa é a prioridade, segundo comando expresso da lei, o Estado reconhece o direito do réu a não ser submetido a um modelo processual condenatório, quando presentes os requisitos legais, segundo os quais a medida mais adequada ao fato seria a via conciliatória da transação penal. Note-se que quem está estabelecendo qual seria a medida mais adequada ao fato e ao seu autor é exatamente a lei. Cuida-se de opção situada no campo da política criminal, essa, sim, discricionária, em princípio. Não vemos, então, repetimos, a apontada discricionariedade regrada. É a lei que estabelece, minudente e completamente, as hipóteses em que não se deverá aplicar, senão como última alternativa, o modelo condenatório. É também a lei que deve determinar a orientação da política criminal e das sanções mais adequadas ao caso penal. Ao Ministério Público reserva-se a atribuição, relevantíssima, de implementação dessa política. Não, porém, com reserva de discricionariedade quanto ao cabimento ou não da transação. O cabimento, ou seja, a definição de suas hipóteses, já é previsto expressamente na lei, cabendo aos aplicadores do Direito, fundamentalmente, o exame acerca de sua ocorrência. (Oliveira, 2017b, p. 248-249)

Todavia, visualiza-se que esta lei importou, de qualquer modo, em flexibilização da obrigatoriedade persecutória. Dessarte, há avanço em direção à recepção do princípio da oportunidade regrada, uma vez que ocorre juízo de conveniência e oportunidade, legalmente regulado.

Ademais, a legislação em exame também auxiliou no desenvolvimento da justiça consensual no sistema brasileiro.

3. JUSTIÇA CONSENSUAL E JUSTIÇA NEGOCIADA

No cenário mundial, a justiça consensual foi fomentada desde 17 de setembro de 1987, com a Recomendação R (87) 18 do Comitê de

Ministros do Conselho da Europa. Esse normativo orienta reformas para acelerar e simplificar procedimentos penais ante o aumento de infrações e o descrédito da população decorrente da demora em procedimentos judiciais.

Sua prática também foi chancelada pela Corte Europeia de Direitos Humanos (caso “Natsvlishvili e Togonidze vs. Georgia”, 2014), que reafirmou a legalidade e os benefícios dos acordos penais, inclusive como ferramenta no combate à corrupção e ao crime organizado e na redução da população carcerária. Também consignou que a renúncia voluntária de direitos, por si só, não representa um problema, pois é viável legalmente. No entanto, concluiu pelo dever de observância de garantias mínimas para a validade do acordo, como controle judicial, acompanhamento da defesa técnica em todos os atos de negociação e reconhecimento voluntário de culpabilidade, sem uso de coação.

Além disso, a Assembleia-Geral das Nações Unidas, em 14 de dezembro de 1990, por meio da Resolução n. 45/110, as *Regras de Tóquio*, recomendou no item 5.1:

Sempre que adequado e compatível com o sistema jurídico, a polícia, o Ministério Público ou outros serviços encarregados da justiça criminal podem retirar os procedimentos contra o infrator se considerarem que não é necessário recorrer a um processo judicial com vistas à proteção da sociedade, à prevenção do crime ou à promoção do respeito pela lei ou pelos direitos das vítimas. Para a decisão sobre a adequação da retirada ou determinação dos procedimentos deve-se desenvolver um conjunto de critérios estabelecidos dentro de cada sistema legal. Para infrações menores, o promotor pode impor medidas não privativas de liberdade, se apropriado.

Tem-se discutido muito sobre a possibilidade de acordos penais transformarem a justiça em um balcão de negócios. Contudo tal impressão

não merece prosperar, por tratar-se de uma visão conspurcada pela ideia do *plea bargain* na experiência da justiça criminal dos EUA, como salienta Brandão (2015, p. 164):

Como se adiantou e não há como (nem por que) negá-lo, a introdução de soluções penais condenatórias fundadas em entendimentos estabelecidos entre sujeitos processuais significará a entrada num trilho processual aberto fundamentalmente pela experiência norte-americana da *plea bargaining*. Tal não implica, todavia, que daí decorra necessariamente a introdução de procedimentos sequer aparentados com a *plea bargaining* ou que com ela guardem um qualquer tipo de proximidade material.

Autores reconhecidamente mais garantistas como Rosa e Lopes Jr. (2017) concluem pela imprescindibilidade da implementação dos acordos penais e afirmam:

Os juristas desatualizados insistem em excluir os institutos da Justiça Negociada do ambiente processual brasileiro, lutando por manter a ilha moderna do processo penal e o fetiche pela decisão penal de mérito como o único mecanismo de descoberta e de produção de sanções estatais. Precisamos caminhar para construção de garantias mínimas sobre o conteúdo do objeto penal na nova perspectiva (irreversível, por enquanto) da Justiça Negocial, porque sem maiores discussões, a porta da manipulação e da seletividade penal permanecerá aberta.

No Brasil, a justiça consensual vem se consolidando através de diversos institutos.

4. ACORDOS PENAIS APLICADOS ATUALMENTE

Entre os acordos penais já praticáveis no Brasil, Aras (2017, p. 293-301) elenca:

i. a transação penal (art. 76 da Lei 9.099/1995) é instrumento de Justiça criminal pactuada, não conflitiva, de intervenção mínima, tendente a estabelecer consenso para composição de litígios, mediante acordo entre as partes processuais, com mediação judicial. É instituto bilateral, de natureza processual e penal, por meio do qual o Ministério Público negocia o não exercício do direito em troca de conformidade por parte do autor do fato nas contravenções penais e nos crimes cuja pena máxima não seja superior a dois anos. Cumprido o acordo, que não implica confissão, o *Parquet* deixa de propor a ação penal;

ii. a suspensão condicional do processo (art. 89 da Lei 9.099/1995) também é instituto negocial de cunho processual, com evidentes consequências penais. Faculta ao Ministério Público oferecer ao denunciado, assistido por seu advogado, a suspensão do curso da ação penal, sob determinadas condições, sem que haja confissão. É cabível nos crimes cuja pena mínima não seja superior a um ano de prisão. Embora sem confissão do acusado, este assume o compromisso de cumprir certas condições que não são sanções penais e compromete-se a reparar o dano causado à vítima. Cumpridas as condições, há extinção da punibilidade;

iii. a colaboração premiada da Lei 12.850/2013 também possui natureza bilateral e negocial processual. Sua adoção no Brasil, com conteúdo de pactuação, resulta da praxe forense, iniciada no caso Banestado, no Paraná, com base na Lei 9.807/1999 e na Lei 10.406/2002;

iv. a justiça restaurativa, forma de autocomposição, tem encontrado algum espaço no Brasil desde 2014, com o Protocolo de Cooperação Interinstitucional para Difusão da Justiça Restaurativa, aprovado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), e com a Resolução 118/2014 do

Conselho Nacional do Ministério Público, fruto da Política Nacional de Incentivo à Autocomposição instituída no âmbito do Ministério Público;

v. os acordos de não persecução penal, propostos ao investigado quando seja cominada pena mínima inferior a 4 (quatro) anos e o crime não seja cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, o investigado tiver confessado formal e circunstancialmente a sua prática, mediante condições ajustadas, nos termos do art. 18 da Resolução CNMP 181/2017.

O presente trabalho pretende dar especial atenção à aplicação do último instituto.

4.1 O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

O acordo de não persecução penal foi estabelecido no art. 18 da Resolução n. 181/2017 do CNMP, posteriormente alterada pela Resolução n. 183/2018 do CNMP. A comissão redatora concluiu:

Diante dessas razões, é que esta Comissão entende que, com o acolhimento das propostas aqui delineadas, haveria um grande avanço na qualidade do nosso Sistema de Justiça, já que haveria: a) uma celeridade na resolução dos casos menos graves (evitando-se, inclusive, que o nosso STF tenha que discutir questões bagatelares menores, como vem fazendo, que são completamente incompatíveis com a relevância que deve ter um Tribunal Supremo); b) mais tempo disponível para que o Ministério Público e o Poder Judiciário processem e julguem os casos mais graves, tendo a possibilidade, de tal maneira, de fazê-lo com maior tranquilidade e reflexão; c) haveria economia de recursos públicos, já que os gastos inerentes à tramitação do processo penal seriam reduzidos (ou seja, menos processos judiciais, menos gastos); d) minoração dos

efeitos deletérios de uma sentença penal condenatória aos acusados em geral, que teriam mais uma chance de evitar uma condenação judicial, dando um voto de confiança aos não reincidentes, minorando, também, os efeitos sociais prejudiciais de uma pena e desafogaria, também, os estabelecimentos prisionais.

O acordo penal também foi previsto nos arts. 297-304 do projeto do novo CPP (Projeto de Lei n. 8.045/2010). Contudo, nesse caso, permite sua aplicação em crimes cujas penas máximas não extrapolem oito anos de reclusão.

Este instrumento de política criminal resolve extrajudicialmente a demanda ao anular a justa causa e o interesse de agir necessários para a proposição judicial. Ademais, sua aplicação objetiva os princípios constitucionais da eficiência (CF, art. 37, *caput*); da proporcionalidade (CF, art. 5º, LIV); da celeridade (CF, art. 5º, LXXVIII) e homenageia o princípio do sistema acusatório (CF, art. 129, I, VI e VII).

Para a celebração do acordo de não persecução, consoante a resolução do CNMP, é necessário a) haver procedimento investigatório (PIC ou inquérito policial); b) não ser o caso de arquivamento dos autos; c) não ter denúncia já oferecida; d) tratar-se de crime com cominação de pena mínima inferior a quatro anos (consideradas as causas de aumento e diminuição aplicáveis ao caso concreto); e) não haver violência ou grave ameaça; e, por fim, f) haver a confissão formal e circunstanciada do crime (que deverá ser registrada por meios ou recursos de gravação audiovisual).

Os incisos I a V indicam condições cumulativas ou alternativas para o acordo. O § 1º elenca as hipóteses de não cabimento. Destaca-se a comunicação à vítima, após a realização do acordo, em seu § 4º.

Todavia, cabe destacar a essencialidade do contato com a vítima antes desse momento para fins de apuração da reparação do dano causado, uma vez ser esse um dos requisitos de cumprimento do acordo.

O instituto se desenvolverá nos autos do procedimento investigatório e será submetido à apreciação judicial. Após análise de sua legalidade, o caso será devolvido ao Ministério Público para implementação (art. 18 § 5º). Se entender as condições celebradas como incabíveis, inadequadas ou insuficientes, o juiz fará remessa ao procurador-geral ou órgão superior interno responsável por sua apreciação (Resolução CNMP n. 183/2018, art. 18, § 6º, e CPP, art. 28).

O investigado assume um compromisso ativo, devendo comunicar ao MP eventual mudança de seu endereço, número de telefone ou endereço eletrônico. A ele cabe, ainda, comprovar mensalmente o cumprimento das condições, independentemente de notificação ou aviso prévio, e, quando for o caso, deve, por iniciativa própria, apresentar imediatamente e de forma documentada eventual justificativa pelo não cumprimento do acordo (Resolução CNMP n. 183/2018, art. 18, § 8º), demonstrando seu senso de responsabilidade. Cabe salientar que a resolução prevê o oferecimento da denúncia como consequência imediata da não comprovação, pois o acordo faz apenas coisa julgada formal.

Portanto, arquivado o procedimento após cumprido o acordo, o MP apresentará como fundamentação a falta de interesse em deflagrar a persecução penal, pois a pretensão punitiva que seria obtida com o processo penal já foi suficientemente cumprida, como expõe Suxberger (2018, p. 110):

O acordo de não persecução penal, formalizado e cumprido, materializa a oportunidade no exercício da ação penal consistente na aferição de que o exercício da ação penal nesse caso concreto não mais detém o necessário interesse processual. Afinal, quando se visualiza o conteúdo do acordo de não persecução penal, tem-se a hipótese em que a ação penal não se justifica, seja porque a pretensão estatal foi atendida em campo extrapenal (o investigado foi responsabilizado pelo fato noticiado), seja porque o interesse social relevante já foi satisfeito (dano

reparado, efeitos equivalentes aos decorrentes genericamente de uma condenação atendidos). [...] Não há, pois, extinção da punibilidade em acordo de não persecução penal. Nem se poderia disso falar, pois, afinal, não houve exercício do direito de ação. O ponto aqui é outro: não há razão de provocação da tutela jurisdicional, enquanto garantia constitucional, porque o direito por ela veiculado já restou sobejamente atendido por via alternativa e despenalizante.

Também não há possibilidade de ajuizamento de ação penal subsidiária da pública, visto que “o pressuposto dessa ação penal é a inércia do MP” (STF, Recurso Extraordinário n. 274.115) e o acordo constitui um claro impulso do MP em que cumpre sua função institucional, de modo menos coercitivo, através de resolução extrajudicial do delito.

Ao confessar, o investigado se posiciona como “autêntico sujeito processual”, após ser devidamente instruído por sua defesa técnica. Sobre o *modus* de colheita da confissão, Brandão (2015, p. 173) ressalta:

Nessa medida, para o funcionamento do acordo é imprescindível a confissão. Não, porém, como simples declaração ou assunção de culpa, estando arredada a possibilidade de o acordo incidir sobre a questão da culpabilidade *qua tale*, mas como elemento probatório dirigido ao esclarecimento e comprovação dos factos objecto do processo. Sendo essa a sua função, serão de considerar inadmissíveis e inidóneas para esse efeito as confissões meramente formais, vazias de conteúdo. Exige-se que seja o arguido a apresentar ao tribunal, sem induções e com as suas próprias palavras, a sua versão dos factos, a fim de o tribunal avaliar se está ou não realmente diante de uma confissão e apreciar a verossimilhança do relatado. Neste contexto, e atento o risco da apresentação de uma confissão falsa, deve o tribunal manter todos os poderes de indagação inerentes ao princípio da investigação e sindicar, através de uma actividade probatória suplementar, a fidedignidade da

confissão. Sendo este núcleo estrutural de validade do acordo sobre a sentença acompanhado de normas que garantam que a participação do arguido representa uma expressão verdadeiramente livre e informada da sua vontade e que assegurem efectivamente a transparência e publicação das conversações poderá a regulação legal dos acordos sobre a sentença dar cumprimento ao princípio da culpa, do mesmo passo que assegura que um encurtamento do processo não é conseguido à custa do dever de busca da verdade material. Um modelo de justiça negociada que, portanto, e em via de princípio, julgamos estar em condições de responder às necessidades de política-criminal que motivam a sua chamada à acção sem sacrificar a ideia de Estado de direito material que deve nutrir o nosso processo penal.

Portanto, para que o acordo seja válido, a participação do investigado deve ser plenamente voluntária e devidamente informada. Para tal averiguação, as gravações de todos os atos são salutares para maior transparência e fiscalização.

Em vista disso, todos os atos devem ser zelosamente formalizados para não incorrer em qualquer violação de garantias e gerar melhor controle e segurança para ambas as partes:

Com essa investigação, versando sobre o ano de 2011, ficou a saber-se que mais de metade dos 190 juizes ouvidos (precisamente, 58,9%) concluíram acordos sobre a sentença de um modo informal, isto é, à margem do regime estipulado pelo art. 257c da *StPO*, sendo que cerca de um quarto (26,7%) o fizeram em todos os casos. O dever de publicação do acordo foi considerado como um formalismo supérfluo por uma parte não despreciada dos juizes inquiridos, sendo frequentemente inobservado o dever de consignação na acta do malogro do acordo tentado pelos envolvidos. Quase 40% (em rigor, 38,3%) nem sempre deu cumprimento ao dever de investigar a credibilidade da confissão,

havendo aí quem só o fizesse de quando em vez, raramente ou mesmo nunca. Mais de um terço (35,3%) dos juízes inquiridos declararam terem já comunicado à defesa, no âmbito das conversações com vista a um acordo, não só o limite máximo de pena que estariam dispostos a aplicar em caso de confissão (conforme prescreve a lei), como ainda (para lá do legalmente permitido) a pena concreta que fixariam se o acordo fosse levado avante e, inversamente, a pena que o arguido deveria esperar caso o acordo se frustrasse; 16% deles adoptando por norma esse comportamento. Os recursos interpostos de sentenças tiradas na sequência de acordos foram vistos como muito raros, declarando um pouco mais de um quarto dos juízes (27,4%) que, apesar de disposição expressa em contrário (§ 302, n. 1, II, da *StPO*), a renúncia antecipada ao recurso constou expressamente de acordos por si firmados (isso sucedendo sempre com 14,7% dos juízes; e frequentemente com 56,6%). Segundo a maioria dos inquiridos, o “desconto de pena” decorrente de uma confissão produzida em conformidade com o “prometido” no acordo ronda entre um quarto e um terço da pena que provavelmente seria aplicável na sequência de um julgamento “adversarial”. (Os dados em texto constam do Ac. do *BVerfG* de 19-03-2013, 49. O estudo em apreço corresponde à obra de Karsten Altenhain/Frank Dietmeier/Markus May, *Die Praxis der Absprachen in Strafverfahren*, Baden-Baden, Nomos, 2013. A análise incidiu sobre a aplicação da lei dos acordos sobre a sentença durante o ano de 2011, no estado da Renânia do Norte-Vestfália, tendo sido consultados 190 juízes, com um grupo de controlo constituído por 68 procuradores e 76 advogados especialistas na área penal). (Brandão, 2015, p. 171)

Para reforçar o respeito às garantias individuais, Streck (2019) pontua o dever do MP em também investigar informações favoráveis ao réu antes de firmar o acordo:

i) o texto constitucional do Brasil, que, ao dar ao MP vitaliciedade, inamovibilidade e independência funcional, estabelece *um MP com perfil imparcial e isento*, sendo, exatamente por isso, detentor das garantias da magistratura (se for mera parte, não precisa das garantias);

(ii) inspiro-me no Estatuto de Roma – *artigo 54, “a”* (aliás, citado em acórdãos da Justiça Federal e Tribunais Superiores), que estabelece que *a acusação deve ser imparcial, a partir da necessidade de investigar buscando a verdade*, tanto faz se para a acusação ou para a defesa;

(iii) e busco inspiração no Código de Processo Penal alemão (artigo 60), base para o Estatuto de Roma, que admite o poder investigatório do MP, desde que busque a verdade também a favor do réu.

Diante do exposto, percebe-se que o MP tem salutar função na consagração da justiça e na definição de políticas públicas para o combate à criminalidade.

5. MINISTÉRIO PÚBLICO COMO AGENTE DE POLÍTICA CRIMINAL

O MP teve suas funções remodeladas pela Constituição de 1988, que o consagrou como instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe da defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, como bem explicita Beggiato (2016, p. 352):

O Ministério Público, por seu turno, também deve buscar meios de aperfeiçoar a sua atuação, máxime diante da sua fisionomia constitucional, que lhe atribui a qualidade de fiscal do ordenamento (*custos iuris*), de protetor dos direitos humanos (*ombudsman*), de órgão de controle sobre políticas públicas e serviços públicos essenciais, além da condi-

ção de titular da ação penal pública (*dominus litis*), com o consequente protagonismo na condução ou na supervisão da investigação criminal.

Com a prerrogativa da independência funcional, os membros do MP desempenham suas atribuições submetendo-se apenas ao ordenamento jurídico, que limita suas funções e finalidades, viabilizando uma atuação mais ética e com liberdade de se posicionar e atuar conforme entender mais adequado. Contudo, faz-se necessário enfatizar que liberdade de convicção para atuação não se confunde com arbitrariedade, visto que o controle do abuso do poder público é corolário do Estado Democrático de Direito.

Desse modo, em sua atuação, os membros do MP norteiam a política criminal no País, conforme expõe Busato (2011, p. 69-70):

As eleições de diretrizes político-criminais referentes à atuação do Ministério Público têm, necessariamente, grande influência nos rumos que seguirá o Direito penal brasileiro, tanto no estudo da dogmática, da Política Criminal, como no desenvolvimento de uma necessária linguagem própria que corresponda aos objetivos visados pelo Estado com a aplicação das consequências jurídicas do delito. Não tenho qualquer dúvida de que cada Promotor de Justiça, em sua atuação político-criminal cotidiana, ao decidir, a respeito dos rumos interpretativos de cada impulso da Justiça Criminal, traz a lume os pontos que vão ser objeto de discussão técnico-jurídico. [...] Assim, é muito importante que o Ministério Público esteja consciente do papel determinante que exerce na evolução do desenvolvimento dogmático do Direito penal brasileiro, dado que suas opções político-criminais representam um papel de verdadeiro “filtro” das questões que doravante tendem a ser postas em discussão.

Por política criminal, entende a melhor doutrina:

A política criminal é a ciência ou a arte de selecionar os bens (ou direitos) que devem ser tutelados jurídica e penalmente e escolher os caminhos para efetivar tal tutela, o que ineludivelmente implica a crítica dos valores e caminhos já eleitos. (Zaffaroni, 1999, p. 132)

La política criminal, por su parte, consiste en la adopción de una estrategia global en materia de prevención, investigación, persecución y represión de la criminalidad. Debe fijar ciertos objetivos, para cuya consecución se aprestan determinados medios. Así, al igual que cualquier otra política pública, la política criminal implica opciones; y éstas no corresponden tan sólo al momento legislativo, sino inevitablemente también al de aplicación de la ley. (Diéz-Picazo, 2000, P. 27)

Dessarte, o sistema de justiça deve se orientar pelos fins almejados. À vista disso, no cenário brasileiro, consagra-se o princípio da intervenção mínima do direito penal, lógica explicitada por Roxin (1997, p. 65-67):

Esta limitación del Derecho penal se desprende del principio de proporcionalidad, que a su vez se puede derivar del principio del Estado de Derecho de nuestra Constitución: Como el Derecho penal posibilita las más duras de todas las intromisiones estatales en la libertad del ciudadano, sólo se le puede hacer intervenir cuando otros medios menos duros no prometan tener un éxito suficiente. Pues supone una vulneración de la prohibición del exceso el hecho de que el Estado eche mano de la afilada espada del Derecho penal cuando otras medidas de política social puedan proteger igualmente o incluso con más eficacia un determinado bien jurídico [...], el principio de subsidiariedad es más una directriz políticocriminal que un mandato vinculante.

O desenvolvimento de consenso entre as partes é um instrumento de política criminal que aumenta a eficiência do combate da criminalidade,

pois preserva a autonomia da vontade do investigado enquanto se espera uma contribuição ativa para o cumprimento do acordo.

Caso não seja do interesse do investigado, ele tem o direito de declinar o benefício proposto e será processado ordinariamente. Ademais, também não há se falar em violação de garantias quando o acusado estiver acompanhado de defesa técnica em todos os atos, tiver reconhecido voluntariamente sua culpabilidade e perpassado pelo controle de juridicidade do magistrado.

Esse mecanismo almeja o ideal de prestação estatal em tempo razoável e funcionalmente orientado – não apenas de maneira pragmática e utilitarista, mas também visando a melhor função da pena e o protagonismo da vítima do delito.

Caso sempre adotado o princípio da obrigatoriedade, impor-se-iam os efeitos da persecução e da condenação em virtude de delitos de baixa periculosidade. Conforme reiteradamente ressaltado, sob o ponto de vista de custo-benefício, tais delitos não justificam grande mobilização da máquina estatal.

No XXXI Encontro Nacional dos Procuradores da República, em 2014, sob a temática “O crime organizado e suas engrenagens”, os membros do MPF elaboraram a Carta de Angra dos Reis, na qual afirmam:

O efetivo combate à corrupção e à criminalidade organizada e a eficiência e efetividade da persecução criminal, no século XXI, exigem a flexibilização crescente do princípio da obrigatoriedade da ação penal. A adoção do princípio da oportunidade regrada (*prosecutorial discretion*), mediante definição de prioridades na persecução criminal, a partir de diretrizes construídas prévia e coletivamente, inclusive ouvidos os demais corpos atuantes na segurança pública, cabe ao Ministério Público, titular da ação penal, e seu exercício deve se dar mediante decisões fundamentadas, com recurso da vítima para os órgãos legalmente investidos de atribuição revisora.

Essa proposta enfrenta a situação atual em que se impõe a membros do MP, para evitar esta situação de esforço e sanções desproporcionais, não ajuizar a ação penal pública, valendo-se de justificativas inverídicas, como ausência de justa causa, prova insuficiente, dolo não demonstrado ou aplicação do princípio da insignificância – em casos que, normalmente, não se incidiriam. Contudo, tais atuações, sem qualquer critério ordenado e transparente que o restrinja, culminam em tratamento anti-isonômico aos investigados.

As críticas tecidas ao princípio da oportunidade concernem à concessão de ampla margem de discricionariedade aos membros do MP, que poderia causar arbitrariedade na persecução penal e violar os princípios da separação de poderes e da legalidade.

Contudo, essas críticas não merecem prosperar. O acordo de não persecução penal, ao final, exige homologação judicial e notificação da vítima, que pode impugná-lo, se julgar conveniente.

É inviável a aplicação de uma política de *full enforcement*², visto que implicaria tratamento supérfluo e irresponsável nas atuações criminais. O emprego deficiente de recursos estatais, que não contemplam a demanda, apenas aumenta a cifra oculta – patente nos dados do “Inqueritômetro”³ do CNMP.

A prestação estatal insuficiente culmina em grande indignação da população, repercute em eleição de representantes políticos com pautas punitivistas, criação de mais legislação simbólica, estímulo ao direito penal subterrâneo, crescimento exacerbado e desordenado da população

2 Política criminal consubstanciada em execução ou cumprimento de todas as leis criminais ou, em termos de persecução criminal, a perseguição de todas as infrações penais, assim definidas na legislação penal.

3 Disponível em: <https://inqueritometro.cnmp.mp.br/inqueritometro/home.seam>. Acesso em: 17 nov. 2019.

carcerária e, conseqüentemente, fomenta a base do chamado Estado de Coisas Inconstitucional⁴.

O desenvolvimento do princípio da oportunidade regrada não vai implicar direito penal emergencial, desde que ele seja seriamente discutido, ao aceitar sua necessidade enquanto delineiam-se parâmetros de respeito às garantias individuais.

Há que se ressaltar que os acordos penais privilegiam a recuperação do bem jurídico violado e abrem espaço ao protagonismo da vítima, de maneira que a persecução penal ordinária não realiza.

O fortalecimento do papel da vítima no processo é essencial. Ter o reconhecimento, o pedido de perdão, a melhor reparação possível do bem jurídico acalenta o coração do indivíduo violado, a sua sensação de indignação e a incompreensão da situação que suportou. O procedimento comum não abarca tais disposições, deixando o papel da vítima como mera testemunha dos fatos e, raramente, dispondo qualquer reparação mínima dos danos, em que mal participa da discussão para sua delimitação.

Também não há falar em insatisfação da sociedade ao saber que acordos extrajudiciais não implicam em prisão, dado que a prevenção da ocorrência de crimes através da certeza da punição é muito mais eficaz no combate à criminalidade que a incerta possibilidade de prisão, após morosa apreciação processual ordinária:

Cid Moliné e Elena Larrauri (2001:37) afirmam que *“La relevancia de estas distinciones para las futuras investigaciones criminológicas es el*

4 Consubstanciado em “violação generalizada e sistêmica de direitos fundamentais; inércia ou incapacidade reiterada e persistente das autoridades públicas em modificar a conjuntura; transgressões a exigir a atuação não apenas de um órgão, mas sim de uma pluralidade de autoridade”. (Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 347/DF, rel. min. Marco Aurélio, julgado em 9-9-2015)

intento de precisar qué variable es más influyente en aras de prevenir delitos, esto es, la severidad, la certeza o la celeridad. También en este terreno las investigaciones distan de ser concluyentes, pero parece existir un cierto consenso de que la certeza de la pena es más relevante que su severidad”. (Silva, 2003, p. 109)

Colocar o delito de pequena ou média gravidade, cometido sem violência ou grave ameaça, na mesma caixa que os demais é desproporcional e banaliza o uso do direito penal. Ao não conseguir trazer razoável prestação a todos os delitos, culmina-se em sensação popular de impunidade e de que “o crime compensa”.

A função e a eficácia do direito penal não podem ser analisadas pela leviana perspectiva da quantidade de pena imposta, conforme o raciocínio de Silva (2003, p. 108):

Portanto, a medida da pena não supõe por si mesma o alcance das finalidades que se pretende lograr, sendo uma pena eventualmente considerada leve tão ou mais eficaz no sentido da prevenção geral que uma pena dura. Essa afirmação é reforçada pela análise estatística comparativa realizada por H. Kury (2001:309), que conclui que, entre modelos tradicionais de resposta penal – fundamentados na aplicação da pena privativa de liberdade – e modelos modernos, em que se aplicam medidas alternativas à pena de prisão, “*la reacción más leve no es peor que la más dura, pero sí más humana y barata*”. Outrossim, considerando-se os estudos sobre os efeitos prejudiciais das penas de longa duração – sobretudo ante a presença de delitos de pequena e média gravidade, bem como em relação a réus primários – a recíproca não é verdadeira, isto é, verifica-se que a aplicação de uma pena mais grave, nessas condições, produzem um efeito contrário à pretendida (re)socialização. Além disso, ressalta H. Kury (2001:307) que a privação da liberdade acarreta também efeitos secundários contraproducentes que afetam, além do réu, o seu núcleo

familiar. Isso se reflete em um aumento das taxas de criminalidade indireta, ante o ingresso de seus familiares na carreira delitiva. A tais efeitos se soma a desestabilização do núcleo familiar, gerando, ao fim e ao cabo, uma cultura de exclusão social.

Evidencia-se, assim, uma configuração contemporânea funcionalista da pena, em que se enfatiza sua verdadeira prevenção especial e geral.

6. CONCLUSÃO

Diante das presentes problemáticas, da experiência prática da persecução penal e do novo delineamento da CF de 1988, o MP se consagra como agente de política criminal e deve dispor de instrumentos mais efetivos e dinâmicos no combate à criminalidade.

Os procedimentos penais são instrumentos de combate à criminalidade e devem ser realizados funcionalmente, e não como mero encaideamento de atos automáticos de imposição de sanções. Uma noção ingênua do princípio da legalidade não pode impedir o desenvolvimento de formas mais adequadas de intervenção do Estado em resolução de conflitos e demandas sociais.

Os acordos penais são perfeitamente cabíveis no ordenamento jurídico brasileiro e, inclusive, coerentes com os ideais constitucionais de aplicação do direito penal. Assim, o ordenamento jurídico brasileiro avançou consideravelmente com a edição da Lei Federal n. 9.099/1995 e do instituto da colaboração premiada, mitigando a obrigatoriedade da ação penal.

Dessarte, a justiça consensual se configura como um importantíssimo passo. Porém, o princípio da oportunidade regrada deve ser acolhido com as devidas ressalvas. Encerrar o debate por não aceitar a inevitável recepção do instrumento *sub studio* seria uma conduta negligente, pois

perder-se-ia a oportunidade de desenhar melhor seus limites e compatibilizá-lo com a preservação de garantias individuais.

Não há como reduzir a seletividade fingindo que ela simplesmente não ocorrerá, pois o Estado não possui condições de contemplar todas as demandas; logo, haverá, fatalmente, seleção de causas mais importantes para alocar recursos. Portanto, faz-se necessário definir parâmetros realistas, com foco na publicidade e no controle na persecução penal.

Para tanto, o membro do MP, eminente agente na consolidação da justiça, deverá 1) realizar um exame crítico da confissão do acusado, 2) formalizar todos os atos e os gravar audiovisualmente, 3) apurar informações favoráveis ao investigado (com maior consciência do princípio da inocência e imparcialidade nas investigações), 4) convocar participação ativa da vítima na definição de reparação de danos como condição do acordo, 5) não realizar acordos em audiência de custódia quando não houver provas claras e robustas da autoria do crime, e, por óbvio, 6) em virtude de uma conduta ética e do princípio da boa-fé objetiva, jamais alterar prejudicialmente a imputação criminal em momento posterior ao declínio ou descumprimento do acordo, salvo em hipótese de novas provas contundentes.

REFERÊNCIAS

ARAS, Vladimir. Acordos penais no Brasil. In: ARAS, Vladimir. *Acordo de não persecução penal*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2018.

BEGGIATO, Túlio Favaro. Prosecutorial discretion: o anacronismo do mito da obrigatoriedade da ação penal. *Boletim Científico ESMPU*, Brasília, n. 47, jan./jun. 2016.

BRANDÃO, Nuno. Acordos sobre a sentença penal: problemas e vias de solução. *Revista Julgar*, n. 25, Editora Coimbra, 2015.

BUSATO, Paulo César. *Reflexões sobre o sistema penal do nosso tempo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. Um panorama sobre o acordo de não persecução penal (art. 18 da Resolução 181/17-CNMP, com as alterações da Resolução 183-18-CNMP). In: CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. *Acordo de não persecução penal*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2018.

CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELLELA, Eduardo. *Garantismo penal integral: criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil*. 4. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2017.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. 6. reimp. Coimbra: Almedina, 2003.

CUNHA, Rogério Sanches; BARROS, Francisco Dirceu; SOUZA, Renee. *Acordo de não persecução penal*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2018.

DIAS, Jorge Figueiredo. *Acordo sobre a sentença em processo penal*. Coimbra: Almedina, 2011.

FISCHER, Douglas; ANDRADE, Mauro Fonseca; MARIN FILHO, Airton Pedro. *Investigação criminal pelo Ministério Público: comentários à Resolução 181 do Conselho Nacional do Ministério Público*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

LIMA, Renato Brasileiro. *Manual de processo penal*. Salvador: JusPodivm, 2016.

LOPES JR., Aury; ROSA, Alexandre Moraes da. *Saldão penal e a popularização da lógica da colaboração premiada pelo CNMP*. 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-set-22/limite-penal-saldao-penal-popularizacao-logica-colaboracao-premiada-cnmp>. Acesso em: 17 nov. 2019.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *Tratado de direito processual penal*. São Paulo: Saraiva, 1980.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. *Nota técnica PGR-SRI n. 102-2018 – PL 8045-2010, novo Código de Processo Penal*.

NOGUEIRA, Marcio Franklin. *Transação penal*. São Paulo: Malheiros, 2003.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2017a.

OLIVEIRA, Tássia Louise de Moraes. O mito da obrigatoriedade da ação penal no ordenamento jurídico brasileiro. *Boletim Científico ESMPU*, Brasília, jan./jun. 2017b.

SCHÜNEMANN, Bernd. *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

SILVA, Kédyma Cristiane Almeida. As políticas criminais contemporâneas: ênfase nas reformas dos sistemas processuais europeus. *Boletim Científico ESMPU*, Brasília, jul./set. 2003.

STRECK, Lenio Luiz. *Só um MP isento pode dar azo à barganha penal: embargos deferidos*. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jan-17/senso-incomum-mp-isento-dar-azo-barganha-penal-embargos-deferidos>. Acesso em: 17 nov. 2019.

SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. Acordo de não persecução penal: reflexão a partir da inafastabilidade da tutela jurisdicional. In: SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. *Acordo de não persecução penal*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2018.

SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO E A ATIVIDADE REVISIONAL DA 2ª CÂMARA DE COORDENAÇÃO E REVISÃO – EXPEDIENTES EXTRAJUDICIAIS

Maria Viveiros Peixoto Volkmer Fell¹

RESUMO

O presente artigo aborda a temática da atuação do Ministério Público (MP) por meio de acordos. Seu objetivo é lançar vista sobre as possibilidades de pesquisa oferecidas pelo Aptus no que se refere à compilação de atos de revisão – exercidos pela 2ª Câmara de Coordenação e Revisão (2ª CCR) do Ministério Público Federal – das negativas de procuradores da República ao oferecimento de proposta de *sursis* processual a acusados, a partir da iniciativa dos juízes discordantes. Nesse sentido, foram selecionados os expedientes extrajudiciais autuados no sistema Único em cujo resumo consta o termo de busca “suspensão condicional do processo”. Após leitura de todos os dados disponíveis, foram feitas anotações relativas à forma de registro de atos e documentos. Além disso, foram computadas

1 Graduada em Direito na Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Pós-graduada em Direito Público na Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Servidora do Ministério Público Federal há treze anos.

as decisões exaradas no sentido da confirmação ou negação da *opinio* do órgão acusador. Em conclusão, são apresentadas algumas hipóteses interpretativas dos dados que poderão vir a ser objeto de futuros trabalhos.

Palavras-chave: Ministério Público Federal. Suspensão condicional do processo. Revisão. Procedimentos extrajudiciais.

ABSTRACT

Embedded in the theme of the Public Prosecution Service's action through agreements, the article aims to take a look at the possibilities of research offered by Aptus regarding the compilation of review acts, carried out by the 2nd. Chamber of Coordination and Review of the Federal Prosecution Service, instigated by dissenting judges, of the denials of prosecutors to offer procedural sursis to defendants. The "extrajudicial" administrative procedures saved in the Único System, in which the term "conditional suspension of proceedings" was found, were the object. After the reading of all the data available therein, notes were taken about the form of recording acts and documents, as well as about the decisions taken by 2ª CCR in order to confirm the opinion of the prosecutor or to reverse it. In conclusion, some interpretative hypotheses are presented, which may be studied in future researches.

Keywords: Federal Prosecution Service. Nolo contendere. Review. Administrative procedures.

1. INTRODUÇÃO

A suspensão condicional do processo é instituto despenalizador previsto na Lei dos Juizados Especiais (Lei n. 9.099/1995, art. 89), já que possibilita a extinção da punibilidade do agente imputado, com

o desaparecimento da pretensão punitiva estatal. Além disso, de forma indireta, concretiza-se pela via processual, daí sua natureza mista, penal-processual (Grinover *et al.*, 2005, p. 253-254 e 289)².

O instituto é aplicável no curso de qualquer ação penal pública³ conduzida no Brasil (Oliveira, 2018, p. 731), desde que o fato penal imputado na denúncia seja tipificado com pena mínima de até um ano de prisão⁴ ou, nos termos da jurisprudência construída, que a pena mínima resultante do conjunto de normas penais aplicáveis aos fatos imputados insira-se nesse limite⁵.

O tipo penal que se toma como parâmetro para a aplicabilidade da suspensão deve ser aquele ao qual se subsume definitivamente a conduta⁶.

2 A consequência prática dessa classificação é a incidência, sob o aspecto intertemporal, da norma mais benéfica.

3 O Superior Tribunal de Justiça (STJ) também reconheceu sua aplicabilidade nas ações penais privadas [*Habeas Corpus* (HC) n. 187.090 etc.].

4 “Art. 89. Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal).”

5 Supremo Tribunal Federal (STF): Súmula 723, publicada em 2003: “Não se admite a suspensão condicional do processo por crime continuado, se a soma da pena mínima da infração mais grave com o aumento mínimo de um sexto for superior a um ano.” STJ: Súmula 243, publicada em 2001: “O benefício da suspensão do processo não é aplicável em relação às infrações penais cometidas em concurso material, concurso formal ou continuidade delitiva, quando a pena mínima cominada, seja pelo somatório, seja pela incidência da majorante, ultrapassar o limite de um (01) ano.” Grinover *et al.* (2005, p. 272) consideram inaplicáveis no cálculo as circunstâncias agravantes e atenuantes.

6 Emerson Garcia (2017, p. 435-436) considera o processo um sistema de atos e termos, e o Ministério Público (MP) o *dominus litis*. Este faz a subsunção do fato à norma para formar sua *opinio delicti*. Sendo assim, o juízo não pode, ao desclassificar na

Como exceção, fogem da abrangência dessa regra os procedimentos regidos pela Lei Maria da Penha⁷ e os tramitados na Justiça Militar⁸.

A negociação referente à suspensão deve ser encetada pelo Ministério Público (MP) após o oferecimento da denúncia, até mesmo em cota anexa a essa peça (Gavronski; Mendonça, 2017, p. 611)⁹. Nada impede, porém, o oferecimento da proposta no curso da ação penal, desde que ocorra antes da prolação da sentença (Oliveira, 2018, p. 728).

Chama-se de “admonitória” a audiência em que se propõe a suspensão. A aceitação, por sua vez, é ato personalíssimo do acusado, mas, nesse caso, exige-se a “dupla garantia”, ou seja, que acusado e advogado aceitem a proposta (Gavronski; Mendonça, 2017, p. 617)¹⁰.

Note-se que o juiz pode, antes de intimar o réu para comparecer à audiência admonitória, rejeitar a denúncia, caso verifique a carência de justa causa para a ação penal. Por isso, o denunciado tem o direito

sentença a infração penal imputada ao réu na denúncia, obrigar o MP à propositura de suspensão condicional do processo, se a pena corporal cominada ao tipo penal afinal for igual ou inferior a um ano. O STF, contudo, (em vários *habeas corpus* e recursos em *habeas corpus*) e o STJ vieram a pacificar o entendimento de que o réu tem direito a proposta de suspensão no caso de *emendatio libelli*.

STJ: Súmula 337, publicada em 2007: “É cabível a suspensão condicional do processo na desclassificação do crime e na procedência parcial da pretensão punitiva.”

7 STJ: Súmula 536, publicada em 2015: “A suspensão condicional do processo e a transação penal não se aplicam na hipótese de delitos sujeitos ao rito da Lei Maria da Penha.”

Há previsão expressa, no art. 41 da Lei n. 11.430/2006, da inaplicabilidade dos dispositivos da Lei n. 9.099/1995.

8 Lei n. 9.099/1995: “Art. 90-A. As disposições desta Lei não se aplicam no âmbito da Justiça Militar. (Artigo incluído pela Lei n. 9.839, de 27-9-1999)”

9 Às vezes aguardam-se folha de antecedentes e certidão de distribuição, a serem entregues pelo juízo.

10 Grinover *et al.* (2005, p. 334/335) defendem que, em caso de discordância entre advogado e cliente, deve prevalecer a vontade deste.

subjetivo de esperar para ver se a denúncia será ou não recebida; pois, não sendo, ele é beneficiado¹¹.

A participação do magistrado é indispensável à celebração do acordo. A propositura do MP e a aceitação do acusado são atos de postulação, não de causação: os polos solicitam ao juiz a declaração da suspensão e esse tem o poder-dever de suspender o processo ou de rejeitar a suspensão (Grinover *et al.*, 2005, p. 257)¹².

A suspensão condicional do processo origina-se de uma transação processual, ou seja, de ato bilateral marcado por concessões recíprocas entre o autor da demanda e o réu¹³.

Nela, o acusado abre mão de direitos e garantias fundamentais e ganha a expectativa de ver extinta sua punibilidade em relação ao fato imputado sem passar pelo degradante e estigmatizante ritual de debater sua culpa. Às vezes, o agente até tem dúvidas sobre essa culpa (Grinover *et al.*, 2007, p. 253-263), mas, de modo geral, justamente por haver acedido aos termos do acordo, o acusado deve manifestar boa-fé objetiva e evitar o requerimento de mudanças nas condições pactuadas sem a devida justificativa, pois *nemo potest venire contra factum proprium* (Gavronski; Mendonça, 2017, p. 621).

Por sua vez, o MP abre mão do prosseguimento da ação penal e ganha a obtenção do fim repressivo, ressocializador e reparador da ação penal, com menor investimento (Grinover *et al.*, 2007, p. 254).

Ressalte-se que a tutela do interesse público mediante a persecução penal deve ter como norte a eficiência, sobretudo num cenário em

11 STF, Petição n. 3.898.

12 Em sentido contrário, lecionando que o juiz tem o poder-dever de homologar o acordo, Mirabete (2002, p. 361).

13 Embora não se confunda com a transação penal, outro instituto despenalizador, previsto no art. 76 da Lei n. 9.099/1995 e, em linhas gerais, mais benéfico ao investigado/imputado.

que, apesar da cultura nacional de “demandismo”, mostra-se pequena a resposta estatal em face do universo de crimes praticados (Nardi *et al.*, 2015, p. 267-271).

Essa forma de relacionamento entre acusação e defesa se insere nos paradigmas do modelo premial (Grinover *et al.*, 2007, p. 258) ou conciliatório (Oliveira, 2018, p. 782) de processo penal.

2. A ATIVIDADE REVISIONAL DA SEGUNDA CÂMARA DE COORDENAÇÃO E REVISÃO

Embora nas lides de natureza penal se utilize em relação ao MP, quando atuante no polo ativo, a expressão *dominus litis* (senhor da lide) em oposição à de *custos legis* (fiscal da lei), a atuação ministerial é em regra regida pelos princípios da obrigatoriedade e da indisponibilidade, “não podendo a Instituição dispor livremente das ações que tenha proposto” (Garcia, 2017, p. 282). Essas normas são importantes porque o MP detém privativamente a titularidade da ação penal pública no ordenamento brasileiro vigente.

Em virtude da concessão aberta pelo *Parquet* em relação à instrução probatória e à eventual condenação do acusado, o *sursis* processual¹⁴ costuma ser citado na doutrina como exemplo de exceção a esses princípios (Gavrónski; Mendonça, 2017, p. 610).

Uma vez que o MP continua em regra obrigado a oferecer a denúncia antes de chegar a propor a suspensão condicional do processo, é a indisponibilidade, mais especificamente, que passa a ser flexibilizada nesse caso.

14 Grinover *et al.* (2005, p. 252) consideram inconveniente o uso da expressão “*sursis* processual”; entretanto, vê-se que a doutrina e a jurisprudência dos tribunais superiores a consagraram; nós a empregaremos para evitar cansativas repetições.

No manejo desse mecanismo, o MP é regido pelos princípios da oportunidade e da discricionariedade regrada, porque o órgão acusador tem o dever-poder de verificar o preenchimento dos requisitos para a suspensão (Grinover *et al.*, 2005, p. 316-317), embora o STF¹⁵ haja pacificado a ausência de direito subjetivo do denunciado de receber proposta de suspensão do processo. Nesse sentido, reconhece-se a existência de certa margem de subjetividade na análise de alguns requisitos legais do benefício, especialmente culpabilidade, conduta social, personalidade do acusado, motivos e circunstâncias. Ocasionalmente, é também necessário o emprego de conceitos jurídicos indeterminados, como na avaliação da incidência ou não da causa especial de diminuição de pena por “participação de menor importância”¹⁶.

Logo, o MP pode considerar indevida a suspensão condicional do processo mesmo em casos nos quais a maior parte dos requisitos legais tenha sido cumprida, por exemplo ao verificar a gravidade da conduta (Gavronski; Mendonça, 2017, p. 616)¹⁷. Quando o *Parquet* se recusa a propor a suspensão condicional do processo, e o juízo processante discorda dessa recusa, torna-se impossível a suspensão do processo *ex officio* pelo magistrado¹⁸.

Conseqüentemente, uma forma de controlar a atuação ministerial é usar a remessa ao procurador-geral, por analogia ao art. 28 do Código

15 HC n. 84.342 e n. 101.369.

16 Tema objeto dos Procedimentos Preparatórios 1.00.000.001206/2010-81; 1.00.000.000985/2010-06 etc. da 2ª CCR.

17 “O Procurador da República deve analisar bem estas circunstâncias para verificar se é realmente o caso de propor o benefício. Isto porque a medida é aplicável para situações de baixa ou média gravidade e para agentes que não são contumazes. Caso vislumbre que a medida de suspensão é inadequada ao caso concreto, deverá se negar a formular a proposta, de maneira fundamentada, sob pena de desvirtuar a medida.”

18 STF, HC n. 75.343-4 e vários outros.

de Processo Penal (CPP)¹⁹. Trata-se de um controle da legalidade da atuação do membro do *Parquet* e não de um controle da aplicação do princípio da indisponibilidade, porquanto o órgão acusador que se nega a oferecer o acordo de forma alguma demonstra a pretensão de deixar de prosseguir na demanda.

Referendada em 2003, após a formação de divergência jurisprudencial, com a edição do Verbete n. 696 do STF²⁰, a utilização desse procedimento de controle, com efeito, mitiga o caráter consensual da propositura da suspensão do processo. De outra banda, o enunciado do STF pacifica a ausência de direito subjetivo do denunciado ao *sursis* processual.

A Lei Complementar n. 75/1993 atribuiu às câmaras de coordenação dos ramos do Ministério Público da União (MPU) a tarefa de revisar o arquivamento de feitos investigatórios²¹. Por sua vez, a Resolução n. 20/1996 do Conselho Superior do Ministério Público Federal (com posteriores alterações) comete à 2ª CCR a matéria criminal. Tal colegiado é, em geral, o competente para a revisão de negativas de propostas de suspensão condicional do processo²².

19 Grinover *et al.* (2005, p. 265) defendem essa solução. Mirabete (2002, p. 343) discorda, porque o dispositivo “se destina justamente a uma situação oposta, ou seja, a de não exercer o Ministério Público o direito de ação penal. No caso, o representante do *Parquet* deseja a instauração do processo”. Para o autor, caberia *habeas corpus* em favor do agente.

20 “Reunidos os pressupostos legais permissivos da suspensão condicional do processo, mas se recusando o promotor de justiça a propô-la, o juiz, dissentindo, remeterá a questão ao Procurador-Geral, aplicando-se por analogia o art. 28 do Código de Processo Penal.”

21 “Art. 62. Compete às Câmaras de Coordenação e Revisão: [...] IV – manifestar-se sobre o arquivamento de inquérito policial, inquérito parlamentar ou peças de informação, exceto nos casos de competência originária do Procurador-Geral;”

22 Eventualmente, se o crime se inserir em feito no qual se vise investigar ou sancionar

Após analisar as peças do inquérito policial ou do outro procedimento investigatório ou auto de prisão em flagrante que tenha lastreado o oferecimento da denúncia, a Câmara, concordando com o órgão acusador, decide pela insistência na negativa de suspensão condicional do processo e “homologa” a negativa de proposta. Em seguida, como rotina, comunica sua decisão aos envolvidos na discordância: o juízo que lhe provocara e o procurador denunciante.

Observe-se que, no caso de haver divergência entre o *Parquet* e o juiz a respeito das condições da suspensão, ela deve ser resolvida em recurso, não pelo procurador-geral ou pela Câmara. Além disso, quanto a essa discordância, descabe analogia ao art. 28 do CPP (Gavronski; Mendonça, 2017, p. 620)²³.

Ocorre que, no que tange à propositura do *sursis* processual, o órgão revisional pode discordar do membro do MP e concordar com o juiz.

Nessa hipótese, para que se respeite o princípio da independência funcional – o mais importante dos princípios regentes da instituição Ministério Público (Jatahy, 2009, p. 145) –, a doutrina recomenda a designação de outro procurador para o oferecimento da proposta de suspensão. Segundo Jatahy (2009, p. 149; 297-298), o promotor que recebe essa designação é obrigado a atuar conforme o entendimento do órgão revisional, por receber uma excepcional delegação de atribuição do procurador-chefe.

Esse argumento, à primeira vista, não se harmonizaria com a sistemática revisional adotada no Ministério Público Federal (MPF), pois

a prática de corrupção e crimes assemelhados ou de crimes cometidos no exercício da atividade policial, podem ser competentes a 5ª ou a 7ª Câmara.

23 Após debate doutrinário de anos, o STJ decidiu que cabe recurso em sentido estrito da decisão que concede, nega ou revoga a suspensão condicional do processo, por analogia ao art. 581, XI, do CPP.

as Câmaras de Coordenação e Revisão não possuem a atribuição de propor ações penais. Contudo, considerando que essa função equivale na prática à do procurador-geral, a 2ª CCR manifestou concordância com o entendimento da obrigatoriedade da atuação do procurador designado em conformidade com o entendimento do órgão revisional (PA 1.00.000.013994/2015-63)²⁴.

É possível analisar registros de como a 2ª CCR vem exercendo a referida função de revisão. A Câmara disponibilizou em seu sítio as atas das sessões de revisão exaradas a partir de 1994. Desde 1995, nelas constam as ementas de todas as decisões; e nota-se, desde 1999, a consignação de outras mais completas²⁵.

Ali se pode ler o conteúdo de todas as deliberações. Contudo, existe a possibilidade de navegar nesses dados de forma mais direcionada, usando-se o Único e o Aptus.

24 Ementa da decisão: “[...] 6. Em sua primeira deliberação, esta Câmara entendeu que a fundamentação utilizada pelo il. Procurador da República atuante junto ao primeiro grau não se alia com as circunstâncias fáticas, visto que, conforme informado pelo TRF4, os réus foram absolvidos do crime de quadrilha que lhes era imputado (art. 288 do CP), preenchendo, assim, o requisito objetivo para obtenção do benefício processual previsto no art. 89 da Lei n. 9.099/95. 7. O Procurador da República então designado, utilizando-se dos mesmos fundamentos, formulou pedido de reconsideração, insistindo na impossibilidade de oferta do aludido benefícios aos acusados. 8. O Procurador da República designado para prosseguir na persecução penal em razão de deliberação tomada por esta 2ª Câmara de Coordenação e Revisão não está agindo em nome próprio, mas sim, por determinação do Colegiado, que equivale à do Procurador Geral da República. Desta forma, a menos que surjam novos elementos de informação, não cabe a renovação do não oferecimento da proposta de suspensão condicional do processo por fundamento idêntico ao já rejeitado. 9. Precedente da 2ª CCR: 5000485-75.2015.4.04.7004, Sessão 661, 3-10-2016, à unanimidade.”

25 Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/revisao>. Acesso em: 22 ago. 2019.

3. PROCEDIMENTOS EXTRAJUDICIAIS NO SISTEMA ÚNICO: ANOTAÇÕES

O Único é o sistema *online* de gestão de expedientes utilizado no MPF há dez anos e em constante ampliação e aprimoramento de funções. É regido, entre outros atos normativos, pela Portaria PGR n. 350/2017, que o conceitua como meio eletrônico de prática de atos administrativos, procedimentais e processuais e de registro, distribuição, tramitação, instrução e controle de documentos, procedimentos e processos (art. 1º).

Dele faz parte o mecanismo de busca textual Aptus, cujo *link*²⁶ está disponível para consulta a qualquer interessado no Portal da Transparência do MPF.

No Aptus, utilizando-se o termo de busca “suspensão condicional do processo”, encontraram-se, em 17 de agosto de 2019, 3.838 autos judiciais, 8.793 documentos, 119 inquéritos policiais/termos circunstanciados, 1.550 manifestações extrajudiciais, 285.104 manifestações judiciais, 2 procedimentos de gestão e 274 procedimentos extrajudiciais.

A título de exemplo, ao passar os olhos nos inquéritos policiais, percebe-se ser mais frequente a propositura de suspensão condicional do processo em delitos como o estelionato majorado tentado (art. 171, § 3º, c/c art. 14, parágrafo único, do CP) e determinados crimes contra o meio ambiente e o patrimônio genético (Lei n. 9.605/1998, arts. 29 a 35). Também se encontram descaminho, desacato, desobediência, crimes de responsabilidade de prefeitos, atividade clandestina de radiodifusão, falsidade ideológica, falso documento e uso de documento falso, falso testemunho, invasão de terras da União, usurpação e outros crimes contra a ordem econômica.

Neste breve estudo, para garantir a leitura completa dos dados disponíveis, estabeleceu-se como recorte a espécie de expedientes. Assim,

26 Disponível em: http://apps.mpf.mp.br/aptusmpf/portal#/div_query-facets. Acesso em: 23 ago. 2019.

nossa pesquisa recaiu sobre os procedimentos extrajudiciais cadastrados no Único em cujo resumo se alude à suspensão condicional do processo.

No sistema, diferem entre si os procedimentos extrajudiciais e os administrativos na medida em que estes abrigam atos da atividade administrativa de apoio, e aqueles, os atos da atividade administrativa finalística do MPF²⁷.

Inicialmente, é válido mencionar algumas deficiências no cadastramento do resumo e a falta da íntegra das manifestações, que impossibilitaram a compreensão do assunto tratado em alguns feitos²⁸, mormente antes de 2012, quando se iniciou o uso do Único para o registro dos expedientes extrajudiciais. A Secretaria Jurídica e de Documentação (Sejud) passou a autuar os procedimentos revisionais de que tratamos. Até então, o sistema apenas servia ao registro de documentos. Nesse momento, o Único recebeu dados migrados dos sistemas que antes instrumentalizavam o registro de procedimentos, como ARP e Fênix; dados esses muitas vezes incompletos, em razão das configurações mais limitadas desses sistemas. Servidores da própria Câmara os alimentavam.

27 Portaria PGR n. 350/2017: “Art. 20 [...] § 1º Os expedientes deverão ser registrados, em relação à sua natureza, como: I – administrativo: expedientes relativos à função atípica (atividade meio) do MPF, ou seja, aqueles praticados no exercício da função administrativa, como atos administrativos, procedimentos de gestão administrativa, processos administrativos disciplinares, atos de nomeação e designação de servidores, portarias administrativas, entre outros; II – extrajudicial: expedientes afetos à atividade finalística do MPF que não tenham sido submetidos ao crivo do Judiciário, como procedimentos preparatórios, notícias de fato, procedimentos de investigação criminal, inquérito civil, inquérito policial, recomendações, entre outros; III – judicial: expedientes afetos à atividade finalística do MPF cuja questão esteja judicializada, como processos judiciais, inclusive cautelares, manifestações em tais processos, entre outros.”

28 Por exemplo: 1.00.000.010108/2005-78; 1.00.000.000059/2006-46; 1.00.000.001028/2007-93; 1.00.000.13071/2007-00; 1.00.000.001171/2008-66 etc.

Frequentemente, as decisões da 2ª CCR de mesma natureza foram cadastradas com denominações diversas. Por exemplo, “despacho”²⁹, “informação jurídica”³⁰ e “decisão”³¹.

O conteúdo dos votos, por vezes, foi transcrito de modo incompleto³² ou errôneo³³. Em tempos mais remotos, nem era registrado³⁴.

A espécie de expediente na qual se efetivou a atividade revisional também variou. Alguns foram autuados como procedimentos administrativos (PAs)³⁵. Até mesmo notícia de fato (NF)³⁶ foi procedimento destinado à revisão da proposta de suspensão condicional do processo.

29 1.00.000.001923/2012-75, em 6-3-2012; 1.00.000.002408/2007-45, em 5-9-2007.

30 1.00.000.002802/2012-41, em 2-4-2012.

31 1.00.000.003624/2012-75, em 13-4-2012.

32 1.00.000.002802/2012-41: “EXTRATO DA ATA: Sessão 556ª, de 14-3-2012. Acolhido por unanimidade o Voto n. 3508/2012, da Relatora Dra. Raquel Elias Ferreira Dodge, pela insistência no oferecimento da denúncia. Participaram da votação a Dra. Elizeta Maria de Paiva Ramos e a Dra. Mônica Nicida Garcia.”

33 1.00.000.011037/2011-79: “EXTRATO DA ATA: Sessão 541ª, de 29-8-2011 – Acolhido por unanimidade o Voto n. 2292/2011, do Relator Dr. Douglas Fischer, pela suspensão condicional do processo referente à pena mínima cominada, tendo-se por descabido o oferecimento do benefício legal em questão. Participaram da votação a Dra. Raquel Elias Ferreira Dodge e a Dra. Julieta E. Fajardo Cavalcanti de Albuquerque.”

1.00.000.011036/2011-24: “EXTRATO DA ATA: Sessão 541ª, de 29-8-2011 – Acolhido por unanimidade o Voto n. 2324/2011, da Relatora Dra. Mônica Nicida Garcia, pela designação de outro membro do MPF pela insistência quando ao não oferecimento do benefício da suspensão condicional do processo pelo órgão ministerial. Participaram da votação a Dra. Raquel Elias Ferreira Dodge e a Dra. Elizeta Maria de Paiva Ramos.”

34 1.00.000.002400/2007-89, 1.16.000.000964/2007-17, 1.00.000.001178/2008-88, por exemplo.

35 1.00.000.013994/2015-63 etc.

36 1.00.000.012860/2012-82.

Geralmente, denominavam-se procedimentos preparatórios (PPs)³⁷. Os inquéritos policiais migrados do sistema ARP foram carregados ao Único em 2012 como procedimentos investigatórios criminais (PICs)³⁸.

Ressalve-se que hoje essas duas últimas espécies de procedimentos não mais se confundem na casa. Os PICs são feitos administrativos que materializam investigações levadas a cabo pelo próprio *Parquet*; os IPLs que adentram a instituição são em regra remetidos à Justiça Federal para autuação prévia ao trâmite no MPF, e nas procuradorias tramitam como autos judiciais.

De qualquer maneira, entende-se que todas essas inconsistências são de menor relevância e explicáveis pela rotatividade de servidores atuantes no cadastramento de documentos, com diversidade de formações, nem sempre jurídicas.

Além disso, percebe-se que o MPF tem investido, na última década, no constante treinamento de seus servidores e na conscientização a respeito da relevância da consistência dos registros eletrônicos³⁹.

Falemos agora sobre o conteúdo dos procedimentos encontrados.

Dentre os feitos analisados, alguns são expedientes investigatórios ou pré-investigatórios que findaram com o oferecimento de denúncia, com propositura de *sursis* processual ou com a requisição de instauração de inquérito policial⁴⁰, nos quais se mencionou a possibilidade do oferecimento do benefício. Outros tratam do acompanhamento do cumprimento das condições pactuadas⁴¹.

Além desses, há procedimentos instaurados para operacionalizar a

37 1.00.000.008051/2012-76; 1.00.000.008891/2012-39 etc.

38 1.00.000.009462/2010-17; 1.00.000.005445/2010-19; 1.00.000.000751/2010-51 etc.

39 Um exemplo: cursos a serem frequentados como requisito para a certificação de oficiais, processo promovido por meio de editais lançados pela Secretaria-Geral do MPF.

40 1.29.004.000474/2013-71 etc.

41 1.28.300.000064/2016-65, PA 1.20.004.000392/2017-85. Quanto aos inquéritos

destinação ou a fiscalização da destinação da verba arrecadada com o pagamento de fianças e prestações pecuniárias em procedimentos nos quais se tenha acordado suspensão condicional do processo⁴². Note-se a cautela necessária na gestão dessas verbas, já que, cumpridas as condições, impõe-se a devolução da fiança ao agente (Grinover *et al.*, 2005, p. 369; Gavronski; Mendonça, 2017, p. 620). Gavronski e Mendonça explicam que a renúncia ao valor da fiança pode constituir uma das condições de *sursis* processual, sobretudo para pagamento de reparação civil. Se desnecessária ou incabível essa reparação no caso, o valor da fiança também deverá ser devolvido ao acusado no fim do processo. Ademais, o STF e o STJ vieram a pacificar o entendimento de que é possível estabelecer condições equivalentes, do ponto de vista prático, a sanções penais, como a prestação de serviços comunitários ou a prestação pecuniária⁴³.

Outrossim, encontraram-se procedimentos de cooperação jurídica internacional em que se buscava a expedição de carta rogatória a autoridades de Estado estrangeiro, para pedir-lhes a realização de audiência admonitória naquele país⁴⁴, ou em que se intentava requerer a essas o acompanhamento das condições do *sursis* processual de determinado acusado⁴⁵.

Nosso foco, porém, foram os procedimentos de revisão da negativa

policiais, que são cadastrados no Único como feitos judiciais, por vezes atuam-se apensos destinados ao acompanhamento desse cumprimento.

42 1.14.010.000031/2014-12, 1.34.030.000060/2014-45, 1.25.000.003866/2015-32 etc.

43 V.g. STF: HC n. 108.914, julgamento em 2012; STJ: Recurso Especial n. 1.498.034/RS (recurso repetitivo), julgamento em 2015 (Info 574). Pacelli de Oliveira (2018, p. 727) critica essa imposição porque faria a negociação consistir em verdadeiro *plea bargaining*, forma de negociação da pena e do crime praticada no direito norte-americano.

44 1.00.000.008605/2014-05.

45 1.00.000.013676/2015-01.

de proposta de suspensão, instaurados na Procuradoria-Geral da República (PGR) a partir de provocação do magistrado discordante.

Foram contados no Único 156 procedimentos dessa espécie, dos quais 3 foram instaurados em 1999; 2 em 2000; 2 em 2001; 1 em 2002; 3 em 2003; 1 em 2005; 13 em 2006; 19 em 2007; 12 em 2008; 24 em 2009; 24 em 2010; 31 em 2011; 12 em 2012; 1 em 2015; 1 em 2016; 6 em 2017; e 1 em 2018.

Verifica-se que, antes da implantação dos sistemas de processo eletrônico, o documento que geralmente originava a instauração dos expedientes extrajudiciais de revisão era o ofício do juiz discordante, acompanhado de cópias das peças mais relevantes dos autos nos quais se havia oferecido a denúncia. Muito provavelmente, o fato de o MPF ser um órgão de caráter nacional e de a 2ª CCR exercer suas atividades em Brasília dificultava a remessa dos próprios autos judiciais e implicava a necessária extração de cópias.

Mais recentemente, passou-se a efetuar essa revisão nos próprios autos judiciais; certamente, com maior rapidez e economia de recursos.

Voltando aos extrajudiciais, destacou-se, em 2012, a inclusão e o uso das funcionalidades chamadas “providências”. Essas consistem em mecanismos de agregação de documentos (que materializam atos do *iter* procedimental) em série sequenciada ou em diagrama de árvore, para o atingimento de determinado fim. Por exemplo, nas providências “arquivamento” ou “analisar suspensão condicional do processo”, referenciam-se todos os votos e a decisão da CCR. Como resultado, tem-se a visualização facilitada do *decisum* e de seus atos constitutivos na tela do auto extrajudicial no Único. (Figuras 1⁴⁶, 2⁴⁷ e 3⁴⁸ apresentadas na próxima página.)

46 Fonte: Tela do PA 1.00.000.013994/2015-63.

47 Fonte: Tela do PA 1.00.000.017983/2016-33.

48 Fonte: Tela do PA eletrônico 1.17.000.001059/2017-19.

TEMAS DO MINISTÉRIO PÚBLICO: ACORDOS NO SISTEMA DE JUSTIÇA E LIBERDADE DE EXPRESSÃO

FIGURA 1

05/05/2017 14:22:37	Providência	<ul style="list-style-type: none"> Analisar suspensão condicional do processo ↳ Não homologação da Suspensão Condicional do Processo --> PGR-00128530/2017 - VOTO 3371/2017(2A.CAM) - FRANKLIN RODRIGUES DA COSTA - [Integra] ↳ Não homologação da Suspensão Condicional do Processo --> PGR-00272488/2017 - VOTO-VISTA 50/2017(2A.CAM) - Assinado Digitalmente - LUIZA CRISTINA FONSECA FRISCHEISEN - [Integra] ↳ Certificar --> PGR-00167360/2017 - CERTIDÃO /2017(2A.CAM) - ANA CLAUDIA DE SOUZA LOPES - [Integra] ↳ Não homologação da Suspensão Condicional do Processo --> PGR-00312514/2017 - VOTO-ORAL /2017(2A.CAM) - JULIANO BAIOCCHI VILLA-VERDE DE CARVALHO ↳ Não homologação da Suspensão Condicional do Processo com envio para JF/UMU/1 --> PGR-00313025/2017 - DECISÃO /2017(2A.CAM) - [Integra] ↳ Informar --> PGR-00314612/2017 - OFÍCIO 1606/2017(2A.CAM) - Assinado Digitalmente ARQUIVADO - WILSON HIROHITO KAIPPER - [Integra] ↳ SOLICITAÇÕES DIVERSAS --> PRM-UMU-PR-00003732/2017 - DESPACHO 749/2017(GABPRM1-ELBC) - Assinado Digitalmente ARQUIVADO - ELTON LUIZ BUENO CANDIDO - [Integra] ↳ Juntada - Secundário --> PRM-UMU-PR-00003733/2017 - DESPACHO 749/2017(GABPRM1-ELBC) - Assinado Digitalmente - [Integra]
03/02/2017 11:38:49	Distribuição	FRANKLIN RODRIGUES DA COSTA(2A.CAM) Manual

FIGURA 2

15/02/2017 17:15:56	Distribuição Encerrada	MARIA HELENA DE CARVALHO NOGUEIRA DE PAULA(2A.CAM)
31/01/2017 15:40:37	Providência	<ul style="list-style-type: none"> Analisar suspensão condicional do processo ↳ Não homologação da Suspensão Condicional do Processo --> PGR 00022401/2017 - VOTO 518/2017(2A.CAM) - MARIA HELENA DE CARVALHO NOGUEIRA DE PAULA - [Integra] ↳ Não homologação da Suspensão Condicional do Processo --> PGR-00035993/2017 - VOTO-ORAL /2017(2A.CAM) - LUIZA CRISTINA FONSECA FRISCHEISEN ↳ Não homologação da Suspensão Condicional do Processo --> PGR-00035994/2017 - VOTO-ORAL /2017(2A.CAM) - JOSE ADONIS CALLOU DE ARAUJO SA ↳ Não homologação da Suspensão Condicional do Processo com envio para JF/PR/PGUA --> PGR-00036647/2017 - DECISÃO /2017(2A.CAM) - [Integra]
17/11/2016 15:22:39	Distribuição	MARIA HELENA DE CARVALHO NOGUEIRA DE PAULA(2A.CAM) Automática

FIGURA 3

28/08/2017 09:57:39	Distribuição Encerrada	JOSE BONIFACIO BORGES DE ANDRADA(2A.CAM)
17/07/2017 21:39:33	Providência	<ul style="list-style-type: none"> Analisar suspensão condicional do processo ↳ Não homologação da Suspensão Condicional do Processo --> PGR-00239340/2017 - VOTO 5824/2017(2A.CAM) - Assinado Digitalmente - JOSE BONIFACIO BORGES DE ANDRADA - [Integra] ↳ Não homologação da Suspensão Condicional do Processo --> PGR-00258423/2017 - VOTO-ORAL /2017(2A.CAM) - JOSE ADONIS CALLOU DE ARAUJO SA ↳ Não homologação da Suspensão Condicional do Processo --> PGR-00258424/2017 - VOTO-ORAL /2017(2A.CAM) - JULIANO BAIOCCHI VILLA-VERDE DE CARVALHO ↳ Não homologação da Suspensão Condicional do Processo com envio para NUCRIM/PRES --> PGR-00260286/2017 - DECISÃO /2017(2A.CAM) - [Integra]
02/06/2017 17:44:24	Distribuição	JOSE BONIFACIO BORGES DE ANDRADA(2A.CAM) Automática

Entretanto, há uma imprecisão técnica em relação ao nome dado aos votos contidos na providência (“não homologação de suspensão condicional do processo”), tendo em vista que não caberia à Câmara, mas ao juiz, homologar ou não a suspensão do processo.

No período inicial do uso das providências, houve falhas no carregamento da íntegra das decisões. Em seguida, seu uso foi paulatinamente aprimorado.

Vale ressaltar, ainda, que a maior parte dos autos extrajudiciais encontrados no Único são “físicos” – em oposição a “eletrônicos” ou virtuais. O primeiro procedimento eletrônico encontrado (PA 17.111.001059/2017-19) foi autuado em 2017. Hoje não se autuam mais procedimentos físicos no MPF.

No mesmo ano, a Portaria PGR n. 350, que dispõe sobre o Único, obrigou os usuários ao cadastramento completo de todas as manifestações no sistema⁴⁹. De resto, sua configuração passou a exigir o carregamento da íntegra (arquivo .pdf, legível e passível de cópia de conteúdo) de toda e qualquer manifestação inserida.

O mais recente auto extrajudicial encontrado na busca realizada foi autuado em 2018⁵⁰.

4. DAS DELIBERAÇÕES

Todas as decisões pesquisadas foram unânimes na 2ª CCR.

Na maioria esmagadora (um total de 70) dos expedientes nos quais

49 “Art. 20. O registro de qualquer expediente no Sistema Único deverá ser realizado com a indicação precisa dos seus dados e observar a respectiva classificação taxonômica de classes e assuntos, conforme Tabela Unificada do Ministério Público estabelecida pela Resolução CNMP n. 63, de 1º de dezembro de 2010.”

50 PA 1.00.000.011461/2018-90.

se pode ler o conteúdo da decisão, o colegiado manteve a posição de não oferecimento de proposta de suspensão condicional do processo.

Somente em 7 expedientes a Câmara determinou a designação de outro membro para o oferecimento de proposta de *sursis* processual. Em 2 deles, tratava-se da atuação de promotores de justiça no exercício da função de *Parquet* eleitoral.

Em 13 casos, deliberou-se pelo não conhecimento da remessa.

Nos demais procedimentos, devido às indicadas imperfeições no cadastramento, não foi possível descobrir o sentido da decisão do colegiado.

5. CONCLUSÕES

O incremento da qualidade dos registros no sistema Único permite, sem dúvida, o melhor uso cotidiano e a melhor análise dos dados referentes às manifestações do MPF, sob qualquer ângulo. Providências de índole administrativa e normativa vêm sendo tomadas com o fito de assegurar esse aprimoramento.

Quanto à oferta da suspensão condicional do processo, em vista do moderado grau de subjetividade envolvido na avaliação dos requisitos para sua concessão, a 2ª CCR, ao prestigiar a independência funcional dos membros do MPF, mostrou-se altamente deferente em relação ao juízo de cabimento do benefício realizado pelos órgãos oficiantes em varas da Justiça Federal.

Nos últimos anos, reduziu-se o número de remessas empreendidas por juízes federais para fins de reanálise da hipótese de oferecimento ou não do *sursis* processual.

Esse fenômeno não parece resultar da observância de precedentes e da edição de enunciados sumulares pelos tribunais superiores, os quais tenderiam a retirar do debate uma parcela dos temas antes geradores

de discordância entre *Parquet* e Judiciário. Isso porque as decisões paradigmáticas foram proferidas e os enunciados foram editados na década passada (anos 2000).

De fato, conclui-se que a redução dessas remessas se deve, em grande parte, à implantação dos sistemas que operacionalizam o processo eletrônico, já que a revisão passou a ser realizada, em regra, nos próprios autos judiciais.

Além disso, os membros do MPF, nos últimos anos, vêm adotando postura mais resolutiva e menos “punitiva”, passando a oferecer mais sistematicamente ou automaticamente a suspensão condicional do processo aos acusados, presentes os requisitos legais.

REFERÊNCIAS

GARCIA, Emerson. *Ministério Público: organização, atribuições e regime jurídico*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

GAVRONSKI, Alexandre Amaral; MENDONÇA, Andrey Borges de. *Manual do procurador da República: teoria e prática*. 3. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2017.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES, Luiz Flávio. *Juizados especiais criminais: comentários à Lei 9.099, de 26.09.1995*. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

JATAHY, Carlos Roberto de Castro. *Curso de princípios institucionais do Ministério Público*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Juizados especiais criminais: comentários, jurisprudência, legislação*. 5. ed. rev. e atual. até dezembro de 2001. São Paulo: Atlas, 2002.

NARDI, Ricardo Perin; TABAK, Benjamin Miranda; AGUIAR, Julio Cesar de. Obrigatoriedade da ação penal pública: a eficiência como garante da tutela do interesse público. *In: TABAK, Benjamin Miranda; AGUIAR, Julio Cesar de (orgs.). O Ministério Público e os desafios do século XXI: uma abordagem juseconômica.* Curitiba: CRV, 2015, p. 265-293.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal.* 22. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018.

SOUZA, Motauri Ciochetti de. *Ministério público e o princípio da obrigatoriedade: ação civil pública – ação penal pública.* São Paulo: Método, 2007.

TOURINHO NETO, Fernando da Costa; FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Juizados especiais estaduais cíveis e criminais: comentários à Lei 9.099/1995.* 6. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

2 | LIBERDADE DE EXPRESSÃO

LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DEMOCRACIA

Paulo Thadeu Gomes da Silva¹

*“abrir a palavra
olhar sem pudor suas vísceras
provocar seu leite lunático
assistir ao pulsar do sangue em chispas
acolher sua natureza indigesta”*
(Ledusha Spinardi)

RESUMO

Existe uma forte relação entre a liberdade de expressão e a democracia. Há sistemas em que esse direito é minimamente regulado e outros em que a regulação é mais forte. Entretanto, ambos podem ser democráticos. Aqui se busca descrever essa relação por meio de referência à

1 Especialista em Sistemas de Proteção dos Direitos Humanos pelo Instituto Internacional de Administração Pública de Paris. Mestre em Direito pela PUC-Rio. Doutor em Direito pela PUC-SP. Pesquisador visitante junto ao Instituto Max Planck para a História do Direito Europeu. Procurador Regional da República em São Paulo.

Teoria da Justiça, seja ela liberal-utilitarista, seja comunitarista-liberal. Para tanto, há menções e análises normativas e jurisprudenciais das realidades constitucionais brasileira, alemã e norte-americana.

Palavras-chave: Liberdade de expressão. Democracia. Teorias da Justiça.

ABSTRACT

There is a strong relationship between freedom of expression and democracy and there are also different systems of regulation of speech, weak or strong regulation, however, both can be democratic. In this article we search the description of this relationship through Theory of Justice, be liberal-utilitarist be comunitarism-liberal. For doing so, there will be quotations and analysis of the law and judicial decisions from brazilian, germany and north-american constitutional realities.

Keywords: Freedom of expression. Democracy. Theories of Justice.

1. INTRODUÇÃO

O título deste artigo remete à relação existente entre a liberdade de expressão e a democracia. Apesar de esses conceitos serem amplos e apresentarem um caráter mais geral, não é impossível especificá-los. A especificação demonstrará a dependência existente entre o direito analisado e o regime político, vale dizer, um precisa do outro para se manifestar, o que demonstra ser uma relação de caráter forte, especialmente quando a expressão for tratada como discurso de ódio, fenômeno atualíssimo, mas não original, da sociedade mundial.

A relação a ser aqui esmiuçada se mostra evidente, seja naquelas sociedades em que o discurso é mais controlado, seja naquelas em que

o controle é mais flexível, pois ambas podem ser qualificadas como democráticas. Nessa linha, é de todos conhecido que os modelos de regulação jurídica do discurso na sociedade mundial se diferenciam, por exemplo, entre outros possíveis, nos Estados Unidos e na Alemanha. Uma das razões pode estar no fato de o primeiro se caracterizar por uma concepção liberal-utilitarista, cuja distinção é representada por uma restrição menor ao direito. Já o segundo é informado por uma concepção comunitarista-liberal, que se traduz em maior restrição ao mesmo direito. E no Brasil, como as coisas se passam?

Para respondermos essa pergunta, necessitamos, primeiramente, refletir a respeito de qual filosofia política subjaz à Constituição Federal (CF) para, depois, pensarmos sobre o modelo correspondente ao texto constitucional. Para tanto, impõe-se discorrer brevemente a respeito das realidades constitucionais alemã e norte-americana.

Winfried Brugger (2001, p. 337-402) escreve sobre o que caracteriza uma Constituição moderna: a) organização do Estado; b) sistema de direitos fundamentais; e c) abertura para outros países. A partir dessa caracterização, ele argumenta, em outro texto, que a Lei Fundamental alemã conseguiu realizar essa tarefa, o que demonstra estar nela positivada uma concepção comunitarista-liberal, meio-termo entre a comunitarista substantiva-conservadora e a igualitário-universalista (2008, p. 68). Para Brugger, o que representa o núcleo do comunitarismo liberal é a forma interna de diferenciação entre os governos local, estadual e federal, e a internacional, representada pela distinção entre a União Europeia e a Comunidade Internacional (2008, p. 67-68).

Os dois primeiros requisitos são autoexplicáveis, já o terceiro requer algum esclarecimento. Relativamente à abertura ao exterior – *Die Öffnung des Staates nach aussen* –, Brugger indica quatro traços: a) abertura interna no campo dos direitos fundamentais; b) relações com outros países; c) hierarquia superior das regras gerais do direito internacional público, que constituem o direito federal, sobre as leis internas; e

d) modo e abrangência da vinculação jurídico-internacional (2001, p. 391-400).

A abertura interna no campo dos direitos fundamentais significa a possibilidade de a Constituição e seu intérprete – *par excellence* a Suprema Corte – deferir alguns direitos fundamentais àqueles considerados cidadãos de um determinado país e alguns direitos humanos aos estrangeiros que vivem no mesmo território – *habeas corpus*, por exemplo.

As relações com outros países ocorrem no campo do direito internacional e são levadas a cabo pela Federação, representada pela União, incumbida de concretizar a política externa por meio de órgãos próprios. A hierarquia superior das regras gerais do direito internacional público se dá, no Brasil, referentemente aos tratados de direitos humanos, com *status* de emenda constitucional ou de caráter supralegal, conforme dispõem o art. 4º, § 3º, da CF e decisões do Supremo Tribunal Federal (STF) notoriamente conhecidas. Já o modo e a abrangência da vinculação jurídico-internacional têm a ver com a atuação na arena internacional. No caso do Brasil, o País tem mais força com relação à América Latina, de acordo com o disposto no art. 4º, I a X, e parágrafo único, normas constitucionais que permitem afirmar ser a soberania do Brasil de um modelo aberto.

Portanto, como se pode observar dessa breve descrição, há similaridades do Brasil com a Alemanha no que diz respeito às características normativo-constitucionais dos respectivos Estados – pense-se, por exemplo, na forma interna de diferenciação do Estado brasileiro em Município, Estado e União. Tais características acabam por permitir que ambos sejam definidos como liberal-comunitaristas. Essa conclusão é reforçada quanto mais se pense em que a Constituição brasileira positiva expressamente normas de reconhecimento e proteção das minorias que compõem o processo civilizatório nacional, *v.g.*, indígenas e quilombolas, particularidade social ausente na Alemanha, mas que no Brasil permite inferir a existência de um sentimento e uma preocupação com a comunidade de seu povo.

Aqui é importante observar um pouco mais de perto a CF quanto à regulação do discurso. Vários de seus dispositivos contêm normas que proíbem a emissão de determinados conteúdos, “dando de barato” a distinção expressão/ação, vigente no direito constitucional norte-americano, mas não aqui. Por exemplo, o art. 5º, XLII, da CF torna imprescritível o crime de racismo. Além disso, há normas que mandam o legislador infraconstitucional legislar sobre a violação de determinadas liberdades, como o art. 5º, XLI.

Normatizar nesses termos tem um significado para a dogmática constitucional, e seus sentidos são construídos tanto pela jurisdição constitucional quanto pela legislação, campos que se apresentam, atualmente, sob uma forma bastante aberta, com a participação direta da sociedade na formatação jurídica dos casos, *i.e.*, na interpretação a ser construída pela jurisdição constitucional.

Essa forma de normatizar apresenta, também, uma filosofia política que subjaz ao documento formal que é a Constituição; pois, quando ela traz em seu texto normas desse tipo e calibre, demonstra uma vontade de expressar uma concepção de bem para a sociedade, o que significa, nos termos de suas normas, uma concepção que leva em consideração a comunidade, pois protege as minorias, incluindo-as, e não as excluindo do alcance de seus preceitos. Nesse sentido, expressa que a melhor forma de condução da vida é a que não permite a discriminação dos indivíduos pertencentes a uma minoria por não participarem da construção política de um projeto de nação. É, de certa maneira, uma forma de se opor ao Estado neutro dos liberais, porque acaba por adotar uma política do bem comum, do viver em uma sociedade que não tolera a discriminação, sentido reforçado pelo disposto no art. 3º, IV, da CF.

Contudo, a mesma Constituição positiva normas que permitem a extração de um sentido liberal de liberdade, tradicionalmente representada pelas liberdades de expressão, crença e consciência, os famosos *constitutional essentials* de Rawls. Exemplos disso são encontrados

nos incisos IV a X do art. 5º, os quais se referem à sagrada autodeterminação da pessoa.

Do ponto de vista normativo-constitucional, portanto, a CF é um documento formal albergador de visões comunitaristas e liberais de mundo: essa é a premissa da qual deve partir a interpretação constitucional para ecoar a formatação de expectativas normativas.

2. DO NORMATIVO AO JURISPRUDENCIAL

Essa compreensão teórica encontra eco, na Alemanha, na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal (TCF), o qual desde há muito entende que a Lei Fundamental não positiva uma imagem da pessoa como um indivíduo isolado, mas, sim, em uma relação com a comunidade, no sentido de que ele depende e deve comprometer-se com ela, sem que haja violação de seus valores individuais (*BverfGE* 4, 7, 1954, e também objeto de comentário, no mesmo sentido, de Seifert e Hömig 1999, p. 46).

A mesma interpretação é feita por Kommers (2012, p. 362), para quem o famoso caso “Mephisto”, julgado pelo TCF, adota uma forte perspectiva personalista e comunitária da pessoa humana, de vez que a descreve como uma pessoa autônoma que se desenvolve livremente na e com a comunidade social. Vale dizer, a dignidade humana reside na individualidade e na socialidade, *i.e.*, ela requer não apenas a proteção da personalidade humana e a liberdade do indivíduo mas também a promoção de bens como as relações comunais, a família, a participação, a comunicação e a civilidade.

Já a realidade norte-americana – aqui tomada como contraponto ao modelo alemão na construção de sua jurisprudência constitucional – tende a privilegiar o indivíduo como tal, sem se perquirir a respeito de seu pertencimento ao grupo ou mesmo à comunidade, o que é conse-

quência direta do modelo de regulação do discurso lá adotado e segundo o qual há de se distinguir entre discurso e ação para se dispensar um tratamento menos proibitivo à expressão. Essa compreensão ocorre mesmo relativamente ao direito de liberdade de expressão, previsto na 1ª Emenda, e nunca é interpretado com o direito de igualdade, previsto na 14ª Emenda, o que acaba por considerar o discurso em uma perspectiva individual, por exemplo, discurso de ódio manifestado contra grupos com base em raça e etnia, v.g., negros e judeus.

MacKinnon argumenta exatamente nesses termos, ao escrever que, se a distinção entre discurso e ação se justifica em um nível, em outro, da desigualdade social, não faz o menor sentido. Tal observação é dirigida contra a ausência de análise da dimensão da desigualdade nos casos jurídicos julgados pela Suprema Corte norte-americana, interpretação, por assim dizer, pura e isolada da 1ª Emenda sem o balanceamento com a 14ª Emenda (1999, p. 30-31 e 81-82). Isso se deve ao fato de, em determinados casos que envolvam a liberdade de expressão, não se poder fazer vista grossa à posição de assimetria ocupada por quem cria o discurso e por quem é atingido por ele, ainda que apenas com palavras – não nos esqueçamos de que a lei também é apenas palavra!

A tese de MacKinnon é rejeitada por Fiss (2005, p. 43). Para o autor, mais até do que a própria igualdade, a democracia é que está envolvida quando se trata de liberdade de expressão, especialmente em casos de discurso de ódio, uma vez que o contravalor oferecido pelo Estado tem uma incomum e imperativa qualidade, o que faz romper o consenso liberal (2005, p. 37). Para Fiss, *liberdade de expressão* “implica uma concepção organizada e estruturada da liberdade, que reconhece certos limites quanto ao que deve ser incluído e excluído” (2005, p. 51). A democracia é a finalidade última da Primeira Emenda, e o que ela “exalta não é simplesmente a escolha pública, mas a escolha pública feita com informação integral e sob condições adequadas de reflexão” (2005, p. 55).

O quadro do debate referente à tese do livre mercado de ideias é bastante conhecido e apresenta argumentos para os dois lados, seja o da necessidade de maior regulação, seja o de menor intervenção. Como representante desta corrente posiciona-se o intelectual inglês Kenan Malik, para quem a política de banimento do discurso, mesmo o de ódio, consubstanciada em restrições a determinadas expressões, não reduz o preconceito, antes muda sua forma e o privatiza. Nesse sentido, cita a pesquisa feita por Gill Valentine, da Universidade de Sheffield².

E no Brasil, o que ocorre? Como a descrição do nível normativo-constitucional já foi feita, falemos da jurisprudência constitucional, representada aqui pela análise das decisões proferidas em quatro casos que reputamos mais representativos do tema: a) Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 187; b) Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 4.451; c) ADI n. 4.815; d) *Habeas Corpus* (HC) n. 82.424.

Na ADPF n. 187, as principais notas, para os fins deste ensaio, são representadas pelas afirmações do relator, ministro Celso de Mello, sobre a livre circulação de ideias e sobre a famosa frase de Holmes, “liberdade para o pensamento que nós odiamos” (p. 119 e 110, respectivamente), e pelas razões do ministro Luiz Fux: livre mercado das ideias e amadurecimento da sociedade civil (p. 176 e 186, respectivamente).

As razões centradas no livre mercado das ideias e na “liberdade para o pensamento que nós odiamos” aproxima a regulação do discurso ao sistema norte-americano, enquanto a afirmação do amadurecimento da sociedade civil pode levar a uma proximidade com o modelo alemão, constatação que pode embaralhar o quanto aqui já escrito, uma vez afirmado que o modelo constitucional brasileiro se assemelha ao

2 Disponível em: <https://kenanmalik.com/2019/05/31/who-has-the-right-to-speak/>. Acesso em: 18 nov. 2019.

alemão, traduzido em uma regulação mais estreita do discurso e suas possibilidades de significação.

A confusão pode ser dissolvida se pensarmos que não há, propriamente, um método de análise do STF a perpassar por todos os casos jurídicos que tratam da liberdade de expressão por ele já analisados. Vale dizer, mais do que não seguir uma linha coerente de fundamentação dos casos – a comparação com o quanto decidido no famoso caso “Ellwanger” poderia ser suficiente a demonstrar isso –, as decisões não conseguem mesmo incorporar uma teoria da justiça específica aos casos jurídicos.

No julgamento da ADPF n. 187, referente à Marcha da Maconha, prevaleceu o entendimento de que o discurso seria uma legítima manifestação do pensamento, ou seja, uma regulação mais aberta e menos restritiva do discurso feito por um grupo, mas não contra outro grupo, não uma maioria contra uma minoria, mas sim de uma minoria contra decisões judiciais que enquadravam essas mesmas manifestações como crime tipificado no Código Penal. Duas conclusões se impõem: a) não se tratava de discurso de ódio; b) não se tratava de um caso clássico de desigualdade social, caracterizada pela sujeição de um grupo por outro assimetricamente superior porque detentor de poder.

Na ADI n. 4.451, na qual se tratou da inconstitucionalidade de normas eleitorais que proibiam o humor com os candidatos, decisão unânime pela procedência da ação, os votos dos ministros trouxeram, como sempre, as citações aos precedentes da Suprema Corte norte-americana e a famosa frase de Holmes. No voto do ministro Gilmar Mendes, houve várias menções à doutrina e à jurisprudência alemãs, inclusive expressa citação do caso “Mephisto”, citado aqui como exemplo da concepção liberal-comunitarista que informa a Constituição alemã.

Portanto, uma mistura de concepções estrangeiras que, se bem servem para fundamentar a decisão e demonstrar erudição, não permite uma afirmação clara sobre a qual delas se filia a interpretação constitucional realizada. Se, em uma abordagem científica, epistemológica

mesmo, falta método, em uma dogmática falta unidade. Isso não quer dizer que a decisão seja errada, significa apenas que ela não contribuiu para a construção de uma compreensão forte a respeito de qual teoria da justiça subjaz ao direito de liberdade de expressão no Brasil, ou, dito de outra maneira, de qual concepção da Constituição brasileira se trata.

Nas decisões citadas, não há um esboço do que denominamos Teoria da Justiça, capaz de embasar a compreensão do direito de liberdade de expressão no Brasil pela jurisdição constitucional. Entretanto, na ADI n. 4.815, famoso julgamento que tratou da necessidade de autorização prévia para se publicar uma autobiografia, algum espasmo nesse sentido foi emitido, ainda que não tenha sido tratado o discurso de ódio.

Em primeiro lugar, muito embora ainda venha essa decisão marcada por uma descrição de decisões e doutrinas estrangeiras que, por assim dizer, se antagonizam, o voto do ministro Roberto Barroso contém indícios que se referem a uma compreensão mais minudenciada do direito em questão. Esses indícios são representados pela tentativa do julgador de explicar o que significa considerar o direito de liberdade de expressão como um direito de posição privilegiada. Para Barroso, a preferência por essa liberdade se justifica por cinco funções: função essencial para a democracia, dignidade humana, busca da verdade, função instrumental para o exercício e pleno gozo de outros direitos fundamentais e preservação da cultura e história da sociedade.

Ao esmiuçar o significado dessa posição privilegiada, Barroso argumenta que ela significa, primeiro, no processo de ponderação, que se deva decidir em seu favor, ao menos *prima facie*. A segunda presunção se refere a que todas as medidas restritivas da liberdade de expressão – judiciais, legais, administrativas e privadas – devem submeter-se a um processo mais rigoroso de ônus argumentativo referente a sua justificação. A terceira e última presunção é a proibição da censura e o controle pós-emissão do conteúdo.

Essa tentativa inicial de construção de um sentido para a posição

privilegiada ocupada pelo direito de liberdade de expressão deve ser vista com bons olhos, seja porque significa um esforço intelectual para tornar clara uma expressão ainda carente de significado próprio, seja porque demonstra uma preocupação com a coerência fundamentadora da decisão judicial para que ela possa produzir redundância. Mesmo assim, ainda estamos essencialmente no campo da dogmática constitucional, sede que deveria conter, também, uma análise da preferencialidade, sob regra de exceção ao discurso geral, do discurso de ódio, a teor do que doutrina Fiss (2005, p. 33-65). Essa necessidade se dá justamente porque rompe o consenso liberal, quebra a estrutura de um *constitutional essential* rawlsiano, com base no próprio ordenamento constitucional brasileiro, o qual prevê expressamente, e conforme já escrito, uma concepção comunitarista-liberal de sociedade.

O voto do ministro Gilmar Mendes também é digno de destaque por citar Holmes, abordar o livre tráfego das ideias e lembrar o famoso caso “Lüth”, julgado pelo TCF alemão. Além disso, avança ao descrever a dimensão subjetiva e objetiva dos direitos fundamentais. Mais especificamente, na p. 247, cita, expressamente, a palavra “comunidade” como algo possuidor de interesses próprios que deverão ser atendidos pelos indivíduos; contudo, a ideia acaba aí, e não há um maior desenvolvimento do tema. Percebe-se haver uma identificação desses interesses com a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, que seriam princípios objetivos da ordem constitucional e democrática; por isso, espraiam-se por todo o ordenamento jurídico, o que produz a eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

No HC n. 82.424, um julgamento com força de paradigma para o tema do conflito entre o direito de liberdade de expressão e a proteção de minorias, v.g., discurso de ódio, o STF decidiu pela configuração da prática do crime de racismo por um escritor e editor que publicava livros antissemitas, fato que, por via do direito penal, caracterizou-se como um limite à expressão.

A decisão foi tomada por maioria, com três ministros contrários e vencidos. Um desses fundamentos baseou-se no fato de não ter havido pedido, no *habeas corpus*, para que se reconhecesse a atipicidade da conduta com base no direito de liberdade de expressão, mas apenas que judeu não era raça, portanto, de racismo e, por consequência, de imprescritibilidade não se tratava. Os outros dois ministros vencidos entenderam que as condutas estavam inseridas no âmbito de proteção do direito de liberdade de expressão e concederam de ofício a ordem. Em seus votos, trataram expressamente da liberdade de expressão com base nas seguintes considerações: obra de pesquisa histórica, tecer ideologia não é crime, convicção política e necessidade do combate de ideias. Dessa forma, esses votos sopram, sem muita força de convencimento, na direção do reconhecimento de uma concepção liberal-utilitarista do direito de liberdade de expressão, talvez por apostarem todas as fichas no embate de ideias, segundo o qual uma ideia má se combate com uma ideia boa.

Os votos vencedores, em número de oito, não apresentam uma unidade de fundamentação. Enquanto uns abordaram os limites à liberdade de expressão, *v.g.*, os votos dos ministros Celso de Mello, Gilmar Mendes e Carlos Velloso; outros entenderam que não se tratava de analisar esse direito, mas simplesmente saber se judeu poderia ser definido como raça, o que, portanto, enquadraria a questão no tipo penal correspondente ao racismo, *e.g.*, os votos dos ministros Maurício Corrêa, Nelson Jobim, Ellen Gracie e Cezar Peluso – este último cita apenas de forma passageira a liberdade de expressão. Já o ministro Sepúlveda Pertence, embora tenha indeferido a ordem, parece excluir do âmbito de proteção do direito em foco as condutas analisadas.

Ao considerarem que as condutas se enquadram no crime de racismo, esses votos estão, indireta e inconscientemente, ecoando uma concepção comunitarista de justiça, ainda que não o façam expressamente, pois a Lei n. 7.716/1989, que trata desse tipo de crime, encontra fundamento

de validade no disposto no art. 5º, XLII, da CF, que pode, por sua vez, ser tido como uma norma indicativa da positivação de limites ao direito de liberdade de expressão e, nessa qualidade, exprimir uma específica concepção de justiça.

O mesmo se pode dizer dos votos que indeferiram a ordem com base na consideração de que a liberdade de expressão encontra limites, por exemplo, na dignidade humana e na igualdade, embora também não apresentem, claramente, uma concepção de justiça que norteie a construção de sentido do direito de liberdade de expressão.

Uma exceção quanto a esse aspecto é o voto do ministro Gilmar Mendes, mais especificamente, em aditamento a seu primeiro voto, em que cita a doutrina de Kriele. Ao mencionar o doutrinador alemão, o ministro Gilmar Mendes afirma haver uma “íntima conexão entre direitos fundamentais e o regime democrático, o que justifica inclusive uma revisão ou aprimoramento da chamada teoria liberal dos direitos fundamentais para uma teoria democrático-funcional” (p. 954). Esse posicionamento merece ser problematizado.

Em primeiro lugar, a conexão mencionada deriva de uma democracia mais forte e depende de um debate público robusto. Esse é alcançado tanto mais quanto os direitos fundamentais forem concretizados de maneira mais contundente, o que faz criar uma ambiência de tolerância e respeito entre os cidadãos. Neste momento é de se perguntar se esse debate público robusto que caracteriza uma sociedade fortemente democrática é obtido com mais ou menos regulação do discurso. Caso se pense nas posições morais ocupadas pelas minorias, comparativamente à maioria, fruto de relações bastante assimétricas entre elas, quanto mais discurso de ódio houver, mais discriminação será produzida, e um de seus efeitos, perversos, por sinal, pode ser mesmo o silêncio das minorias, cujas vozes não conseguem ser ouvidas devido a sua pouca força.

Já nas sociedades em que há uma regulação mais forte do discurso, as minorias são mais protegidas contra o discurso de ódio, o que não quer

dizer que essa sociedade seja mais democrática que aquela outra dela diferente nem que seja capaz de promover a destruição das estruturas prenes de racismo, *v.g.*, o próprio Brasil, em que há uma intervenção no discurso de ódio, mas não há, no plano da desigualdade racial, maiores êxitos em seu combate – o mesmo pode-se dizer dos Estados Unidos, em que há uma regulação mais fraca do discurso e persiste o racismo estrutural.

O discurso de ódio, em si mesmo considerado, por tratar as minorias como objeto e não como sujeito de direitos, produz, nas sociedades em que a regulação é mais flexível, expectativas normativas contrárias ao que se compreende como algo a se esperar de um ordenamento jurídico de uma sociedade democrática. A frustração causada por essa forma de consideração e de tolerância a esse tipo de discurso não parece ter tratamento: pode-se até, com a poesia de Ledusha Spinardi, “abrir a palavra e acolher sua natureza indigesta”, mas não deixar de combatê-la ou, no limite, regulá-la fortemente. Com outras palavras, o intelectual negro Adilson Moreira (2019, p. 166-167) argumenta ser contrário às teorias liberais da liberdade de expressão, pois a comunicação de ódio compromete um objetivo central do processo democrático, que é o reconhecimento da dignidade moral de todas as pessoas.

É evidente que a maior regulação do discurso de ódio pode, de fato, não eliminar o racismo, privatizando-o, mas esse efeito não deve se constituir em impedimento a que se regule a expressão, pois não é função desse tipo de intervenção, ao menos não de forma isolada e imediata, eliminar a discriminação, esta que deve passar por um processo social terapêutico perene, e não intermitente.

Em segundo lugar, a afirmação do ministro Gilmar Mendes, no sentido de essa mesma conexão justificar uma revisão ou um aprimoramento da teoria liberal dos direitos fundamentais para uma teoria democrático-funcional, implica a necessidade de descrição do que vem a significar essas teorias. Elas se referem às teorias dos direitos fundamentais que

influenciam a interpretação desses mesmos direitos e podem apresentar, nessa condição, alguma relação com as teorias da justiça.

Para a teoria liberal dos direitos fundamentais, os direitos de liberdade são direitos fundamentais contra o Estado. Essas liberdades são, pura e simplesmente, liberdades, e não liberdades para um determinado fim ou objetivo, por exemplo, liberdade para assegurar o processo político-democrático (Böckenförde, 2016, p. 224). Assim pensada, a liberdade de expressão se enquadra nessa classificação como liberdade negativa e se refere, exclusivamente, à autodeterminação. É aqui, exatamente, que as duas compreensões se tocam, na semelhança de suas construções semânticas, que valem tanto para a teoria liberal dos direitos fundamentais quanto para a teoria da justiça liberal-utilitarista.

Já para a teoria democrático-funcional dos direitos fundamentais, as liberdades obtêm seus sentidos e significados principiológicos como fatores constituintes do livre processo democrático. São, portanto, “liberdades para”, e não pura e simplesmente liberdades. É aí que, além de não se identificar com a teoria da justiça comunitarista-liberal, torna-se ela um problema, porque funcionaliza as liberdades, isto é, cria uma liberdade de competência, de dever, de função de possibilidade e segurança de uma vontade política pública necessária, e não mais pode permanecer um exercício apenas subjetivo do titular do direito (Böckenförde, 2016, p. 235-237).

A teoria democrático-funcional dos direitos fundamentais não é adequada à CF, seja porque esse documento constitucional positiva uma concepção comunitário-liberal de justiça – conforme já demonstrado neste artigo –, seja porque guarda relação íntima com a ideia de uma democracia militante, o que não parece ter sido positivada, como norma, na mesma Constituição. Essa, no art. 1º, *caput* e inciso V, ao positivar o princípio democrático e o pluralismo político como fundamento do Estado, não submete o exercício particular dos direitos exclusivamente ao cumprimento de uma função pública de fortalecimento do processo

democrático; vale dizer, as liberdades existem só por si, são autossatisfativas, e não, em um primeiro plano, para a realização de um objetivo ou de um fim referente ao processo político – o que não quer dizer, obviamente, que não haja direitos de liberdade relacionados diretamente a esse fim, por exemplo, os direitos políticos.

Ao mesmo tempo, e já como problematização final, uma afirmação de Fiss (2005, p. 51) ganha destaque: “A frase ‘liberdade de expressão’ implica uma concepção organizada e estruturada da liberdade, que reconhece certos limites quanto ao que deve ser incluído e excluído.” Assim, ao se considerar a liberdade de expressão como direito, impede-se a instauração de um vale-tudo, um *anything goes*, exatamente porque há a emergência de limites ao seu exercício, o que leva a pensar na imprescindibilidade das instituições para que a própria liberdade se realize, já não mais como simples liberdade negativa ou reflexiva, mas, sim, como liberdade social.

3. CONCLUSÃO

Afirmar que a CF positiva uma concepção de justiça comunitarista, ou mesmo e apenas uma abertura para ela, não significa que esse documento não positivete a concepção liberal; pelo contrário, a forma de organização territorial, de poder e dos direitos fundamentais plasmada na Constituição indica a existência dessas duas concepções de justiça, complementares entre si, e não excludentes, o que parece evidente quando se faz uma leitura do texto constitucional, âmbito, portanto, normativo.

Já no plano jurisprudencial, ainda existe um certo estado de confusão, criado pela falta de unidade dos fundamentos das decisões proferidas pelo STF nos casos jurídicos que envolvem o direito de liberdade de expressão, fundamentos que se marcam por uma contradição das próprias concepções de justiça a eles referentes.

Em suma, o fato de a CF haver positivado como positivou, permite afirmar que o sistema de regulação do discurso no Brasil é forte, o que possibilita a manifestação de uma relação também forte entre liberdade e democracia, no sentido de reforçar esse regime político. Para tanto, as instituições são imprescindíveis.

REFERÊNCIAS

BÖCKENFÖRDE, E. W. Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation. In: BÖCKENFÖRDE, E. W. *Staat, Gesellschaft, Freiheit*. Frankfurt: Suhrkamp, 2016, p. 221-252.

BRUGGER, Winfried. Der moderne Verfassungsstaat aus Sicht der amerikanischen Verfassung und des Grundgesetzes. *Archiv des öffentlichen Rechts*, v. 126, n. 3, p. 337-402, 2001.

BRUGGER, Winfried. O comunitarismo como teoria social e jurídica por trás da Constituição alemã. *Revista de Direito do Estado*, ano 3, n. 11, p. 55-84, jul./set. 2008.

FISS, Owen. O efeito silenciador do discurso. In: FISS, Owen. *A ironia da liberdade de expressão*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 33-65.

KOMMERS, Donald P. *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, Duke University Press, 2012.

MACKINNON, Catharine A. *Only words*, Harvard University Press, 1996.

MOREIRA, Adilson. *O que é racismo recreativo?* São Paulo: Letramento, 2019.

SEIFERT, Karl-Heinz e HÖMIG, Dieter. *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*. Baden-Baden: Nomos, 1999.

LIBERDADE ARTÍSTICA COMO DIMENSÃO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO

*Leandro Mitidieri*¹

RESUMO

Este artigo aborda a liberdade de expressão na sua dimensão da liberdade artística. Adota o estudo de caso do evento “Xereca Satânik – a festa” para analisar na prática atual e no espírito da nossa época as ameaças às liberdades constitucionais de manifestação de pensamento, atividade artística e cultural. Nesse mesmo contexto, é demonstrada a inconstitucionalidade do art. 234 do Código Penal (CP), que prevê o tipo penal do objeto obsceno e criminaliza a realização, em lugar público ou acessível ao público, de representação teatral, ou exibição cinematográfica de caráter obsceno, ou qualquer outro espetáculo que tenha a mesma natureza. A criminalização de representações artísticas transgressoras faz parte de um moralismo da sociedade; do mesmo modo, a abordagem da mídia, associando-as a uso de drogas, orgias e satanismo, encaixa-se no chamado estilo paranoico da política ou ciência

1 Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal Fluminense (UFF).
Ex-professor da UFF. Procurador da República.

e política do medo. O trabalho extrai da doutrina que o discurso político fala ao intelecto; o religioso, à alma. Já a arte fala à imaginação, à criatividade e ao espírito. Demonstra-se claramente que já se consagrou o descabimento de aplicação a artistas ou a protestos supostamente transgressores de penas ou outras sanções criminais.

Palavras-chave: Liberdade de expressão. Liberdade artística. Pensamento. Cultura. Arte. Nudez. Moralismo. Estilo paranoico da política. Ciência e política do medo.

1. INTRODUÇÃO

A liberdade de expressão possui diversas dimensões. Essas podem se dar, por exemplo, em função dos titulares (do cidadão, do agente público, do candidato a cargo eletivo etc.) ou em função da forma de veiculação (discurso, protesto político, obra literária etc.). Entre as formas de veiculação da liberdade de expressão, encontra-se a manifestação artística, o objeto do presente trabalho.

2. ESTUDO DE CASO: “XERECA SATÂNİK – A FESTA”

Em sua passagem pela Procuradoria da República no Município de Macaé, o autor se deparou com o caso do evento intitulado “Xereca Satânik – a festa”, realizado no dia 28-5-2014, dentro das dependências da Universidade Federal Fluminense (UFF), no *campus* de Rio das Ostras.

Um inquérito² havia sido instaurado a partir de informação fornecida por alguns professores da autarquia federal. Afirmava-se que

2 Inquérito n. 0000454-72.2014.4.02.5116 (IPL 152/2014).

estavam sendo permitidas festas regadas a drogas e álcool, nas quais eram comuns cenas de nudismo e mutilações. O evento ganhou as páginas de jornais com manchetes como “Exclusivo: mulheres costuram vagina em festa em *campus* da UFF, denunciam alunos”, com fotos da performance realizada no evento.

Em depoimentos no inquérito, dizia-se que uma menina dançara pelada e depois se deitara sobre uma mesa, onde teve a própria vagina costurada por outra jovem. No começo, a menina gritava, mas depois ficou claro que nada estava sendo feito contra a vontade dela. Ela então saiu da mesa costurada e continuou dançando. As pessoas bebiam cerveja, mas não se viu venda ou uso de drogas nem orgias ou sexo explícito.

Os docentes responsáveis pelo evento, por sua vez, defenderam que o curso estudava as diversas manifestações de cultura e arte. Por isso, necessitava ter plena liberdade para tratar de assuntos e performances relacionados aos temas pesquisados, sem constrangimentos. O que estaria em jogo, segundo eles, de fato, era a autonomia docente e a garantia de plena liberdade de estudo e pensamento crítico na universidade pública. Foi afirmado que não houvera uso de verba pública nem ajuda de custo com transporte, hospedagem ou alimentação para a realização da festa.

Em depoimento de outros docentes, foi esclarecido que a realização da performance teria a ver com violência sexual contra as mulheres em Rio das Ostras, em virtude da grande quantidade de estupros ocorridos no município, inclusive com discentes da universidade (teriam sido estupradas oito alunas³).

3 As notícias referentes ao caso podem ser encontradas em: <http://rc24h.com.br/noticias/ver/12151/uma-mulher-e-estuprada-a-cada-dois-dias-em-rio-das-ostras>; <http://g1.globo.com/rio-de-janeiro/videos/t/todos-os-videos/v/cresce-o-numero-registro-de-estupro-em-rio-das-ostras-no-rj/3331183/>; <http://g1.globo.com/rj/regiao-dos-lagos/noticia/2016/06/protesto-pede-fim-da-violencia-contra-mulher-em-rio-das-ostras-no-rj>.

Ao final das investigações, os docentes da instituição foram indiciados como incurso no crime de prevaricação. As alunas que organizaram o evento foram indiciadas no tipo penal de objeto obsceno, estabelecido no art. 234, parágrafo único, II, do CP, o qual prevê:

Art. 234. Fazer, importar, exportar, adquirir ou ter sob sua guarda, para fim de comércio, de distribuição ou de exposição pública, escrito, desenho, pintura, estampa ou qualquer objeto obsceno:

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

Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem:

[...]

II – realiza, em lugar público ou acessível ao público, representação teatral, ou exibição cinematográfica de caráter obsceno, ou qualquer outro espetáculo, que tenha o mesmo caráter;

O evento foi alvo de diversas críticas, que o descreveram como “comunista”, “satânico” e “feminista”⁴. Ocorre que, sem adentrar na questão do bom ou mau gosto da performance, é indubitável a presença de elementos inquestionavelmente artísticos, tais como a alusão a ritual indígena, músicas cantadas com letras de protesto, pessoas cobertas com argila, exposição do corpo feminino em protesto, temática de denúncia, performance por artistas etc.

Assim, a performance analisada, que buscava protestar contra os altíssimos números de violência sexual contra a mulher no município,

<http://g1.globo.com/rj/regiao-dos-lagos/noticia/2014/04/mulher-e-estuprada-dentro-de-casa-em-rio-das-ostras-no-interior-do-rj.html>. Acesso em: 17 nov. 2019.

4 Disponível em: <http://veja.abril.com.br/blog/reinaldo/universidade-federal-em-tem-pos-petistas-vagina-e-costurada-num-evento-chamado-xereca-satanik-na-uff-voces-estao-lendo-direito-chefao-do-departamento-diz-que-os-criticos-da-festa-sao-con-servadores-e-de/>. Acesso em: 17 nov. 2019.

configurava-se como manifestação artística. Ainda, ia ao encontro da linha de ensino do curso de produção cultural da universidade: por meio da arte, estimular a formação de profissionais que não apenas reproduzam o que é facilmente vendido no mercado cultural, mas que sejam capazes de ter iniciativas e desenvolver projetos que valorizem a diversidade sociocultural, conscientes de sua importância e dotados de uma nova visão da cultura, valorizando-a em seu potencial transformador, associando-a à educação, visando a construir uma sociedade melhor.

3. DAS LIBERDADES CONSTITUCIONAIS DE MANIFESTAÇÃO DE PENSAMENTO, ATIVIDADE ARTÍSTICA E CULTURAL

A Constituição da República de 1988 estabelece, em seu art. 5º, IX, que “é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença”.

Do mesmo modo, a norma fundamental positiva ser “livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato” (art. 5º, IV), além de que “a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo, não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto na Constituição” (art. 220, *caput*). Veda-se, portanto, a censura de natureza política, ideológica e artística (art. 220, § 2º).

Do mesmo modo, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, adotado em resolução pela XXI Sessão da Assembleia-Geral da ONU, em 16 de dezembro de 1966, e ratificado pelo Brasil em 24 de janeiro de 1992, ao final internalizado pelo Decreto n. 592/1992, estabelece em seu art. 19, inciso 2, que

Toda pessoa terá direito à liberdade de expressão; esse direito incluirá a liberdade de procurar, receber e difundir informações e ideias de qualquer natureza, independentemente de considerações de fronteiras,

verbalmente ou por escrito, em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro meio de sua escolha.

Na mesma linha do disposto, a Convenção Internacional de Direitos Humanos, também chamada de Pacto de São José da Costa Rica, em vigência no âmbito da Organização dos Estados Americanos (OEA) desde 22 de novembro de 1969 e com adesão do Brasil em 1992, ao final internalizado pelo Decreto n. 678/1992, no seu art. 13 estabelece que

Toda pessoa tem o direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito inclui a liberdade de procurar, receber e difundir informações e ideias de qualquer natureza, sem considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer meio de sua escolha.

O exercício do direito previsto no inciso precedente não pode estar sujeito à censura prévia.

A partir da leitura dos dispositivos, verifica-se que o tema aqui enfrentado é o da liberdade de expressão e de manifestação artística, com *status* indubitável de garantia fundamental, devendo sob esse prisma ser analisado qualquer tipo de restrição.

No caso exposto, menciona-se a suposta presença de drogas ilícitas no evento, mas a questão principal parece ser a da suposta obscenidade, representada pela nudez das artistas.

O estudo de caso adotado aqui não possui grande singularidade, haja vista termos experimentado recentemente uma onda de ataques moralistas às manifestações artísticas⁵. Logo, trata-se apenas de um paradigma para se abordar um fenômeno mais geral.

5 Que, na época, curiosamente coincidiu com a interrupção dos protestos de alguns

Outra questão é o caso parecer novo. Em verdade, é antigo. Edward J. Eberlen menciona o caso – ocorrido nos Estados Unidos, na década de 1970 – “Close vs. Lederle”, no qual a administração de uma universidade encerrou uma exibição de arte anteriormente autorizada, em razão da exposição de genitália; além do caso “Piarowski vs. Ill. Cmty. Coll. Dist. 515” – já na década de 1980 –, em que certa exposição de uma galeria foi retirada de um espaço muito acessado em um colégio estadual, em razão da controvérsia envolvendo desenhos de nudez. Quanto aos exemplos citados, o autor conclui que

O discurso livre alcançou *status* constitucional especial no século XX através da sua remodelação em controvérsias religiosas. Processos principais da Suprema Corte (como *Cantwell vs. Connecticut* e *New York Times vs. Sullivan*) cimentaram um núcleo essencial da Primeira Emenda que consiste, pelo menos, em questões políticas e religiosas. O discurso político fala especialmente para o intelecto, assim como o religioso fala centralmente para a alma. Já é tempo de reconhecer a indispensabilidade da imaginação e do espírito do homem, bem como do seu intelecto. O discurso de arte fala dessa importante dimensão interior de um ser humano que aborda imaginação, criatividade e espírito.

[...]

Por estas razões, pelo menos, devemos levar a arte das sombras ao reino prometido do núcleo essencial da liberdade de expressão. Devemos tratar a arte como arte e, ao fazê-lo, reconhecer que a arte é valiosa porque é o uso de nossa imaginação e criatividade para retratar e capturar a vida interior do espírito humano. A imaginação e a criatividade são

movimentos contra a corrupção na política, apesar de as grandes operações em curso no país estarem em seu momento mais crítico.

tão valiosas quanto as razões e o intelecto ao tentar entender o nosso mundo complicado. (Eberlen, 2007)

Nesse sentido, a questão *in casu* é ainda mais séria. O que se discute é se manifestações artísticas, adequadas ou inadequadas, que passam ou não dos limites, devem ser alvo do direito penal.

Com efeito, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) já enfrentou o tema, colocando os limites para o avanço da persecução penal sobre a questão:

Penal. Processual. Nudez em campanha publicitária. Atentado ao pudor. Inquérito. Trancamento. Habeas corpus. Recurso.

1. Se a peça publicitária de roupa íntima não incursiona pelo chulo, pelo grosseiro, tampouco pelo imoral, até porque exhibe a nudez humana em forma de obra de arte, não há, inequivocadamente, atentado ao Código Penal, art. 234.

2. O Código Penal, art. 234, se dirige a outras circunstâncias, visando, efetivamente, resguardar o pudor público de situações que possam evidentemente constituir constrangimento às pessoas nos lugares públicos.

3. A moral vigente não se dissocia do costume vigente. assim quando os costumes mudam, avançando contra os preconceitos, os conceitos morais também mudam. O conceito de obsceno hoje não é mais o mesmo da inspiração do legislador do Código Penal em 1940.

4. É desperdício de dinheiro público manter um processo sobre o qual se tem certeza, antemão, que vai dar em nada. Do ponto de vista do acusado em face dos seus direitos constitucionais individuais, é constrangimento ilegal reparável por *habeas corpus*.

5. A liberdade de criação artística é tutelada pela Constituição Federal, que não admite qualquer censura (CF, art. 220, § 2º).

6. *Habeas corpus* conhecido como substitutivo de Recurso Ordinário e provido para trancar o Inquérito Policial por falta de justa causa. (*Habeas Corpus* n. 7.809/SP, rel. min. José Arnaldo da Fonseca, rel. p/ o ac. min. Edson Vidigal)

O Supremo Tribunal Federal (STF) também se manifestou em julgamento semelhante ao presente caso, no qual um artista simulou movimentos de masturbação e mostrou as nádegas em peça teatral, conforme se pode analisar:

Habeas corpus. Ato obsceno (art. 233 do Código Penal).

2. *Simulação de masturbação e exibição das nádegas, após o término de peça teatral, em reação a vaias do público.*

3. *Discussão sobre a caracterização da ofensa ao pudor público.*
Não se pode olvidar o contexto em que se verificou o ato incriminado. O exame objetivo do caso concreto demonstra que a discussão está integralmente inserida no contexto da liberdade de expressão, ainda que inadequada e deseducada.

4. A sociedade moderna dispõe de mecanismos próprios e adequados, como a própria crítica, para esse tipo de situação, dispensando-se o enquadramento penal.

5. Empate na decisão. Deferimento da ordem para trancar a ação penal. Ressalva dos votos dos Ministros Carlos Velloso e Ellen Gracie, que defendiam que a questão não pode ser resolvida na via estreita do *habeas corpus*. (*Habeas Corpus* n. 83.996, rel. min. Carlos Velloso)

No mesmo sentido, recente julgamento do Tribunal Federal Regional da 3ª Região reconheceu que não cabe ao Judiciário exercer o controle do conteúdo ou qualidade das manifestações artísticas:

Ação civil pública. Liberdade de imprensa. Art. 220 da CF/1988. Veiculação de imagens em programa televisivo de repercussão nacional. Suposto abuso sexual e incitação à violência de gênero. Confissão na esfera criminal. Inquérito policial arquivado. Dano difuso e responsabilidade civil por omissão não configurados. Apelo improvido.

1. Primeiramente, cabe destacar que não se está aqui a discutir o

dano individual da participante exposta nas cenas que foram “ao ar”, mas sim o alcance difuso causado pela reprodução das cenas com suposta conotação sexual ao telespectador em âmbito nacional e sua repercussão sobre a violência de gênero.

2. Não cabe ao Estado decidir o que é e o que não é cultura ou o que pode ou não ser veiculado pelos meios de comunicação, sob pena de censura.

3. Para o Col. STF, o art. 220 da CF/1988 deve ser interpretado como mecanismo constitucional de calibração de princípios, na medida em que “os direitos que dão conteúdo à liberdade de imprensa são bens de personalidade que se qualificam como sobredireitos”. Daí que, no limite, as relações de imprensa e as relações de intimidade, vida privada, imagem e honra são de mútua excludência, no sentido de que as primeiras se antecipam, no tempo, às segundas (ADPF 130/DF).

[...].

6. Destarte, não cabe ao Judiciário exercer controle de conteúdo ou qualidade das manifestações artísticas reproduzidas pelo programa “Big Brother Brasil” em nosso meio cultural, mas, sim, aferir se houve ou não abuso no exercício da liberdade de expressão, o que não ocorreu, *in casu*.

7. Por fim, não há provas concretas de que houve omissão por parte da União, enquanto Poder Concedente, quanto ao dever de fiscalização “adequada”, até porque, proibir a veiculação das cenas, não reputadas como abusivas, seria o mesmo que praticar censura.

8. Apelo improvido. (Apelação Cível n. 0007265-47.2012.4.03.6100/SP, desembargador federal Nery Junior)

Convém destacar, também, que um evento realizado no âmbito de uma confraternização entre alunos e professores do curso de Produção Cultural da UFF faz valer refletir sobre uma das dimensões da liberdade de expressão ressaltadas por José Afonso da Silva, na sua notória obra *Curso de direito constitucional positivo* (2000, p. 247):

Trata-se de liberdade de conteúdo intelectual e supõe o contato do indivíduo com seus semelhantes, pela qual o homem tenda, por exemplo, a participar a outros suas crenças, seus conhecimentos, sua concepção do mundo, suas opiniões políticas ou religiosas, seus trabalhos científicos.

Desse modo, por mais que o assunto ainda comporte controvérsias, parece claro que já se consagrou o avanço da questão relativamente a ela não ser tratada no âmbito da *ultima ratio* do direito penal. Não se abordam aqui os reflexos nas esferas cíveis ou administrativas, mas o descabimento de aplicação a artistas ou protestos supostamente transgressores de penas ou outras sanções criminais.

4. DA INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 234 DO CÓDIGO PENAL

No inquérito objeto do estudo de caso, as alunas organizadoras do evento e a artista principal foram indiciadas como incursoas no tipo penal de objeto obsceno, haja vista terem realizado ou contribuído, na forma do art. 29 do CP, para a realização de representação teatral com caráter obsceno em local acessível ao público.

A norma veiculada nesse tipo penal tem total pertinência com a presente abordagem da liberdade artística como dimensão da liberdade de expressão.

Consoante já bem difundido, a doutrina majoritária entende ser o art. 234 do CP inconstitucional e fundamenta que o dispositivo não foi recepcionado pela Constituição da República de 1988, com fulcro nas garantias de liberdade de expressão e manifestação artística, na falta de clara definição na legislação pátria sobre o que vem a ser algo obsceno, assim como no princípio da adequação social.

Para Nucci (2016, p. 1206), “a Constituição Federal em nenhum

ponto proíbe ou mesmo menciona a obscenidade, sobretudo a que estiver voltada a aspectos de manifestação artística”.

Já Greco (2017, p. 186-187) afirma que

esse é mais um dos artigos constantes em nosso diploma repressivo que precisa, com urgência, ser retirado do nosso ordenamento jurídico-penal, uma vez que a sua existência desprestigia a Justiça Penal, principalmente os órgãos encarregados da repressão direta (polícia), bem como o Ministério Público, que tem a missão de levar a efeito a *persecutio criminis in judicio*.

Para o doutrinador,

chega a ser ridícula a proibição de recitais com caráter obsceno, enquanto os canais de televisão, mesmo os abertos, nos expõem a todo tipo de comportamentos de natureza obscena, somente se importando com o nível de audiência, uma vez que o obsceno desperta a curiosidade e, conseqüentemente, atrai muitas pessoas para frente da televisão.

Sendo assim,

pode-se raciocinar que, nos dias de hoje, a sociedade já se acostumou com esses produtos de conotação obscena, não mais exigindo, portanto, a sua repressão, raciocínio com o qual concordamos, devendo ser aplicado, *in casu*, o princípio da adequação social, que deverá servir de alerta, de orientação ao legislador a fim de levar a efeito a revogação do tipo penal em exame.

Cabe lembrar aqui que a cidade de São Paulo – como várias outras mundo afora – foi palco, em 27 de abril de 2002, no seu principal parque, o Ibirapuera, de um ensaio fotográfico em que inúmeras

peessoas ficaram nuas em meio ao público que ali passava, entre adultos e crianças, e posaram para fotos artísticas do fotógrafo americano Spencer Tunick⁶.

Após o evento, nenhum processo foi movido e ninguém foi preso. A ausência de alarde feito pela população relativamente à presença de pessoas nuas no Ibirapuera se justifica pelo princípio da adequação social, que tem por fundamento a inviabilidade de punição de quem pratica um ato socialmente aceito, para o qual existe a legislação penal. Nesse caso, os visitantes do parque interpretaram a situação como manifestação artística, excluindo, portanto, a punibilidade da conduta e a sua tipicidade material.

Daí claramente o equívoco de muitas das manifestações moralistas que ressuscitaram recentemente: a ignorância sobre o bem jurídico protegido pelos tipos penais sexuais. Não se pune no direito penal a simples nudez, nem no CP, nem no Estatuto da Criança e do Adolescente, nem em qualquer legislação penal extravagante⁷.

O bem jurídico é o pudor ou a vergonha (sentimento de humilhação gerado pela conduta indecorosa), que tem sentido sexual e exige que se ofenda o sentimento de recato, resguardo ou honestidade sexual de outrem, tudo isso com o elemento subjetivo da vontade particular de ofender esse pudor alheio, não havendo forma culposa (Nucci, 2016, p. 1203).

Voltando-se ao estudo de caso, em termos simples, mesmo ultrapassando-se a questão da constitucionalidade do tipo penal, não se verificaria a tipicidade da conduta, seja pela ausência de ofensa ao bem

6 Disponível em: http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2002/020427_peladoes_isabelcg.shtml. Acesso em: 23 nov. 2017.

7 Daí a perplexidade em se lembrar de tanta arte mundo afora contendo nudez, o que foi ressaltado em um número muito grande de artigos e editoriais nos veículos de imprensa.

jurídico, seja pela ausência do dolo de ofender o pudor dos presentes, pois além de ninguém ter sido obrigado a assistir à performance, o objetivo era protestar contra os estupros na região e a omissão dessa mesma persecução penal do Estado.

Outra questão sobre o evento é a referência à realização de orgias e ao uso disseminado de drogas no interior da universidade durante sua realização. Como sobredito, diversos alunos e professores foram ouvidos no curso do inquérito policial e no procedimento administrativo de sindicância. Ninguém confirmou ter presenciado o uso de drogas ou orgias, inexistindo, portanto, provas desses fatos.

Mas a reação de uma parte da sociedade e da mídia, que logo associa a esses eventos artísticos transgressores a presença de drogas, orgias, satanismos etc.⁸, faz parte de um padrão.

Essa tendência foi identificada por Richard Hofstadter, já na década de 1960, quando escreveu sobre o “estilo paranoico na política americana” (1996, p. 26). Mais recentemente, Dan Gardner definiu o que seria “a ciência e a política do medo” (2009, *passim*):

Nós humanos somos predispostos a ter medo um do outro, mas se temos consciência desses preconceitos latentes, podem eles superar a nossa carga emocional e cultural? Talvez, mas não é fácil. Muitas vezes, quando as pessoas ouvem falar de desvios psicológicos ou de fobia, acham que outras pessoas cometem esses erros, acham que o modo de pensar delas é preconceituoso, enquanto ela é uma pessoa culta, inteligente, não vulnerável aos mesmos erros, e isso está absolutamente incorreto, todos somos vulneráveis a esses erros. Ao perceber que você

8 Disponível em: <http://g1.globo.com/rj/regiao-dos-lagos/noticia/2014/05/uff-vai-apurar-denuncia-de-festa-com-ritual-satanico-drogas-e-orgias.html>. Acesso em: 23 nov. 2017.

de fato é vulnerável, você se torna mais vulnerável e mais propenso a cometer esses erros.

5. CONCLUSÃO

Para a percepção do espírito do nosso momento, marcado por retrocessos na liberdade de expressão, notadamente na sua dimensão da liberdade artística, o estudo de caso do evento “Xereca Satânik – a festa” é emblemático. Extrai-se dali as ameaças às liberdades constitucionais de manifestação de pensamento, atividade artística e cultural, em que se cogitou manejar o direito penal contra representações artísticas transgressoras ou chocantes.

A liberdade de expressão da atividade artística está consagrada na Constituição da República de 1988 como direito fundamental constitucional, sob qualquer forma, processo ou veículo, não podendo sofrer qualquer restrição, notadamente censura ou licença. É o que se extrai também do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e do Pacto de São José da Costa Rica.

Como exposto na doutrina examinada, o discurso político fala especialmente para o intelecto, enquanto o religioso fala centralmente para a alma. Mas o discurso artístico fala da importante dimensão interior de um ser humano que aborda imaginação, criatividade e espírito. Imaginação e criatividade são a essência do homem, talvez a única espécie capaz de acreditar em seres e fatos independentemente de sua existência concreta. A arte maneja a imaginação e a criatividade, instrumentos tão valiosos quanto a razão e o intelecto para o entendimento do mundo e de nós mesmos.

Assim, inconstitucional é o art. 234 do CP, que prevê o tipo penal do objeto obsceno e criminaliza a realização, em lugar público ou acessível

ao público, representação teatral, ou exibição cinematográfica de caráter obsceno, ou qualquer outro espetáculo que tenha a mesma natureza. Daí não caber a aplicação de penas e sanções criminais a artistas ou protestos supostamente transgressores.

A criminalização de representações artísticas transgressoras se insere em um moralismo nocivo e amiúde hipócrita da sociedade. A abordagem da mídia em casos como o estudado aqui, associando-os a uso de drogas, a orgia e a satanismo, encaixa-se no que é chamado de estilo paranoico da política ou ciência e política do medo.

Por tudo isso, nossa manifestação foi no sentido do arquivamento do inquérito policial, acolhida pelo juízo em 14 de março de 2019.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.

ARENDT, Hanna. *Origens do totalitarismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

BARROSO, Luís Roberto. *O novo direito constitucional brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2007.

EBERLEN, Edward J. *Art as speech*. Disponível em: <https://www.law>

[upenn.edu/journals/jlasc/articles/volume11/issue1/Eberle11U.Pa.J.L.&Soc.Change1\(2007\).pdf](http://upenn.edu/journals/jlasc/articles/volume11/issue1/Eberle11U.Pa.J.L.&Soc.Change1(2007).pdf). Acesso em: 13 dez. 2017.

GARDNER, Dan. *A ciência e a política do medo*. São Paulo: Odisseia, 2009.

GRECO, Rogério. *Curso de direito penal, parte especial*. 14. ed. Niterói/RJ: Impetus, 2017. v. 3.

HOFSTADTER, Richard. *The paranoid style in american politics and other essays*. First Harvard University Press Paperback Edition, 1996.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal comentado*. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

SILVA, José Afonso. *Aplicabilidade da norma constitucional*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE E SUAS EXCEÇÕES: LIBERDADE DE EXPRESSÃO

*Ivan Cláudio Garcia Marx*¹

RESUMO

No presente trabalho, é feita uma análise crítica do estado atual do controle de convencionalidade e de sua tentativa de expansão com relação às normas de controle, ao polo ativo de seu exercício concentrado e, principalmente, ao alcance do controle, por meio da coisa interpretada. Assim, analisam-se as ferramentas utilizadas, no âmbito interno, para excepcionar a aplicação do controle de convencionalidade. Para tanto, é observado o uso dessas exceções no âmbito interno de Argentina, Colômbia e Brasil, especificamente no que se refere ao tema da liberdade de expressão.

Palavras-chave: Controle de convencionalidade. Coisa interpretada. Coisa julgada internacional. Margem de apreciação nacional. *Distinguishing*. Liberdade de expressão.

1 Doutor em Derecho y Ciencias Sociales pela Universidad del Museo Social Argentino-AR (2012), Mestre em Protección Internacional de los Derechos Humanos, pela Universidad de Alcalá, Espanha (2018), com pós-título en Derechos Humanos y Procesos de Democratización, na Universidad de Chile (2011). Procurador da República.

ABSTRACT

In the present work, a critical analysis is made of the current state of the conventionality control and its attempt of expansion in relation to the control norms, the active pole of its concentrated exercise and, mainly, within the scope of the control, by means of the *res interpretata*. Thus, they are analyzed tools that allow to exception the application of the conventionality control in the internal area. To this end, the use of these exceptions is observed internally in Argentina, Colombia and Brazil, specifically with regard to the theme of freedom of expression.

Keywords: Conventionality control. *Res interpretata*. International *res judicata*. Margin of appreciation. Distinguishing. Freedom of expression.

1. INTRODUÇÃO

O objetivo do controle de convencionalidade é alcançar, com a ajuda da aplicação interna nos Estados-parte, um parâmetro latino-americano comum de proteção, acessível a todos os seus cidadãos. Entretanto, sua efetividade ainda depende da vontade de seguimento pelos Estados-parte da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH). Essa vontade de seguimento, por sua vez, também pode depender da razoabilidade das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH).

No presente trabalho, é feita uma análise crítica do estado atual do controle de convencionalidade e de sua tentativa de expansão com relação às normas de controle, ao polo ativo de seu exercício concentrado e, principalmente, ao alcance do controle, por meio da coisa interpretada. Assim, analisam-se as ferramentas utilizadas, no âmbito interno, para excepcionar a aplicação do controle de convencionalidade. Para tanto,

é observado o uso dessas exceções no âmbito interno de Argentina, Colômbia e Brasil, especificamente no que se refere ao tema da liberdade de expressão.

A eleição dos referidos países objetivou possibilitar uma abordagem prática do estudo. Argentina e Colômbia são países onde o controle de convencionalidade vem recebendo historicamente melhor acolhida, o que diverge do caso brasileiro. Ademais, foram os países onde se encontraram maiores referências sobre exceções ao controle de convencionalidade no tema da liberdade de expressão.

Portanto, o item 2 deste artigo analisa a origem e a evolução do conceito, com relação às normas de controle, ao polo ativo de seu exercício concentrado e, principalmente, ao alcance do controle, por meio da coisa interpretada.

No item 3, é analisada a aplicação do controle no âmbito interno por seus diversos órgãos, enquanto na seção 4 se analisam as ferramentas normalmente utilizadas para excepcionar sua aplicação, citando-se exemplos de Argentina, Colômbia e Brasil, referentes à liberdade de expressão.

O método utilizado é o dedutivo, baseado em premissas gerais para chegar à conclusão. O levantamento bibliográfico passa tanto pela consulta a livros e demais formas de difusão da doutrina quanto pela análise da jurisprudência relevante sobre o tema, seja das Cortes internacionais – especialmente a Corte IDH e o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH) –, seja das Cortes internas – especialmente de Argentina, Colômbia e Brasil.

2. ORIGEM E EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE

A Corte IDH desenvolveu o conceito de controle de convencionalidade com o objetivo de lograr que os organismos internos dos países

integrantes do sistema interamericano adotem os critérios de proteção aos direitos humanos que emanam tanto das normas internacionais de proteção como da interpretação dada a essas por essa mesma Corte.

O controle é consequência da interpretação da Corte IDH sobre o conteúdo do artigo 1.1 da CADH, que trata dos deveres de respeitarem-se e garantirem-se os direitos da referida convenção, e de seu artigo 2, que prevê o dever de adotarem-se as medidas internas necessárias para se efetivarem as obrigações convencionais (princípio do efeito útil). Seu fundamento também se encontra no art. 26, na primeira frase do art. 27 e no art. 31.1 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (CVDT), por seu carácter tanto convencional quanto consuetudinário.

A nomenclatura foi utilizada pela primeira vez pelo juiz Sergio García Ramírez, em seu voto fundamentado nas sentenças dos casos “Myrna Mack Chang vs. Guatemala”² e “Tibi vs. Ecuador”³.

Sua adoção expressa pela Corte IDH ocorreu pela primeira vez no § 124 da sentença da Corte, no caso “Almonacid Arellano vs. Chile”⁴, sendo logo repetida nos casos “La cantuta vs. Perú”⁵, considerando 173, e “Boyce y otros vs. Barbados”⁶, considerando 78.

Dado que a Corte IDH desde sempre controlou, de maneira concentrada, a convencionalidade de normas infraconstitucionais e inclusive constitucionais, a novidade do conceito se refere a seu exercício de maneira difusa. Inicialmente tratado como mera “espécie de controle de convencionalidade” a ser exercido pelo judiciário dos países, logo passou a ser considerado pela Corte IDH como um necessário controle

2 Corte IDH, sentença de 25 de novembro de 2003.

3 Corte IDH, sentença de 7 de setembro de 2004.

4 Corte IDH, sentença de 26 de setembro de 2006.

5 Corte IDH, sentença de 29 de novembro de 2006.

6 Corte IDH, sentença de 20 de novembro de 2007.

de ofício⁷ no marco das respectivas competências de qualquer autoridade pública interna⁸.

Posteriormente, ocorreu a ampliação desse controle⁹ – passando a abarcar não somente a CADH mas também qualquer tratado internacional aplicável nos Estados americanos, bem como a interpretação dada a esses tratados pela Corte IDH.

O polo ativo do exercício concentrado do controle de convencionalidade, previsto inicialmente para os julgamentos da Corte IDH, foi ampliado para suas opiniões consultivas¹⁰ (espécie de controle preventivo de convencionalidade) e, inclusive, para as recomendações da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH).

Finalmente, o controle expandiu-se também quanto ao seu alcance. Em princípio, a parte dispositiva da sentença condenatória alcançava o Estado demandado de maneira imediata e direta na qualidade de coisa julgada internacional. Entretanto, a Corte IDH tem defendido uma amplitude maior da coisa julgada tanto em seu conteúdo – indo além do dispositivo do julgamento e abarcando também os fundamentos da decisão (sua *ratio decidendi*)¹¹ – como no que se refere a seus destinatários – ampliando-a inclusive para países que não participaram do caso concreto¹².

Por outro lado, por meio da coisa interpretada, um Estado que não foi parte do caso decidido pela Corte IDH sofre uma vinculação mediata

7 Corte IDH, sentença de 24 de novembro de 2006.

8 Corte IDH, sentença de 26 de novembro de 2010; Corte IDH, sentença de 24 de fevereiro de 2011; e Corte IDH, resolução de 20 de março de 2013. Para efeitos deste trabalho, usaremos o nome “Gelmán” (supervisão de cumprimento).

9 Corte IDH, Opinião Consultiva n. 1/1982, de 24 de setembro de 1982.

10 Corte IDH, Opinião Consultiva n. 15/1997, de 14 de novembro de 1997.

11 Corte IDH, resolução de 20 de março de 2013 (supervisão de cumprimento, § 102).

12 Corte IDH, sentença de 22 de setembro de 2006.

ou indireta no que se refere ao decidido no caso concreto¹³. A pretensão da Corte de que esse efeito tenha carácter vinculante resulta objeto de muitas críticas, chegando a ser denominado “um novo positivismo de superprecedentes”¹⁴.

Como se observa, na evolução do conceito, a Corte IDH ampliou significativamente seus alcances e funções, sobretudo no que se refere ao controle difuso de convencionalidade, com novos caracteres vinculantes, além do previsto expressamente na CADH.

Nesse sentido, como possível contrapartida à ampliação do controle de convencionalidade por parte da Corte IDH, os Estados-parte têm buscado utilizar-se de meios – defendendo especialmente uma margem de apreciação nacional ou o uso do *distinguishing* – para, no caso concreto, afastar-se justificadamente da aplicação do referido controle.

Tal situação também tem ocorrido nos casos em que o controle de convencionalidade aborda o tema liberdade de expressão.

3. O CONTROLE DIFUSO DE CONVENCIONALIDADE

De acordo com a Corte IDH no caso *Gelmán*¹⁵, o controle deve ser exercido internamente por “todas as suas autoridades públicas e todos os seus órgãos, incluídas as instâncias democráticas, juízes e demais órgãos vinculados à administração de justiça em todos os níveis”¹⁶.

13 Corte IDH, resolução de 20 de março de 2013 (supervisão de cumprimento, §§ 67 e 69).

14 Sodero, 2014, p. 492. (Tradução livre)

15 Corte IDH, resolução de 20 de março de 2013 (supervisão de cumprimento, § 69).

16 Tradução livre. Para Sagüés (2015, p. 141-150), essa obrigação abarcaria também os particulares geradores de normas, como os empresários e trabalhadores que estabelecem convênios coletivos de trabalho.

Um exemplo de controle difuso pelo Poder Judiciário é encontrado no Brasil, no posicionamento do Supremo Tribunal Federal (STF)¹⁷, que, ao decidir pela não obrigatoriedade de diploma específico para o exercício da profissão de jornalista, seguiu a jurisprudência da Corte IDH, inclusive com a citação expressa de seu Parecer Consultivo n. 5. Na OC-05/1985, a Corte IDH havia considerado que a Lei n. 4.420 da Costa Rica, a qual exigia diploma universitário e filiação a conselho profissional, violava o art. 13 da CADH, que protege a liberdade de expressão.

Além do Poder Judiciário, o Legislativo e o Executivo podem realizar esse controle, especialmente na forma preventiva. Ainda conforme o já referido § 69 de Gelmán (supervisão de cumprimento), o controle de convencionalidade deve ocorrer também na emissão das normas.

No que se refere ao controle legislativo, no Uruguai, o art. 2º da *Ley de Medios de Comunicación Audiovisual* – Lei n. 19.307, de dezembro de 2014¹⁸ – refere como princípios diretores, para a interpretação e aplicação da referida lei, um controle de convencionalidade baseado tanto nas normas internacionais de direitos humanos¹⁹ como na interpretação que elas recebem da CIDH e da Corte IDH. Trata-se de um exemplo típico de controle preventivo difuso legislativo de convencionalidade.

17 STF, RE n. 511.961, rel. min. Gilmar Mendes.

18 Interpretação da lei: Art. 2º Constituem princípios reitores para a interpretação e aplicação da presente lei as disposições consagradas na Declaração Universal dos Direitos Humanos, na Convenção Americana sobre Direitos Humanos e no Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos. Também se tomarão em conta muito especialmente os critérios coletados nas sentenças e opiniões consultivas da Corte Interamericana de Direitos Humanos e nas resoluções e informes da Comissão Americana de Direitos Humanos, sempre que isso não implique diminuir as normas de proteção estabelecidas na Constituição da República, na legislação nacional ou reconhecidos pela jurisprudência nacional. (Tradução livre)

19 CADH, Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) e Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos (PIDCP).

Por sua vez, o Executivo, de acordo com os diferentes sistemas jurídicos internos, pode ter menor ou maior poder na determinação de normas com força legal ou na participação no processo de elaboração das leis. De maneira preventiva, sempre que o Executivo participe do processo legislativo – como quando se lhe exige a sanção dos projetos de leis –, deve observar a adequação das normas à normativa convencional aplicável ao país. Assim também ocorre quando lhe incumbe determinar normas de variadas espécies (decretos-lei, regulamentários, autônomos etc.), especialmente aquelas com força de lei, como no caso da medida provisória no Brasil, casos em que há a responsabilidade do Executivo de não editar normas inconventionais.

4. AS POSSÍVEIS EXCEÇÕES AO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE

Em razão de possíveis problemas na aplicação do controle de convencionalidade ampliado por parte da Corte IDH, resulta aceitável a existência de meios válidos pelos quais os Estados possam afastar-se do cumprimento da coisa interpretada e, inclusive, da coisa julgada internacional, quando necessário.

Isso é justamente o âmbito de atuação da margem de apreciação nacional e da técnica de *distinguishing*, as quais vêm sendo utilizadas com certa frequência pelos juízes nacionais na América Latina.

No entanto, essa flexibilização deve ocorrer sem prejuízo de que a Corte IDH possa, na supervisão do cumprimento da sentença, fazer uma análise final sobre a legitimidade e a proporcionalidade da exceção aplicada pelo Estado-parte.

4.1 MARGEM DE APRECIÇÃO NACIONAL

A margem de apreciação nacional é uma ferramenta de construção judicial que admite a modulação de alguns direitos internamente de acordo com a realidade interna do país. Baseia-se no entendimento de que, ademais de um núcleo duro existente em todo direito de fonte internacional, haveria um outro mais maleável, a aceitar algumas especificidades de cada país²⁰.

A Comissão Europeia de Direitos do Homem²¹ utilizou o conceito pela primeira vez no caso “Grécia vs. Reino Unido”, em 1958, ao examinar se algumas medidas restritivas de direitos fundamentais violavam o artigo 15 da Convenção Europeia dos Direitos Humanos (CEDH).

Posteriormente, o TEDH aplicou o conceito nos casos “Wilde, Ooms y Versyp vs. Bélgica”²², de 1971, e “Handyside vs. Reino Unido”²³, de 1976, para analisar possíveis violações dos artigos 8 (direito à vida privada) e 10 (direito à liberdade de expressão) da CEDH, respectivamente.

Desde então, o conceito tem sido usado amplamente pelo TEDH, destacando-se também o caso “Evans vs. Reino Unido”, de 2006²⁴.

20 Sagüés, 2009, p. 764.

21 Conforme Pascual Vives, 2013, p. 221.

22 TEDH, 18 de junho de 1971. Ainda que utilizando o termo “poder de apreciação” em lugar de “margem de apreciação” no caso.

23 TEDH, 7 de dezembro de 1976.

24 TEDH, 7 de março de 2006. No caso, o TEDH não deu provimento a uma demanda contra o Reino Unido, apresentada por uma cidadã britânica em razão de uma decisão judicial que denegara a transferência de embriões congelados em tratamento de fecundação *in vitro*, em razão da retirada de consentimento por parte de seu antigo companheiro. O TEDH permitiu que as autoridades locais decidissem sobre o tema, considerando que a legislação nacional determinava a destruição dos embriões em casos de revogação de consentimento de uma das partes.

A Corte IDH aborda o conceito de maneira mais tímida. A primeira vez que o fez foi em 1984, na Opinião Consultiva OC-4/84²⁵ (§§ 58 e 62) sobre o direito à igualdade e à não discriminação.

O julgamento “Herrera Ulloa vs. Costa Rica”²⁶, em 2004, foi o primeiro caso contencioso no qual a teoria foi referida expressamente pela Corte IDH, ao tratar da liberdade de expressão e do direito à dupla instância em matéria penal.

Outro precedente ocorreu em 2008, no caso “Castañeda Gutman vs. México”²⁷, em que se aceitou a margem de apreciação nacional em alguns temas eleitorais.

Em 2009, a Corte IDH voltou a tratar do tema da dupla instância no caso “Barreto Leiva vs. Venezuela”²⁸.

Existem críticas a sua utilização na América Latina, onde a maioria dos casos se refere a violações a direitos inderrogáveis – núcleo irreduzível sobre o qual não caberia margem alguma de apreciação –, diferentemente da situação na Europa, onde a maioria dos casos se refere à violação do devido processo legal²⁹.

Também importa observar a advertência de Alcalá (2013, p. 255) de que o apelo à margem de apreciação pode vir escondido em uma interpretação neutralizadora da norma internacional ou de sua interpretação pela Corte IDH.

Entretanto, a margem de apreciação nacional segue sendo um critério

25 Corte IDH, 19 de janeiro de 1984.

26 Corte IDH, sentença de 2 de julho de 2004. Em verdade, ainda que não utilizando o termo “margem de apreciação”, a Corte IDH já havia feito anteriormente referência a alguma espécie de discricionariedade por parte do Estado, como no caso “Baena Ricardo vs. Panamá” (Corte IDH, sentença de 2 de fevereiro de 2001).

27 Corte IDH, sentença de 6 de agosto de 2008.

28 Corte IDH, sentença de 17 de novembro de 2009.

29 Nesse sentido, Cançado Trindade, 1999, p. 124-126.

válido e que resulta coerente inclusive com o princípio de subsidiariedade da atuação da Corte IDH, sempre que sejam respeitados alguns pressupostos. Assim, importa verificar sobre quais matérias e com qual amplitude pode a margem operar.

A margem de apreciação tem uma dependência direta da natureza da norma jurídica aplicada, o que resulta em maior frente a normas de caráter privado e em menor frente a normas de caráter público. Há também uma relação com as obrigações positivas e negativas; a margem (com relação ao meio eleito para adotá-las) é maior naquelas e menor nestas. Além disso, a proporcionalidade da interferência estatal nos direitos humanos protegidos deve ser sempre respeitada. Por fim, a margem de apreciação também é afetada pela existência ou não de consenso entre os Estados sobre o tema discutido. Assim, há maior frente quando ausente um consenso sobre o tema.

Diante disso, devidamente aceita a possibilidade do uso de uma determinada margem de apreciação nacional relacionada a cada caso concreto, caberia à Corte IDH verificar se, com base no princípio de proporcionalidade, as medidas adotadas pelo Estado teriam se adequado ou não ao previsto na CADH.

4.2 TÉCNICA DE *DISTINGUISHING*

A maneira como a Corte IDH vem estabelecendo o controle de convencionalidade se aproxima do *stare decisis*³⁰ típico do sistema de *commom law*, em que a *ratio decidendi* (os motivos determinantes) do precedente é aplicada aos novos casos.

30 Segundo essa doutrina, as decisões de um órgão judicial criam precedentes, os quais resultam vinculantes para as futuras decisões.

Em verdade, pode-se dizer que a Corte IDH vai além ao estabelecer um caráter vinculante (*binding precedents*) a todas as suas decisões, que desde sempre – sejam ou não utilizadas novamente pela Corte IDH para fundamentar novos julgamentos – são consideradas precedentes³¹.

Assim entendidas as coisas, cabe referir que a interpretação e aplicação do precedente pela justiça local, ao fazer a necessária correlação do caso concreto com os precedentes da Corte IDH, deve dar-se sem prejuízo da técnica de confrontação denominada *distinguishing*.

De acordo com Neves (2016, p. 1316), em relação ao *distinguishing*:

Trata-se de hipótese de não aplicação do precedente no caso concreto sem, entretanto, sua revogação. Dessa forma, é excluída a aplicação do precedente judicial apenas para o caso concreto em razão de determinadas particularidades fáticas e/ou jurídicas, mantendo-se o precedente válido e com eficácia vinculante para outros processos.

É óbvio que as particularidades devem ser determinantes no caso para que se possa afastar o precedente. Por isso o *distinguishing* é uma técnica de confrontação e não de superação do precedente, baseada em um entendimento pessoal diverso do julgador sempre que lhe pareça oportuno³².

Desse modo, em razão das particularidades do caso concreto, o juiz

31 Isso não necessariamente deveria ser assim. Aqui se podem seguir as observações de Marinoni – falando das Cortes nacionais –, para quem “Nem mesmo numa Corte de Precedentes, ou seja, numa Corte preocupada em atribuir sentido ao direito ou em instituir a interpretação adequada, deve-se enxergar a função de elaboração de regras universalizantes e voltadas a regulares casos futuros de modo absoluto” (Marinoni, 2016, p. 658).

32 Nesse sentido, Duxbury, 2008, p. 114.

nacional, por meio do *distinguishing*, pode afastar a aplicação da *ratio decidendi* constante na coisa interpretada³³ e julgada internacional.

E, se por um lado o *distinguishing* representa uma técnica de confrontação do precedente a ser aplicado por outros juízes – o juiz local no caso do controle de convencionalidade –, por outro o *overruling*³⁴ representa uma técnica de superação do precedente a ser aplicado pelo próprio tribunal que o criou³⁵, frente a um eventual desgaste em sua congruência. Isso pode contribuir para uma melhor harmonização do sistema e é congruente com a interpretação evolutiva dos tratados adotada pela Corte IDH.

Ademais, embora caiba somente à própria Corte IDH fazer o *overruling*³⁶ de seus precedentes, cabe ao juiz local, sempre que encontre o precedente obsoleto, injusto ou inaplicável, destacar sua inconformidade

33 De acordo com Gelli (2008, p. 234), frente à existência de um precedente da Corte IDH em um caso no qual o país não foi parte, deveriam os juízes locais “examinar se pressuposto de fato do precedente coincide em um todo com o do conflito que devem resolver na ordem interna. Se existe alguma singularidade específica, aos tribunais locais se lhes oferecem alternativas de interpretação e, entre estas, diversas opções”.

34 No Brasil o *overruling* é previsto no art. 927, § 4º, do Código de Processo Civil: “§ 4º A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.”

35 Para Neves (2016, p. 1319) “Chega a ser até mesmo intuitivo que órgãos hierarquicamente inferiores não possam fazê-lo, sob pena de se tornar facultativo o que deveria ser obrigatório”.

36 Por sua vez, ocorre o *overriding* quando “o tribunal apenas limita o âmbito de incidência de um precedente em função de superveniência de regra ou de princípio legal. Não há, portanto, sua superação – quando muito uma superação parcial – mas sua adequação à superveniente configuração jurídica do entendimento fixado” (Neves, 2016, p. 1318). Por meio do *overriding*, “o precedente é reescrito com o fim de restringir o seu âmbito de aplicação” (Marinoni, 2016, p. 661).

com os critérios adotados pela Corte IDH ao estabelecê-los, muito embora venha a aplicá-los. Assim, ao mesmo tempo em que o juiz local cumpre o controle de convencionalidade, faz constar sua inconformidade, em benefício do diálogo jurisprudencial e sinalizando uma possível necessidade de *overruling* a ser praticado pela Corte IDH³⁷.

4.3 CASOS CONCRETOS NA AMÉRICA LATINA

Conforme referido, os Estados-parte da CADH vêm se utilizando da margem de apreciação nacional e da técnica de *distinguishing* para excepcionar a aplicação do controle de convencionalidade.

Na sequência, serão apresentados casos envolvendo a temática da liberdade de expressão ocorridos na Argentina, na Colômbia e no Brasil.

4.3.1 ARGENTINA

A Argentina tem um histórico louvável na aplicação do controle de convencionalidade.

37 Assim como o fez a *Corte Suprema de Justicia Nacional* argentina no caso “Espósito” (CSJN, sentença de 23 de dezembro de 2004). Nesse julgamento, a completa subordinação da CSJN à decisão da Corte IDH restou expressa nos seguintes termos: “a decisão mencionada resulta de cumprimento obrigatório para o Estado argentino (art. 68.1, CADH), pelo que também esta Corte, em princípio, deve subordinar o conteúdo de suas decisões às do referido tribunal internacional” (considerando 6). Mesmo assim, e de modo a sinalizar à Corte IDH a necessidade de *overruling* no tema, a CSJN (considerando 12) declarou não compartilhar “o critério restritivo do direito de defesa que se desprende da resolução do tribunal internacional mencionado”. (Tradução livre)

Desde o caso Ekmedjian³⁸, a *Corte Suprema de Justicia Nacional* (CSJN) sustentou que a interpretação do Pacto de São José da Costa Rica devia guiar-se pela jurisprudência da CADH.

Tal precedente foi confirmado posteriormente à reforma constitucional de 1994, no caso “Girolodi, Horacio D. y otro”³⁹, no qual se afirmou que a expressão “nas condições de sua vigência” (art. 75, inciso 22, § 2º, da Constituição Argentina) significa “tal como a Convenção citada efetivamente se aplica no âmbito internacional e considerando particularmente sua efetiva aplicação jurisprudencial pelos tribunais internacionais competentes para sua interpretação e aplicação”⁴⁰.

Ampliando o caráter evolutivo da aplicação interna da jurisprudência da Corte IDH, no caso “Espósito”⁴¹, a CSJN admitiu tal critério e, em um recurso extraordinário contra a decisão da Câmara que havia declarado a prescrição da causa, determinou o cumprimento das decisões do alto tribunal interamericano.

Além disso, no caso “Carranza Latrubesse”⁴², a CSJN determinou a obrigatoriedade dos informes da CIDH baseados no art. 51 da CADH.

Recentemente, entretanto, em fevereiro de 2017, a CSJN⁴³ mudou radicalmente sua posição anterior, ao não aplicar a decisão da Corte IDH no caso “Fonteviechia y D’Amico vs. Argentina”⁴⁴. A CSJN não acatou o pedido de revogação de sua decisão anterior no ano de 2001 sobre

38 CSJN, sentença de 7 de julho de 1992.

39 CSJN, sentença de 7 de abril de 1995 (considerando 11).

40 Tradução livre.

41 CSJN, sentença de 23 de dezembro de 2004.

42 CSJN, sentença de 6 de agosto de 2013, considerando 3. Na decisão, a CSJN contrariou o parecer do “Fiscal General”, que não aceitava o caráter vinculante das recomendações da CIDH. A respeito do parecer do Fiscal, veja-se Filippini (2010).

43 CSJN, sentença de 14 de fevereiro de 2017.

44 Corte IDH. sentença de 29 de novembro de 2011.

o caso⁴⁵, no qual havia confirmado uma condenação de indenização por danos e prejuízos pela violação à vida privada de Carlos Menem, praticado pelos periodistas Jorge Fontevicchia e Carlos D’Amico⁴⁶.

Para tanto, a CSJN argumentou, baseada no caráter subsidiário do Sistema Americano de Proteção dos Direitos Humanos, que a Corte IDH não poderia atuar como quarta instância a determinar a revisão do julgamento interno.

Em verdade, ao aplicar o controle de convencionalidade, a Corte IDH não se converte em uma instância revisora das decisões dos tribunais nacionais⁴⁷. Como refere Cançado Trindade (1999, p. 128), não há que se falar em uma “quarta instância”, já que é o órgão convencional de proteção que determina se os atos cometidos por parte de qualquer poder ou órgão estatal – inclusive as leis e sentenças de tribunais nacionais – são ou não compatíveis com os respectivos tratados de direitos humanos.

Outro argumento da CSJN, baseado na interpretação literal do art. 63

45 CSJN, sentença de 25 de setembro de 2001.

46 Ao iniciar o caso, a CSJN determinou comunicar o caso a Carlos Menem para que se manifestasse. Em sua resposta, o ex-presidente argentino afirmou que “não fez parte no julgamento internacional, cujo pronunciamento condenou o Estado argentino, pelo que nada tem que expressar a respeito”. Aqui surge o tema do terceiro ausente no processo internacional que, em alguns casos, sofre diretamente as consequências da decisão, sem que houvesse podido exercer seu direito de ampla defesa. Nesses casos, para Ramos (2016, p. 427), a “Corte deve ter a sensibilidade de ampliar a sujeição passiva e permitir a participação desses terceiros como intervenientes plenos no processo internacional”.

47 Em sentido diverso, Sagüés (2016, p. 433): “Se o questionamento a uma lesão aos direitos humanos enunciados no Pacto de São José da Costa Rica atravessou os caminhos judiciais do país do caso, em virtude do princípio do esgotamento dos recursos internos (art. 46 A do Pacto), a gestão ante a Corte Interamericana implica, goste ou não, uma ‘instância’, se por isto se entende ‘o grau de jurisdição dos tribunais.’” (Tradução livre)

da CADH, foi o de que a Corte IDH teria excedido sua competência ao determinar que um tribunal superior de um país deixasse sem efeito uma sentença. Dessa forma, e seguindo o pensamento de Trucco (2017, p. 3), pode-se argumentar que esse entendimento deriva implicitamente do conteúdo do artigo 63.1 da CADH⁴⁸, especialmente quando tenha sido a sentença do tribunal superior a causa da violação de algum direito contemplado no pacto (no caso “Fontevicchia”, a violação à liberdade de expressão – art. 13 da CADH – dos jornalistas).

Ademais, a CSJN interpretou o art. 27 da Constitución Nacional (CN) como estabelecendo uma margem de apreciação nacional, já que os tratados devem respeitar os princípios de direito público da Constituição. Entre esses princípios, a CSJN inclui sua posição como cabeça do Poder Judicial da Nação, previsto no art. 108 da CN, o que resultaria violado caso suas sentenças pudessem ser revisadas pela Corte IDH.

Ocorre que o art. 108 se encontra na segunda parte da CN, de modo que não faria parte da exceção prevista no art. 75, inciso 22, no sentido de que os tratados ali referidos (CADH incluída) possuem hierarquia constitucional e “não derogam artigo algum da primeira parte desta Constituição”⁴⁹.

Além disso, a CSJN pareceu olvidar não caber ao direito interno determinar se um ato estatal configura ou não um ilícito internacional. Isso é determinado pelos tribunais internacionais⁵⁰. Nesse sentido, com

48 Para Hitters (2017, p. 482), essa competência é clara e explícita, pois: “o artigo 63.1 é muito claro ao sustentar que, quando houve violação, a Corte IDH pode determinar que se garanta ao lesionado o gozo de seu direito ou liberdade vulnerados, e se isso for procedente, que se reparem as consequências e se pague uma indenização. E justamente na frase ‘que se reparem as consequências’ está incluída a possibilidade de ‘deixar sem efeito’ uma decisão local (*in claris non fit interpretatio*)”. (Tradução livre)

49 Tradução livre.

50 Nesse sentido a “Resolución 56/83 de la ONU, aprobada por la Asamblea General [sobre la base del informe de la Sexta Comisión (A/56/589 y Corr.1)] sobre

respeito às obrigações internacionais, refere Pizzolo (2008, p. 196-197) que seu conteúdo deve ser esclarecido pelo organismo internacional responsável pelo seu controle, de maneira que “o Estado não pode, através de um de seus poderes, criar a medida de seu cumprimento”⁵¹.

Os referidos argumentos da CSJN não foram aceitos pela Corte IDH, que, na supervisão de cumprimento de sentença⁵², determinou a necessidade de o Estado cumprir os pontos pendentes da sentença de mérito. Nesse caso, a Corte IDH ressaltou que, diferentemente da revisão da sentença, o Estado poderia adotar algum outro tipo de ato jurídico, como manter sua publicação com “algum tipo de anotação indicando que essa sentença foi declarada violatória da Convenção Americana pela Corte Interamericana”⁵³. A CSJN o cumpriu por meio da Resolución n. 4.015/2017 (Expediente n. 6.439/12), ditada em 5 de dezembro de 2017, ordenando que se anote junto à decisão registrada no caso “Menem Carlos S. vs. Editorial Perfil S.A. y otros”, a seguinte legenda: “Esta sentença foi declarada incompatível com a Convenção Americana Sobre Direitos Humanos pela Corte Interamericana (sentença de 29-11-2011)”. Entretanto, a CSJN o fez mantendo uma criticável posição sobre o carácter discricionário da implementação das decisões da Corte IDH, ao referir (no considerando 4º da referida resolução) que no caso resultava adequado seguir o sugerido

la Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, 85ª sesión plenaria de 12 de diciembre de 2001”.

“Artigo 3: Qualificação do fato do Estado como internacionalmente ilícito. A qualificação do fato do Estado como internacionalmente ilícito se rege pelo direito internacional. Tal qualificação não é afetada pela qualificação do mesmo fato como lícito pelo direito interno.” (Tradução livre)

51 Tradução livre.

52 Corte IDH, resolução de 18 de outubro de 2017 (supervisão de cumprimento, ponto resolutivo 4).

53 Tradução livre.

“toda vez que esta Corte Suprema considera que a anotação sugerida pela Corte Interamericana não vulnera os princípios de direito público estabelecidos na Constituição Nacional (art. 27)”⁵⁴.

Como se observa, a decisão da CSJN representou um retrocesso, pois violou o princípio de não regressividade na proteção dos direitos humanos em relação ao aspecto interpretativo do art. 75, inciso 22, § 2º, da CN, estabelecido pela CSJN no caso “Nardelli”⁵⁵, no qual se decidiu que os princípios de direito público estabelecidos na Constituição argentina (art. 27) “compreendem atualmente os princípios consagrados nos tratados de direitos humanos que gozam de hierarquia constitucional (art. 75, inciso 22)”⁵⁶.

4.3.2 COLÔMBIA

A respeito da liberdade de expressão, a Sala Plena da Corte Constitucional de Colômbia⁵⁷ (CCC), na Sentença C-442/11 (considerando 7), ao referir-se à decisão da Corte IDH em um caso no qual a Colômbia não fora parte⁵⁸, manifestou-se no sentido de que,

ainda que constitua um precedente significativo em torno do alcance da liberdade de expressão e do princípio de legalidade na tipificação dos delitos de injúria e calúnia, esta decisão não pode ser transplantada automaticamente ao caso colombiano no exercício de um controle de

54 Tradução livre.

55 CSJN, sentença de 5 de novembro de 1996, § 13.

56 Tradução livre.

57 CCC, sentença C-442/11, de 25 de maio de 2011.

58 Corte IDH, sentença de 2 de maio de 2008.

convencionalidade que não tenha em conta as particularidades do ordenamento jurídico interno, especialmente a jurisprudência constitucional e da Corte Suprema de Justiça que definiram notavelmente o alcance dos elementos normativos destes tipos penais, ao que se fará alusão em uma parte posterior desta decisão. (Grifos nossos. Tradução livre)

Dessa maneira, e ainda que os arts. 220 a 228 da Lei n. 599/2000 da Colômbia fossem similares aos artigos penais argentinos declarados inconventionais pela Corte IDH no caso “Kimel vs. Argentina”⁵⁹, a Corte Constitucional da Colômbia declarou-os aplicáveis. E o fez (*distinguishing*) o caso concreto do decidido pela Corte IDH no precedente citado.

No mesmo sentido, na Sentença SU-712, de 2013⁶⁰, ao analisar o julgamento que resolveu o caso “López Mendoza vs. Venezuela”, a CCC advertiu: (i) as diferenças entre as constituições colombiana e venezuelana sobre a matéria; (ii) a possibilidade dada pela jurisprudência da Corte IDH para que se estabeleçam sanções disciplinares (assimiláveis em alguns casos às penais) e como expressão do poder punitivo do Estado; e (iii) a necessidade de aplicar a CADH tendo em consideração a arquitetura institucional de cada Estado. Como se observa, no item 1 deste artigo, foi usado o *distinguishing*, ao passo que, no item 3, foi aplicada uma espécie de argumento sobre a margem de apreciação nacional.

4.3.3 BRASIL

No Brasil, argumentos baseados na margem de apreciação nacional e no *distinguishing* já foram utilizados internamente para afastar

59 Corte IDH, sentença de 2 de maio de 2008.

60 CCC, sentença de tutela SU-712, de 17 de outubro de 2013.

a aplicação dos precedentes da Corte IDH⁶¹ (coisa interpretada) e da CIDH⁶² no que se refere à inconvenção da tipificação do crime de desacato (art. 331 do CP⁶³).

É interessante destacar que a 2ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal (MPF) manifesta-se contrariamente aos pedidos de arquivamento baseados na inconvenção do referido tipo penal.

De modo contrário, em 31 de maio de 2016, a Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão representou ao procurador-geral da República para que esse propusesse uma “Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF” junto ao STF⁶⁴ em relação ao art. 331 do Código Penal (CP). A sugestão não foi acatada até o momento.

Um bom alento também surgiu com a decisão da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ)⁶⁵, que, baseada no controle de convenção, considerou o art. 331 do CP incompatível com a CADH:

61 A Corte IDH se posicionou por diversas vezes sobre o tema. No caso “Palamara Iribarne vs. Chile” (Corte IDH, sentença de 22 de novembro de 2005), considerou que a República do Chile violou o disposto no art. 13 da CADH ante a imputação do crime de desacato ao escritor Humberto Antonio Palamara Iribarne. Outro caso digno de registro foi “Kimel vs. Argentina” (Corte IDH, sentença de 2 de maio de 2008).

62 A posição da CIDH sobre o tema também já foi exposta várias vezes: primeiro, no “Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1994”, defendeu a incompatibilidade do delito de desacato com a liberdade de expressão prevista no artigo 13(2) e (3) da CADH. O Capítulo V do documento trata do “Informe sobre la Compatibilidad entre las leyes de desacato y la Convención Americana de Derechos Humanos”. Depois, a CIDH também tratou do tema por meio dos informes da “Relatoría Especial para la Libertad de Expresión” nos anos 1999, 2001 e 2008.

63 “Art. 331. Desacatar funcionário público no exercício da função ou em razão dela: Pena – detenção, de seis meses a dois anos, ou multa.”

64 Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/temas-de-atuacao/direitos-humanos/internacionais/atuacao-do-mpf/representacao-proposicao-adpf-crime-desacato>. Acesso em: 10 abr. 2018.

65 STJ, Recurso Especial n. 1.640.084/SP, rel. min. Ribeiro Dantas.

Direito penal e processual penal. Recurso especial. Roubo, desacato e resistência. Apelação criminal. [...] Desacato. Incompatibilidade do tipo penal com a convenção americana de direitos humanos. Controle de convencionalidade.

Ao fundamentar sua decisão, o ministro Ribeiro Dantas enfatizou que as recomendações da CADH assumem força normativa interna.

Entretanto, no *Habeas Corpus* (HC) n. 379.269/MS⁶⁶, o STJ voltou a tratar do tema, firmando posição em sentido contrário ao já referido:

Habeas corpus. Recebimento da denúncia. Violação do art. 306 do Código de Trânsito e dos arts. 330 e 331 do Código Penal. [...] Manutenção da tipificação do crime de desacato no ordenamento jurídico. Direitos humanos. Pacto de São José da Costa Rica (PSJCR). Direito à liberdade de expressão que não se revela absoluto. Controle de convencionalidade. Inexistência de decisão proferida pela Corte (IDH). Atos expedidos pela Comissão Americana de Direitos Humanos (CIDH). Ausência de força vinculante. Teste tripartite. Vetores de hermenêutica dos direitos tutelados na convenção americana de direitos humanos. Possibilidade de restrição. Preenchimento das condições previstas no art. 13.2. do PSJCR. Soberania do Estado. Teoria da margem de apreciação nacional (margin of appreciation). Incolumidade do crime de desacato pelo ordenamento jurídico pátrio, nos termos em que entalhado no art. 331 do Código Penal. [...].

O ministro Antônio Saldanha Palheiro destacou, em seu voto vencedor, ao analisar o art. 33 da CADH, que a CIDH não possui função jurisdicional, não resultando vinculantes suas recomendações.

66 STJ, HC n. 379.269/MS, rel. min. Reinaldo Soares da Fonseca.

Ressaltou, também, que não existira julgamento da Corte IDH sobre a Lei de Desacato brasileira, e que o precedente da Corte IDH sobre leis de desacato no caso “Palamare Iribarne vs. Chile” ocorrera em situação “significativamente distinta” do caso brasileiro⁶⁷.

Por fim, ratificou que, mesmo havendo decisão da Corte IDH sobre o caso, isso não impediria deliberação diferente por parte do Brasil, em razão de sua soberania. Em seguida, buscou reforçar esse último argumento com citação de doutrina sobre a teoria da margem de apreciação nacional.

O argumento do *distinguishing*, ainda que não referido diretamente, também foi utilizado pelo ministro Schietti Cruz:

Ausência de similitude fática entre os julgados da CIDH⁶⁸ e o caso dos autos. Entre os diversos casos em que se discutiu, na Corte Americana de Direitos Humanos, a questão ora em debate (*Kimel vs. Argentina*, *Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, *Palamara Iribarne vs. Chile*, *Ricardo Canese vs. Paraguai*, etc.), observo que não há absolutamente nenhum que descreva uma situação parecida com aquelas que de maneira rotineira encontramos em nossos processos criminais por desacato.

Digo isso porque, lendo as decisões proferidas pela Corte Americana nesses casos, percebo que se cuidou, em todos eles, de delitos de opinião, imputados a condutas de pessoas que, segundo os respectivos governos, demandaram a reação estatal ao mau uso da liberdade de expressão, quase sempre cometidos por periodistas ou escritores.

Assim, para o ministro, em nenhum dos casos analisados pela Corte IDH se tratava de ofensas proferidas na presença do servidor público, de modo que não haveria identidade entre as situações de fato.

67 Aplica-se, portanto, o *distinguishing* para afastar os efeitos da coisa interpretada.

68 Leia-se Corte IDH.

Como se observa, tanto a margem de apreciação nacional quanto o *distinguishing* foram usados para afastar os efeitos da coisa interpretada da Corte IDH. Ao mesmo tempo, a coisa interpretada da CIDH resultou afastada em razão de que suas recomendações não teriam força vinculante.

Recentemente, também o STF⁶⁹ considerou plenamente aplicável no ordenamento brasileiro o crime de desacato previsto no art. 229 do Código Penal Militar (CPM)⁷⁰, em tudo similar ao art. 331 do CP. Ao fazê-lo, a maioria dos ministros desconsiderou os argumentos baseados na não recepção do tipo penal pela Constituição Federal (CF) e em sua inconveniência derivada da incompatibilidade com a CADH.

Por sua vez, o brilhante voto vencido do ministro Edson Fachin destacou que “as numerosas 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”.

A respeito do tema, ainda caberá ao STF julgar a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 496⁷¹ – proposta pela Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) em 30 de outubro de 2017 –, a qual questiona a recepção pela CF do art. 331 do CP, que tipifica o delito de desacato a funcionário público no exercício da função. Na fundamentação do pedido, a OAB cita também os precedentes da Corte IDH, no sentido de que a tipificação do crime de desacato viola o princípio democrático, ao impossibilitar o controle dos atos do poder público por parte da população.

69 STF, HC n. 141.949, rel. min. Gilmar Mendes.

70 Decreto-Lei n. 1.001 (CPM, de 21 de outubro de 1969): “Art. 299. Desacatar militar no exercício de função de natureza militar ou em razão dela.”

71 STF, ADPF n. 496, rel. min. Roberto Barroso.

5. CONCLUSÃO

Em razão de possíveis problemas na aplicação do controle de convencionalidade ampliado por parte da Corte IDH, resulta aceitável a existência de meios válidos pelos quais os Estados possam afastar-se do cumprimento da coisa interpretada e, inclusive, da coisa julgada internacional, quando necessário.

Isso é justamente o âmbito de atuação da margem de apreciação nacional e da técnica de *distinguishing*, utilizadas com certa frequência pelos juízes nacionais na América Latina, inclusive quanto ao tema da liberdade de expressão.

No entanto, o uso dessas exceções pelo operador interno deve ocorrer sem prejuízo de que a Corte IDH possa, na supervisão do cumprimento da sentença, fazer uma análise final sobre a legitimidade e a proporcionalidade da exceção aplicada pelo Estado-parte. Há de se considerar, principalmente, o risco de as exceções serem utilizadas falaciosamente como um subterfúgio objetivando a inaplicação da norma internacional protetiva dos direitos humanos.

REFERÊNCIAS

ALCALÁ, Humberto Nogueira. El control de convencionalidad y el diálogo interjurisdiccional entre tribunales nacionales y Corte Interamericana de Derechos Humanos. *ReDCE*, ano 10, n. 19. Jan.-jul. 2013, p. 221-270. Disponível em: http://www.ugr.es/~redce/REDCE19/articulos/08_NOGUEIRA.htm. Acesso em: 2 fev. 2018.

DULITZKY, Ariel E. An Inter-American Constitutional Court? The invention of the conventionality control by the Inter-American Court of Human Rights. *Texas International Law Journal*, vol. 50, Issue 1,

2015, p. 45-93. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r33557.pdf>. Acesso em: 1º mar. 2018.

DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. Cambridge: Harvard University Press, 2008.

FILLIPINI, Leonardo; GOS, Tatiana e CAVANA, Agustín. *El valor de los informes finales de la Comisión Interamericana y el dictamen del procurador general en el caso “Carranza Latrubesse”*, 2010. Disponível em: http://www.palermo.edu/derecho/centros/pdf-ictj/caso_Carranza_Latrubesse.pdf. Acesso em: 24 fev. 2018.

GELLI, María Angélica. *Constitución de la Nación Argentina*. Concorrada y comentada. 4. ed. La Ley, 2008. t. II.

HITTERS, Juan Carlos. ¿Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos? (control de constitucionalidad y convencionalidad). *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, n. 10, jul.-dez./2008, p. 131-156. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r25295.pdf>. Acesso em: 8 jun. 2018.

HITTERS, Juan Carlos. ¿Puede la Corte Interamericana de Derechos Humanos dejar sin efecto fallos de los tribunales superiores de los países? (el caso Fontevecchia vs. Argentina). In: MAC-GREGOR, Ferrer; FLORES, Eduardo; e PANTOJA, Rogelio (orgs.). *La Constitución y sus garantías*. A 100 años de la Constitución de Querétaro de 1917. Memoria del XI Encuentro Ibroamericano y VIII Congreso Mexicano de Derecho Procesal Constitucional. 2013, p. 457-492. Disponível em: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/10/4633/21.pdf>. Acesso em: 11 maio 2018.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum*. vol. II, 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MARX, Ivan Cláudio. *Justiça de transição: necessidade e factibilidade da punição aos crimes da ditadura*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

PASCUAL VIVES, Francisco José. El margen de apreciación nacional en los tribunales regionales de derechos humanos: una aproximación consensualista. *Anuario Español de Derecho Internacional*, vol. 9, 2013.

PASCUAL VIVES, Francisco José. Consenso e interpretación evolutiva de los tratados regionales de derechos humanos. *Revista española de derecho internacional*, vol. 66, n. 2, 2014, p. 113-153.

PIZZOLO, Calogero. La relación entre la Corte Suprema de Justicia y la Corte Interamericana de Derechos Humanos a la luz del bloque de constitucionalidad federal. In: ALBANESE, Susana (coord.). *El control de convencionalidad*. 1. ed. Buenos Aires: Ediar, 2008. p. 189-206.

RAMOS, André de Carvalho. *Processo internacional de direitos humanos: análise dos mecanismos de apuração de violações de direitos humanos e a implementação das decisões no Brasil*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

SAGÜÉS, Néstor P. El “control de convencionalidad”, en particular sobre las constituciones nacionales. *La Ley*, 2009-B, p. 761-765.

SAGÜÉS, Néstor P. Notas sobre el control ejecutivo de convencionalidad. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, ano XXI, Bogotá: Fundación Konrad Adenauer, 2015. p. 141-150.

SAGÜÉS, Néstor P. *La Constitución bajo tensión*, Querétaro, México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2016.

SAGÜÉS, Néstor P. ¿Puede válidamente la Corte Interamericana obligar

a que una Corte Suprema nacional deje sin efecto una sentencia suya? *El Derecho*, vol. 272, n. 14, 4 abr. 2017.

SODERO, Eduardo R. Los desafíos del positivismo de los derechos humanos. El sistema internacional de protección de los derechos humanos: ¿La pesadilla y el noble sueño? *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, ano XX, Bogotá, 2014, p. 483-500.

TRINDADE, Antonio A. Cançado. Co-existence and Co-ordination of Mechanisms of International Protection of Human Rights. *Recueil des cours de l'Académie de Droit International*, La Haya, 1987. t. 202.

TRINDADE, Antonio A. Cançado. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, vol. II, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.

TRUCCO, Marcelo. Análisis y proyecciones a partir del caso “Fontevuechia”. *El Derecho. Diálogo de Doctrina y Jurisprudencia. El valor de las sentencias de la Corte Interamericana de derechos humanos y su incidencia en el derecho argentino*, 2017. Disponível em: <http://www.elderecho.com.ar/includes/pdf/diarios/2017/05/31052017.pdf>. Acesso em: 31 jan. 2018.

ÍNDICE JURISPRUDENCIAL

ARGENTINA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA NACIONAL. *Giroldi, Horacio D. y otro*, sentença de 7 de abril de 1995.

ARGENTINA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA NACIONAL. CSJN. *Nardelli, Pietro Antonio s/ extradición*, sentença de 5 de novembro de 1996.

ARGENTINA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA NACIONAL. CSJN.

Menem Carlos S. c. Editorial Perfil S.A. y otros, sentença de 25 de setembro de 2001.

ARGENTINA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA NACIONAL. CSJN. *Caso Espósito*, sentença de 23 de dezembro de 2004.

ARGENTINA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA NACIONAL. CSJN. *Carranza Latrubesse, Gustavo c. Estado Nacional — Ministerio de Relaciones Exteriores — Provincia del Chubut y por el Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto en la causa C.594.XLIV*, sentença de 6 de agosto de 2013.

ARGENTINA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA NACIONAL. CSJN. *Expediente n. 4.499/13* (Caso n. 11.618 “Mohamed vs. Argentina” CIDH – Obligatoriedad de su cumplimiento – Intervención de la Corte Suprema (marzo 2014) – Reconstrucción del expediente – Designación de nueva Sala Poder Judicial de la Nación).

ARGENTINA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA NACIONAL. CSJN. *Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ informe sentencia dictada en el caso “Fontevicchia y D’Amico vs. Argentina” por la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, de 14 de fevereiro de 2017.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – STJ. *REsp n. 1.640.084/SP*, rel. min. Ribeiro Dantas, julgado em 15-12-2016, *DJe* de 1º-2-2017.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – STJ. *HC n. 379.269/MS*, rel. min. Reinaldo Soares da Fonseca, julgado em 24-5-2017, *DJe* de 30-5-2017.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF. *RE n. 511.961*, rel. min. Gilmar Mendes, julgado em 17-6-2009, *DJe* de 13-11-2009.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF. *ADPF n. 496*, rel. min. Roberto Barroso.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF. *HC n. 141.949*, rel. min. Gilmar Mendes, julgado em 13-3-2018, *DJe* de 23-4-2018.

COLÔMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL DA COLÔMBIA – CCC. *Sentencia C-442/11*, de 25 de maio de 2011.

COLÔMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL DA COLÔMBIA – CCC. *Sentencia de Tutela SU-712*, de 17 de outubro de 2013.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS – Corte IDH. *Caso Loayza Tamayo vs. Perú*. Fondo. Sentença de 17 de setembro de 1997, série C, n. 33.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS – Corte IDH. *Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentença de 25 de novembro de 2003, série C, n. 101.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS – Corte IDH. *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentença de 2 de julho de 2004, série C, n. 107.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS – Corte IDH. *Caso Tibi vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentença de 7 de setembro de 2004, série C, n. 114.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS – Corte IDH. *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*. Fondo Reparaciones y Costas. Sentença de 22 de novembro de 2005, série C, n. 135.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS – Corte IDH. *Caso Goiburú y otros vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de setembro de 2006, série C, n. 153.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS – Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentença de 26 de setembro de 2006, série C, n. 42.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS – Corte IDH. *Caso de los Trabajadores cesados del congreso vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentença de 24 de novembro de 2006, § 128, série C, n. 158.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS – Corte IDH. *Caso La Cantuta vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentença de 29 de novembro de 2006, série C, n. 162.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS – Corte IDH. *Caso Boyce y otros vs. Barbados*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentença de 20 de novembro de 2007, série C, n. 169.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS – Corte IDH. *Caso Kimel vs. Argentina*. Fondo, reparaciones y costas. Sentença de 2 de maio de 2008, série C, n. 177.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS – Corte IDH. *Caso Castañeda Gutman vs. México*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentença de 6 de agosto de 2008, série C, n. 184.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS – Corte IDH. *Caso Barreto Leiva vs. Venezuela*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentença de 17 de novembro de 2009, série C, n. 206.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS – Corte IDH. *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentença de 26 de novembro de 2010, § 225, série C, n. 220.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS – Corte IDH. *Caso Gelmán vs. Uruguay*. Fondo y Reparaciones. Sentença de 24 de fevereiro de 2011, série C, n. 221.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS – Corte IDH. *Caso Bueno Alves vs. Argentina*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Sentença de 5 de julho de 2011.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS – Corte IDH. *Caso Fontevecchia y D'Amico vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentença de 29 de novembro de 2011, série C, n. 328.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS – Corte IDH. *Caso Mohamed vs. Argentina*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentença de 23 de novembro de 2012, série C, n. 255.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS – Corte IDH. *Caso Gelmán vs. Uruguay, Supervisión de Cumplimiento de Sentencia*. Sentença de 20 de março de 2013.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS – Corte IDH. *Caso Fontevecchia y D'Amico vs. Argentina*. Supervisión de cumplimiento de sentencia, de 18 de outubro de 2017.

TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS – TEDH. *Wilde, Ooms and Versyp (Vagrancy) vs. Belgium*. Sentença de 18 de junho 1971, § 93, série A, n. 12.

TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS – TEDH. *Handyside vs. United Kingdom*. Sentença de 7 de dezembro de 1976, § 48, série A, n. 24.

TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS – TEDH. *Christine Goodwin v. United Kingdom* [GC], n. 28.957/95, 2002.

TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS – TEDH. *Evans contra Reino Unido*. Demanda n. 6.339/2005, seção 4, 2006.

ÍNDICE LEGISLATIVO E REFERÊNCIAS DE DOCUMENTAÇÃO JURÍDICA

DOCUMENTOS INTERNACIONAIS

Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 (Resolução 217 A III da Assembleia-Geral das Nações Unidas, de 1º de dezembro de 1948).

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Resolução 2.200 A XXI da Assembleia-Geral das Nações Unidas, de 19 de dezembro de 1966).

Convenção Americana sobre os Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica, de 22 de novembro de 1969).

Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (1969).

NAÇÕES UNIDAS – ONU, Resolução 56/83, aprovada pela Assembleia-Geral das Nações Unidas [sobre a base de informação da Sexta Comissão (A/56/589 y Corr.1)] sobre a responsabilidade do Estado por atos internacionalmente ilícitos, 85ª sessão plenária de 12 de dezembro de 2001.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS – CIDH

CIDH. *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1994*. Disponível em: <http://www.cidh.org/annualrep/94span/indice.htm>. Acesso em: 1º de setembro de 2019.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS – CORTE IDH

CORTE IDH. *Opinión Consultiva OC — 1/82*, de 24 de setembro de 1982. “Otros Tratados” objeto de la función consultiva de la Corte (art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos).

CORTE IDH. *Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la Naturalización, Opinión Consultiva OC-4/84*, de 19 de janeiro de 1984, série A, n. 4.

CORTE IDH. *Responsabilidad Internacional por Expedición y Aplicación de Leyes Violatorias de la Convención (arts. 1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-14/94*, de 9 de dezembro de 1994, série A, n. 14.

CORTE IDH. *La colegiación obligatoria de periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-5/85*, de 13 de novembro de 1985, série A, n. 5.

CORTE IDH, *Opinión Consultiva OC-15/97*, de 14 de novembro de 1997, “Informes de la Comisión Americana Sobre Derechos Humanos” (Art. 51 Convención Americana sobre Derechos Humanos), série A, n. 15.

A LIBERDADE DE EXPRESSÃO PARLAMENTAR E O HATE SPEECH NA REPRESENTAÇÃO POLÍTICO-PARTIDÁRIA BRASILEIRA

*Thiago da Penha Lima*¹

*Victória Félix de Verçosa*²

RESUMO

O presente artigo objetiva analisar o direito à liberdade de expressão e sua forma de instituição no ordenamento jurídico brasileiro. Busca, também, compreender as nuances que envolvem o referido instituto

-
- 1 Bacharel em Direito pela Faculdade Martha Falcão Wyden. Pós-graduando em Direito Tributário pela Faculdade Martha Falcão Wyden. Pós-graduando em Advocacia Tributária pela Escola Brasileira de Direito (Ebradi). Mestrando em Constitucionalismo e Direitos na Amazônia pela Universidade Federal do Amazonas (Ufam). Residente Jurídico na Procuradoria Geral do Município de Manaus. *E-mail: thiago_lim4@hotmail.com*. Currículo disponível em: <http://lattes.cnpq.br/2339244706150222>.
 - 2 Bacharel em Direito pela Universidade do Estado do Amazonas (UEA). Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela Universidade do Estado do Amazonas (UEA). Mestranda em Constitucionalismo e Direitos na Amazônia pela Universidade Federal do Amazonas (Ufam). *E-mail: vick.vercosa.15@gmail.com*. Currículo disponível em: <http://lattes.cnpq.br/6870267393521687>.

conforme a sua aplicação no âmbito doutrinário e forense. Percorrendo o estudo dogmático acerca dos direitos fundamentais em espécie, constata-se que determinadas garantias são imprescindíveis para a caracterização de um Estado Democrático de Direito. Ao estatuir a liberdade de expressão como instituto constitucional da mais elevada importância para o exercício dos direitos civis do cidadão, o sistema legal abre as portas para a democracia e assegura o livre exercício do parlamentar, de modo que os representantes da população possam exercer seus ofícios livres de censura e da ingerência frequentemente perpetrada pelo poder público. Assim como o Estado reconhece direitos e garantias fundamentais pertencentes ao cidadão, devem ser examinados os limites impostos a estes postulados. Destarte, a limitação em questão também precisa ser compreendida como parte do âmbito de proteção e aplicação da Constituição Federal (CF).

Palavras-chave: Direitos fundamentais. Liberdade de expressão. Discurso de ódio. Exercício parlamentar.

ABSTRACT

This article aims to analyze the right to freedom of expression, its form of institution in the Brazilian legal system, as well as to understand the nuances surrounding this institute as its application in the doctrinal and forensic. Going through the dogmatic study on fundamental rights in kind, it is clear that certain guarantees are essential for the characterization of a democratic rule of law. By establishing freedom of expression as a constitutional institute of the highest importance for the exercise of civil rights of the citizen, the legal system opens the door to democracy and ensures the free exercise of the parliamentarian, so that representatives of the population can exercise their free offices censorship and interference often perpetrated by the Government. Just

as the state recognizes fundamental rights and guarantees belonging to the citizen, so too must be the limits imposed on them. Thus, the limitation in question must also be understood as part of the scope of protection and application of the Federal Constitution.

Keywords: Fundamental rights. Freedom of expression. Hate speech. Parliamentary exercise.

1. INTRODUÇÃO

A diversidade de ideias dos grupos que compõem a sociedade e a necessidade de uma convivência harmônica entre elas fazem da liberdade de expressão um dos princípios fundantes do Estado Democrático de Direito. Entre as diferentes possibilidades em que essa norma pode se manifestar, a representatividade política desses grupos sociais surge como um instrumento fértil para a defesa de seus interesses. No entanto, o discurso político ofensivo de congressistas tem colocado em questionamento os limites jurídicos da liberdade de expressão parlamentar, sobretudo quando esse direito é protegido por prerrogativa institucional que se exterioriza na denominada imunidade material parlamentar.

A Carta Constitucional de 1988, com seus contornos ambiciosos para a efetivação de um Estado democrático, plural e protetor da dignidade humana, estabeleceu suas diretrizes em resposta ao regime tecnocrático-militar de 1964, marcado em grande parte pelo autoritarismo de governantes e censura política dos meios de comunicação e de todos aqueles que se opusessem publicamente ao governo. A fim de evitar os males dessa época, o constituinte originário preocupou-se com a manutenção da democracia pluralista; para isso, sobrelevou a liberdade de expressão como pilar do constitucionalismo brasileiro.

O direito fundamental à liberdade de expressão não somente proporciona a livre manifestação de opiniões como também o acesso a uma

pluralidade de informações pela sociedade. Além disso, é mediante essa transparente comunicação de ideias que a população exprime seus anseios e insatisfações a serem observados pelo Estado, em claro cumprimento da máxima “todo poder emana do povo, pelo povo e para o povo”. De tal forma que, embora a manifestação dos interesses sociais possa ser realizada diretamente, é na representação política que há formalmente a reunião dos diferentes segmentos da sociedade para a formulação e fiscalização de leis que regulam todo o sistema jurídico nacional.

Tendo em vista as possíveis tensões do jogo político e a necessidade de salvaguardar o livre exercício do cargo dos congressistas, a Carta Republicana previu a imunidade material parlamentar que assegurou aos políticos com mandato em vigor a inviolabilidade, civil e penal, por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos, nos termos do art. 53 da CF/1988, tornando-se ferramenta imprescindível para reforçar a autonomia do Poder Legislativo em face da autoridade estatal.

Contudo, o discurso intolerante e ofensivo de congressistas, em um duelo político maniqueísta alimentado pela alegada liberdade de expressão, bem como a conseqüente ausência de responsabilização pelas suas opiniões têm gerado uma problemática, qual seja, estabelecer os contornos jurídicos que diferem o discurso político, protegido pela imunidade material parlamentar com o devido uso da liberdade de expressão, do discurso do ódio contrário aos princípios constitucionais do ordenamento jurídico brasileiro.

Diante desse contexto, o objetivo deste artigo é analisar os limites jurídicos que diferenciam a liberdade de expressão parlamentar do discurso do ódio no âmbito político considerando a abrangência da imunidade material parlamentar. Para isso, a metodologia do trabalho científico empregada é dedutiva, com abordagem qualitativa e elaboração teórica baseada em revisão bibliográfica.

2. BREVE COTEJO SOBRE O ESTADO DEMOCRÁTICO E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A formação de qualquer Estado na conjuntura mundial hodierna passa por inúmeras nuances e processos evolutivos, principalmente naquilo que diz respeito aos seus aspectos físicos, populacionais e jurídicos. A feição imposta atualmente pela ordem mundial, naquilo que se deseja para que determinado território seja considerado como um país livre e que atenda aos preceitos naturais, inclusive no que se refere aos postulados pré-jurídicos, é aquela que atende ao conceito de Estado Democrático de Direito. Ser um Estado Democrático de Direito significa que os cidadãos participam ativamente da sua formação, e seus representantes são escolhidos pela sociedade por meio do voto livre, direto e universal (Gomes, 2017, p. 53).

O conceito de Estado Democrático de Direito é caracterizador do Estado Constitucional. Ou seja, ele é regido por normas democráticas e dirigido por autoridades públicas a quem é imposto o dever de observar os direitos e garantias fundamentais positivados no sistema normativo (Moraes, 2019, p. 5).

A expressão “direitos fundamentais” não é unívoca no âmbito jurídico. A doutrina vem debatendo intensamente para fixar parâmetros em que se possa extrair o conceito de tão importante instituto. Não obstante as discussões travadas pelos estudiosos do tema, o conceito de direitos fundamentais pode ser compreendido como aqueles que formam o núcleo essencial do princípio da dignidade da pessoa humana, direitos esses que fundamentam a existência do já discutido Estado Democrático de Direito, ao passo que possuem o condão de prevenir ou limitar as ingerências do Estado na seara jurídica do particular (Michaels; Morlok, 2016, p. 49).

Apesar da falta de unanimidade entre os constitucionalistas, podem ser traçadas como características dos direitos fundamentais: a) *historicidade*: os princípios e garantias em estudo não são resultado de um único acontecimento histórico, e sim a conclusão de um longo processo

evolutivo da humanidade, emergindo progressivamente das inúmeras revoluções que aconteceram, como a francesa e a americana; b) *universalidade*: os direitos fundamentais destinam-se a todos os seres humanos, independentemente de condição social, cor, raça, sexo ou qualquer outra característica; c) *inalienabilidade e imprescritibilidade*: os direitos fundamentais não são negociáveis nem são extintos pelo seu desuso, além de, em regra, não possuírem caráter patrimonial; d) *limitabilidade*: não existem direitos e garantias absolutos. Os postulados em questão são de natureza relativa, sendo, assim, limitados (Cunha Jr., 2016, p. 535).

Conforme mencionado previamente, os direitos e garantias fundamentais possuem um liame de historicidade, o que significa que resultam de um diversificado processo humanitário, em que diversas filosofias e estatutos jurídicos foram colocados em pauta, testados e extintos com o passar do tempo. Destarte, é natural considerar que os princípios estruturantes de cada Estado Democrático variem com o passar dos anos. Como forma de destacar o referido processo, a doutrina constitucional fixou a separação dos direitos fundamentais em gerações, estruturadas em três grupos: *1ª geração*: engloba os direitos civis e políticos, os quais atenderiam aos postulados da liberdade, cuja origem remete às revoluções burguesas; *2ª geração*: diz respeito aos direitos sociais, econômicos e culturais, baseados na igualdade, originados da Revolução Industrial e os percalços por ela causados à sociedade; *3ª geração*: estrutura final que se refere aos direitos transindividuais e indisponíveis, difusos e coletivos, consonantes à ideia de fraternidade, que ganhou força após a Segunda Grande Guerra, especificamente após a Declaração Universal dos Direitos Humanos, datada de 1948 (Marmelstein, 2019, p. 38).

Não existe Estado que seja, de fato, democrático e de direito se não houver em seu catálogo de liberdades fundamentais as garantias que constituem o cidadão um ser digno de fazer parte de determinado território, ao passo que seus direitos devem ser reconhecidos e providos pelo poder público. Entre essas garantias imprescindíveis, encontra-se

a liberdade de expressão. Tal fato é palpável na medida em que a censura é indissociável dos Estados autoritários, nos quais o cidadão deve somente expor as ideias convenientes aos governos dos tiranos que tolhem o livre pensamento do particular. Conforme exposto, nenhum direito fundamental é absoluto, certo que a liberdade de pensamento possui limites a serem impostos pelo ordenamento jurídico. Todavia, tal prerrogativa precisa ser resguardada para o cidadão ter livre acesso às informações e formar livremente o seu pensamento.

3. LIBERDADE DE EXPRESSÃO COMO DIREITO FUNDAMENTAL EM ESPÉCIE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A Carta Política de 1988 é o símbolo da transição de um Estado autoritário, extremamente intolerante e violento, para um Estado Democrático de Direito. Sob a égide da atual Constituição, constatou-se o rito de passagem para a maturidade institucional brasileira. Não obstante as inúmeras contradições verificadas no âmbito dos poderes constituídos, não há como deixar de celebrar o amadurecimento do Estado brasileiro como um todo (Barroso, 2015, p. 492-493).

A CF, de acordo com as normas dispostas em seu art. 5º, apresenta o rol não taxativo de direitos fundamentais, os quais estão espalhados por todo o texto constitucional, seja de maneira expressa (arts. 6º, 7º, 8º, 12, entre outros), seja de maneira implícita, como é o caso daqueles extraídos dos princípios institucionais e fundamentos da República Federativa do Brasil. Ao discorrer do catálogo das garantias presentes no art. 5º, podem ser constatados diversos postulados que fundamentam a existência de um Estado livre e democrático, *v.g.*, o direito à vida, à propriedade, igualdade formal e material, estrita reserva legal em matéria penal. Entre esses, encontram-se aqueles que versam sobre a liberdade, os quais são transcritos a seguir:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

IV – é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

V – é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

VI – é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias;

[...]

IX – é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;

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

As liberdades previstas no sistema normativo, consideradas de um modo geral, são proclamadas por uma perspectiva originária do âmago da dignidade da pessoa humana, instituindo uma ideia de autorrealização do indivíduo. Destarte, o Estado social se justifica como instrumento para que essas liberdades possam ser estimuladas e garantidas, principalmente naquilo que se refere ao princípio da igualdade. Quanto à liberdade de expressão, especificamente, nesta se incluem faculdades e direitos subjetivos diversos, como a liberdade de comunicação, pensamento, de ideias, de informações, além de outras que possam assumir a modalidade verbal. Cumpre anotar que o grau de proteção que o sistema normativo oferece a cada uma dessas faculdades é diverso,

embora todas estejam amparadas pela Norma Fundamental (Mendes; Branco, 2018, p. 267).

A liberdade de expressão, considerada como direito fundamental em espécie, possui um caráter preventivo. Desse modo, visa a garantir que o Estado não cometa ingerências indevidas sobre a seara jurídica do particular, o que seria classificado como censura. De maneira conveniente, compreende-se o termo “censura” como ação inibitória realizada pelo poder público, incidente sobre o conteúdo de uma mensagem (Mendes; Branco, 2018).

3.1 MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO

A livre manifestação do pensamento é uma das inúmeras garantias especialmente fundamentadas no princípio da dignidade da pessoa humana. É considerado um direito originário da autossuficiência do indivíduo e do livre desenvolvimento de sua personalidade. Quanto ao alcance político e social, a manifestação do pensamento guarda estreita relação com o pluralismo político, funcionando como verdadeira garantia da democracia. Revela, assim, uma dimensão transindividual, na medida em que opera nas relações de comunicação e do ambiente social (Mitidiero; Sarlet; Marinoni, 2019, p. 507).

Quanto ao meio a que se refere a manifestação do pensamento, todos aqueles que não sejam transmitidos com viés violento estão protegidos pela norma constitucional. Do mesmo modo, estão todas as manifestações orais ou escritas, assim como as formas de expressão decorrentes dos avanços tecnológicos, que dão azo a blogs e páginas nas redes sociais. Cumpre ressaltar que o teor da manifestação também possui ampla proteção, seja aquela de viés humorístico, crítico, irônico, incidente sobre conteúdo eminentemente racional, ou mesmo apelativo para os sentidos e as emoções (Canotilho, *et al.*, 2013, p. 256).

3.2 LIMITES À LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Como já afirmado anteriormente, nenhuma garantia ou direito fundamental é considerado absoluto no sistema normativo vigente. Em regra, quando há colisão de direitos fundamentais, caberá ao intérprete avaliar o caso concreto e aplicar o princípio da concordância prática (harmonização) das normas constitucionais, o qual versa que, quando houver dois ou mais direitos constitucionais em embate, e caso seja necessário que um deles prevaleça em detrimento do outro, tal ponderação deve ser feita de maneira menos nociva ao postulado que perece (Bulos, 2018).

Pela sua extensa abrangência, não é difícil imaginar que a liberdade de expressão entre em rota de colisão com outros institutos constitucionais, mesmo porque a faculdade atribuída ao particular não pode ser exercida com abuso e arbítrio para com outrem.

3.2.1 DIREITOS DA PERSONALIDADE

O movimento civil-constitucional advindo da promulgação da CF/1988 trouxe novas perspectivas sobre a forma de interpretar e aplicar o direito privado ao caso concreto. A partir dos estudos do doutrinador italiano Pietro Perlingieri, fixou-se o entendimento de que o direito, considerado de maneira ampla, é um sistema lógico de normas, princípios e valores que determinam a vida na sociedade, interagindo entre si com a finalidade de propiciar segurança para os indivíduos que fazem parte da comunidade. Destarte, o Direito Civil Constitucional fundamenta-se em uma visão unitária do ordenamento jurídico, de forma que a eficácia vinculante dos direitos fundamentais justifica a interação do direito privado e a Constituição. Tal interação é fundamentada em três princípios básicos: a) *dignidade da pessoa humana*; b) *igualdade* e c) *solidariedade social*. Todo esse conjunto de acontecimentos jurídicos

leva ao instituto da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, o qual estabelece a aplicação dos direitos e garantias fundamentais nas relações entre os particulares (Tartuce, 2017, p. 57).

Conforme exposto, a releitura do diploma civilista em face à nova Constituição era mais do que esperada. De forma a interpretar o Código Civil (CC) a partir do texto constitucional, e não mais o contrário, passou-se a prever direitos dispostos no CC com aspectos tão amplos e vinculantes quanto aqueles apresentados na Norma Fundamental. Trata-se dos direitos da personalidade.

Pode-se conceituar os direitos da personalidade como aqueles inatos à pessoa, previstos em nível constitucional ou infraconstitucional, ao passo que são dotados de proteção específica, de acordo com o tipo de relacionamento em que incida, quais sejam: contra o arbítrio do poder público ou contra as incursões de particulares (Bittar, 2015). São os direitos que asseguram ao particular a garantia à vida, liberdade, igualdade, privacidade, intimidade, honra e imagem, entre outras prerrogativas. Cumpre ressaltar que os direitos da personalidade possuem previsão tanto na CF (art. 5º, X) quanto no CC (arts. 11-21). Em ambos os casos, o rol de direitos previstos é exemplificativo (*numerus apertus*).

Considerados como aspectos inerentes à dignidade da pessoa humana, os direitos da personalidade rogam igual proteção do ordenamento jurídico, tanto quanto qualquer outro direito constitucionalmente previsto. Dessa forma, há de se imaginar que possa haver conflitos entre os determinados direitos fundamentais. Como exemplo, há inúmeros casos em que o direito à manifestação do pensamento e à liberdade de expressão entram em rota de colisão com a proteção dispensada aos direitos da personalidade. O particular não pode, alegando a prerrogativa de manifestar-se livremente, ofender, por exemplo, o direito à imagem e à honra de outrem. Nesse sentido seguem a lições de Carlos Roberto Gonçalves (2019, p. 205):

Como se observa, destinam-se os direitos da personalidade a resguardar a dignidade humana, por meio de medidas judiciais adequadas, que devem ser ajuizadas pelo ofendido ou pelo lesado indireto. Estas podem ser de natureza preventiva, cautelar, objetivando suspender os atos que ofendam a integridade física, intelectual e moral, ajuizando-se em seguida a ação principal, ou de natureza cominatória, com fundamento nos arts. 497 e 536, § 4º, do Código de Processo Civil, destinadas a evitar a concretização da ameaça de lesão.

No entanto, surge a dúvida acerca da ponderação. Como mencionado, não há regra específica para solucionar o caso concreto. O julgador deverá examinar cada situação específica para decidir conforme o que melhor atenda ao interesse do bem comum. O Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu nesse sentido, ao declarar inexigível a autorização prévia para a publicação de biografias, dando interpretação conforme a Constituição aos arts. 21-22 do CC, em consonância com os direitos fundamentais referentes à liberdade de expressão da atividade artística, científica, intelectual e de comunicação, de maneira independente de censura ou licença da pessoa biografada³.

Em outra vertente, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) decidiu que a publicação não autorizada de imagem da pessoa, que por sua vez cause prejuízo a esta, é passível de indenização, além de independer de prova do prejuízo ocorrido⁴. Ainda, a Corte Suprema pronunciou-se no sentido de que o transgênero possui direito subjetivo fundamental, de ordem constitucional, à alteração de seu prenome e de sua classificação

3 STF, Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.815/DF, rel. min. Cármen Lúcia, julgamento em 10-6-2015.

4 STJ, Súmula n. 403: “Independe de prova do prejuízo a indenização pela publicação não autorizada da imagem de pessoa com fins econômicos ou empresariais.”

de gênero no registro civil, de maneira a não se exigir nada mais do que sua manifestação, a qual poderá ser pleiteada tanto na vida judicial como na via administrativa⁵.

4. ESTATUTO DOS CONGRESSISTAS E LIBERDADE DE EXPRESSÃO PARLAMENTAR: A GARANTIA À LIVRE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO EM RAZÃO DO OFÍCIO

Por estatuto dos congressistas pode-se entender o conjunto de normas que rege o sistema normativo aplicável a deputados e senadores, incidindo sobre suas imunidades materiais e formais, como também os deveres e impedimentos dos membros do Poder Legislativo (Fernandes, 2017, p. 981).

As imunidades mencionadas constituem modo de estatuir e dispor sobre a proteção e independência dos parlamentares. Do contrário, o exercício do deputado ou senador estaria demasiadamente comprometido, pois eles não teriam meios aptos a exercer as funções que lhe foram outorgadas por seus representados. Nesse sentido, prelecionam Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins (1999, p. 206):

As imunidades parlamentares representam elemento preponderante para a independência do Poder Legislativo. São privilégios outorgados, em face do direito comum, pela Constituição aos membros do Congresso para que estes possam ter um bom desempenho nas suas funções. Nesse sentido, faz-se necessário que os parlamentares gozem de *ampla liberdade de expressão* (pensamento, palavras, discussão e voto) e sejam resguardados de certos procedimentos legais. São as chamadas imunidades material e processual, respectivamente. (Grifos nossos)

5 STF, Recurso Extraordinário (RE) n. 670.422/RS, rel. min. Dias Toffoli, julgamento em 15-8-2018.

O instituto das garantias dispensadas aos congressistas está fundamentado na teoria da representação popular, na medida em que o parlamentar, eleito pelo voto direto e universal, cumprindo mandato por prazo determinado (princípio republicano), não pode ter suas funções obstadas por membros de outro poder constituído. Do contrário, o parlamentar estaria impedido de exercer plenamente suas funções outorgadas pelo povo (Tavares; Bastos, 2000).

Conforme expõe a doutrina, as imunidades parlamentares podem ser divididas em dois âmbitos de aplicação. A *imunidade formal*, prevista no art. 53, §§ 2º e 3º, da CF⁶, ou simplesmente “imunidade”, pode ser compreendida, de forma geral, como a prerrogativa atribuída aos deputados e senadores de não serem presos, ou, caso o sejam, de permanecerem com medidas restritivas a sua liberdade, ou ainda, na possibilidade de o Congresso suspender ação penal contra determinado parlamentar, em razão de crime praticado após a diplomação (Fernandes, 2017).

Por sua vez, a *imunidade material* preceitua que os deputados federais e senadores são invioláveis, seja no âmbito cível, seja no âmbito penal, por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos. Cumpre anotar que a Norma Fundamental também atribui igual tratamento aos membros do Legislativo estadual e municipal, quais sejam, os deputados estaduais

6 CF: “Art. 53. Os Deputados e Senadores são invioláveis, civil e penalmente, por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos

[...]

§ 2º Desde a expedição do diploma, os membros do Congresso Nacional não poderão ser presos, salvo em flagrante de crime inafiançável. Nesse caso, os autos serão remetidos dentro de vinte e quatro horas à Casa respectiva, para que, pelo voto da maioria de seus membros, resolva sobre a prisão.

§ 3º Recebida a denúncia contra o Senador ou Deputado, por crime ocorrido após a diplomação, o Supremo Tribunal Federal dará ciência à Casa respectiva, que, por iniciativa de partido político nela representado e pelo voto da maioria de seus membros, poderá, até a decisão final, sustar o andamento da ação.”

e os vereadores. Estes últimos, desde que no exercício da função, e na circunscrição de seu respectivo município, são igualmente protegidos pela imunidade material, mas em menor escala⁷.

Conforme balizada doutrina, a imunidade material exclui o próprio crime que, em tese, estaria o parlamentar cometendo por seu pronunciamento, afastando assim a incidência da norma penal incriminadora da conduta dos congressistas. Ainda, a palavra “quaisquer” recebe críticas contundentes dos estudiosos do tema, pois poderia atribuir a impressão de que todos os pronunciamentos dos membros do legislativo, em absoluto, seriam invioláveis, independentemente de se tratar de matéria relativa ao exercício do mandato ou não (Tavares, 2018, p. 1015).

Compreende-se sob a proteção da imunidade as entrevistas jornalísticas, assim como as declarações feitas aos meios de comunicação, desde que essas manifestações estejam vinculadas ao exercício do mandato, qualificando-se como projeção natural do exercício do mandato parlamentar (Cunha Jr., 2016).

A imunidade em questão possui seu alcance restringido pela finalidade que lhe dá fundamento. Para que o ato possa ser considerado imune à censura penal ou cível, requer que tenha este sido praticado pelo membro do Poder Legislativo em conexão com o exercício do seu mandato (Mendes; Branco, 2018).

No caso da manifestação oral, o STF tem entendido que, se a opinião do parlamentar tiver sido proferida dentro das dependências do

7 CF: “Art. 29. O Município reger-se-á por lei orgânica, votada em dois turnos, com o interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços dos membros da Câmara Municipal, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição, na Constituição do respectivo Estado e os seguintes preceitos:

[...]

VIII – inviolabilidade dos Vereadores por suas opiniões, palavras e votos no exercício do mandato e na circunscrição do Município;”

Congresso Nacional, presume-se que ela tenha se dado objetivando o cumprimento, por parte do deputado ou senador, das prerrogativas que lhe são outorgadas. Todavia, se as palavras tiverem sido proferidas fora do recinto mencionado, haverá necessidade de se comprovar que o congressista as exarou conforme suas atribuições⁸.

Resta, assim, avaliar até que ponto o congressista está acobertado pela imunidade de exprimir sua opinião. Como exemplo de parlamentar que extrapolou os limites do instituto aqui abordado, pode ser citada a discussão em que o atual presidente da República, Jair Messias Bolsonaro (PSL), foi condenado a indenizar a deputada Maria do Rosário (PT), quando ambos atuavam na Câmara. A Suprema Corte entendeu que a atuação do até então deputado não guardara vínculos com o exercício da função, tendo em vista que as palavras proferidas não tinham relação com o desempenho do mandato. Em síntese, o Pretório Excelso afirmou que as palavras proferidas pelo parlamentar, insinuando que a colega não merecia ser estuprada por causa de sua aparência, são declarações que fogem à guarida da imunidade e, portanto, não estão amparadas por ela⁹. Nessa mesma linha seguiu o STJ em determinado caso em que um deputado estadual ofendeu delegado de polícia:

-
- 8 “É de se distinguir as situações em que as supostas ofensas são proferidas dentro e fora do Parlamento. Somente nessas últimas ofensas irrogadas fora do Parlamento é de se perquirir da chamada conexão com o exercício do mandato ou com a condição parlamentar. Para os pronunciamentos feitos no interior das Casas Legislativas não cabe indagar sobre o conteúdo das ofensas ou a conexão com o mandato, dado que acobertadas com o manto da inviolabilidade. Em tal seara, caberá à própria Casa a que pertencer o parlamentar coibir eventuais excessos no desempenho dessa prerrogativa.” [STF – Inquérito (Inq) n. 1.958, rel. p/ o ac. min. Ayres Britto, *DJ* de 18-8-2004]
- 9 STF, Inq n. 3.932/DF e Petição n. 5.243/DF, rel. min. Luiz Fux, julgamento em 21-6-2016.

Processo penal e penal. Habeas corpus. Crimes contra a honra e ameaça. Inépcia. Inocorrência. Atipicidade. Inocorrência. Imunidade material parlamentar: Ofensas desvinculadas do exercício do mandato. Ordem denegada. 1. Somente é cabível o trancamento da ação penal por meio de *habeas corpus* quando houver comprovação, de plano, da ausência de justa causa, seja em razão da atipicidade da conduta supostamente praticada pelo acusado, seja da ausência de indícios de autoria e materialidade delitiva, ou ainda da incidência de causa de extinção de punibilidade. 2. Não há falar em inépcia da denúncia quando a peça descreve os fatos e as circunstâncias em que o delito teria ocorrido, bem indicando a conduta imputada ao acusado, permitindo, assim, sua plena defesa na ação desenvolvida. 3. Descreve a denúncia de modo suficiente que o denunciado irrogou ofensas à honra funcional (objetiva) e subjetiva de delegado de polícia do Estado de Goiás, bem assim, imputou-lhe, falsamente, fato definido como crime, e outros fatos ofensivos à sua reputação, além de destacar trechos em que também intimidade o ofendido, assim incorrendo no crime de ameaça. 4. Resta evidente na inicial que o parlamentar não se restringiu a apenas narrar os fatos tidos como delituosos, mas extrapolou o *animus narrandi*, se utilizando de vocábulos para desqualificar moralmente o ofendido e imputar-lhe crime. 5. Perquirir se, para além dos fatos narrados na denúncia, de fato, inexistiu dolo específico nos crimes perpetrados, demanda reexame fático-probatório vedado na via estreita do *writ*. 6. *Conforme consignado pelo Tribunal a quo, as ofensas perpetradas, assim como a imputação do crime ao delegado ofendido, extrapolaram o contexto político relacionado ao mandato de deputado estadual do paciente.* 7. *Com efeito, essa Corte possui o entendimento de que não estão acobertados pela imunidade as palavras proferidas fora do exercício normal do mandato, ou que não guardam estreita relação com a atividade político-legislativa do parlamentar.* 8. *Habeas Corpus* não conhecido. (STJ – HC n. 353.829/GO, 2016/0100613-8, rel. min.

Nefi Cordeiro, julgamento em 28-6-2016, Sexta Turma, *DJe* de 1º-8-2016 – Grifos nossos)

Destarte, considerando-se a atual bipolarização do cenário político nacional, há de se examinar qual será a postura dos tribunais ao se depararem com a alegação de tal imunidade. Hodiernamente, pode-se constatar que o discurso de ódio, assim como a demagogia exacerbada, tem tomado conta de várias sessões nas Casas do Congresso Nacional, à medida que os parlamentares, em vistas de tentar agradar a ambos os extremos do eleitorado, têm se lançado cada vez mais em campanhas ríspidas e guerras ideológicas, nas quais, com a prerrogativa de estarem nos poderes outorgados pela população, se escondem por trás de discursos muitas vezes inverídicos e de pouco proveito intelectual.

5. HATE SPEECH: A ABRANGÊNCIA DO DISCURSO DO ÓDIO EM UM ESTUDO COMPARADO ENTRE O DIREITO INTERNACIONAL E O BRASILEIRO

Como vislumbrado em tópico precedente, é unânime pela doutrina a concepção da relatividade dos direitos fundamentais, tendo em vista que, por serem normas constitucionais de caráter aberto, polissêmico e dotadas de mesma hierarquia, podem entrar em um conflito aparente, o qual será solucionado pela não aplicação de um princípio em detrimento de outro mais essencial para o caso em concreto. Mediante essa contextualização, é importante salientar que, assim como os demais princípios constitucionais, o direito à liberdade de expressão não é absoluto, e sua aplicação irrestrita ou mitigada nos diferentes ordenamentos jurídicos varia conforme os ideais liberais ou sociais adotados pelos respectivos Estados.

Nesse liame, surge o *hate speech* ou discurso do ódio, que, em linhas gerais, pode ser definido como a manifestação, em sentido amplo,

de declaração contra ideologias de grupos minoritários. Seria então o discurso do ódio uma antijuridicidade velada ou apenas a liberdade de expressão em sua máxima plenitude? Dessa feita, o presente tópico visa abordar as nuances que definem o *hate speech*, assim como suas consequências no âmbito social, e demonstrar como essa manifestação é regulada pelo sistema jurídico norte-americano, alemão e brasileiro.

Para Luna e Santos (2014, p. 180), o discurso do ódio consubstancia-se em “toda manifestação que denigra ou ofenda os membros das minorias tradicionalmente discriminadas, que estão em inferioridade numérica ou em situação de subordinação socioeconômica, política ou cultural”. De forma abrangente, aduz Freitas e Castro (2013, p. 344), o objetivo desse discurso é “propagar a discriminação desrespeitosa para com todo aquele que possa ser considerado ‘diferente’, quer em razão de sua etnia, sua opção sexual, sua condição econômica ou seu gênero, para promover a sua exclusão social”. Oliva e Antonialli (2018, p. 33) também afirmam que “o caráter extremo do discurso de ódio não se constata a partir das palavras ou imagens utilizadas na manifestação da intolerância, mas do seu efeito: intimidar um grupo social, negando aos seus integrantes, direitos de sua titularidade”.

Conforme Ezequiel e Cioccarì (2017, p. 33-34), as manifestações do ódio propagadas na sociedade possuem um mínimo comum, qual seja, o discurso do ódio baseia-se em dois núcleos elementares: a discriminação e a externalidade. Dessa feita, trata-se de manifestação de cunho segregacionista em que há genericamente dois atores, o que emite o discurso e o que é atingido por ele, e essa exposição depreciativa ocorre quando é conhecida por outrem que não o autor da manifestação.

Além disso, embora a denominação de “discurso” conduza a uma ação, o discurso do ódio pode ser exteriorizado tanto em seu sentido literal como mediante gestos, panfletos, caricaturas e outros meios. E será considerado *hate speech* se sua finalidade estiver atrelada intrinsecamente a um ato que discrimine terceiro, contrapondo-lhes ou

defendendo a supressão da titularidade de seus direitos, por motivo de doutrina ou pela condição que apresentam (Segundo, 2015, p. 54). Dessa feita, “no âmbito do direito, o discurso de ódio é qualquer discurso, conduta ou gesto, falado, escrito ou representado que possa incitar violência ou externar ação discriminatória contra outrem ou, ainda, ofender ou intimidar pessoas” (Ezequiel; Ciocari, 2014, p. 34).

Como exposto, o *hate speech* é a clara expressão, por gestos ou palavras, de uma ideia contrária a segmentos da sociedade, os quais se encontram historicamente em uma situação fragilizada se comparada à dos demais grupos sociais. Assim sendo, essa efetiva manifestação odiosa, que externa um pensamento individual para o mundo real, tem o condão de depreciar o núcleo essencial do ser humano atingido pelo discurso, o qual é composto de sua dignidade, fruto dos ideais que possui e do que de fato é como pessoa, reflexo de sua personalidade perante a sociedade.

Visando dinamizar o potencial ofensivo do *hate speech*, Antonio Segundo (2015, p. 59-60) suscita alguns fatores que podem identificar os graus de ofensividade. Em primeiro lugar, está o instrumento pelo qual é veiculado o discurso, uma vez que, a depender do seu alcance, haverá uma dimensão menor ou maior de adeptos àquelas ideias segregadoras. Deve-se considerar também o conteúdo e sua extensão, para que se diferencie a mera opinião do discurso incisivo com o fito de desqualificar e subjugar grupos sociais. Em segundo lugar, está o grau de vulnerabilidade do grupo ao qual o discurso é direcionado, pois quanto mais minoritário e vulnerável ele for, maiores as chances de silenciá-lo.

Como observado, as consequências de tal discurso odioso marcado pela depreciação de outrem, indivíduo ou coletividade, são variadas, tais como discriminação, propagação do ódio, promoção da violência e intolerância. Situações totalmente contrárias a uma sociedade que tenha em seu esteio a base de uma democracia plural, e como uma de suas finalidades, a igualdade entre os seus cidadãos. No entanto, dependendo da historicidade

de um país e do que preconiza sua filosofia política, o discurso do ódio pode ser visto apenas como uma das facetas da liberdade de expressão ou uma grave e inconcebível ofensa aos direitos fundamentais.

No sistema jurídico norte-americano, a liberdade de expressão foi incorporada à Constituição em 1971 e encontra-se prevista na 1ª Emenda:

Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the government for a redress of grievances. (Legal Information Institute)

Como aduz a 1ª Emenda, o Congresso está impedido de fazer lei referente ao estabelecimento de uma religião ou proibir o seu livre exercício, assim como proibir a liberdade de expressão ou de imprensa, ou o direito dos cidadãos de se reunir pacificamente e de pedir ao governo reparação de suas queixas. Nesse modelo, a liberdade de expressão recebe ampla proteção constitucional e está baseada na liberdade negativa, ou seja, um direito que pertence ao indivíduo em oposição ao Estado, e não como uma obrigação positiva imposta pelo governo americano para garantir aos seus cidadãos a livre recepção e transmissão de ideias (Rosenfeld, 2003, p. 160).

Dessa feita, o entendimento jurisprudencial da Suprema Corte americana é de que a liberdade de expressão desempenha papel prioritário na sociedade, devendo ser limitada somente em casos de possível e iminente atentados contra a ordem pública, de tal forma que a regra é a não intervenção estatal ou de terceiros na individualidade de outrem, não estando ninguém impedido de fazer o que se deseja fazer. Ademais, acredita-se que, mediante a ausência de censura e o livre embate das mais diversas ideias, os cidadãos americanos exercem a sua autonomia como agentes morais (Luna; Santos, 2014, p. 181).

Ao conceber a liberdade de expressão em exercício pleno, o sistema norte-americano também abarca a proteção do *hate speech*, compreendendo que o Estado deve adotar uma postura de absoluta neutralidade em face dos diversos discursos e ideias advindos dos cidadãos, ainda que tais opiniões sejam as mais abjetas e miseráveis. Nessa linha de pensamento, entende-se, então, que devem receber igual proteção pelo poder público tanto as concepções defendidas pelas ideologias nazistas de Hitler e pelas ideias extremistas da Ku Klux Klan quanto as manifestações em prol da igualdade e dos direitos humanos. A limitação ao discurso do ódio apenas poderia ser discutível se as manifestações pudessem provocar uma acentuada reação violenta pela sociedade, o que a doutrina americana denomina de *fighting words*, ou palavras de luta (Sarmiento, 2006, p. 9).

O sistema jurídico alemão, por sua vez, não exalta a liberdade de expressão como pilar essencial e irrestrito do ordenamento jurídico, mas volta-se para o núcleo essencial da dignidade da pessoa humana (Luna; Santos, 2014, p. 185). Dessa forma, o discurso do ódio na sociedade alemã é avaliado mediante duas principais acepções:

[...] la concepción de libertad de expresión contenida en la Constitución alemana como debidamente circunscrita por valores fundamentales como la dignidad humana y por intereses constitucionales como el honor y la personalidad; (Rosenfeld, 2003, p. 179)

Como aduz o referido autor, a liberdade de expressão na Constituição alemã tem base nos valores fundamentais, como a dignidade humana, e nos interesses constitucionais, como a honra e personalidade; De sorte que esse ordenamento jurídico não ignora a natureza e o alcance do direito à liberdade de expressão, porém nutre sua valorização em equilíbrio aos demais princípios constitucionais, a fim de evitar a repetição sangrenta de sua história.

Destarte, a Alemanha, assim como os Estados Unidos, legitima a liberdade de expressão em virtude da democracia, da busca pela verdade e da autonomia de seus cidadãos. No entanto, a justificação alemã da democracia não cobre com o manto constitucional o discurso antidemocrático extremista que pugna pela negação de direitos democráticos a minorias. Nesse mesmo liame, a justificação alemã da busca pela verdade defende que negar falsidades admitidas por discursos odiosos não impede tal objetivo. Por fim, essa justificação em prol da autonomia de seus populares não se concentra apenas aos remetentes da mensagem, mas também se importa com os destinatários dela (Rosenfeld, 2003, p. 180-181), tendo em vista que a liberdade de expressão não deve ser vista de forma unilateral, sobretudo em uma democracia pluralista, que deve coadunar o equilíbrio de direitos e obrigações entre os diversos atores sociais.

Como observado, a democracia norte-americana fundada nos padrões liberais pugna pela liberdade de expressão plena e, conseqüentemente, pela defesa do discurso do ódio, em notável prevalência desse direito em detrimento dos direitos dos potenciais ofendidos. Nessa perspectiva, cabem aos cidadãos o contra-argumento e a defesa de seus interesses, mantendo-se inerte o Estado, à exceção de desordem pública, frisa-se, não em face de garantias e direitos humanos, mas tão somente, legalidade normal do estado.

Em contraposição, há o sistema alemão, que a exemplo das democracias contemporâneas, e também em face de produto histórico nacional, almeja o correto equilíbrio entre a liberdade de expressão e os direitos fundamentais da personalidade e da dignidade humana, o que por óbvio exclui o discurso do ódio, nascido em manifestação odiosa gratuita contra terceiros, a depreciar, *prima facie*, o próprio sentido de democracia (Freitas; Castro, 2013, p. 344-345).

Semelhante aos parâmetros do sistema jurídico alemão, o ordenamento jurídico brasileiro, em seu período de redemocratização, optou, em resposta ao seu passado histórico, marcado por censura política e

subjugação racial, elaborar uma Constituição Federal promotora da liberdade de expressão, da dignidade humana e dos demais direitos fundamentais insculpidos ao longo da Carta Cidadã. Não obstante a ausência constitucional e infraconstitucional vedando expressamente o discurso do ódio, em cotejo aos demais parâmetros jurídicos presentes no país, é possível obter a ilegitimidade do *hate speech*. Como elementos dessa interpretação sistêmica podem ser elencados o art. 20 da Lei n. 7.716/1989, que condena a prática do racismo, e a decisão do STF no HC n. 82.424/RS, que prevê limites morais e jurídicos à garantia constitucional da liberdade de expressão.

6. PERSPECTIVAS ACERCA DO HATE SPEECH NO CENÁRIO POLÍTICO NACIONAL: OS LIMITES JURÍDICOS ENTRE LIBERDADE DE EXPRESSÃO PARLAMENTAR E O DISCURSO DE ÓDIO

O sistema político de qualquer país tem por objetivo não somente contribuir para a organização do Estado mas também para a representação do povo e de seus interesses pelos atores políticos legitimamente atuantes. Esse exercício é tão imponente para a democracia que é dotado de diversas prerrogativas institucionais para o livre exercício do cargo, como a imunidade parlamentar, no caso do Brasil. No entanto, o cenário político nacional tem passado por fortes turbulências, entrando em uma reconhecida crise, que, além da bipolarização política, tem sustentado um período de intolerância e exacerbação por parte dos congressistas, culminando em dúvidas quanto aos limites jurídicos que impunham uma fronteira clara entre o reconhecido direito fundamental à liberdade de expressão parlamentar e o condenável discurso do ódio, posição já adotada pela jurisprudência do País.

Dito isso, este tópico abordará o contexto histórico que culminou na crise institucional do Legislativo brasileiro. Em seguida, traçará as diretrizes que influenciaram a bipolarização política da sociedade e

elencará casos de congressistas que comportam a conotação de *hate speech*. Ao final, apresentará as bases jurídicas que evidenciam até que ponto a manifestação política pode ser considerada liberdade de expressão parlamentar ou discurso de ódio.

Em 2013, o Brasil foi assolado por uma crise política que teve seu marco nacional iniciado com os protestos em razão do aumento dos preços das passagens de ônibus e metrô na cidade de São Paulo. Posteriormente, houve uma sucessão de passeatas pelos mais diversos motivos: corrupção política, impunidade e parcialidade da lei, assim como ausência de políticas sociais satisfatórias. Além disso, como resultado da Operação Lava Jato, que abriu a caixa de pandora de um vergonhoso esquema de corrupção eleitoral cujos protagonistas eram os principais partidos políticos que governaram o País no processo de redemocratização, os protestos voltaram em 2015 mais suntuosos; mas, dessa vez, entre os motivos estavam o *impeachment* da então presidente da República Dilma Rousseff e a alteração da matriz econômica para uma vertente liberalizante (Vieira, 2018, p. 17-19).

Para o doutrinador Oscar Viera (2018, p. 25-26), as causas principais que culminaram para a crise política foram dois conflitos de natureza institucional: 1) o desequilíbrio político propugnado pelo presidencialismo de coalizão; e 2) o sistema de controle e aplicação da lei, marcado pela atividade proativa do Judiciário, entre os vários assuntos, no cenário político, como o julgamento do caso do mensalão. O produto desses fatores deu origem à demasiada tensão entre a camada jurídica e a classe política. Em resumo, houve o somatório da crise fiscal, baseada na decadência das políticas públicas, com a fragilizada representação política marcada por um forte esquema de corrupção.

Esses fatores ensejaram uma polarização, não somente política como também social, de grupos ideológicos insurgindo-se contra o sistema de governo atuante, em uma falsa promessa de salvadores da pátria, enquanto outros, ditos “esclarecidos”, resolveram acreditar que tudo

seria um teatro para um iminente golpe. Longe de adentrar em uma análise desses pormenores, pois não é a finalidade deste trabalho, é importante destacar que, se o corpo social já se encontrava em um campo de batalha de opiniões mais acertadas, em relação aos poderes do Estado, o contexto não era diferente.

Nesse momento histórico do País, as opiniões mais radicais saíram do pensamento privado para a realidade empírica e, vindo de figuras públicas, contribuíram para o envenenamento do âmago social por retóricas de intolerância, casos de violência e a liderança de discursos hostis contrários aos valores constitucionais (Vieira, 2018, p. 17). Um desses casos foi a palestra para a comunidade judaica em 2017, protagonizada pelo então pré-candidato à presidência, o congressista Jair Bolsonaro (PSC-RJ), o qual, entre as diversas afrontas proferidas por ele a grupos minoritários da sociedade, afirmou que os “quilombolas eram vagabundos” e custavam caro para o Estado e que o Brasil deveria fechar as portas para refugiados de guerra, uma vez ser inconcebível abri-las para todos (UOL, 2017).

Outro caso foi o do deputado estadual Fernando Furtado (PCdoB), o qual, em um audiência pública no município de São João do Caru, Maranhão, depreciou e discriminou o grupo indígena Awá, localizado na mesma região, atribuindo-lhe conotações pejorativas quanto à sexualidade, além de incitar o ódio de fazendeiros contra a comunidade tradicional. Suas afirmações deram origem a uma ação civil pública proposta pelo Ministério Público Federal (MPF), que alegou incitação ao ódio por parte do congressista, motivo pelo qual houve um dano gerado pela discriminação da comunidade indígena. O processo suscitou a condenação do parlamentar ao pagamento indenizatório no valor de um milhão de reais e à retratação pelas ofensas declaradas (G1, 2015).

A dúvida que surge em face desses discursos e da visão constitucional do direito é se essas manifestações mais “acaloradas” são somente discursos que questionam grupos identitários ou, de fato, intolerantes

e atentatórios aos mais básicos valores constitucionais? Com o intuito de também responder a esse intrigante questionamento, Lucas Azevedo Paulino (2018, p. 158-159) aplica a classificação de Caleb Yong acerca dos discursos de ódio e deduz que a imunidade material parlamentar não pode acobertar discursos discriminatórios direcionados aos indivíduos ou à coletividade de pessoas, uma vez que tais exposições odiosas infringem danos aos direitos da personalidade, subjugando o pilar essencial da democracia brasileira, a dignidade da pessoa humana. Além disso, são condenáveis as políticas eliminatórias de grupos marginalizados, por afrontarem diretamente princípios constitucionais e compromissos internacionais do País, embora o discurso discriminatório e excludente seja permitido em virtude do acobertado discurso com visão liberal-progressista tolerado pela democracia, na possibilidade de representação pela atividade legislativa de grupos adeptos a essas políticas. Ao final, concluiu o autor que constatações fáticas e juízos de valor em face de grupos minoritários também são protegidos pela liberdade de expressão em âmbito parlamentar.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Assegurar os direitos fundamentais é apenas um dos grandes passos que a Carta Democrática de 1988 deu para constituir um Estado obediente ao seu ordenamento jurídico.

A tolerância à opinião contrária, a imunidade material parlamentar, além da possibilidade de o cidadão expressar suas opiniões, palavras e pensamentos, são todas garantias da Democracia na qual nos encontramos. A ampla liberdade de expressão nos proporciona viver em um Estado Democrático de Direito, no qual o indivíduo jamais deve ser perseguido por exprimir as razões de sua consciência ou dizer que se encontra no seu íntimo.

Embora o ordenamento jurídico brasileiro passe por uma crise de desconfiança da população, a salvaguarda da liberdade da expressão deve ser assegurada a todo custo, ao tempo em que toda forma de censura e autoritarismo devem ser combatidos.

Por estender ao particular a possibilidade de externar seus pensamentos, não podemos, por fim, concluir que quaisquer arbitrariedades ou discursos de ódio estão protegidos pelos institutos constitucionais. Ter a vida regida dentro de um Estado Democrático significa que também devemos prezar pelo respeito à esfera jurídica do próximo.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BASTOS, Celso Ribeiro. MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1999.

BITTAR, Carlos Alberto. *Direitos da personalidade*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz. (coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

CUNHA JR, Dirley. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

EZEQUIEL, Vanderlei de Castro; CIOCCARI, Deysi. Discurso de ódio na política contemporânea: Trump venceu! *Revista C&S*, São Bernardo do Campo, v. 39, n.3, p. 29-50, set./dez. 2017.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

FREITAS, Riva Sobrado de; CASTRO, Matheus Felipe de. Liberdade de Expressão e Discurso do ódio: um exame sobre as possíveis limitações à liberdade de expressão. *Sequência*, Florianópolis, n. 66, p. 327-355, jul. 2013.

G1. *MPF pede que deputado Fernando Furtado pague de R\$ 1 mi aos índios*. Disponível em: <http://g1.globo.com/ma/maranhao/noticia/2016/03/mpf-pede-que-deputado-fernando-furtado-pague-de-r1-mi-aos-indios.html>. Acesso em: 2 set. 2019.

GOMES, José Jairo. *Direito Eleitoral*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*, volume 1: Parte Geral. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

LEGAL INFORMATION INSTITUTE. *Firts Amendment*. Disponível em: https://www.law.cornell.edu/constitution/first_amendment. Acesso em: 1º set. 2019.

LUNA, Nevita Maria Pessoa de Aquino Franca; SANTOS, Gustavo Ferreira. Limites entre a liberdade de expressão e o discurso do ódio: controvérsias em torno das perspectivas norte-americana, alemã e brasileira. *Núcleo de Pesquisas sobre Gênero e Direito*, n. 2, 2º semestre de 2014. ISSN 2179-7131.

MARMELSTEIN, George. *Curso de direitos fundamentais*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MICHAELS, Lotar; MORLOK, Martín. *Direitos fundamentais*. São Paulo: Saraiva: 2016.

MITIDIERO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 35. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

OLIVA, Thiago Dias; ANTONIALLI, Dennys Marcelo. Estratégias de enfrentamento ao discurso de ódio na internet: o caso alemão. *Revista de Direitos Culturais*, Santo Ângelo, v. 13, n. 30, p. 29-44, maio/ago. 2018.

PAULINO, Lucas Azevedo. *Imunidade material parlamentar, liberdade de expressão e discurso do ódio: parâmetros para o tratamento jurídico do hate speech parlamentar*. In: PEREIRA, Rodolfo Viana (org.). *Direitos políticos, liberdade de expressão e discurso do ódio*. Belho Horizonte: IDDE, 2018. 268p.

ROSENFELD, Michel. EL discurso Del ódio en la jurisprudencial constitucional: análisis comparativo. *Revista Pensamento Constitucional*, vol. 11, n. 11, p. 153-198, 2005. Disponível em: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/view/7681/7927>. Acesso em: 22 ago. 2019.

SARMENTO, Daniel. A liberdade de expressão e o problema do “Hate Speech”. In: SARMENTO, Daniel. *Livres e iguais: estudos de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SEGUNDO, Antonio de Holanda Cavalcante. *Uma questão de opinião? Liberdade de expressão e seu âmbito protetivo: da livre manifestação do pensamento ao hate speech*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Fortaleza, Fortaleza, 2015, 113p. Disponível em: <https://uol.unifor.br/oul/conteudosite/F10663420150922084853937386/Dissertacao.pdf>. Acesso em: 22 ago. 2019.

TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil: volume único*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

TAVARES, André Ramos; BASTOS, Celso Ribeiro. *As tendências do direito público no limiar de um novo milênio*. São Paulo: Saraiva, 2000.

TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

UOL. Bolsonaro: Quilombola não serve nem pra procriar. *Congresso em foco*, abr. 2017. Disponível em: <https://congressoemfoco.uol.com.br/especial/noticias/bolsonaro-quilombola-nao-serve-nem-para-procriar/>. Acesso em: 2 set. 2019.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *A Batalha dos Poderes: da transição democrática ao mal-estar constitucional*. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

DEMOCRACIA E LIBERDADE DE EXPRESSÃO: A INTER-RELAÇÃO DESSES VALORES NA ÓPTICA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

Vinícius Alexandre Fortes de Barros¹

Guilherme Pereira Maciel Serra²

RESUMO

O presente artigo aborda os valores da democracia e da liberdade de expressão no âmbito do sistema interamericano de direitos humanos. Inicialmente, conceitua a democracia por seus conteúdos jurídico e filosófico para, após, posicioná-la no sistema interamericano de proteção dos direitos humanos. A mesma abordagem é realizada com a

1 Especialista em Direito Internacional Penal pelo *Siracuse International Institute for Human Rights and Criminal Justice* (Itália) e em Direito Processual Civil pela Fundação Escola do Ministério Público em Mato Grosso. Professor voluntário na Universidade Federal de Mato Grosso entre 2018 e 2019. Procurador da República pelo Ministério Público Federal (MPF).

2 Acadêmico do 4º ano do curso de Direito da Universidade Federal de Mato Grosso. Membro do Grupo de Estudos em Direito Internacional Público (GEDIP) da Universidade Federal de Mato Grosso. Estagiário no 2º Ofício da Procuradoria da República em Juína/MT.

liberdade de expressão, entendida como direito comunicativo, eis que é observado seu conteúdo e abrangência, seus limites, bem como as normas no sistema onusiano e interamericano que a protegem. Ao final, com a seleção de exemplos oriundos da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), o caso “Ricardo Canese vs. Paraguai” e o Parecer Consultivo n. 5/1985, faz a inter-relação dos dois direitos e demonstra como esse Tribunal Internacional entendeu que a liberdade de expressão fortalece a sociedade democrática.

Palavras-chave: Democracia. Liberdade de expressão. Corte Interamericana de Direitos Humanos.

ABSTRACT

This article aims to position the values of democracy and freedom of expression within the Inter-American human rights system. Initially, democracy is conceived as both legal and philosophical content and then positioned within the framework of the Inter-American system for the protection of human rights. The same is done with freedom of expression as a communicative right, and its content and scope, limits, and what are the norms in the UN and inter-American system that protect that right. In the end, with a selection of two symbolic cases from the Inter-American Court of Human Rights, such as the Ricardo Canese v Paraguay case and Advisory Opinion 5/85, it is created a rapport between these two rights, demonstrating how that International Court understood that freedom of expression strengthens the democratic society.

Keywords: Democracy. Freedom of expression. Inter-American Court of Human Rights.

1. INTRODUÇÃO

O fio condutor do presente artigo é a democracia e como ela se relaciona com a liberdade de expressão no sistema interamericano de direitos humanos.

Após o período das ditaduras militares na América Latina, muitos países vivem um momento de redescoberta democrática, experimentando o que se denomina hoje de justiça de transição. Em outras palavras, a justiça de transição é a criação de instrumentos e garantias para a verificação de violações a direitos humanos ocorridas em um período ditatorial em determinado país. Logo, verifica-se que a democracia, após violada, passa por uma renovação em que se garante a verificação *a posteriori* do que ocorreu de errado no passado.

Com estudos que datam desde a Grécia antiga a filósofos modernos, a democracia é conceito político que se transmudou de ideário utópico a realidade em alguns países do globo terrestre. Em sentido semelhante, a liberdade de expressão é direito fundamental e humano construído após longos anos de lutas e movimentos de expressão social.

Ainda que ampla, a liberdade de expressão *lato sensu* alberga o direito à opinião e à associação, além de garantir a liberdade religiosa, entre outros. Ocorre que, como será visto, alguns desses direitos podem ser restringidos, e tais restrições são possibilitadas pelo próprio Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

Em dois casos emblemáticos, a Corte IDH estabelece uma nítida inter-relação entre democracia e liberdade de expressão. No primeiro – o Parecer Consultivo n. 5/1985 –, analisa a questão da obrigatoriedade do registro de diploma profissional a jornalistas; enquanto, no segundo – caso “Ricardo Canese vs. Paraguai” –, adentra nas questões da restrição da liberdade de expressão.

Portanto, a inter-relação desses dois valores componentes do moderno Estado de Direito é o estudo do presente artigo. De início, serão apresen-

tadas análises sobre o valor democrático e sobre a liberdade de expressão no sistema interamericano de direitos humanos. Ao final, passar-se-á a uma observação dessa inter-relação na óptica da Corte IDH.

2. DEMOCRACIA: CONCEITO E PREVISÕES NO ÂMBITO DO SISTEMA LATINO-AMERICANO DE PROTEÇÃO DE DIREITOS HUMANOS

2.1 CONCEITOS E BASE NORMATIVA DO VALOR DEMOCRÁTICO

É indubitável que a Constituição da República Federativa do Brasil erigiu o valor democrático para a nova formação do Estado brasileiro. Já em seu preâmbulo se declara que a Assembleia Nacional Constituinte se reuniu justamente para a criação do Estado Democrático.

Esse Estado Democrático tem profundas raízes históricas e filosóficas com os demais sistemas políticos e Estados-Nação outrora existentes. De Aristóteles a Hannah Arendt, a democracia vem sendo construída justamente para a garantia da dignidade de vida aos cidadãos de determinado país.

Inicialmente, apregoa-se que a democracia tem como origem os radicais gregos “*demos*” e “*kratos*”, que significam, respectivamente, “povo” e “governo”. Nessa justaposição, pode-se inferir que a democracia, na Grécia antiga, seria caracterizada como “governo do povo” ou “governo popular”. Destarte, a participação pública de cidadãos é necessária para a composição da “vontade pública”.

De acordo com Arendt (2005, p. 33), o surgimento da “cidade-estado significava que o homem recebera, além de sua vida privada, uma espécie de segunda vida, o seu *bios politikos*”. Assim, o “ser político, o viver numa *polis*, significava que tudo era decidido mediante palavras e persuasão, e não através de força ou violência” (Arendt, 2005, p. 35).

Cumprir destacar que os contornos da vida democrática moldada na Grécia antiga eram diferentes dos atuais. Segundo Jorge Miranda:

O contributo mais original da Grécia para o pensamento político-constitucional acha-se no período áureo da democracia ateniense – mas democracia distinta da actual, não só por ser outra a concepção de liberdade como por apenas terem direitos políticos os cidadãos de certo estrato da população e apenas os homens, e eles os exercerem em governo directo. (Miranda, 1988, p. 53)

É justamente nesse período histórico que dois filósofos nortearam toda a construção acadêmica e intelectual dos debates sobre a democracia: Platão e Aristóteles.

Platão, em seu livro *A República*, tornou-se um dos primeiros autores a abordar a problemática da democracia e sua aplicação a um sistema de governo. Para ele, a liberdade é

o princípio fundamental entronizado pela democracia, o grande valor por ela introduzido nos costumes e práticas da cidade. Ademais, ela nos faz ver igualmente que a liberdade é uma aspiração humana fundamental, algo que exerce um tremendo fascínio sobre o homem, constituindo o fator que possibilita o desenvolvimento da experimentação no plano da *práxis* e aquilo que ocasiona até mesmo o desabrochar da filosofia no interior da cidade. Porém, ao mesmo tempo, Platão chama nossa atenção para o fato de que uma liberdade extrema e sem freios, não sujeita a nenhuma regulação moral superior, perde sua consistência ética e se converte num elemento potencialmente nocivo para a vida comunitária, de vez que, descambando na licença e no laxismo, ela cria um ambiente político anárquico, propício para o desenvolvimento do mais vulgar e rasteiro relativismo. (Oliveira, 2014, n.p.)

Aristóteles, discípulo de Platão, estabelece um dos primeiros tratados sobre o estado e suas funções em sua obra denominada *A Política*. Ali, Aristóteles correlaciona diversas formas de democracia e os regimes políticos a ela antagônicos. Interessante ressaltar que, mesmo optando pela monarquia como melhor regime político, Aristóteles ainda menciona que ela o será caso o povo assim a escolha:

A monarquia é, na nossa opinião, um dos melhores regimes. Contudo, é preciso examinar se é preferível, para um país e para um povo que queiram ser bem governados, ter ou não um rei, se não há um sistema mais interessante ou se a monarquia, sendo boa para uns, não seria má para os outros. (Aristóteles, 2006, n.p.)

Dessa forma, na democracia aristotélica, o povo é soberano e esse regime é baseado no princípio da igualdade. Ainda que, como Platão, Aristóteles não seja afeto a um regime democrático, eis que diferente do que atualmente se entende como sendo a democracia brasileira, ele a distingue em quatro tipos: o primeiro é baseado em um critério sobre a quantidade de riqueza; o segundo é fundamentado na origem (nascimento digno de determinada pessoa); o terceiro é alicerçado na possibilidade de governo por todos os cidadãos livres; e o quarto é estruturado pela igualdade de direitos e cargos públicos para todas as pessoas da vida pública.

Aristóteles critica veementemente esses modelos democráticos, em especial o último. Para ele esse tipo de igualdade absoluta pode gestacionar uma categoria que denomina de “demagogos”, ou seja, aqueles que podem governar um regime democrático por meio de decretos e causar mais mal à república em si. Em suas palavras: “resulta daí que o Estado cai no domínio da multidão indigente e se vê subtraído ao império das leis. Os demagogos calcam-nas com os pés e fazem predominar os decretos. Tal gentalha é desconhecida nas democracias que a lei governa” (Aristóteles, 2006, n.p.).

Segundo Lintott, Aristóteles caracteriza tais agentes como criadores de “*tyranny by provoking a reaction from an oligarchic or tyrannical conspiracy*”³ (Lintott, 1992, p. 127).

Logo, desde então se percebe que a democracia, como *modus* de coordenação política de um estado, também apresenta vulnerabilidades e defeitos.

Já no século XVII, na França, o doutrinador e filósofo iluminista Jean-Jacques Rousseau abordou a questão da democracia em sua obra *Do contrato social*. No livro III, Rousseau sugere que a democracia é quase um sistema utópico, eis que, “se houvesse um povo de deuses, ele se governaria democraticamente. Tão perfeito governo não compete aos homens” (Rousseau, s.d., n.p.).

Ainda que tenha essa visão, Rousseau erige como princípio norteador de sua obra o comando popular, ou seja, de que um governo soberano há de ser comandado pelo povo. Portanto, a soberania popular rousseauiana, aliada ao ideal contratualista de estado, deu força aos novos contornos de estado que surgiram nos séculos seguintes.

De acordo com Chabrot (2012, n.p.), o pacto social de Rousseau:

[...] *est d'une essence, d'une nature totalement égalitaire. Je dirais même égalitaire par nécessité. Car pour qu'il profite à tous, il faut que tous soient mis à égalité dans leurs droits et leurs devoirs. Pour que chacun accepte de tout abandonner de sa puissance, il faut qu'il soit assuré qu'il en est de même pour les autres, autant dans l'abandon des pouvoirs que dans l'obtention des droits.*⁴

3 “tirania por provocarem uma reação de uma conspiração oligárquica ou tirânica.” (Tradução livre)

4 “[...] é de uma essência, de natureza totalmente igualitária. Eu diria mesmo igualitário por necessidade. Porque para beneficiar a todos, todos devem ser iguais em

Já na contemporaneidade, situa-se o filósofo italiano Norberto Bobbio. Em seu *Dicionário de Política*, o verbete “democracia” situa-se logo após “demagogia”, quiçá para demonstrar justamente aquilo que Aristóteles anteriormente escrevera.

Nesse livro, Bobbio leciona que, na teoria da democracia, há três tradições de pensamento político: a teoria clássica, a medieval e a moderna. Apesar de extenso, o verbete abaixo as resume brilhantemente:

Na teoria contemporânea da Democracia confluem três grandes tradições do pensamento político: a) a teoria clássica, divulgada como teoria aristotélica, das três formas de Governo, segundo a qual a Democracia, como Governo do povo, de todos os cidadãos, ou seja, de todos aqueles que gozam dos direitos de cidadania, se distingue da monarquia, como Governo de um só, e da aristocracia, como Governo de poucos; b) a teoria medieval, de origem “romana, apoiada na soberania popular, na base da qual há a contraposição de uma concepção ascendente a uma concepção descendente da soberania conforme o poder supremo deriva do povo e se torna representativo ou deriva do príncipe e se transmite por delegação do superior para o inferior; c) a teoria moderna, conhecida como teoria de Maquiavel, nascida com o Estado moderno na forma das grandes monarquias, segundo a qual as formas históricas de Governo são essencialmente duas: a monarquia e a república, e a antiga Democracia nada mais é que uma forma de república (a outra é a aristocracia), onde se origina o intercâmbio característico do período pré-revolucionário entre ideais democráticos e ideais republicanos e o Governo genuinamente popular é chamado, em vez de Democracia, de república. (Bobbio, 1998, p. 319)

seus direitos e deveres. Para que cada um aceite em abandonar todo o seu poder, ele deve ter certeza de que é o mesmo para os outros, tanto no abandono dos poderes quanto na obtenção dos direitos.” (Tradução livre)

Percebe-se que, a partir da época moderna, a noção de democracia ficou vinculada ao valor republicano. Além disso, a partir do século XIX, “a discussão em torno da Democracia se foi desenvolvendo principalmente através de um confronto com as doutrinas políticas dominantes no tempo, o liberalismo de um lado e o socialismo do outro” (Bobbio, 1998, p. 323).

Necessário também pontuar a contribuição da teoria habermasiana ao estudo em questão. Habermas é um dos filósofos defensores da teoria deliberativa da democracia. Em resumo, essa teoria apregoa que, para as decisões públicas terem legitimidade, devem refletir a vontade coletiva ou pública anteriormente exposta pela participação dos cidadãos em fóruns públicos de deliberação. Nisso, constrói-se o conceito de esfera pública deliberativa/participativa.

Segundo Faria:

O que Habermas oferece, portanto, é um modelo discursivo de democracia que não está centrado apenas no sistema político-administrativo encarregado de tomar as decisões vinculantes nem exclusivamente na sociedade. A democracia deve ser analisada a partir da relação entre esses dois polos: as decisões tomadas no nível do sistema político devem ser fundamentadas e justificadas no âmbito da sociedade, através de uma esfera pública vitalizada. O sistema político deve estar ligado às redes periféricas da esfera pública política por meio de um fluxo de comunicação que parte de redes informais dessa esfera pública, se institucionaliza por meio dos corpos parlamentares e atinge o sistema político influenciando nas decisões tomadas. (Faria, 2000, p. 52)

Tal categorização é de extrema importância pelo nítido distanciamento que vem ocorrendo entre a esfera legislativa e a opinião pública. Aplicando-se o conceito habermasiano de democracia deliberativa, a esfera de participação e legitimidade da construção das normas e políticas

públicas ganha força até mesmo para combate de rupturas democráticas ou crises institucionais.

Assim, vistas essas classificações, é imperioso demonstrar como a democracia é posicionada nas ordens constitucional e interamericana.

2.2 A DEMOCRACIA NO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS

Como resposta à evolução do sistema de proteção de direitos humanos pós-Segunda Guerra, a correlação entre democracia e direitos humanos tornou-se mais evidente.

Esse vínculo estabelece que, como forma de dissipação da desigualdade social, a atuação dos indivíduos nas tomadas de decisões coíbe ações egoístas, consagrando o direito do sufrágio universal como o instrumento de garantia ao acesso de direitos civis e políticos a todos.

Nesse sentido, cumpre destacar o disposto no art. 21 da Declaração Universal de Direitos Humanos (DUDH) da ONU, *in verbis*:

1. Todo ser humano tem o direito de tomar parte no governo de seu país diretamente ou por intermédio de representantes livremente escolhidos.
2. Todo ser humano tem igual direito de acesso ao serviço público do seu país.
3. A vontade do povo será a base da autoridade do governo; essa vontade será expressa em eleições periódicas e legítimas, por sufrágio universal, por voto secreto ou processo equivalente que assegure a liberdade de voto.

Com o advento de inúmeros tratados internacionais estabelecendo premissas para consagração dos direitos humanos para todos, vinculou-se a estes o princípio do Estado Democrático de Direito, o qual serve,

conforme demonstrado, como fundamento basilar para as constituições republicanas, incluindo a brasileira.

A necessidade de se desenvolverem formas de promoção e proteção da democracia transpassa as barreiras regionais, razão pela qual se vê a imprescindibilidade de instrumentos internacionais regionais norteadores para tal escopo, atribuindo aos organismos internacionais um papel fundamental nesse processo.

Para tanto, a Organização dos Estados Americanos (OEA), criada em 1948, possui como principal objetivo alcançar, como estipula o art. 1º de sua Carta, “uma ordem de paz e de justiça, para promover a solidariedade, intensificar sua colaboração e defender sua soberania, sua integridade territorial e sua independência”, estabelecendo, assim, a democracia como o instrumento precípua para tal alcance.

Ao consolidar verdadeiramente sua preocupação em promover e proteger os sistemas democráticos, a fim de evitar que, novamente, os países interamericanos passem por qualquer processo de golpe de Estado, a OEA possui dois principais documentos, quais sejam, a Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969 e a Carta Democrática Interamericana de 2001.

2.2.1 A CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CADH)

Considerada a principal convenção sobre direitos humanos no sistema interamericano, a CADH, também chamada de Pacto de São José da Costa Rica, apesar de não tratar com profundidade as questões atinentes à democracia, impõe de forma implícita que o compromisso democrático dos Estados está intimamente ligado à constante promoção dos direitos humanos, corroborando com a ideia de uma relação profunda entre a democracia e os direitos humanos.

Já em seu preâmbulo, os Estados-parte dessa convenção reafirmam

que o seu propósito é o de “consolidar neste continente, dentro do quadro das instituições democráticas, um regime de liberdade pessoal e de justiça social, fundado no respeito dos direitos essenciais do homem”.

Dessa forma, muito além de prever a garantia e promoção de eleições periódicas e justas mediante o sufrágio universal para a consolidação da democracia nos Estados, necessário se faz que sejam respeitados os elementos essenciais de uma democracia, quais sejam, a obrigação de se respeitar os direitos (art. 1º), liberdade de associação (art. 16) e a liberdade de expressão e de opinião (art. 13), entre outros.

2.2.2 CARTA DEMOCRÁTICA INTERAMERICANA

A Carta Democrática Interamericana (CDI), também conhecida como a Constituição das Américas, representa o resultado de esforços da OEA na promoção e defesa da democracia representativa em seus Estados-membro, influenciada em grande parte pelos esforços anteriormente empreendidos pelo “Rio Group” – mecanismo político-diplomático de articulação latino-americano, criado em 1986 – e a Comunidade dos Estados Latino-Americanos e Caribenhos (Celac).

Como seu principal objetivo, a Carta traz disposições para lidar com situações de risco da ordem democrática por governos ilegítimos, haja vista ser esta a situação de extrema gravidade para a garantia dos direitos humanos. Os contextos de crise democrática não influenciam apenas os sujeitos da ordem interna, mas, sim, todo o sistema internacional de proteção desses direitos, trazendo instabilidade da ordem jurídica internacional na qual esse Estado está inserido.

Apesar de seu caráter primordial para a manutenção do sistema internacional de Direitos Humanos, a Carta Democrática possui natureza jurídica de *soft law*, ou seja, não se encontra no plano de direito obrigacional dos Estados, tendo apenas um caráter moral e político perante

a comunidade internacional inserida nesse sistema. Por isso, seu efetivo cumprimento não encontra grande repercussão nos casos de verdadeiro rompimento da ordem democrática, deixando de coibir ações de governos ilegítimos que ameaçam a ordem democrática. Na concepção de Valerio Mazzuoli (2019, p. 184):

[...] o sucesso da implementação das disposições da Carta depende mais da vontade política dos governos que propriamente de sua natureza jurídica. Em outros termos, a sua eficácia e legitimidade estão a provir mais de sua concreta utilização que da forma como veio à luz.

Considerando o exposto, os direitos sociais e humanos permeiam o conceito de Estado Democrático, sendo de forma evidente estabelecida uma relação de interdependência entre esses direitos. Dessa forma, a CDI, além de expor a necessidade de observância dos princípios e direitos previstos tanto na Convenção Americana quanto nos demais instrumentos internacionais de direitos humanos, traz em seu corpo diretrizes a serem seguidas pelos Estados-membro que visam a atingir a característica de garantidores da democracia, como, por exemplo, incentivo à erradicação de qualquer forma de preconceito e discriminação (art. 9) e a preservação das garantias aos direitos trabalhistas no ordenamento interno (art. 10).

3. LIBERDADE DE EXPRESSÃO: CONTEÚDO E POSIÇÃO NO ÂMBITO DO SISTEMA LATINO-AMERICANO DE PROTEÇÃO DE DIREITOS HUMANOS

3.1 CONCEITO E LIMITES

A liberdade de expressão é direito comunicativo ligado às liberdades fundamentais da pessoa humana. De natureza bifronte, é essencial para o exercício de muitos outros direitos.

Enquanto direito comunicativo, relaciona-se a quaisquer formas de expressão ou de recebimento de informações (Mazzuoli, 2019, p. 469), de forma que atua na consolidação da democracia ao permitir que o cidadão exerça a manifestação de seu pensamento ou críticas sem embaraços. Eventual responsabilização, caso seja necessária, é sempre *a posteriori*, evitando-se a censura.

Pela classificação de Karel Vasak, inspirado no lema da Revolução Francesa (*liberté, égalité, fraternité*), a liberdade de expressão está inserida na primeira geração dos direitos humanos. Mazzuoli (2019, p. 52) salienta que os direitos insertos nessa geração “têm por titular o indivíduo, sendo, portanto, oponíveis ao Estado (são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado)”.

Segundo McGoldrick, há intrínseca correlação entre as quatro liberdades fundamentais, quais sejam, de pensamento, de expressão, de associação e de assembleia. Confira-se:

The freedoms of thought, expression, association, and assembly, often described as fundamental freedoms, are closely related to civil and political rights. The guarantee of each is necessary for the enjoyment of the other and indeed for the exercise of many human rights. Thus, freedom of expression is necessary if freedom of thought is to be exercised. In turn, freedom of expression has little meaning without the individual having freedom to think and have an opinion. (McGoldrick, 2018, p. 208)⁵

5 “As liberdades de pensamento, expressão, associação e assembleia, muitas vezes descritas como liberdades fundamentais, estão intimamente relacionadas aos direitos civis e políticos. A garantia de cada um é necessária para o gozo do outro e, de fato, para o exercício de muitos direitos humanos. Assim, a liberdade de expressão é necessária para que a liberdade de pensamento seja exercida. Por sua vez, a liberdade de expressão tem pouco significado sem que o indivíduo tenha liberdade para pensar e ter uma opinião.” (Tradução livre)

Ainda segundo esse autor, todas essas liberdades, conquanto possuam suas facetas individuais, também possuem uma dimensão coletiva, daí a sua natureza bifronte.

Logo, ao se observar que a liberdade de expressão tem seus espraiaamentos, nela são contidos diversos direitos, tais como a liberdade de expressão *stricto sensu*, de informação, de investigação acadêmica, de criação artística, de edição, de jornalismo, de imprensa, de radiodifusão, de programação, de comunicação individual, de telecomunicações e de comunicações em rede.

E é justamente por tais características que, por exemplo, a Constituição da República de 1988, no art. 5º, inciso IV, assegura como direito fundamental a livre manifestação do pensamento, vedando-se o anonimato. Também no inciso IX determina que “é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença”. A norma brasileira, assim, assegura tanto o direito de opinião como a possibilidade de sua expressão.

Para Possignolo (2018, p. 180), a importância da comunicação é atrelada à sua característica social, eis que a comunicação social é importante para a “consagração da dignidade humana, consubstanciada no livre desenvolvimento da personalidade e na livre formação da opinião, tanto individual quanto coletiva, através de uma esfera de discurso pública e pluralista”.

Portanto, ao se observar a Convenção Americana de Direitos Humanos, especificamente seu art. 13, nota-se que a liberdade de expressão tem caráter amplo, uma vez que é garantida à pessoa

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 sua escolha.

Essa amplitude justamente tem como escopo a busca da verdade, a obtenção e a difusão de conhecimento e a livre expressão das autonomias individuais, todas características inseridas na liberdade de expressão *lato sensu*.

Logo, a difusão de informações é essencial ao Estado Democrático. Permitir a difusão de ideias e a garantia de expressão de ideias antagônicas reforça as estruturas republicanas da sociedade democrática. Para McGoldrick (2018, p. 217), esse direito humano inclui a liberdade, sem interferências ou penalidades, de sustentar opiniões.

Ao correlacionar tais temas, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos, no caso “Handyside vs. Reino Unido”, salientou a importância da liberdade de expressão como princípio da sociedade democrática:

The Court’s supervisory functions oblige it to pay the utmost attention to the principles characterising a “democratic society”. Freedom of expression constitutes one of the essential foundations of such a society, one of the basic conditions for its progress and for the development of every man. Subject to paragraph 2 of Article 10 (art. 10-2), it is applicable not only to “information” or “ideas” that are favourably received or regarded as inoffensive or as a matter of indifference, but also to those that offend, shock or disturb the State or any sector of the population. Such are the demands of that pluralism, tolerance and broadmindedness without which there is no “democratic society”. This means, amongst other things, that every “formality”, “condition”, “restriction” or “penalty” imposed in this sphere must be proportionate to the legitimate aim pursued.⁶

6 “As funções de supervisão do Tribunal obrigam-no a prestar a máxima atenção aos princípios que caracterizam uma ‘sociedade democrática’. A liberdade de expressão constitui uma das fundações essenciais dessa sociedade, uma das condições básicas

Passando-se às restrições a tal direito humano, é necessário distinguir a situação do direito à opinião e o direito à liberdade de expressão. Enquanto esta pode ser restringida, o Comitê de Direitos Humanos da ONU entende que a liberdade de opinião não pode sofrer exceções ou restrições. No Comentário Geral de número 34, esse Comitê estabelece, ao direito à opinião, que:

This is a right to which the Covenant permits no exception or restriction. Freedom of opinion extends to the right to change an opinion whenever and for whatever reason a person so freely chooses. No person may be subject to the impairment of any rights under the Covenant on the basis of his or her actual, perceived or supposed opinions. All forms of opinion are protected, including opinions of a political, scientific, historic, moral or religious nature. It is incompatible with paragraph 1 to criminalize the holding of an opinion. The harassment, intimidation or stigmatization of a person, including arrest, detention, trial or imprisonment for reasons of the opinions they may hold, constitutes a violation of article 19, paragraph 1.⁷

para seu progresso e para o desenvolvimento de todos os homens. Sujeita a [restrições legítimas] é aplicável não somente à ‘informação’ ou às ‘ideias’ que são recebidas favoravelmente ou consideradas inofensivas ou indiferentes, mas também àquelas que ofendem, chocam ou perturbam o Estado ou algum segmento da população. Essas são as exigências do pluralismo, da tolerância, da abertura mental, sem as quais não existe uma ‘sociedade democrática’. Isso significa, entre outras coisas, que toda ‘formalidade’, ‘condição’, ‘restrição’ ou ‘sanção’ imposta nessa esfera deve ter proporcionalidade em relação ao objetivo legítimo que se busca.” (Tradução livre)

- 7 “Este é um direito ao qual o Pacto não permite nenhuma exceção ou restrição. A liberdade de opinião se estende ao direito de mudar de opinião sempre e por qualquer motivo que uma pessoa escolha livremente. Nenhuma pessoa pode estar sujeita à violação de quaisquer direitos sob o Pacto com base em suas opiniões reais, percebidas ou supostas. Todas as formas de opinião são protegidas, incluindo opiniões

Destarte, enquanto as pessoas podem pensar o que quiserem, às vezes não poderão dizer ou escrever o que querem (McGoldrick, 2018, p. 221).

No que tange aos limites dos direitos comunicativos, Mazzuoli (2015, p. 220), leciona que,

No âmbito da Convenção Americana sobre Direitos Humanos o exercício do direito de liberdade de pensamento e de expressão não pode sujeitar-se à censura prévia, mas apenas a responsabilidades ulteriores (expressamente previstas em lei) que se façam necessárias para assegurar (a) o respeito dos direitos ou da reputação das demais pessoas, ou (b) a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas (art. 13, § 2º).

[...]

Ainda segundo a Convenção Americana “não se pode restringir o direito de expressão por vias e 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” (art. 13, § 3º).

Pela Convenção Americana de Direitos Humanos, os limites da liberdade de expressão são encontrados em seu art. 13, que abaixo será observado. Contudo, desde já se salienta que essa carta possibilita duas restrições: em caso de *hate speech*, de propaganda em favor da

de natureza política, científica, histórica, moral ou religiosa. É incompatível com o parágrafo 1 criminalizar a detenção de uma opinião. O assédio, intimidação ou estigmatização de uma pessoa, incluindo prisão, detenção, julgamento ou prisão por razões de opinião que possam ter, constitui uma violação do art. 19, parágrafo 1.’ (Tradução livre)

guerra e de censura prévia de espetáculos para a proteção moral das crianças e adolescentes (também chamados de classificação indicativa de eventos artísticos).

Por fim, antes de se passar à previsão normativa da liberdade de expressão, é interessante pontuar que, no caso “Última Tentação de Cristo”, a Corte IDH diferencia a classificação indicativa da censura prévia ou, como a que ocorreu no Chile, a censura sistemática:

É importante mencionar que o art. 13.4 da Convenção estabelece uma exceção à censura prévia, já que a permite no caso dos espetáculos públicos, mas unicamente com o fim de regular o acesso a eles, para a proteção moral da infância e da adolescência. Em todos os demais casos, qualquer medida preventiva implica o prejuízo à liberdade de pensamento e de expressão. 71. No presente caso, está provado que, no Chile, existe um sistema de censura prévia para a exibição e publicidade da produção cinematográfica e que o Conselho de Qualificação Cinematográfica proibiu, em princípio, a exibição do filme “A Última Tentação de Cristo” e, depois, ao requalificá-lo, permitiu sua exibição para maiores de 18 anos (par. 60 *a, c e d supra*). Posteriormente, a Corte de Apelações de Santiago tomou a decisão de deixar sem efeito a decisão do Conselho de Qualificação Cinematográfica em novembro de 1996, devido a um recurso de proteção interposto pelos senhores Sergio García Valdés, Vicente Torres Irrázabal, Francisco Javier Donoso Barriga, Matías Pérez Cruz, Jorge Reyes Zapata, Cristian Heerwagen Guzmán e Joel González Castillo, “em nome de [...] Jesus Cristo, da Igreja Católica, e por si mesmos”; decisão que foi confirmada pela Corte Suprema de Justiça do Chile. Este Tribunal considera que a proibição da exibição do filme “A Última Tentação de Cristo” constituiu, portanto, uma censura prévia imposta em violação ao art. 13 da Convenção.

Vistos o conceito e os limites da liberdade de expressão, passa-se a pontuar sua previsão normativa no sistema onusiano e regional de direitos humanos.

3.2 PREVISÃO NORMATIVA DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Inicialmente, pelo sistema ONU de proteção dos direitos humanos, a liberdade de expressão é prevista tanto na Declaração Universal dos Direitos Humanos quanto no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, já em 1948, solidificou a importância da liberdade de expressão em seu art. 19:

Toda pessoa tem direito à liberdade de opinião e expressão; esse direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e ideias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras.

Em 1966, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, também no art. 19, esmiúça o direito à liberdade de expressão, pois inclui quais restrições são legítimas:

1. ninguém poderá ser molestado por suas opiniões.
2. Toda pessoa terá direito à liberdade de expressão; esse direito incluirá a liberdade de procurar, receber e difundir informações e ideias de qualquer natureza, independentemente de considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro meio de sua escolha.
3. O exercício do direito previsto no parágrafo 2 do presente artigo implicará deveres e responsabilidades especiais. Consequentemente, po-

derá estar sujeito a certas restrições, que devem, entretanto, ser expressamente previstas em lei e que se façam necessárias para:

- a) assegurar o respeito dos direitos e da reputação das demais pessoas;
- b) proteger a segurança nacional, a ordem, a saúde ou a moral públicas.

Ao se compararem as restrições possíveis pela CADH, como visto no item 2.1 acima, observa-se que o pacto é mais amplo, pois contém conceitos indeterminados como a proteção da segurança nacional. No sistema interamericano de proteção aos direitos humanos, esse direito é previsto na CADH, em especial em seu art. 13.

Conquanto extenso, será tal norma reproduzida para compreensão de seu valor normativo na Convenção Americana:

Art. 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 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.

Ao analisar esse artigo, a Corte IDH salienta a importância da liberdade de expressão, bem como suas diferentes dimensões, no caso “Lagos del Campo vs. Peru”:

89. A jurisprudência da Corte deu um amplo conteúdo ao direito à liberdade de pensamento e expressão consagrados no art. 13 da Convenção. [...] Apontou que a liberdade de expressão tem uma dimensão individual e uma dimensão social, a partir das quais uma série de direitos se encontram protegidos no referido artigo. [...] à luz de ambas as dimensões, a liberdade de expressão exige, por um lado, que ninguém seja arbitrariamente prejudicado ou impedido de manifestar seus próprios pensamentos e representa, portanto, um direito de cada indivíduo; mas também implica, por outro lado, o direito coletivo de receber qualquer informação e conhecer a expressão do pensamento alheio. [...] 91. Nesse sentido, a liberdade de expressão é condição necessária ao funcionamento das organizações de trabalhadores, a fim de proteger seus direitos trabalhistas, melhorar suas condições e interesses legítimos [...]. 93. Sobre o tema, este Tribunal reconheceu que “em termos amplos da Convenção Americana, a liberdade de expressão pode ser violada sem uma intervenção direta do Estado”.

No sistema interamericano, a liberdade de expressão tem destaque especial entre outros direitos.

Na OEA, criou-se a Relatoria Especial para a Liberdade de Expressão, que atua em conjunto com a Comissão Interamericana de Direitos

Humanos para a análise de casos e o *rapport* de violações a direitos humanos nos países latino-americanos.

Por conseguinte, vista a posição normativa da liberdade de expressão enquanto direito humano, a Corte IDH tem-no aplicado consistentemente nos casos de violações à sociedade democrática ou violação em si desse direito comunicativo.

Em dois casos, como será visto abaixo, fez-se uma inter-relação da liberdade de expressão com a democracia, o que evidencia também a dimensão coletiva desse direito.

4. A ÓPTICA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

4.1 O PARECER CONSULTIVO N. 5/1985

Em 13 de novembro de 1985, a Corte IDH recebeu um pedido de Parecer Consultivo pelo governo da Costa Rica sobre a interpretação dos arts. 13 (Liberdade de pensamento e expressão) e 29 (Normas de interpretação) da CADH. Indagava-se a existência ou não de conflito ou contradição entre o registro profissional obrigatório como requisito indispensável para exercer a atividade jornalística em geral.

Em sua análise, a Corte IDH estabeleceu, preliminarmente, duas principais dimensões desse direito previsto na Convenção: a individual e a coletiva. Tais pressupostos indicam que não somente ao indivíduo é previsto tal liberdade, mas também a toda coletividade afeta com quaisquer restrições a esta garantia, as quais, inclusive, devem ser verificadas simultaneamente, haja vista que, ao se limitar o direito individual de propagar ideias e informações, a coletividade sofre em não obter tais fatos.

Tais apontamentos indicam a indispensabilidade dos meios de comunicação em uma sociedade democrática, especialmente por esse ser o

canal de maior propagação e difusão de opiniões, ideias, notícias e fatos do cotidiano afetos a toda sociedade.

A importância da liberdade de imprensa vai além do direito de exercer um cargo profissional. Ela é considerada parte integrante da construção crítica social, a qual, por meio deste amplo acesso aos meios de expressão, é capaz de formar opiniões e estabelecer reguladores do poder público.

Conforme se expõe no parecer: “Para o cidadão comum, o conhecimento da opinião alheia ou da informação de que dispõem os outros tem tanta importância como o direito a difundir a própria”.

Entretanto, o direito à liberdade de expressão não representa um direito absoluto e amplo, sendo previstas algumas restrições nos incisos do art. 13 da Convenção Americana. No caso em comento, a Corte IDH analisou se foram respeitados ou não os termos do art. 13, inciso 2, para determinar sua legitimidade. Nessa norma, são indicadas em quais condições as restrições à liberdade de expressão estão em conformidade com a Convenção, ou seja, no referido inciso, define-se por meio de quais meios podem ser estabelecidas legitimamente as restrições:

Estipula, em primeiro lugar, a proibição da censura prévia, a qual é sempre incompatível com a plena vigência dos direitos enumerados no artigo 13, salvo as exceções contempladas no inciso 4 referentes a espetáculos públicos, inclusive se se trata, supostamente, de prevenir por esse meio um eventual abuso da liberdade de expressão. Nesta matéria toda medida preventiva significa, inevitavelmente, o prejuízo da liberdade garantida pela Convenção. (Corte IDH, 1985)

Analisando esse ponto sob o viés democrático, verifica-se que, expressamente, a Corte IDH expõe que a presença da expressão “necessárias para assegurar”, empregada no art. 13, inciso 2, da Convenção, representa o objeto e o fim desse tratado, qual seja, conforme indicado

no Preâmbulo da Convenção, “[...] propósito de consolidar, neste Continente, dentro do quadro das instituições democráticas, um regime de liberdade pessoal e de justiça social, fundado no respeito dos direitos essenciais do homem”, além das disposições sobre os critérios de interpretação nos arts. 29, *c e d*, e 32, inciso 2.

A partir do contexto inserido pelas disposições e princípios norteadores da Convenção, interpreta-se que as restrições impostas a essa liberdade de expressão devem sempre levar em consideração as necessidades legítimas das sociedades e instituições democráticas, ou seja, é necessária a valoração das imposições a esse direito sob a égide da prevalência de se assegurar aquelas situações elencadas nas alíneas *a* e *b* do art. 13, inciso 2.

[...] para que as restrições sejam compatíveis com a Convenção devem ser justificadas de acordo com objetivos coletivos que, por sua importância, preponderem claramente sobre a necessidade social do pleno gozo do direito que o artigo 13 garante e não limitem mais que o estritamente necessário o direito protegido no artigo 13. Isto é, a restrição deve ser proporcional ao interesse que a justifica e ajustar-se estritamente ao alcance desse objetivo legítimo. (Corte IDH, 1985)

Verifica-se, portanto, a imprescindibilidade de se assegurarem as medidas necessárias para que o direito à liberdade de expressão, em ambas as suas dimensões, seja efetivado, como uma verdadeira base sustentadora do Estado Democrático, tendo como um dos principais instrumentos para verificação desse direito a atividade desempenhada pelos profissionais do jornalismo.

[...] a liberdade de expressão é uma pedra angular na própria existência de uma sociedade democrática. É indispensável para a formação da opinião pública. É também *conditio sine qua non* para que os parti-

dos políticos, os sindicatos, as sociedades científicas e culturais e, em geral, quem deseje influir sobre a coletividade, possa se desenvolver plenamente. É, enfim, condição para que a comunidade, na hora de exercer suas opções, esteja suficientemente informada. Deste modo, é possível afirmar que uma sociedade que não está bem informada não é plenamente livre. (Corte IDH, 1985)

4.2 CASO “RICARDO CANESE VS. PARAGUAI”

Conforme apresentação da demanda pela comissão, o Estado do Paraguai, de forma arbitrária, restringiu a saída do engenheiro e candidato à presidência do país Ricardo Canese, como consequência de manifestações feitas à época das eleições presidenciais em 1993.

Especificamente, durante um debate da disputa eleitoral, em agosto de 1992, Ricardo Canese questionou a idoneidade e integridade de Juan Carlos Wasmosy, também candidato à presidência do país e presidente da sociedade empresária Conempa. No momento das declarações, envolvida no contexto do desenvolvimento do complexo hidrelétrico binacional de Itaipu, Canese sofreu retaliações e, por fim, foi condenado por difamação, sendo submetido a uma restrição permanente para sair do país.

As declarações do engenheiro foram veiculadas por diversos canais midiáticos. Suas afirmações salientavam que Wasmosy fora beneficiado como presidente da Conempa, consórcio que obteve monopólio das principais obras civis de Itaipu pelo Paraguai, por força de influências do ditador militar e ex-presidente paraguaio Alfredo Stroessner, e denunciava o repasse de dividendos da empresa a este.

Consonante às dimensões da liberdade de expressão expostas pela comissão em diversas oportunidades (citadas, inclusive, no tópico anterior), verifica-se novamente a necessidade de se garantir não apenas o “reconhecimento teórico do direito de falar ou escrever”, mas o também

ligado, de forma intrínseca, direito de difundir ideias e ampliar o acesso às informações dos indivíduos, explorando, assim, diversos pontos de vista, por meio de opiniões, relatos e notícias. A restrição de acesso à informação mostra-se como um pressuposto nuclear deste direito de se expressar livremente.

Neste momento, entende-se o caráter basilar da liberdade de expressão ao Estado Democrático de Direito. No presente caso, tendo por contexto uma disputa eleitoral, as declarações feitas por Canese ampliaram o debate aos eleitores, dando informações capazes de alterar o pensamento crítico para escolha do representante do Estado, haja vista ser justamente esse o principal escopo do debate democrático, além de resguardar o direito do expositor de mencionar os fatos sobre os quais tenha conhecimento.

Conforme expôs a Corte IDH (2004):

Sem uma efetiva liberdade de expressão, materializada em todos os seus termos, a democracia se desvanece, o pluralismo e a tolerância começam a enfraquecer, os mecanismos de controle e denúncia cidadã começam a se tornar inoperantes e, definitivamente, cria-se o campo fértil para que sistemas autoritários se arraiguem na sociedade.

Dessa forma, a circulação de ideias e pensamentos de forma livre na sociedade garante a consolidação da ordem democrática de um país e expõe a indispensabilidade de se assegurar a liberdade de expressão em todas as suas ramificações.

Tendo isso em vista, conforme bem expôs a Corte IDH na sentença, em 11 de setembro de 2004, com a aprovação da Carta Democrática Interamericana, em seu art. 4º, esta que é considerada a Constituição das Américas, sedimentou-se a relação de interdependência do direito à liberdade de expressão e democracia, *in verbis*:

São componentes fundamentais do exercício da democracia a transparência das atividades governamentais, a probidade, a responsabilidade dos governos na gestão pública, o respeito dos direitos sociais e a liberdade de expressão e de imprensa. (OEA, 2004)

Entretanto, estabeleceram-se limites a essa liberdade de expressão. Conforme preceitua o art. 13, em seus incisos 4 e 5, e o art. 30 da Convenção Americana, esse direito não é absoluto, sendo prevista a possibilidade de restrições por meio da aplicação de responsabilidade ulteriores pelo exercício abusivo deste.

Em relação ao caso em comento, a Corte IDH analisou a imposição realizada pelo Tribunal paraguaio por meio do requisito da “necessidade” em uma sociedade democrática, haja vista que, em seus termos,

a restrição deve ser proporcional ao interesse que a justifica e deve se ajustar estritamente ao alcance desse objetivo legítimo, interferindo na menor medida possível no efetivo exercício do direito à liberdade de expressão. (Corte IDH, 2004)

Dessa forma, apesar das restrições previstas nos incisos 4 e 5 do art. 13, esta deve estar pautada em critérios coletivos legítimos, preponderando o interesse individual ao suscitar tais restrições.

A Corte IDH, então, entendeu que as informações trazidas pela vítima dentro de um debate político são importantes para o exercício do controle democrático e de relevante interesse do povo paraguaio justamente por se tratarem de questões que fomentam o debate sobre a transparência das atividades estatais e, por consequência, promovem a consciência de responsabilidade devida dos integrantes da gestão pública.

Verifica-se que o direito à liberdade de expressão se expressa em diversas formas, muito além do direito de poder falar, mas também de poder obter informações por diversos meios.

Ainda que com a possibilidade de restrição prevista no art. 13 do Pacto de São José da Costa Rica, o interesse coletivo e a necessidade de um controle democrático pela sociedade, principalmente em relação às atividades estatais, mostram-se sobressalientes, sendo consolidado, portanto, como um direito sustentador da consciência crítica política de uma sociedade.

Dessa forma, a Corte IDH estabeleceu uma intrínseca relação de codependência entre o direito à liberdade de expressão e a democracia. Sem a possibilidade de críticas, de exposição de pensamentos e obtenção de informações, o Estado Democrático de Direito pode tornar-se um Estado Autocrático ou Ditatorial.

5. CONCLUSÃO

Passando por um ideário utópico na Grécia antiga a ser considerado atualmente como verdadeiro regime político, a democracia invoca um conceito aberto, dinâmico e plural, em constante processo de transformação, não se restringindo apenas à primazia da legalidade como fonte basilar, mas também ao respeito aos direitos humanos internacionalmente previstos.

Verifica-se, portanto, a importância de não somente se reiterar o compromisso democrático na ordem jurídica interna dos países mas também se buscar um esforço conjunto de toda a comunidade internacional para assegurar esse direito para a existência de uma sociedade justa e plural.

A liberdade de expressão concede às pessoas o direito de se expressarem livremente, além de buscarem, receberem e transmitirem informações por qualquer meio. Permite, assim, o diálogo crítico e pluralista, tão indispensável para a manutenção de todo o sistema democrático.

Consonante análise pela óptica da Corte IDH, nos dois casos analisados pode-se verificar uma das visões sobre o assunto pela comunidade

internacional, os quais ampliaram os entendimentos sobre as dimensões, implicações e consequências do direito à liberdade de expressão.

No Parecer Consultivo n. 5/1985, a Corte IDH elucida o conceito do direito à liberdade de expressão no Pacto de São José da Costa Rica e traz o entendimento da indispensabilidade do exercício dos meios de comunicação e de seus profissionais na construção do ideário pluralista encartado no conceito de democracia. A ampla divulgação e o acesso à informação demonstram a profundidade das dimensões consequentes desse direito, que, apesar de não absoluto, mostra-se como a pedra angular da sociedade democrática.

Em relação à sentença no caso “Canese vs. Paraguai”, a Corte IDH, ao analisar a violação do direito à liberdade de expressão, expôs sua interpretação do art. 13 da Convenção e trouxe seu entendimento sobre as restrições possíveis a este direito no próprio ordenamento.

Como visto, é necessário que existam limitações a esse direito em casos específicos, possibilitando sua sanção em um momento posterior a ação. Entretanto, mesmo com essa possibilidade, a Corte trouxe o entendimento de exceção, relacionando com o processo eleitoral e, assim, estabelecendo que, em debates políticos, mesmo sendo as informações trazidas atinentes a uma pessoa da administração pública, verifica-se a indispensabilidade da divulgação das informações para a formação do ideário crítico-político da sociedade para o seu exercício do voto, contribuindo para a manutenção de todo o sistema democrático do país.

REFERÊNCIAS

ARENDR, Hannah. *A condição humana*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

ARISTÓTELES. *Política*. São Paulo: Martin Claret, 2006.

ASSEMBLEIA-GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*, 1948.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. 11. ed. Brasília: UnB, 1998. v. 1.

CHABROT, Christophe. *Rousseau et la démocratie égalitaire*. Palestra proferida na Universidade Lumière Lyon 2, em 28 de junho de 2012. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/268509825_Jean_Jacques_Rousseau_et_la_democratie_egalitaire. Acesso em: 3 ago. de 2019.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso “A Última Tentação de Cristo” (Olmedo Bustos e outros vs. Chile)*. Sentença de 5 de fevereiro de 2001. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/04/f30eb7942e6ea89e4d2ec4ca870784d3.pdf>. Acesso em: 28 ago. 2019.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Lagos del Campo vs. Peru*. Sentença de 31 de agosto de 2017. Tradução realizada pelo Ministério Público Federal. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/sci/dados-da-atuacao/corte-idh/lagos_del_campo. Acesso em: 28 ago. 2019.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos: direito à liberdade de expressão*. Brasília: MJ, 2014. v. 6.

FARIA, Cláudia Feres. Democracia deliberativa: Habermas, Cohen e Bohman. *Lua Nova*. n. 49, 2000, p. 47-68. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S0102-64452000000200004&lng=en&nrm=iso&tlng=pt. Acesso em: 4 ago. 2019.

LINTOTT, Andrew. Aristotle and democracy. *Classical Quarterly*. n. 42,

1992, p. 114-128. Disponível em: <https://philpapers.org/rec/LINAAD>. Acesso em: 3 ago. 2019.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de direitos humanos*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2019.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Direitos comunicativos como direitos humanos: abrangência, limites, acesso à internet e direito ao esquecimento. *Revista do Direito de Língua Portuguesa*, n. 6, jul./dez. 2015.

MCGOLDRICK, Dominic. Thought, expression, association and assembly. *International human rights law*. Oxford: Oxford, 2018.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Tomo I. Coimbra: Coimbra, 1990.

OLIVEIRA, Richard Romeiro. Platão e a questão da democracia na República. *Revista Estudos Filosóficos*. n. 12/2014, p. 28-47. Disponível em: <http://www.seer.ufsj.edu.br/index.php/estudosfilosoficos/article/view/2133>. Acesso em: 3 ago. 2019.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos do Homem*, de 10 de dezembro de 1948. Disponível em: http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm. Acesso em: 29 ago. 2019.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Carta da Organização dos Estados Americanos*, 1967.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Carta Democrática Interamericana*, 2004.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Convenção Americana De Direitos Humanos*, 1969.

POSSIGNOLO, André Trapani Costa. Análise do direito ao esque-

cimento no “Caso Aída Curi” à luz dos direitos comunicativos. *In*: MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (org.). *Novos paradigmas da proteção internacional dos direitos humanos*. Belo Horizonte: Arraes, 2018.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social*. E-book. Disponível em: <http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/contratosocial.pdf>. Acesso em: 30 ago. 2019.

TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS. *Case Handyside vs. United Kingdom*. Sentença de 7 de dezembro de 1976. Disponível em: [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57499#{“itemid”:\[“001-57499”\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57499#{“itemid”:[“001-57499”]}). Acesso em: 29 ago. 2019.

EXERCÍCIO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO PELOS MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Stanley Valeriano da Silva¹ e ²

“...essa palavra que o sonho humano alimenta...”

(Cecília Meirelles)

RESUMO

O exercício da liberdade de expressão pelos membros do Ministério Público (MP) tem sido alvo de diversas tentativas de cerceamento, como leis da mordaza e edição de atos administrativos restringindo a liberdade de manifestação e uso de representações nas corregedorias. Todavia, o membro do MP é um sujeito de direitos inalienáveis, como

-
- 1 Mestre em Direito Internacional e Integração Econômica pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Especialista em Direito Público pela Escola Superior do Ministério Público da União (ESMPU). Procurador da República.
 - 2 Registro os agradecimentos aos queridos colegas Leticia Carapeto Berndt, Renata Maia e Rafael Barreto, por suas pertinentes observações e produtivas trocas de ideias para a confecção deste artigo.

os demais cidadãos. O sistema jurídico já possui instrumentos adequados para punir os excessos.

Palavras-chave: Membros. Ministério Público. Liberdade de expressão.

ABSTRACT

The exercise of freedom of expression by members of the Public Prosecution Service has been the target of several attempts, such as gag laws and editing of administrative acts restricting freedom of expression and use of oversight bodies and mechanisms to curtail members. However, the member of the Public Prosecution Service is a subject of inalienable rights, like other citizens. The legal system already has adequate instruments to punish excesses.

Keywords: Members. Public Prosecution Service. Freedom of expression.

1. DA LIBERDADE DE PENSAMENTO E DE EXPRESSÃO

A liberdade de pensamento e de expressão, o direito de manifestação de opinião e o direito ao exercício de crítica são alguns dos mais básicos direitos que fundamentam uma democracia. Reconhecê-los é reconhecer a própria natureza humana.

Sócrates, entre os anos 470 e 399 antes de Cristo, já nos deixava memorável lição a respeito do assunto. Seus conceitos e ensinamentos eram vistos como influência corrompedora na moral dos jovens de Atenas. Com efeito, em seu julgamento, o filósofo defendeu, de forma eloquente, a liberdade de expressão, ao afirmar que preferia morrer cem vezes a abrir mão de seu compromisso com a verdade e de sua liberdade de pensamento e expressão.

O também filósofo Voltaire dedicou-se com tal afinco a essa causa que uma frase célebre lhe é atribuída, sem que seja realmente sua: “Posso discordar do que dizes, mas defenderei até a morte o teu direito de dizê-lo” (Hall, 1906)³.

Com efeito, a liberdade de pensamento e a de expressão são vetores essenciais para a realização pessoal. Logo, limitá-las importa em violência contra o princípio da dignidade da pessoa humana⁴.

A liberdade de expressão é considerada por filósofos e juristas como condição para o exercício de outras liberdades.

Por sua natureza, a liberdade de expressão é a condição indispensável de quase todas as outras liberdades; sem temor de equivocarmo-nos, nos atrevemos a afirmar que onde não há liberdade de expressão tampouco existe a liberdade, em seu sentido mais amplo, nem existe a democracia. (Ledesma, 2004)

Nesse mesmo passo, Daniel Sarmiento observa:

É necessário redobrada cautela quando se trata de limitar a liberdade de expressão em razão do conteúdo das ideias manifestadas. É preciso evitar a todo custo que este direito fundamental tão importante para a vitalidade da democracia e para a autorrealização individual torne-se refém das doutrinas morais majoritárias e das concepções sobre o

3 A frase, na verdade, é da biógrafa de Voltaire, a escritora inglesa Evelyn Beatrice Hall, mas expressa bem a causa defendida pelo filósofo.

4 “A plenitude de formação da personalidade depende de que se disponha de meios para conhecer a realidade e as suas interpretações, e isso como pressuposto mesmo para que se possa participar de debates e para que se tomem decisões relevantes. O argumento humanista, assim, acentua a liberdade de expressão como corolário da dignidade da pessoa humana.” (Mendes, 2008)

“politicamente correto”, vigentes em cada momento histórico. (Sarmiento, 2006)

Por ser tão básica à realização pessoal, a liberdade de expressão é reconhecida como integrante dos direitos fundamentais de primeira geração ou dimensão, isto é, daqueles que foram reconhecidos historicamente, por primeiro, na luta pela concretização dos direitos humanos, exigindo apenas uma abstenção estatal, no sentido de não violarem a esfera de direitos de seus cidadãos.

Mais do que isso, a liberdade de expressão é valor fundante de qualquer sociedade que se reconheça como democrática. É, ainda, princípio inafastável de qualquer Estado de Direito; pois é através do mercado de ideias (Mill, 1991) ou da discursividade (Habermas, 1998) que são criados os acordos públicos sobre os quais se obtém a estabilidade das instituições.

O Supremo Tribunal Federal (STF), tributário da tradição iniciada pela Suprema Corte americana, tem sido um ardoroso e incansável defensor da liberdade de expressão. Não por acaso, a Corte Suprema brasileira tem seguido o magistério dos mais importantes juristas e filósofos que se debruçam sobre o tema, reconhecendo que deve haver um fortíssimo ônus argumentativo para se afastar uma liberdade básica como o direito à livre expressão e manifestação. Nesse sentido, são os precedentes da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 130 (Lei da Imprensa), ADPF n. 187 (Marcha da Maconha), Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 4.815 (censura prévia a biografia) e, com especial destaque, o *Habeas Corpus* (HC) n. 82.424 (*hate speech*, caso “Ellwanger”). Por oportuno, transcrevo trecho da decisão monocrática proferida pelo ministro Celso de Mello, no julgamento da Medida Cautelar (MC) na Reclamação (Rcl) n. 20.757/PI:

Não constitui demasia insistir na observação de que a censura, por incompatível com o sistema democrático, foi banida do ordenamen-

to jurídico brasileiro, cuja Lei Fundamental – reafirmando a repulsa à atividade censória do Estado, na linha de anteriores Constituições brasileiras (Carta Imperial de 1824, art. 179, n. 5; CF/1891, art. 72, § 12; CF/1934, art. 113, n. 9; CF/1946, art. 141, § 5º) – expressamente vedou “[...] qualquer censura de natureza política, ideológica e artística” (CF/1988, art. 220, § 2º).

Cabe observar, ainda, que a repulsa à censura, além de haver sido consagrada em nosso constitucionalismo democrático, representa expressão de um compromisso que o Estado brasileiro assumiu no plano internacional.

Com efeito, o Brasil subscreveu, entre tantos outros instrumentos de proteção internacional dos direitos humanos, a Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana, promulgada pela III Assembleia-Geral da Organização das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948.

Esse estatuto contempla, em seu Artigo XIX, previsão do direito à liberdade de opinião e de expressão, inclusive a prerrogativa de procurar, de receber e de transmitir informações e ideias por quaisquer meios, independentemente de fronteiras.

O direito fundamental à liberdade de expressão, inclusive à liberdade de imprensa, é igualmente assegurado pelo Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos (Artigo 19), adotado pela Assembleia-Geral da ONU em 16-12-1966 e incorporado, formalmente, ao nosso direito positivo interno em 6-12-1992 (Decreto n. 592/1992).

Vale mencionar, ainda, por sumamente relevante, a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, promulgada pela IX Conferência Internacional Americana, realizada em Bogotá, em abril de 1948, cujo texto assegura a todos a plena liberdade de expressão (Artigo IV).

A Convenção Americana de Direitos Humanos, também denominada Pacto de São José da Costa Rica, garante, por sua vez, às pessoas em geral o direito à livre manifestação do pensamento, sendo-lhe absolutamente estranha a ideia de censura estatal.

Eis o que proclama, em seu Artigo 13, esse pacto fundamental:

“Artigo 13 – Liberdade de pensamento e de expressão

1. Toda pessoa tem o direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito inclui a liberdade de procurar, receber e difundir informações e ideias de qualquer natureza, sem considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer meio de sua escolha.

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

- a) o respeito dos direitos e da reputação das demais pessoas;
- b) a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas.”

Evidentemente, por reconhecer que nenhum direito é absoluto, o STF ressalva a possibilidade de que haja repercussão de direitos na esfera de terceiros (eficácia horizontal dos direitos fundamentais). Contudo, para haver restrição ou limitação de uma liberdade fundamental, é preciso, antes, ponderar os interesses em choque e demonstrar que a limitação não é desarrazoada. Nesse sentido, outra decisão monocrática – Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) n. 722.744 –, de lavra do ministro Celso de Mello, merece ser trazida à colação:

Essa garantia básica da liberdade de expressão do pensamento, como precedentemente assinalado, representa, em seu próprio e essencial significado, um dos fundamentos em que repousa a ordem democrática. *Nenhuma autoridade, mesmo a autoridade judiciária, pode prescrever o que será ortodoxo em política, ou em outras questões que envolvam temas de natureza filosófica, ideológica ou confessional, nem estabelecer padrões de conduta cuja observância implique restrição aos meios*

de divulgação do pensamento. Isso, porque “o direito de pensar, falar e escrever livremente, sem censura, sem restrições ou sem interferência governamental” representa, conforme adverte *Hugo Lafayette Black*, que integrou a Suprema Corte dos Estados Unidos da América, “o mais precioso privilégio dos cidadãos (...)” (“Crença na Constituição”, p. 63, 1970, Forense). (Grifei)

Na mesma linha, destaca-se o magistério de Sarlet (2016):

É amplamente reconhecido que a liberdade de manifestação do pensamento e a liberdade de expressão, compreendidas aqui em conjunto, constituem um dos direitos fundamentais mais preciosos e correspondem a uma das mais antigas exigências humanas, de tal sorte que integram os catálogos constitucionais desde a primeira fase do constitucionalismo moderno. Assim como a liberdade de expressão e manifestação do pensamento encontra um dos seus principais fundamentos (e objetivos) na dignidade da pessoa humana, naquilo que diz respeito à autonomia e ao livre desenvolvimento da personalidade do indivíduo, ela também guarda relação, numa dimensão social e política, com as condições de garantia da democracia e do pluralismo político, assegurando uma espécie de livre mercado das ideias, assumindo, neste sentido, a qualidade de um direito político e revelando ter também uma dimensão nitidamente transindividual, já que a liberdade de expressão e os seus respectivos limites operam essencialmente na esfera das relações de comunicação e da vida social.

2. DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO COMO UMA FACE DA PRÓPRIA PERSONALIDADE

Intensos debates têm sido travados recentemente acerca dos limites da liberdade de expressão dos membros do MP, tanto nos fóruns internos

de discussão quanto em artigos na mídia e, especialmente, pelos órgãos e conselhos que têm função administrativa e correcional.

Por um lado, é certo que o membro do MP representa a instituição e, por isso, muitas vezes, sua manifestação pessoal pode ser tomada publicamente como uma manifestação oficial do órgão. Não se pode negar, por outro lado, que o membro – promotor ou procurador –, embora tenha prerrogativas e deveres funcionais, é também um sujeito de direitos e, enquanto tal, não se despe de seus direitos constitucionalmente assegurados. Entre eles, a liberdade de expressão se sobressai como um dos mais evidentes direitos da personalidade.

De acordo com Espinosa, “é mediante a liberdade que o Homem se exprime como tal e em sua totalidade” (Sérgio, 2017). A Constituição de 1988, como elemento fundante do Estado Democrático de Direito, garantiu aos cidadãos a liberdade e a igualdade, fazendo menção expressa à liberdade de pensamento e garantindo textualmente a livre expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença.

Com efeito, a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, no seu art. 11, já proclamava:

A livre comunicação dos pensamentos e das opiniões é um dos direitos mais preciosos do Homem: assim, todo Cidadão pode falar, escrever, imprimir livremente, respondendo pelo abuso dessa liberdade dentro dos casos determinados pela Lei.

Com isso, não se está a defender a inimizabilidade dos membros do MP por suas manifestações públicas. Ao contrário, busca-se evitar excessos e manifestações incompatíveis – e, nesse sentido, a autocrítica é necessária ao longo de toda a carreira. Assim, a manifestação de cunho político-partidário por um promotor eleitoral, no município em que reside e atua, seria algo evidentemente afrontoso aos princípios e deveres que nor-

teiam sua atuação. Do mesmo modo, qualquer manifestação que expresse racismo ou preconceito, de qualquer espécie, seria violadora de princípios constitucionais que o membro do MP se comprometeu a proteger.

Ademais, algumas manifestações devem ser guiadas pela autocontenção, em respeito à própria instituição e ao cargo ocupado.

Mas, ao fim e ao cabo, a censura prévia é inadmissível e incompatível com o regime democrático. Eventuais excessos já encontram remédio adequado, com a possibilidade de responsabilização civil, penal e até mesmo administrativa, quando também constituírem eventual ilícito.

Como já advertira Espinosa, ser livre é assumir o conjunto dos nossos atos e saber responder por eles.

3. DO MONITORAMENTO DE REDES SOCIAIS DE MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Os membros do Ministério Público Federal (MPF) – e de outros ramos – têm se deparado, recentemente, com uma série de atos atentatórios a sua liberdade de expressão.

Inicialmente, a corregedoria do MPF estabeleceu várias restrições ao uso do correio eletrônico por seus membros. Entre elas, fixou um número máximo de envio de mensagens e restringiu a discussão de temas não afetos ao cotidiano profissional.

No entanto, inexistente qualquer ato legal ou administrativo que estabeleça balizas sobre a utilização de redes sociais por membros do MP.

Na Política de Comunicação do MPF, assim como em orientações sobre política de comunicação do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP)⁵ e de outros órgãos e ramos do MP, existem apenas as recomendações de que comunicações oficiais devem ser feitas nos perfis

5 Recomendação CNMP n. 58, de 17-7-2017.

das respectivas instituições e que os membros e servidores respondem, pessoalmente, pelas publicações realizadas em seus perfis particulares:

Art. 9º Os membros e servidores devem orientar-se pela política de comunicação ao tratarem de assuntos de sua atribuição, considerando as diretrizes de conveniência, meios e formas de divulgação.

Parágrafo único. Os membros e servidores, ao utilizarem-se das mídias sociais, devem estar atentos ao postar informações relacionadas à atuação do órgão, principalmente as de caráter sigiloso, que envolvam segurança ou interesse público, sendo as postagens realizadas em contas pessoais de responsabilidade dos usuários proprietários das contas.

Recentemente, a corregedoria do MPF publicou um comunicado, no qual informava que determinara o monitoramento das redes sociais de seus membros pela Secretaria de Comunicação Social do MPF.

Em princípio, não se verifica fundamento jurídico para tal restrição, cujo propósito, ao que tudo indica, é intimidar os membros do MP, para que, atemorizados pelo risco de serem alvos de procedimentos correccionais, não utilizem redes sociais para se expressarem.

As redes sociais constituem hoje uma forma viva de interação entre indivíduos e permitem comunicar e amplificar ideias, estabelecer relações e expressar identidade. Assim, constitui uma nova maneira de “fazer sociedade” (Levy, 2010). Através das redes sociais, os indivíduos podem estabelecer relações de amizade e compartilhar interesses em comum, como a prática de esportes ou o gosto por determinada manifestação artística etc.

Muitos membros usam também seus perfis particulares para darem visibilidade a questões jurídicas – até mesmo por exercerem o magistério – e a ações relacionadas a sua vida profissional.

Diante disso, a vaga previsão da corregedoria quanto à possibilidade de fiscalização dos perfis dos membros não permite compreender qual

seja o seu real objetivo: cercear a possibilidade de certos assuntos? Temas políticos? Determinados tipos de fotos ou trajes?

Neste ponto, cabe destacar que o Marco Civil da internet (Lei n. 12.965/2014) estabeleceu princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet no Brasil. Nesse sentido, merecem especial atenção os incisos I e VI do art. 3º, que destacam a *garantia da liberdade de expressão, comunicação e manifestação de pensamento* e a *responsabilização dos agentes* de acordo com suas atividades, nos termos da lei.

4. DA MANIFESTAÇÃO DO DIREITO DE CRÍTICA: ARTIGOS, ENTREVISTAS E MANIFESTAÇÕES JUDICIAIS

Em uma República, não pode haver privilégios pessoais ou cidadãos com *status* diferenciado. Assim, não se pode estabelecer que qualquer ato praticado por um ocupante de cargo público esteja a salvo de críticas, especialmente quando ocupante de alta função. Não por acaso, a Constituição estabelece a publicidade como um dos princípios basilares da administração pública.

É claro que, em certas situações, não é recomendável ao membro fazer manifestações públicas, quando constituam temas que, eventualmente, possam recair sob sua atribuição – o que poderia violar a sua suspeição, por manifestação prévia de juízo. Daí a necessidade de se exercer, muitas vezes, a autocontenção já previamente falada. Por outro lado, isso não significa que o fato de ser ocupante de cargo público torne o membro do MP um cidadão sem direito à manifestação ou expressão.

O debate público sobre as ideias e os atos da administração, o controle e a fiscalização pública e contínua dos atos de todos os órgãos e Poderes que compõem a administração permitem que se prossiga na marcha em favor do cumprimento dos demais princípios da administração, a saber: legalidade, impessoalidade, moralidade e eficiência.

Ser uma pessoa pública ou exercente de função pública não a torna imune à crítica; ao contrário, a exposição aumenta a possibilidade de sua ocorrência, e, conseqüentemente, faz crescer a responsabilidade quanto ao que se afirma.

Desse modo, parece totalmente infundado que determinados agentes públicos tentem utilizar procedimentos correccionais no intuito de perseguir membros do MP por opiniões expostas em manifestações judiciais, artigos e entrevistas. Em se tratando de ações de grande repercussão, a manifestação pública ou a exposição de determinados fatos e atuações à imprensa configuram até mesmo uma prestação de contas à população.

Aliás, o STF tem sempre reiterado, em seus julgamentos, que só é possível afastar a liberdade de expressão ou mesmo punir qualquer manifestação pública de opinião ou de crítica, se estiverem presentes elementos claros que demonstrem a violação à dignidade de terceiros, como através de expressões injuriosas ou do manifesto ânimo de ofensa (*animus injuriandi vel diffamandi*). Com esse entendimento o Supremo Tribunal tem afastado tanto as pretensões de punir na esfera penal, como crimes de opinião, quanto as pretensões de cobrar indenização na esfera civil, em razão de manifestações de opinião relativas à conduta de agentes públicos ou pessoas que ocupem cargos públicos, como se observa do seguinte julgado:

*Liberdade de informação – Direito de crítica – Prerrogativa político-jurídica de índole constitucional – Matéria jornalística que expõe fatos e veicula opinião em tom de crítica – Circunstância que exclui o intuito de ofender – As excludentes anímicas como fator de descaracterização do animus injuriandi vel diffamandi – Ausência de ilicitude no comportamento do profissional de imprensa – Inocorrência de abuso da liberdade de manifestação do pensamento – Caracterização, na espécie, do regular exercício do direito de informação – O direito de crítica, **quando motivado por razões de interesse coletivo**, não se reduz, em sua expressão*

concreta, à dimensão do abuso da liberdade de imprensa – A questão da liberdade de informação (e do direito de crítica nela fundado) em face das figuras públicas ou notórias – Jurisprudência – Doutrina – Jornalista que foi condenado ao pagamento de indenização civil por danos morais – Insubsistência, no caso, dessa condenação civil – Improcedência da “ação indenizatória” – Recurso de agravo improvido.

– A liberdade de imprensa, enquanto projeção das *liberdades de comunicação e de manifestação do pensamento*, reveste-se de conteúdo abrangente, por compreender, dentre outras prerrogativas relevantes que lhe são inerentes, (a) o direito de informar, (b) o direito de buscar a informação, (c) o direito de opinar e (d) o direito de criticar.

– A crítica jornalística, desse modo, traduz direito impregnado de qualificação constitucional, plenamente oponível aos que exercem qualquer atividade de interesse da coletividade em geral, pois *o interesse social, que legitima o direito de criticar, sobrepõe-se a eventuais suscetibilidades que possam revelar as pessoas públicas ou as figuras notórias, exercentes, ou não, de cargos oficiais.*

– A crítica que os meios de comunicação social dirigem às pessoas públicas, por mais dura e veemente que possa ser, deixa de sofrer, quanto ao seu concreto exercício, as limitações externas que ordinariamente resultam dos direitos de personalidade.

– Não induz responsabilidade civil a publicação de matéria jornalística cujo conteúdo divulgue *observações em caráter mordaz ou irônico* ou, então, veicule opiniões em tom de crítica severa, dura ou, até, impiedosa, ainda mais se a pessoa a quem tais observações forem dirigidas ostentar a **condição de figura pública, investida, ou não, de autoridade governamental**, pois, em tal contexto, a liberdade de crítica qualifica-se como verdadeira **excludente anímica, apta a afastar o intuito doloso de ofender**. Jurisprudência. Doutrina.

– O Supremo Tribunal Federal tem destacado, de modo singular, em seu magistério jurisprudencial, a necessidade de preservar-se a prática

da liberdade de informação, resguardando-se, inclusive, o exercício do direito de crítica que dela emana, por tratar-se de prerrogativa essencial que se qualifica como um dos suportes axiológicos que conferem legitimação material à própria concepção do regime democrático.

– Mostra-se incompatível com o pluralismo de ideias, que legitima a divergência de opiniões, a visão daqueles que pretendem negar, aos meios de comunicação social (e aos seus profissionais), o direito de buscar e de interpretar as informações, bem assim a prerrogativa de expender as críticas pertinentes. Arbitrária, desse modo, e inconciliável com a proteção constitucional da informação, a repressão à crítica jornalística, pois *o Estado – inclusive seus Juízes e Tribunais – não dispõe de poder algum sobre a palavra, sobre as ideias e sobre as convicções manifestadas pelos profissionais da Imprensa. Precedentes do Supremo Tribunal Federal. Jurisprudência comparada (Corte Europeia de Direitos Humanos e Tribunal Constitucional Espanhol).*⁶ (Grifos no original)

Esse julgado traz alguns elementos importantes: a) a ideia de que o direito de crítica é intrínseco à liberdade de expressão e de pensamento; b) a relativização dos direitos da personalidade em relação às pessoas públicas ou que ostentam cargos públicos, porquanto, em razão da função, estão mais expostos ao exame de sua atuação funcional; c) o fato de que a intenção de crítica, ainda que seja dura, contundente, severa, veemente ou, até mesmo, irônica ou mordaz, não induz reparação civil; d) a liberdade de crítica é excludente anímica do intuito doloso de ofender.

Essa situação em muito se assemelha àqueles casos em que o STF já afirmou que o contexto da disputa eleitoral leva a um acirramento de ânimos, razão pela qual é necessário ter certo temperamento, pois

6 STF, Agravo de Instrumento n. 505.595, rel. min. Celso de Mello, julgado em 11-11-2009, *DJe* 219, de 23-11-2009.

nem tudo que se afirma pode ser levado “ao pé da letra” ou considerado como injurioso. Oportuna é a citação do trecho de decisão proferida pelo eminente ministro Luiz Roberto Barroso:

[...] Existem dois aspectos importantes a serem analisados: a existência de determinação na acusação feita (cometimento de crime de peculato), e o ambiente eleitoral em que ocorreu.

[...] Neste sentido, a lição de Nelson Hungria, nos Comentários ao Código Penal, vol. VI, p. 61:

“A determinação do fato imputado diz com a própria noção de calúnia, cuja especial gravidade está precisamente em que, com a menção a fatos, torna-se mais facilmente crível a imputação. *A assacadiha formulada em termos vagos passa, esquece-se*; mas se é apontado um fato concreto, dificilmente deixará o ofendido de ser um perpétuo tributário da maledicência [...]”

Da mesma forma, já decidiu o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da AP 428/TO, pelo Tribunal Pleno, rel. min. Gilmar Mendes, em 12-6-2008, do qual se destaca:

“Ementa: ação penal. Denúncia. Extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva com relação aos crimes eleitorais de injúria e difamação. Condenação pelo crime eleitoral de calúnia. Recurso de apelação interposto somente pela defesa. Remessa dos autos ao supremo Tribunal Federal em face da diplomação do réu no cargo de deputado federal. Reconhecimento pelo STF, por maioria, da atipicidade da conduta do réu. I. Sentença condenatória – Recurso criminal – Preliminar de intempestividade suscitada nas contrarrazões apresentadas pelo Ministério Público Eleitoral – Prazo – Intimação [...] II. Calúnia – Tipicidade. A tipicidade própria à calúnia pressupõe a imputação de fato determinado, revelador de prática criminosa, não a caracterizando palavras genéricas, muito embora alcançando a honra do destinatário. Precedentes do STF. Atipicidade do fato. Vencido o

relator, Ministro Marco Aurélio, que deu provimento ao recurso para desclassificar o crime de calúnia para o de injúria, declarando, outrossim, a prescrição deste. III. *Recurso provido*. Recorrente absolvido da imputação com base no artigo 386, inciso III, do CPP.”

O segundo aspecto a ser examinado é o da existência de um clima eleitoral mais acirrado, em que os ânimos se exaltam no contexto da disputa política, o que acaba por afastar o dolo de caluniar. Nesse ambiente, não é incomum um candidato, preocupado eventualmente com o favorecimento indevido de outro, apresentar notícias e requerer apuração. Não pudesse fazer isso, por receio de responder por crime contra a honra ou por denúncia caluniosa, a própria fiscalização eleitoral acabaria prejudicada no cumprimento de sua atribuição, uma vez que boa parte dos desvios em campanha somente são conhecidos a partir de notícia dada por candidatos prejudicados na disputa. [...]

A peculiaridade do clima eleitoral exige que se tenha mais tolerância com algumas afirmações feitas por candidatos e partidos envolvidos. Acusações genéricas, na refrega da disputa, não implicam a presença do elemento subjetivo do tipo, e mesmo por isso merecem atenção da Justiça Eleitoral com consequência diversa: a *garantia, ao ofendido, do direito de resposta* às custas do tempo de propaganda do ofensor.

O posicionamento está de acordo com a jurisprudência da Corte, como se pode observar, como exemplo, no julgamento do HC n. 81.885, pela Segunda Turma, rel. min. Maurício Corrêa, em 3-9-2002:

“Ementa: Habeas corpus substitutivo de recurso ordinário. Queixa-crime. Delitos contra a honra: calúnia e injúria. Ausência dos elementos objetivos. Trancamento da ação penal por falta de justa causa para o seu prosseguimento. 1. Declarações veiculadas pela imprensa, mas utilizadas por terceiro também por ela noticiado sobre fato que, se confirmado, constituiria crime. Meras ilações de que eventuais dividendos políticos decorreriam de sua comprovação. Inexistência dos elementos objetivos configuradores do tipo previsto no art. 22 da Lei

7.492/1986. 2. Injúria. Comentários com adjetivação verbal exacerbada feitos por candidata durante campanha eleitoral sobre concorrente. *Situação tolerável no contexto político em que a linguagem contundente se insere no próprio fervor da refrega eleitoral.* 3. *Expressões tidas como contumeliosas, pronunciadas em momento de grande exaltação e no calor dos debates; críticas acres ou censura à atuação profissional de outrem, ainda que veementes, agem como fatores de descaracterização do tipo subjetivo peculiar aos crimes contra a honra.* Inexistência de *animus injuriandi*. Precedentes. 4. Crimes de calúnia e injúria não configurados. Trancamento da ação penal por falta de justa causa. Ordem de *habeas corpus* deferida.”

Isto posto, por não estar configurado o crime de calúnia, determino o arquivamento do inquérito. Dê-se vista à Procuradoria-Geral da República. Publique-se. Após, dê-se baixa e arquivem-se os autos. Brasília, 13 de agosto de 2013. Ministro Luís Roberto Barroso Relator.⁷ (Grifei)

Nesse contexto, cabe mencionar também a Nota Técnica n. 11/2017/PFDC/MPF, que versou sobre a liberdade de expressão artística em face da proteção de crianças e adolescentes, por trazer posições extremamente esclarecedoras sobre a possibilidade de serem estabelecidos limites à liberdade de expressão. A resposta, na linha do que já viemos expondo, é no sentido de que a liberdade de expressão é um valor a ser sempre prestigiado, sendo cabível algumas limitações: a) vedação do anonimato; b) ofensa à honra e imagem de terceiros, resguardado o direito de resposta e a indenização por danos materiais, morais ou à imagem de terceiros; c) restrições em razão do horário e adequação de faixa etária, para espetáculos e manifestações artísticas, em caráter

7 STF, Inquérito n. 3.291, rel. min. Roberto Barroso, julgado em 13-8-2013, *DJe* 164, de 22-8-2013.

informativo; d) limitações estabelecidas no art. 221 da CF; e) manifestações de caráter racista ou propagação de discurso de ódio.

Nessa mesma Nota Técnica, é citado um importante precedente do STF, em que o ministro Luís Roberto Barroso expressou a posição de preferência ou primazia que a liberdade de expressão apresenta em relação aos demais direitos fundamentais, quando em aparente colisão:

Tal posição de preferência – *preferred position* – foi consagrada originariamente pela Suprema Corte norte-americana, que assentou que “[...] apenas os abusos mais graves, que coloquem em risco interesses supremos, dão espaço a limitações admissíveis”. Referida doutrina tem sido admitida no direito brasileiro e já foi adotada em diversos precedentes deste Supremo Tribunal Federal, como a ADPF 130 e a ADPF 187. Ela também é reconhecida por tribunais internacionais e pelas cortes constitucionais de diversos países, como a Espanha e a Colômbia. (STF, ADI n. 4.815, rel. min. Luís Roberto Barroso)

Essa posição de preferência se guia por três presunções:

A primeira e mais conhecida delas é a presunção de primazia da liberdade de expressão no processo de ponderação. Ela se funda na ideia de que as colisões com outros valores constitucionais (incluindo os direitos da personalidade) devem se resolver, em princípio, em favor da livre circulação de ideias e informações. Isso não significa, por evidente, que a liberdade de expressão ostente caráter absoluto.

Excepcionalmente, essa prioridade poderá ceder lugar à luz das circunstâncias do caso concreto. Sua posição preferencial deverá, porém, servir de guia para o intérprete, exigindo, em todo caso, a preservação, na maior medida possível, das liberdades comunicativas.

Uma segunda presunção se refere à suspeição de todas as medidas – legais, administrativas, judiciais ou mesmo privadas – que limitem a

liberdade de expressão. Tais restrições deverão, por isso, submeter-se a um controle mais rigoroso, no qual se proceda a uma espécie de inversão da presunção de constitucionalidade das normas restritivas e se atribua um ônus argumentativo especialmente elevado para que se possa justificá-las.

Por fim, a terceira presunção é a da proibição da censura e, conseqüentemente, da primazia das responsabilidades posteriores pelo exercício eventualmente abusivo da liberdade de expressão. A vedação à censura constitui, em verdade, uma das principais garantias da liberdade de expressão. A proibição prévia de divulgação de uma ideia, informação ou obra representa a violação mais extrema deste direito, uma vez que implica a sua total supressão. Tal opção não ignora o perigo de que o exercício das liberdades comunicativas seja abusivo e produza danos injustos. No entanto, ela decorre do reconhecimento, historicamente comprovado, da impossibilidade de eliminar *a priori* os riscos de abusos sem comprometer a própria democracia e os demais valores essenciais tutelados, como a dignidade humana, a busca da verdade e a preservação da cultura e da memória coletivas. Em uma sociedade democrática, é preferível arcar com os custos sociais que decorrem de eventuais danos causados pela expressão do que o risco da sua supressão. Disso resulta a necessidade de conferir à liberdade de expressão uma maior margem de tolerância e imunidade e de estabelecer a vedação à censura. (STF, ADI n. 4.815, rel. min. Cármen Lúcia)

Feitas essas considerações, mostram-se inadequadas as tentativas de “amordçar” os membros do MP, especialmente quando apresentados à sociedade, em cumprimento à exigência constitucional do direito à informação e/ou publicidade, atos dos agentes públicos ou, ainda, em outros casos, como expressão da opinião individual e do exercício do direito de crítica.

Quando a manifestação, seja em artigo, seja em entrevista concedida por membro, se resume a apresentar fatos ou mesmo críticas, não

há que se falar em prática de crime ou abuso de poder pelo promotor ou procurador.

Mais do que isso, se tais atos não merecem repressão penal nem se inserem nos pressupostos para a indenização civil, muito menos devem dar azo à responsabilização administrativa, que segue os mesmos parâmetros do processo penal, dado o seu caráter de restrição à esfera dos direitos pessoais.

5. RESPONSABILIZAÇÃO ADMINISTRATIVA: JURISPRUDÊNCIA DO CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO E DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA

No que concerne ao exame das manifestações de membros do MP e magistrados, apreciando os limites da liberdade de expressão, o CNMP e o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) já se manifestaram em casos de trocas de mensagens eletrônicas ofensivas ou injuriosas, apontando tal conduta como “falta de urbanidade”, a teor do art. 236, VIII, da Lei Complementar n. 75/1993.

Todavia, é necessário consignar que, entre os casos apreciados, houve sempre utilização de linguajar chulo, palavras de baixo calão dirigidas a outro membro, imputação de fatos desairosos que mancham a reputação de outro membro (*v.g.*, ser usuário de drogas) ou, ainda, a observância de um comportamento reiterado de maus-tratos dirigidos a servidores, partes e colegas de carreira.

A expressão “falta de urbanidade” tem um conceito aberto, apto a ser examinado de acordo com o conteúdo do caso concreto. O CNMP já teve, contudo, em diversos casos, a oportunidade de examinar e buscar uma definição, valendo transcrever:

Urbanidade é polidez, boa educação, gentileza, cortesia. Falta de urbanidade é falta de educação, grosseria, estupidéz no trato com os

outros. Instaurar um procedimento de investigação *usando linguagem adequada ao meio jurídico* e compatível com a relevância da autoridade investigada não é falta de urbanidade, de polidez. 4. “Por muito tempo confundida com a hipocrisia cultivada, civilizada, a polidez aparece hoje de forma tão indispensável quanto a democracia. E, como essa, tem suas complicações. *Assim que nos aproximamos da polidez, somos confrontados com a eterna ambivalência entre sociabilidade e espontaneidade, mentira e autenticidade, boa e má educação, que engendra classificações sociais definitivas entre os que sabem e... os outros.* Muito além das contradições e da diversidade dos códigos, sempre e em toda parte será necessário que existam modos de regular as relações humanas em sociedade. A própria natureza nunca deixa de criar formas para isso. *Mas polidez não significa comprometimento. Não podemos negar a violência objetiva de certas situações de dependência ou exclusão que tornam absurda qualquer ideia de polidez.* (STF, Inquérito n. 3.291, rel. min. Roberto Barroso – Grifei)

Entre os precedentes que ajudam a definir qual seja o conteúdo de falta de urbanidade na óptica do CNMP, destacam-se:

Processo disciplinar avocado. Manifestação processual de procurador de Justiça do MP-DFT em revisão criminal. Emprego de expressões consideradas detrimen-tosas à atuação de promotor de Justiça e à condição de servidor do Ministério Público. Inviolabilidade dos membros do Ministério Público pelas manifestações processuais. Improcedência. Recomendação de polidez ao requerido. 1. O requerido valeu-se de expressões deselegantes para comentar a atuação do Promotor de Justiça e de servidor público em processo judicial. 2. O dever de urbanidade imposto legalmente aos membros dos Ministérios Públicos encontra limites na inviolabilidade material que lhes é garantida. Precedente do STF com relação à inviolabilidade da magistratura plenamente exten-

sível ao caso concreto. 3. No caso, a manifestação, conquanto tenha se valido de linguagem áspera, uma vez exarada em um contexto de argumentação jurídica, está albergada pelo manto da inviolabilidade e não pode, assim, ensejar punição disciplinar ao membro. 4. Não obstante, é o caso de se recomendar ao requerido que observe linguagem polida em suas manifestações processuais, em atenção a um escopo de interação harmoniosa no âmbito do Ministério Público. Precedente deste Conselho. 5. Pela improcedência, com recomendação. (Autos n. 0.00.000.000975/2012-80, rel. p/ o ac. cons. Mário Bonsaglia)

Revisão de procedimento administrativo disciplinar. Suposta violação do dever funcional de urbanidade. Absolvição pelo Conselho Superior do MP/RO. Elementos probatórios divergentes, a impedirem uma interpretação conclusiva sobre o ocorrido. Incidência do brocardo in dubio, pro reo. Excepcionalidade do cabimento da revisão. Não conhecimento. 1. Ao requerido imputa-se a conduta de ter constrangido a honra do servidor requerente, dirigindo-lhe palavras de baixo calão e atirando na mesa uma cédula de R\$ 2,00 (dois reais) para que o requerente realizasse um serviço bancário em seu favor. 2. Não obstante a Comissão de Sindicância tenha propugnado pela aplicação de pena de advertência, o Conselho Superior do Ministério Público do Estado de Rondônia entendeu que as provas produzidas não eram suficientes para a condenação. 3. As declarações colhidas, quando coincidem, limitam-se a confirmar a discussão havida, que permite diversas valorações. Nenhuma das declarações corrobora a versão de que o requerido teria proferido palavras de baixo calão, e apenas uma testemunha fala sobre o suposto gesto do requerido de jogar a nota de R\$ 2,00 sobre a mesa, gesto esse que igualmente permite diferentes interpretações. 4. Não sendo conclusivas as inferências extraídas, prevalece a regra *in dubio, pro reo*, devendo-se considerar, ainda, o caráter excepcional da revisão de processo disciplinar, que exige demonstração de que a

decisão da origem foi contrária à evidência dos autos. 5. Não conhecimento do pedido de Revisão de Procedimento Disciplinar. (Autos n. 0.00.000.001004/2010-95, rel. cons. Sandra Lia Simón)

*Procedimento administrativo disciplinar. Membro do Ministério Público do Estado do Amapá. Prescrição da pretensão disciplinar punitiva. Inocorrência. Processo disciplinar instaurado para reavaliar os elementos colhidos na instrução originária de sindicância. Utilização de palavras ultrajantes no sistema de mensagens eletrônicas do Ministério Público do Estado do Amapá. Procedência. Aplicação da sanção disciplinar de advertência. (...) 3. Uso de palavras ultrajantes e termos inadequados por parte do processado, que se utilizou do sistema de mensagens eletrônicas disponibilizado pela Administração do Ministério Público para proferir impropérios a Promotor de Justiça do Estado do Amapá. 4. O tipo disciplinar previsto no art. 93, inciso I (zelar pelo prestígio da Justiça, pela dignidade de suas funções, pelo respeito aos Magistrados, Advogados e membros da Instituição), da Lei Complementar n. 009/94, é considerado uma falta disciplinar funcional institucional concernente ao dever de urbanidade no ambiente de trabalho que visa assegurar o bom funcionamento da atividade institucional. Normas dessa natureza têm por finalidade propiciar uma convivência harmoniosa dentro do órgão, desestimulando a hostilidade entre os servidores públicos, de modo que sua incidência não está associada à ocorrência de fatores alheios à ofensa propriamente dita, como a existência de dano à imagem do *Parquet* ou a constatação de repercussão social. Assim, a constatação do ultraje é por si só suficiente para caracterizar violação aos deveres funcionais insculpidos no art. 93 da LC 009/94 – violação ao dever legal de respeito – independentemente da aferição de eventual prejuízo à imagem institucional. 5. Incidência nos tipos disciplinares do art. 93, *caput* e inciso I, da LC 009/94, e dos arts. 9º, § único, 14, inciso I, e 21, inciso II, da Resolução n. 005/2011-CPJ-AP, o que enseja a aplicação da pena de advertência, nos termos do art. 126,*

inciso I, e 127, incisos II e III, da Lei Orgânica anterior do Ministério Público do Estado do Amapá. (Autos n. 0.00.000.001354/2013-02, rel. cons. Leonardo Henrique de Cavalcante Carvalho)

Pedido de avocação de processo disciplinar. Apuração disciplinar decorrente de mensagem encaminhada à rede institucional dos membros do MP/ES. Conclusão dos processos originários a serem avocados. Perda do objeto do pedido de avocação. Convolação em revisão de processo disciplinar. [...]. 2. A infração objeto do PAD deriva de uma troca de mensagens eletrônicas entre dois Promotores de Justiça contendo referências detrimenrosas a um Procurador de Justiça. 3. A representação do ofendido na origem redundou na instauração de processo disciplinar em face do autor das *supostas ofensas, por pretensa violação aos deveres de urbanidade e respeito mútuo*, e de sindicância em face do seu interlocutor, por suposta omissão no dever de comunicar a prática de crime ao Procurador-Geral de Justiça. [...] 6. Mostra-se viável, desde logo, a instauração de Revisão de Processo Disciplinar quanto à alegada violação aos deveres de urbanidade e respeito, não se cogitando de prescrição, tendo em vista a aplicação, cabível na espécie, do prazo de prescrição previsto no Código Penal. 7. Pedido avocatório convertido em Revisão de Processo Disciplinar. (Autos n. 0.00.000.001354/2013-02, 0.00.000.001364/2011-78, rel. cons. Mário Bonsaglia)

Procedimento de controle administrativo. Requerimento de revisão de procedimento disciplinar por ausência de provas. Pedido julgado improcedente. 1. Procedimento de Controle Administrativo em que alega o requerente ter sido indevidamente punido com a pena de repreensão, por ter agido supostamente com falta de urbanidade com os demais colegas de trabalho. 2. A decisão que culminou na pena de repreensão do servidor é proporcional aos fatos apurados em processo administrativo próprio, o que não recomenda a reforma da decisão por este conselho.

3. Ausentes as condições que legitimam a instauração de processo de revisão da decisão administrativa, uma vez que a revisão de processo administrativo não se presta a reabertura de processo administrativo para realização de prova preclusa. 4. Pedido julgado improcedente. (Autos n. 0.00.000.002066/2010-14, rel. cons. Almino Afonso Fernandes)

Nesse último precedente, faz-se necessário consignar que o Conselho considerou que a *reiterada conduta rude ou descortês* é que dá azo à classificação do comportamento como falta de urbanidade.

Há diversos precedentes no mesmo sentido no CNJ⁸. Também o STJ e o STF já tiveram a oportunidade de apreciar a questão concluindo que o *exercício das prerrogativas inerentes ao cargo não constitui* ato passível de sanção. No caso, exercer crítica interna ou externa e voltada ao aprimoramento das instituições é, sem sombra de dúvida, *exercício legítimo de direito*.

6. CONCLUSÃO

O exercício da liberdade de expressão e de manifestação é um aspecto irrenunciável dos direitos da personalidade, na medida em que permite aos seres humanos a autoexpressão e a construção de relações mais transparentes, o que possibilita a criação de uma sociedade mais justa e igualitária.

O direito já prevê mecanismos adequados para reprimir os excessos praticados, seja nas relações do dia a dia ou mesmo em publicações pelas mais diversas mídias.

8 Vejam-se, dentre outros: RD 117 e REVDIS 0006965-72.2010.2.00.0000, nos dois casos consignou-se que a mera alteração ou confronto não implica em falta do dever de urbanidade.

O exame da jurisprudência sobre o tema demonstra que, até o momento, os órgãos correccionais, como o CNMP e o CNJ, não têm se utilizado de seu poder punitivo com a intenção de *criminalização de opinião* ou exercício de *censura a opiniões e manifestação de pensamento*.

Por fim, não se pode deixar de registrar que são afrontosas aos fundamentos do regime democrático e às bases de atuação do MP, quaisquer tentativas de coartar a atuação de seus membros, através da edição de leis de abuso de autoridade impregnadas de traços de autoritarismo.

Espera-se que os membros do MP possam continuar exercendo livremente suas prerrogativas e deveres funcionais, bem como sua liberdade de expressão, manifestação e comunicação em artigos, entrevistas, redes sociais e, mais ainda, em manifestações judiciais, sem que sejam por isso cerceados ou reprimidos. Essa liberdade é fundamental para o aperfeiçoamento da sociedade e demonstração de que a sociedade brasileira vive sustentada sobre sólidos pilares democráticos.

REFERÊNCIAS

HABERMAS, Jürgen. Derecho y Moral: Tanner Lectures, 1986. In: HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y Validez: sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Tradução de Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Trotta, 1998.

HALL, Evelyn Beatrice. *The friends of Voltaire*. 1906. Disponível em: <https://super.abril.com.br/blog/superlistas/8-frases-iconeas-que-nunca-foram-ditas/>. Acesso em: 17 nov. 2019.

LEDESMA, Héctor Faúndez. *Los límites de la libertad de expresión*. México: Universidad Nacional Autónoma del México, 2004. p. 15-16.

LÉVY, Pierre. *O futuro da internet: em direção a uma ciberdemocracia planetária*. São Paulo: Paulus, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 360.

MILL, John Stuart. *Sobre a liberdade*. Petrópolis: Vozes, 1991.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 492.

SARMENTO, Daniel. A liberdade de expressão e o problema do “Hate Speech”. In: SARMENTO, Daniel. *Livres e iguais: estudos de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SÉRGIO, Gabriel. *O Conceito de Liberdade segundo a Filosofia*. 2017. Disponível em: <https://sociotecnica.com.br/2018/02/22/o-conceito-de-liberdade-segundo-filosofia/>. Acesso em: 16 nov. 2019.

A LIBERDADE DE IMPRENSA E O SENSACIONALISMO NAS DECISÕES JUDICIAIS: TRILHANDO CAMINHOS EM BUSCA DA CREDIBILIDADE PERDIDA

Silvia Follain de Figueiredo Lins¹

RESUMO

Considerando o preocupante cenário de desinformação que polui o ambiente digital no Brasil e no mundo, este trabalho pretende trazer uma reflexão sobre a contribuição do Direito para os dilemas que envolvem a credibilidade do jornalismo. Para isso, discute a noção de sensacionalismo como conceito, a partir da análise de um recorte específico de acórdãos proferidos pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (TJRJ) entre 2010 e 2016. Também indica de que maneira as noções de objetividade, contexto, interesse público e conexão falsa ajudam a compor os limites da liberdade de imprensa naquelas decisões judiciais e como

1 Mestre em Direito Constitucional e Teoria do Estado pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio). Pesquisadora da PLEB – Grupo de Pesquisa sobre Liberdade de Expressão no Brasil. Advogada da União em exercício na Procuradoria-Regional da União da 2ª Região.

podem sinalizar caminhos para lidar com os fenômenos relacionados à circulação de informações falsas ou de conteúdos enganosos.

Palavras-chave: Jornalismo. Desinformação. Credibilidade. Sensacionalismo. Decisões judiciais.

ABSTRACT

Considering the worrying scenario of disinformation that pollutes the digital environment in Brazil and in the world, this paper intends to bring a reflection on the contribution of law to the dilemmas that involve the credibility of journalism. For this, we discuss the notion of sensationalism as a concept that arises from the analysis of a specific cut of judgments delivered by the Court of Justice of Rio de Janeiro between 2010 and 2016, indicating how the notions of objectivity, context, public interest and false connection help to push the boundaries of press freedom in those court decisions and how they can signal ways to deal with phenomena related to the circulation of false information or misleading content.

Keywords: Journalism. Misinformation. Credibility. Sensationalism. Judicial decision.

1. PANORAMA DO TEMA E PROPOSTA DO TRABALHO

O crescimento das mídias digitais nas últimas décadas tem provocado mudanças nas formas de produção e consumo da notícia². Muito

2 O jornalista norte-americano Eli Pariser (2012) cunhou o termo “filtro bolha”, que descreve um novo estado de isolamento, no qual os usuários da internet tendem a ter apenas contato com conteúdo personalizado por algoritmos. O resultado é

tem se falado do impacto das *fake news* nos processos eleitorais e do efeito dos algoritmos na difusão da (des)informação. Pesquisa realizada pelo Instituto Gallup, em setembro de 2018, revelou que 45% dos norte-americanos conferem credibilidade em nível alto ou médio aos meios de comunicação de massa tradicionais como jornais, televisão e rádio³. Quando a referida pesquisa começou a ser realizada, no início da década de 1970, os índices de credibilidade giravam em torno de 70%.

O estudo também apurou que, apesar de os republicanos sempre terem demonstrado menor confiança na mídia, a diferença entre eles e os democratas aumentou bastante a partir de 2016, chegando a 58 pontos percentuais na pesquisa do ano passado. Essa distinção também é sentida no recorte de faixa etária: 53% daqueles com 65 anos ou mais afirmam confiar na mídia, enquanto, dentre aqueles com menos 30 anos, apenas 33% concordam com esta afirmação.

No Brasil⁴, a exemplo de Donald Trump, o presidente Jair Bolsonaro

uma experiência que reforça visões de mundo preestabelecidas e que realimentam o viés da confirmação. Nessa linha, o guia *Sobrevivendo nas Redes* explica que uma diferença fundamental desta nova forma de interação é a ausência de escolha autônoma em participar de uma bolha: “Quando você, por exemplo, abre o jornal *Folha de S.Paulo* ou liga a TV na Rede Globo, você deliberada e conscientemente escolhe o tipo de ‘filtro editorial’ que está usando. É possível identificar as linhas editoriais desses veículos e decidir o que vai ler ou ver. Com o ‘crivo editorial automático’ dos *feeds* do Facebook, você não faz o mesmo tipo de escolha, pois eles chegam prontos e não apresentam alternativa” (Sorj, 2018, p. 28).

3 Disponível em: <https://news.gallup.com/poll/243665/media-trust-continues-recover-2016-low.aspx>. Acesso em: 22 ago. 2019.

4 Para a realização do Relatório Global de “Confiança nas Notícias” (*Trust in News*, no original) de 2017, foram entrevistados 8 mil indivíduos, os quais relataram suas atitudes em relação à cobertura jornalística de política e eleições no Brasil, França, Reino Unido e Estados Unidos. Do total de entrevistas, 2 mil foram feitas apenas no Brasil, conduzidas *online* pela Kantar entre os dias 2 e 10 de junho de 2017. Esse estudo revelou que 60% dos brasileiros diziam poder confiar na mídia na maior parte

tem assumido um tom crítico em relação ao trabalho da imprensa desde sua campanha eleitoral, expressando, em mais de uma oportunidade, comentários que desacreditam o conteúdo por ela produzido⁵.

O atual cenário vem preocupando o meio jornalístico, que tem repensado a sua efetividade na produção de informações e tem implementado algumas medidas práticas como, por exemplo, a criação do Projeto Credibilidade, que se apresenta como “modelo brasileiro” do *The Trust Project*. Realizado através de uma parceria entre o Instituto para o Desenvolvimento do Jornalismo (Projor) e o Programa de Pós-Graduação em Mídia e Tecnologia (PPGMiT) da Universidade Estadual Paulista (Unesp), o projeto tem como meta refletir sobre a fragmentação da narrativa noticiosa no ambiente digital e desenvolver ferramentas técnicas para identificar e promover um jornalismo digital confiável e de qualidade.

Nessa esteira, foi elaborado o Manual da Credibilidade Jornalística⁶, destinado a jornalistas profissionais da imprensa local e regional e os da chamada grande imprensa, além de professores e estudantes. O documento contém orientações sobre temas como desinformação e história, jornalismo e democracia e explicações sobre conceitos necessários ao chamado mundo “pós-factual”. Ali são elencadas algumas práticas consideradas como “mau jornalismo”: ausência de correções; ausência de sinalização entre notícia, análise e opinião; ausência do canal do leitor; plágio e falta de creditação; conflitos de interesse; concomitância

do tempo. (Disponível em: <https://br.kantar.com/tecnologia/comportamento/2017/trust-in-news-confianca-nas-noticias-estudo-kantar/>. Acesso em: 22 ago. 2019.)

- 5 Alguns exemplos recentes podem ser observados aqui: <https://www1.folha.uol.com.br/colunas/flavia-lima-ombudsman/2019/08/bolsonaro-quer-vinganca.shtml#> e <https://www.gazetaonline.com.br/noticias/politica/2019/08/bolsonaro-critica-imprensa-e-se-compara-a-personagem-johnny-bravo-1014192829.html>
- 6 Disponível em: <https://www.manualdacidadadade.com.br/>. Acesso em: 22 ago. 2019.

de exercício de cargo de repórter e de assessor de imprensa, bem como “postura ativista”, que desrespeita protocolos jornalísticos.

Contudo, não é apenas a crise de credibilidade que vem preocupando a grande imprensa. Ao mesmo tempo que precisa investir na sua reputação, o jornalismo deve aprender a lidar com a mudança na lógica de financiamento com a qual a mídia tradicional estava acostumada. Como explica Clarissa Piterman Gross (2018, p. 156):

Na internet, o consumidor financia o acesso a grande parte do conteúdo não por meio de pagamento direto ao produtor ou disseminador de conteúdo, mas por meio do fornecimento dos próprios dados. Esses dados permitem formular o perfil de consumo, político e das inclinações e preferências em geral dos usuários da internet. Esse banco de dados viabiliza o novo modelo de publicidade direcionada: as plataformas de conteúdo *online* vendem espaço publicitário oferecendo ao anunciante o serviço de direcionamento da publicidade para o público específico que o anunciante tem interesse de alcançar. Os recursos pagos pelos anunciantes são aquilo que financia em grande parte tanto as plataformas de serviço da internet quanto os produtores de informação *online* (os recursos são divididos entre prestadores de serviço de internet e produtores e disseminadores de conteúdo).

Assim, a nova métrica para a precificação do serviço vendido ao anunciante passa a ser o número de cliques recebidos, favorecendo a produção de conteúdo apelativo, sensacionalista ou que de alguma forma manipula a informação para torná-la mais chamativa e atrativa ao público.⁷ Se antes era a manchete exposta nas bancas que vendia

7 É importante ressaltar que, a partir dos dados da pesquisa já citada na nota de rodapé n. 4 (*Trust in News*), a presidente da empresa Kantar no Brasil, Sonia Bue-

jornais e atraía anunciantes, agora, a interação mercadológica obedece à lógica das redes.

Percebe-se, portanto, que, se de um lado o jornalismo quer e precisa recuperar sua credibilidade, apresentando-se como referendo da verdade factual em contraposição às publicações intencionalmente falsas, por outro, necessita sobreviver à pressão econômica que se impõe como condição de viabilidade financeira para as empresas das quais faz parte. A propósito de tematizar o conflito entre verdade e política, Hannah Arendt (2016, p. 142) transcreve a frase escolhida por Hobbes para desfecho do seu *Leviatã*: “a verdade que não se opõe nem ao lucro nem ao prazer humano é a todos os homens bem-vinda”. Em uma época em que muito se fala em pós-verdade, mas em que o lucro, definitivamente, não saiu de moda, o desafio que a grande imprensa tem pela frente para se reinventar parece enorme.

Nesse diapasão, considerando que o campo do jornalismo vem sendo forçado a realizar digressões sobre o seu papel no mundo contemporâneo, cabe aos profissionais do Direito indagar como essa área do conhecimento tem contribuído para a discussão até o momento⁸; como o Judiciário

no, acredita que haveria a possibilidade de ocorrer um “efeito halo” na confiança nas notícias, impactando também a eficácia publicitária. Segundo ela, ainda que o investimento publicitário esteja cada vez mais dominado por mídias digitais e crescentemente mensurado por métricas de comportamento de curto prazo, os consumidores relataram prestar mais atenção a propagandas em ambientes que confiam. Ou seja, a imprensa já consolidada poderia oferecer um ambiente confiável para os anunciantes.

- 8 Anderson Schreiber (2013, p. 18) considera que Mídia e Direito possuem pouco interesse no diálogo recíproco: “Normas importantes do ordenamento jurídico brasileiro como o Código Civil de 2002 ignoram olímpicamente o campo das Comunicações. O art. 20 da codificação civil constitui exemplo gritante desta indiferença. Ao tratar do uso da imagem alheia, o dispositivo autoriza em duas situações apenas: ‘administração de justiça’ ou ‘manutenção da ordem pública’. Não

vem arbitrando os conflitos surgidos a partir da liberdade de imprensa no que diz respeito à construção da narrativa noticiosa; e como as decisões judiciais podem nos ajudar a definir o conceito de “mau jornalismo”. Além disso, cabe indagar se a questão do lucro na atividade jornalística contribui para uma responsabilização mais severa dos órgãos de imprensa. Afinal, conforme exposto acima, se o avanço tecnológico vem trazendo novas demandas, é natural que recorramos à bagagem construída até aqui como repertório para análise de situações futuras.

Responder às perguntas anteriormente colocadas seria uma tarefa por demais ambiciosa para os limites deste trabalho. A proposta assumida será, então, mais modesta: partindo de uma das acepções de sensacionalismo, consagradas no Dicionário Aurélio (2005): “Divulgação e exploração de matéria capaz de emocionar, impressionar, indignar ou escandalizar”, propõe-se extrair das decisões judiciais alguns *standards* que nortearam as fronteiras da liberdade de imprensa nos casos concretos e com eles dialogar.

A abordagem exclui as notícias comprovada e notoriamente falsas, restringindo-se ao espectro em que é cabível um certo grau de incerteza sobre os fatos e em que o grau de objetividade e/ou da linguagem empregada pelo jornalista é colocado em questão na decisão judicial. Para isso, serão também levadas em consideração algumas das categorias criadas pela jornalista Claire Wardle para catalogar espécies de desinformação⁹ (paródia ou sátira, conteúdo enganoso, conteúdo impostor, conteúdo fabricado, conexão falsa, contexto falso e conteúdo

há qualquer menção ao exercício da liberdade de informação, o que já gerou suspeita de inconstitucionalidade e constitui, de qualquer modo, gravíssima omissão”.

9 Disponível em: https://es.firstdraftnews.org/2017/03/14/noticias-falsas-es-complicado/?_ga=2.26253375.343843255.1566072816-1065268751.1542902191. Acesso em: 22 ago. 2019.

manipulado), que são úteis para a sedimentação de limites discursivos jornalísticos, ainda que a proposta não seja discutir os aspectos relacionados à difusão intencional de fatos inverídicos.

O objeto de análise está circunscrito aos acórdãos coletados no bojo da pesquisa realizada pela Pleb (Grupo de Pesquisa sobre Liberdade de Expressão no Brasil)¹⁰, coordenada pelo professor Fábio Leite, que teve por propósito fazer um levantamento e uma análise (quantitativa) de decisões do TJRJ em processos movidos contra órgãos de imprensa. Os dados foram obtidos junto ao sítio do TJRJ, utilizando-se como ferramenta de busca o nome dos réus, escolhidos por serem empresas de jornalismo demandadas com maior frequência em ações cíveis de indenização por violações a direitos da personalidade: Infoglobo (responsável pelos jornais *O Globo*, *Extra* e *Expresso da Informação*) e Editora O Dia (responsável pelos jornais *O Dia* e *Meia Hora*). A pesquisa também foi feita a partir dos nomes dos jornais (*O Globo*, *Extra*, *Expresso da Informação*, *Expresso*, *O Dia*, *Dia*, e *Meia Hora*), o que permitiu localizar processos que não estavam indexados pelo nome da pessoa jurídica. O recorte temporal determinado foi o de apelações cíveis conhecidas e julgadas (no mérito) no período de 1º-1-2010 a 31-12-2016.

2. SOBRE OBJETIVIDADE E SENSACIONALISMO

Inicialmente, é preciso observar que, a partir da leitura das decisões judiciais do recorte acima mencionado, não é possível apontar um consenso sobre o grau de objetividade esperado de uma notícia jornalística. Esse é um ponto que se coloca, recorrentemente, como objeto de disputa. Nessa linha, afastada a hipótese de afirmação comprovadamente inverí-

10 Disponível em: <https://www.plebpuc.science/>. Acesso em: 22 ago. 2019.

dica por parte do órgão de imprensa por erro evidentemente inescusável, o julgamento revela-se, muitas vezes, um exercício de subjetividade do juiz¹¹, que procura definir se o jornal agiu dentro “da margem tolerável de inexatidão” e obedecendo ao “dever de diligência mínima” imposto ao jornalista na averiguação dos acontecimentos¹². Em alguns casos, inclusive, verifica-se a divergência entre as instâncias de julgamento sobre a existência ou não de afirmações inverídicas, que deveriam ter sido identificadas pelo veículo de imprensa antes da publicação, no conteúdo da reportagem¹³. Portanto, o “abuso de direito de informar” apontado nas decisões judiciais não se mostra, muitas vezes, evidente para o leitor.

Da mesma forma, o conceito de sensacionalismo aqui utilizado precisou ser construído a partir do uso da expressão nas decisões judiciais, convencionando-se, para fins deste trabalho, em enquadrar como objeto de análise, ainda que sem expressa menção ao termo, as decisões judiciais que envolvessem (i) as publicações com maior carga de subjetividade e que, com isso, borrem a fronteira entre fato e opinião e (ii) aquelas sobre as quais há uma certa controvérsia sobre os fatos e em que a manchete e/ou a legenda da foto que ilustra a notícia potencial-

11 Em artigo intitulado “Nem todo *case* é um *hard case*: reflexões dos conflitos entre liberdade de expressão e direitos da personalidade”, Fábio Leite (2017) apresenta um panorama do problema do casuísmo nas decisões judiciais, assinalando que, sem se partir da lógica binária da opção entre regras e princípios, é preciso questionar o método brasileiro de resolução de conflitos que envolvam a liberdade de expressão.

12 Expressões utilizadas no julgamento do Recurso Especial n. 680.794/PR, rel. min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 17-6-2010, *DJe* de 29-6-2010.

13 Foi o que aconteceu no julgamento da Apelação Cível n. 0043069-65.2009.8.19.0001, que tratava de notícia sobre suposta extorsão policial em Blitz. Em primeira instância, o juiz entendeu que a reportagem foi fidedigna ao que lhe competia apurar na situação, já o Tribunal concedeu a indenização, entendendo que o repórter não adotou as cautelas necessárias, já que, “em momento algum, as fotos revelam a exibição de documento pelo motorista do veículo, nem o recebimento de propina”.

mente comuniquem mensagem inexata. Ambas as hipóteses descritas podem ser utilizadas como técnicas de “emocionar ou impressionar” na tentativa de atrair a atenção do leitor.

Vale registrar que o termo “sensacionalismo”, quando expressamente empregado, aparece sempre com conotação negativa, servindo para desqualificar a publicação e fundamentar a condenação do órgão de imprensa em hipótese de conflito com direito à honra ou à intimidade.

Em outro giro, é preciso registrar que o contexto normativo não auxilia a tarefa do julgador no momento de estabelecer os limites daquilo que configuraria o abuso no direito de informar. Desde o julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 130, quando a lei de imprensa foi considerada não recepcionada pela nova ordem constitucional, vem sendo necessário um esforço contínuo para recompor o cenário teórico relativo à responsabilidade civil das empresas jornalísticas com base na legislação vigente¹⁴.

No campo doutrinário, estão estabelecidas algumas cláusulas gerais que pouco auxiliam a solução dos casos concretos, como, por exemplo, aquela que afirma que a liberdade de imprensa se materializa tanto em um direito coletivo quanto individual, sendo expressão de participação política e cidadã. Tornou-se corriqueira a citação do constitucionalista José Afonso da Silva (2009), segundo a qual os meios de comunicação detêm “o direito de informar ao público os acontecimentos e ideias, mas sobre o dever de informar à coletividade tais acontecimentos e ideias objetivamente, sem alterar-lhes a verdade ou esvaziar-lhes o sentido original; do contrário se terá não informação, mas deformação”.

Ferramentas como o humor e a crítica jornalística, por sua vez, também são contempladas pela doutrina como circunscritas na liber-

14 Sobre a responsabilidade civil das empresas jornalísticas no atual cenário normativo, ver Andriotti (2013).

dade de imprensa (ou, em especial, na liberdade de criação artística e de pensamento previstas nos incisos IV e IX do art. 5º da Constituição Federal), mas seus limites diante dos direitos da personalidade, como a honra por exemplo, permanecem nebulosos¹⁵.

Neste cenário de incerteza, alguns aspectos extraídos das decisões judiciais se mostram relevantes para o debate sobre exercício legítimo da atividade da imprensa.

2.1 SENSACIONALISMO, LINGUAGEM E CONTEXTO

Conforme mencionado acima, os acórdãos pesquisados pela Pleb, sob coordenação do professor Fábio Leite, foram obtidos através de busca pelo nome dos réus no sítio do Tribunal de Justiça, o que revelou resultados relativos a jornais destinados a faixas de público bem diversas e, por consequência, com linhas editoriais muito distintas. Como é de se supor, essas diferenças transparecem no estilo de redação assumido e no recorte editorial da publicação. Além disso, a diversidade de linguagem se manifesta dentro de um mesmo periódico, seja impresso, seja digital, visto que existem colunas de opinião, cadernos sobre assuntos específicos como esporte, cultura, televisão etc., sendo que cada um deles possui o próprio jargão jornalístico consagrado para a interlocução com seu público cativo. É esperado que o editorial do jornal, por exemplo, seja mais veemente nas suas colocações, enquanto

15 Sobre as críticas dirigidas à pessoa pública, há, na doutrina e na jurisprudência, quem defenda menor proteção aos direitos da personalidade, na linha do decidido no Recurso Extraordinário n. 652.330/RJ, cuja ementa consagrou que “[A] crítica jornalística, ainda que elaborada em tom mordaz ou irônico, não transborda dos limites constitucionais da liberdade de imprensa”.

a área de economia seja redigida com linguajar mais sóbrio. Logo, o que poderia soar sensacionalista em um caderno poderia ser tido como simples exercício de liberdade de imprensa em outro.

Analisando as decisões judiciais coletadas na pesquisa, é possível notar que os julgadores observaram, em algumas ocasiões, o contexto em que a publicação está inserida, muito embora não se possa afirmar que essa observação tenha sido determinante para o resultado do julgamento, como se nota nestes trechos de votos transcritos:

Conquanto a linguagem encontrada no editorial esportivo seja coloquial e desprovida dos formalismos encontrados nas outras partes do jornal, não se permite ao jornalista deduzir qualificativos de natureza criminosos a pessoa do povo, sem que se tenha antes um pronunciamento definitivo do Judiciário confirmando o ocorrido. (0028284-98.2009.8.19.0001)

Cinge-se a controvérsia à responsabilidade civil do réu pela veiculação no “Jornal Extra”, na coluna “Retratos da Vida”, de notícia inverídica sobre a autora, capaz de formar conclusões maliciosas em seus leitores, enquanto pessoa pública – atriz – com alto grau de notoriedade, e eventuais consequências imateriais. (0217008-13.2014.8.19.0001)

A reportagem, ainda que situada em área de opinião dos leitores, foi escrita pelo jornal, e utilizou termos desrespeitosos em relação à pessoa do autor, ao qualificar o delegado de polícia de plenipotenciário e valentão. (0169729-75.2007.8.19.0001)

Na espécie dos autos, é difícil não se enxergar que o jornalista assinante da matéria, Sr. Ancelmo Gois, foi extremamente infeliz ao elaborá-la. Deu-lhe tom grosseiro e ofensivo. O mencionado jornalista é responsável por um espaço no jornal “O Globo” que constitui praticamente o primeiro a ser procurado pelos leitores, já que de reconhecida criati-

vidade. Essa atraente coluna traz em si a força encantadora do humor rico de ironias, de temperadas cenas do cotidiano e de metáforas inteligentes, que guardam o indiscutível sabor de uma atmosfera picante, mas saudável. Contudo, nas matérias veiculadas acerca do autor desta ação, o jornalista, repita-se, foi muitíssimo infeliz. Fez ele imprimir ao seu vasto universo de leitores notícias mordazes e destrutivas sobre o demandante. Não foram críticas de sabor acre-doce, como é de seu feito fazê-las. (0335510-13.2011.8.19.0001)¹⁶

A utilização das especificidades do jargão jornalístico como critério para definição do legítimo exercício da liberdade de imprensa não é uma solução simples – afinal sempre haverá margem de subjetividade na análise do conteúdo. Nos casos transcritos, inclusive, a menção à linguagem ou ao espaço em que a matéria foi publicada parece ter funcionado como sinalização de que haveria uma regra geral de proteção de discursos tais quais aqueles divulgados, mas as particularidades do caso concreto forçariam a condenação da empresa jornalística.

Entretanto, por outra perspectiva, quando aplicada em defesa da liberdade de expressão, essa ferramenta poderia diminuir o ônus argumentativo do julgador e funcionar como um norte de previsibilidade aos órgãos de imprensa quanto aos limites de sua responsabilização.

16 Em outro caso envolvendo o mesmo autor e a mesma coluna do jornal (assinada por Ancelmo Góis), o Tribunal entendeu que não induz responsabilidade civil a publicação de matéria jornalística cujo conteúdo divulgue observações de caráter mordaz ou irônico ou, então, veicule opiniões em tom de crítica severa: “O jornalista foi mordaz, verdadeiramente corrosivo, ao afirmar que o apelante pretendia fazer negócios na atividade política. Isto, porém, é uma prerrogativa do direito de crítica dos profissionais de imprensa, elemento essencial para a consolidação do Estado Democrático de Direito”. (Apelação Cível n. 00329136-10.2013.8.19.0001 e n. 0356356-80.2013.8.19.0001)

Teria, assim, clara utilidade para prefixar, no entendimento do Judiciário, os contornos da objetividade exigida da linguagem jornalística em suas diferentes nuances, servindo de baliza concreta para o arbítrio do valor indenizatório.

Esse é um problema que afeta em particular as notícias difundidas via redes como o *WhatsApp*, por exemplo, nas quais é muito mais difícil interpretar o contexto em que a informação recebida foi produzida e para que público foi destinada originalmente. É possível afirmar, ainda, que, se nos exemplos dos julgamentos acima transcritos a análise do contexto ocorreu em uma dimensão estática, na lógica da internet, essa análise deve levar em conta seu caráter dinâmico. Assim, ele próprio pode se tornar objeto de manipulação, quando notícias genuínas voltam a circular associadas a falsos contextos de fundo ou quando notícias antigas são divulgadas como se revelassem acontecimentos recentes. Esse fenômeno é classificado pela jornalista Claire Wardel como “contexto falso”, responsável por contribuir para o cenário de desinformação.

Assim, parece que o exame inicial do contexto da publicação, da relação entre a linha editorial e seu público-alvo, da natureza da publicação e seu jargão típico contribuiria para o arcabouço argumentativo das decisões judiciais e iria ao encontro da orientação formulada pelo Manual de Credibilidade, no sentido da importância de sinalizar a publicação como notícia, análise ou opinião.

2.2 SENSACIONALISMO E INTERESSE PÚBLICO – DE QUE PÚBLICO?

Uma categoria recorrente no repertório das decisões judiciais utilizada para qualificar a notícia publicada é o interesse público que ela ostenta. Todavia, não há um consenso na jurisprudência sobre os limites

do que seriam “fatos de interesse coletivo” e “críticas prudentes”¹⁷ a eles relacionadas. Diante do caso concreto, o que prevalece são juízos de valor particulares do julgador sobre o tipo de conteúdo veiculado.

Um bom exemplo dessa divergência surge nas hipóteses de publicação de fofocas sobre a vida dos famosos. Em primeiro lugar, importa considerar que esse tipo de publicação não possui pretensão de objetividade, pois é de sua natureza romancear ou ficcionalizar aspectos comezinhos da vida cotidiana para torná-los mais atraentes ao leitor. Logo, essas notícias estariam enquadradas no conceito de sensacionalismo anteriormente exposto, seja porque comumente são divulgadas em tom mordaz, que refoge à sobriedade usual do noticiário, seja porque, muitas vezes, o fato publicado não pode ter seu grau de veracidade atestado. Do mesmo modo, é de conhecimento comum que ela tem por alvo um público consumidor específico e que esse consumo se reverte em vantagem financeira para o veículo que a publica. No entanto, quando as fofocas são medidas com a régua do direito de informar, os argumentos apresentados, a favor e contra a responsabilização do órgão de imprensa, geram um discurso dissonante, que conduz a soluções práticas paradoxais.

É o que aconteceu no caso a seguir transcrito, em que a sentença julgou procedente o pedido de indenização formulado por um conhecido cantor “vítima” de publicação supostamente maledicente sobre sua vida privada. Em apelação, o voto vencedor foi no sentido de julgar improcedente o pedido e, em embargos infringentes, a sentença acabou sendo restabelecida. Vejamos trechos das decisões de segunda instância que demonstram a discordância sobre a própria legitimidade de publicação de aspectos particulares da vida de celebridades:

17 Expressões utilizadas no voto condutor da Apelação Cível n. 0232886-17.2010.8.19.0001.

Grandes cantores e artistas, que encantam multidões, como é o caso do Autor, geram em seu público uma verdadeira relação de amor. Por isso, o que acontece na vida particular do artista passa a interessar ao público de maneira geral, indo além do interesse pelo trabalho artístico propriamente dito. O artista, consciente de que é um ídolo para muitos, não deve se aborrecer com esse interesse pela sua vida privada, pois isso, como dito, é fruto do verdadeiro amor dos seus fãs.

Por tal razão, os noticiários de “fofocas” sobre a vida dos artistas têm grande procura, não só no Brasil.

Nessa direção, se o jornal Rêu publicou notícia sobre aspectos particulares da vida do Autor, não foi com a intenção de o denegrir, mas sim para atender aos anseios de notícias do público cativo do cantor. (Trecho do voto condutor do acórdão da Apelação Cível n. 0240568-23.2010.8.19.0001)

Na hipótese dos autos, verifica-se que os réus extrapolaram os limites da simples informação ao divulgarem notícia anônima, cuja veracidade sequer poderia ser certificada, relacionada à vida pessoal do autor, com o claro intuito de fabricar notícia e chamar a atenção do público, aumentando as vendas dos exemplares do jornal em comento.

Fica evidente que o texto veiculado não possui qualquer intento informativo ou instrutivo, mas busca expor, desnecessariamente, a vida íntima e particular dos envolvidos, especialmente do ora embargante. (Trecho do voto condutor do acórdão nos embargos infringentes na Apelação Cível n. 0240568-23.2010.8.19.0001)

Nota-se que algumas premissas poderiam ser fixadas para que o julgamento de casos como o transcrito partissem de um patamar comum para os julgadores. Afinal, de antemão, sem adentrar em nenhuma particularidade do caso, seria possível estabelecer a tese jurídica de que matérias destinadas exclusivamente a revelar intimidades da vida

privada das celebridades sequer ostentam a qualidade de jornalismo, devendo o direito à privacidade prevalecer sobre a curiosidade que a vida dessas pessoas possa vir a despertar. Em contrapartida, também seria razoável defender o interesse de uma parcela da audiência por esse tipo de notícia, reconhecendo que “chamar a atenção do público” é imperativo para qualquer atividade empresarial e que não cabe ao Judiciário, discernindo entre jornalismo de qualidade melhor ou pior, vetar determinados conteúdos. Nessa linha, Otávio Frias Filho (2018) lembra que o preço a pagar pelos benefícios da liberdade de imprensa é tolerar a existência de maus jornais, como teria escrito Thomas Jefferson.

Em síntese, existem boas razões para amparar as duas perspectivas, que perpassam a própria concepção que a sociedade tem sobre o papel do jornalismo e sobre a dimensão da liberdade de imprensa que se pretende ver exercida, e todas elas antecedem o exame das especificidades do caso concreto.

Independentemente da visão adotada, contudo, argumentos que utilizam o interesse lucrativo do jornal como reforço retórico na condenação do órgão de imprensa soam, inevitavelmente, anacrônicos diante da realidade contemporânea de disputa por atenção dos usuários travada nas mídias digitais.

2.3 SENSACIONALISMO E CONEXÃO FALSA

Este tópico em particular trata das hipóteses em que o sensacionalismo aparece com maior lateralidade ao conceito da jornalista Claire Wardle de “conexão falsa”. Como já mencionado, a autora elenca tipos diferentes de conteúdo que podem gerar informação errônea ou desinformação, partindo de espécies que não são produzidas com a intenção de subverter os fatos para chegar até aquelas situações de manipulação ou fabricação deliberada da informação.

Nesse passo, a conexão falsa seria aquela hipótese em que os títulos, as imagens ou legendas não confirmam o conteúdo da notícia. Essa categoria é útil para abarcar situações a seguir transcritas, reconhecidas pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro como abuso no direito de informar:

Se a ré lança a manchete “Guarda ia dar arma a presos” no mínimo antecipa conclusões por sua conta de modo irresponsável eis que ainda vinha sendo apurado o fato nas esferas administrativa e criminal, e em ambas foi ao final inocentado. (Apelação Cível n. 0101856-58.2007.8.19.0001)

A reportagem “Garotinho acusado de usar avião de bandido” publicada pelo primeiro réu se pautou em informações obtidas na revista “Veja”, fato este não impugnado pelo autor, e tinha a finalidade de informar o leitor sobre as acusações a ele dirigidas. No entanto, o mesmo não se pode afirmar da manchete da capa do jornal, que contém a afirmação “Garotinho usou avião de bandido”, que leva o leitor a concluir, em um primeiro momento, que o autor ao menos conhecia o bandido, e fez uso de seu avião para se locomover. (Apelação Cível n. 0055022-31.2006.8.19.0001)

Com efeito, o título da matéria estampado na capa do jornal, passa a impressão de que a pessoa retratada na foto seria um policial que realiza a segurança de comerciantes em troca de benefícios. [...]

Nesse sentido, o leitor, ao tomar conhecimento da reportagem, tem a impressão de que os policiais retratados, dentre os quais se incluiu o autor, estariam recebendo benefícios para realizar a segurança dos comerciantes. Logo, os leitores acreditavam que o autor estaria praticando crime e não apenas uma infração administrativa conforme restou comprovado. (Apelação Cível n. 0289350-32.2008.8.19.0001)

Observe-se que algumas dessas situações, embora possam ser even-

tualmente corrigidas com a retificação da informação pelo mesmo veículo que as divulgou, têm potencial de causar grandes danos a direitos da personalidade e, considerando a atual agilidade no compartilhamento de conteúdo, de poluir a esfera pública com desinformação de forma irreversível.

Desse modo, é de se exigir que o jornalismo profissional seja, de fato, mais responsável e criterioso na produção de conteúdo, sob pena de ser acusado das mesmas falhas verificadas em narrativas noticiosas de fontes desconhecidas que circulam pelas redes.

3. CONCLUSÃO

De todo o exposto, conclui-se que muitos são os desafios a serem encarados pelo Jornalismo e pelo Direito, que precisam de iniciativas conjuntas para lidar com os antigos conflitos repaginados com os novos dilemas da era digital. A comunicação através da interface tecnológica tem revelado o recrudescimento das posições políticas e o maior grau de intolerância aos discursos divergentes, o que tende a potencializar os conflitos entre direitos da personalidade e liberdade de expressão a serem submetidos ao Judiciário.

Como lembrou Otávio Frias Filho (2018), contudo, a sensação de ineditismo do fenômeno que estamos vivendo precisa ser relativizada, pois algo parecido pode ter sido experimentado com o advento da imprensa de tipos móveis. Quando, no século XVIII, o ambiente fervilhava com publicações panfletárias, historiadores narram um cenário “infestado de falsidades, plágio, imposturas e calúnias – de *fake news*, enfim”.

Nesse passo, se a imprensa tem procurado percorrer caminhos para alcançar maior credibilidade do público, o Direito brasileiro precisa perceber que já passou da hora de sedimentar uma jurisprudência que defina, com algum grau de segurança, os discursos protegidos pela

liberdade de imprensa. Do contrário, enfrentaremos o turbilhão da desinformação sem antes termos formulado um consenso sobre o que é, de fato, considerado informação.

REFERÊNCIAS

ANDRIOTTI, Caroline Dias. A Responsabilidade Civil das empresas jornalísticas. In: SCHEREIBER, Anderson. *Direito e Mídia*. Rio de Janeiro: Atlas, 2013.

ARENDT, Hannah. *Entre o passado e o futuro*. São Paulo: Perspectiva, 2016.

BUENO, Sonia. *Trust in News: Fake news reforçam confiança na imprensa*. 2017. Disponível em: <https://br.kantar.com/tecnologia/comportamento/2017/trust-in-news-confianca-nas-noticias-estudo-kantar/>. Acesso em: 22 ago. 2019.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Miniaurélio: o dicionário da língua portuguesa*. 6. ed. Curitiba: Positivo, 2005.

FRIAS FILHO, Otávio. O que é falso sobre *fake news*. *Revista USP*, 116, 39-44, 2018.

GROSS, Clarice Piterman. *Fake news e democracia: discutindo o status normativo e a liberdade de expressão*. In: RAIS, Diogo (coord.). *Fake news: a conexão entre desinformação e o direito*. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 2018.

LEITE, F. C.; ABREU, C. A.; PEIXINHO, M. M. (orgs.). *Debates sobre direitos humanos fundamentais*. 1. ed. Rio de Janeiro: Gramma, 2017. v. 1, p. 209-232.

PARISER, Eli. *How The Personalized web is changing what we read and how we think*. Penguin Books, 2012.

SCHEREIBER, Anderson. *Direito e mídia*. Rio de Janeiro: Atlas, 2013.

SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 6. ed. Rio de Janeiro: Malheiros, 2009.

SORJ, Bernardo et al. *Sobrevivendo nas redes*. Plataforma Democrática, Guia do Cidadão, texto n. 3, 2018. Disponível em: http://www.plataformademocratica.org/Arquivos/Sobrevivendo_nas_redes.pdf. Acesso em: 22 ago. 2019.

A VERDADE COMO LIMITE IMANENTE À LIBERDADE DE EXPRESSÃO: FAKE NEWS E RISCO À DEMOCRACIA

Eveline Maria Pierre Fonteles¹

Rômulo Moreira Conrado²

RESUMO

A liberdade de expressão representa elemento indissociável de qualquer Estado Democrático de Direito. Somente num ambiente plural será possível a ampla discussão e troca de ideias, as quais permitirão a formação de um debate preciso e qualificado, com a possibilidade de múltiplos questionamentos. Tal troca de ideias, contudo, deverá se associar, necessariamente, à difusão de notícias e fatos verdadeiros, sem espaço para os fatos alternativos. Não se encontra protegida pelo direito fundamental em referência a divulgação de notícias com base em fatos inverídicos. Logo, as *fake news* representam um gravíssimo risco à democracia, especialmente se considerarmos o alcance dessa prática quando realizada por meio das redes sociais.

Palavras-chave: Liberdade de expressão. Verdade. *Fake news*.

1 Mestranda em Direito pela Universidade de Fortaleza. Defensora Pública do Estado do Ceará.

2 Mestre em Direito pela Universidade Federal do Ceará. Procurador da República.

ABSTRACT

The freedom of expression represents an inseparable element of any democratic state of law. Only in a plural environment it will be possible a wide discussion and change of ideas, which will allow the formation of a precise and qualified debate. Such change of ideas, however, must necessarily be associated with the dissemination of true news and facts, with no space for alternative facts. It is not protected by fundamental law with regard to the dissemination of news based on false facts, and fake news represents a very serious risk to democracy, especially considering the scope of this practice when carried out through social networks.

Keywords: Freedom of expression. Truth. Fake news.

1. A LIBERDADE DE EXPRESSÃO COMO ELEMENTO INTRÍNSECO À DEMOCRACIA

Tem-se por intrínseco à democracia a garantia a todos os homens de que suas vozes serão necessariamente ouvidas, ainda que não se apresentem em consonância com a voz da maioria. Dissertando acerca da experiência democrática ateniense, Fustel de Coulanges salienta, em obra clássica, que a discussão era indispensável, porque todas as questões eram mais ou menos obscuras, e só a palavra podia iluminar a verdade. Prossegue apontando que o povo ateniense “queria que cada assunto lhe fosse apresentado sob todos os seus diferentes aspectos e que lhe mostrassem claramente os prós e os contras” (Coulanges, 2004).

Uma sociedade somente pode ser considerada plural caso possibilite a todos a exposição de suas ideias de natureza política, cultural, artística e religiosa, o que ensejará, a partir do pluralismo, a formação de um consenso, o qual será tanto mais democrático quanto se conciliem (Kelsen, 2000), na medida do possível, os interesses da maioria com a preservação e o resguardo das minorias.

De fato, num regime plural, torna-se imprescindível a garantia de que as diversas manifestações artísticas, culturais e intelectuais possam coexistir, sem que se apresente lícito ao Estado ou a qualquer entidade apontar a superioridade de uma ideia em detrimento de outra, formando-se um debate que se caracteriza como um autêntico livre mercado de ideias. Por ser a sociedade plural, portanto, é inequívoca a necessidade de garantir um espaço de convivência minimamente harmônico.

Será através da troca de ideias, expressões culturais e intelectuais que se poderá viabilizar a formação de consensos, sem que se possa estabelecer, de forma antecipada, as ideias melhores, não cabendo esse papel a qualquer ente e muito menos ao Estado, o qual deve assegurar o direito de todos, e não apenas das maiorias.

Em regimes totalitários, a perda do direito de expressão pelos indivíduos e a perseguição aos veículos de comunicação são as primeiras medidas implementadas pelos novos titulares do poder, que se pretendem perpétuos. Tal grupo rechaça com violência seus críticos, de forma a não permitir o surgimento de focos de contestação ao poder ilegítimo, e combate, com idêntica intensidade, tanto o poderio da oposição bélica quanto o poderio da oposição pela palavra.

A ignorância e o arbítrio ditatoriais não subsistem sem aniquilar por completo a livre circulação de ideias, fazendo-o não apenas no campo político como também mediante a destruição de obras científicas, artísticas e produtos culturais em geral que, em sua exclusiva concepção, possam se revelar como questionadores aos padrões que se pretende implantar.

Fortes na crença de que a livre circulação de ideias representa elemento indispensável à construção de uma sociedade plural, podemos sustentar que, nos períodos mais obscuros da história mundial, uma das primeiras e principais restrições impostas ao homem, ao lado das incidentes sobre sua vida e liberdade, recaía sobre sua liberdade de expor ideias.

Desde os seus primórdios, a liberdade de expressão não era vista apenas como um fim em si mesma, voltado à delimitação de um espaço

para manifestação do homem em face do Estado, mas, sim, como um elemento de promoção do pluralismo e da democracia, a partir da construção de um debate fincado na verdade.

Tão relevante se apresenta o direito à liberdade de expressão que, em regimes ditatoriais, ele vem a ser um dos mais afetados pelo arbítrio estatal, incidindo censura sobre manifestações variadas, desde a expressão artística individual à produção de filmes, músicas e edições de livros, revistas e jornais. Onde não houver a garantia dessa liberdade, portanto, não se poderá falar em democracia.

Não seria possível a acomodação numa sociedade marcada por profundas diferenças econômicas, políticas, sociais, culturais, filosóficas, ideológicas e religiosas, de indivíduos tão diversos se não lhes fosse assegurado um espaço de liberdade para divulgarem suas crenças e convicções. Isso representaria a negação do reconhecimento do homem como ser racional, capaz de formular suas próprias escolhas a partir das ideias às quais é exposto.

Um dos primeiros sinais que demonstraram o redirecionamento do País à democracia, com a abertura, ainda que lenta, gradual e segura promovida ao longo dos dois últimos governos militares, veio a ser exatamente a diminuição das restrições impostas por meio da censura oficial. A partir daí, jornais, empresas de comunicação radiofônica ou televisiva e demais instrumentos midiáticos puderam reportar aquilo que desejassem, atentando unicamente para razões técnicas ou comerciais.

Do mesmo modo, o cidadão individualmente considerado se viu livre para promover críticas à gestão governamental, pugnando pelo retorno dos quadros de normalidade democrática, e pôde fazê-lo por meio de passeatas, greves, de forma artística ou através de manifestações individuais ou coletivas, sem a ameaça de sofrer quaisquer constrangimentos em razão de suas opções expostas.

A Constituição Federal de 1988 (CF/1988) é produto da reabertura

política que assinalou o fim do regime militar. Com sua superveniência, foi inserido no extenso rol previsto em seu art. 5º, em capítulo dedicado aos direitos e deveres individuais e coletivos, o direito à livre manifestação de pensamento, vedando-se, contudo, o anonimato. O mesmo dispositivo prevê ainda, em seu inciso IX, ser “livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença”.

Como resultado das lutas democráticas travadas no seio da Assembleia Constituinte, vieram a ser previstos vários direitos relacionados ao tema em exame. O art. 5º, IV, estabelece entre os direitos e deveres individuais e coletivos ser “livre a manifestação do pensamento”, vedando-se, contudo, o anonimato, contemplando no inciso seguinte ser “assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem”.

Os direitos em tela se projetam, do ponto de vista coletivo, nas normas estabelecidas nos arts. 220 a 224 da CF/1988, inseridas em capítulo dedicado à comunicação social, que regulamenta a atividade de criação, manifestação e expressão sob qualquer natureza através dos instrumentos de comunicação de massa, notadamente a imprensa, por meio de mídias como jornais, rádio, televisão, cinema e internet, alcançando as mensagens um número indeterminado de destinatários.

No Brasil, em decorrência de nossa curta experiência democrática, ainda não existe uma forma de identificação precisa acerca da natureza das limitações impostas à livre manifestação de pensamento e às atividades intelectuais, artísticas, científicas e de comunicação. Cabe, assim, estabelecer os marcos normativos para o exercício desse direito fundamental, definindo-se até que ponto ele se encontra protegido.

De fato, ora se cerceiam inconstitucionalmente tais atividades, ora esse cerceamento é considerado indevidamente censura, inclusive reputando-se como ditatoriais ações que visam punir iniciativas que se apresentam flagrantemente violadoras a outros direitos igualmente

ou mais relevantes. É imprescindível, portanto, delimitar o âmbito de proteção do direito à liberdade de expressão.

Nesse sentido, deve-se empreender esforços para identificar em que medida se encontra protegida pela liberdade de expressão a possibilidade de livre divulgação de ideias inverídicas, as quais, notadamente ante o alcance extraordinário das redes sociais, podem apresentar-se decisivas para mudar o curso de eleições e tolher direitos fundamentais.

Diante disso, dentro de ambiente plural, o Estado, sem tomar lado em discussões e observando parâmetros normativos assinalados na CF/1988, deverá zelar para que as ideias possam ser objeto de discussões amplas, as quais ganharam um espaço quase infinito de circulação com a popularização da internet, notadamente das redes sociais.

Contudo, novos problemas estão a emergir em decorrência da explosão das redes sociais, sobretudo diante da velocidade com que as ideias são constantemente expostas. Em um país com, lamentavelmente, baixos níveis de cultura e escolaridade, esse contexto demanda uma nova e adequada compreensão acerca dos limites da liberdade de expressão, especialmente quanto à existência ou não do direito fundamental de propagar fatos, sejam eles verídicos ou inverídicos.

2. O ÂMBITO DE PROTEÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À LIBERDADE DE EXPRESSÃO

A análise dos conceitos de âmbito de proteção e suporte fático dos direitos fundamentais é indispensável à adequada compreensão do tema. O primeiro conceito representa o alcance do bem jurídico protegido pela norma constitucional que o consagra. Para efeitos do presente estudo, ele será necessariamente relacionado à expressão individual ou coletiva, em suas diversas modalidades (política, cultural, artística etc.).

Assinalamos que o âmbito de proteção da norma alcança, *a priori*, qualquer conduta que, em tese, seja possível se amoldar ao bem jurídico

protegido, ainda que, posteriormente, venha a ser excluída de sua proteção ante a ofensa a outros bens que igualmente sejam objeto de proteção pela Carta Magna, tais como em oposição às liberdades de expressão, honra, privacidade e imagem, expressamente contemplados no texto da CF/1988.

Releva salientar ainda que, ante a natureza principiológica dos direitos fundamentais, consagrados enquanto mandamentos de otimização, seu núcleo essencial será definido levando-se em conta elementos do caso concreto, variando em função da natureza e da intensidade da ofensa aos bens jurídicos colidentes. Aderimos, assim, à chamada teoria relativa, como conceituada por Alexy (2011) e Silva (2011).

Ao conceito de âmbito de proteção se deve associar, na prática, a ideia de suporte fático, que agrega a intervenção que se apresenta restritiva, em concreto, ao direito fundamental. O estabelecimento do alcance do suporte fático se apresenta relevante não apenas do ponto de vista acadêmico mas também prático, já que resultará no deslocamento da justificativa apresentada para fundamentar a restrição do limite externo para o próprio direito.

Na concepção de suporte fático amplo, toda ação que faça parte do âmbito de proteção, ainda que de forma remota, deve ser objeto de tutela. Não seria possível o estabelecimento de um modelo que, antes mesmo da ocorrência de qualquer conflito, excluísse uma determinada conduta da proteção normativa. Qualquer conduta que se amolde à norma, *prima facie*, está dentro do âmbito de proteção.

Essa concepção potencializa o alcance dos direitos fundamentais, especialmente por não excluir da tutela constitucional bens e direitos que, sob circunstâncias distintas, poderiam ser ignorados. De certa forma, encontra-se em consonância com a tendência histórica de evolução desses direitos, evitando o surgimento de retrocessos.

Diante da maior amplitude de que resulta a adoção do primeiro modelo, qualquer restrição a esses direitos deverá ser devidamente fundamentada, apenas sendo em tese legítimas aquelas que também

encontrem guarida no próprio texto constitucional, diante da tutela a outros bens que, em face das particularidades do caso concreto, se apresentem de mais relevante resguardo.

Em consonância com propósitos de mais intensa tutela dos direitos, não carecerá de motivação o próprio exercício dos direitos, mas, sim, as restrições que se pretenda sejam impostas. Surgida qualquer controvérsia sobre a extensão do direito, o ônus argumentativo residirá no sopesamento com outros direitos, devendo a intervenção restritiva guardar consonância com o princípio da proporcionalidade.

O tema em estudo passa também pela análise da extensão do suporte fático, e aqui duas correntes se abrem: a teoria do suporte fático amplo e a do suporte fático restrito. Seguindo o modelo consagrado pela primeira, qualquer conduta que, em um juízo primário, se amolde ao âmbito de proteção da norma se encontra protegida, devendo ser objeto de tutela estatal. No modelo de suporte fático amplo, há o dever de fundamentar a intervenção, à luz da máxima da proporcionalidade. Definir o que é protegido é apenas um primeiro passo; depois, deve-se realizar sopesamento com outros direitos.

Segundo o modelo de suporte fático restrito, ao contrário, promove-se uma prévia triagem cujo resultado será a exclusão, de plano, de determinadas condutas do âmbito de proteção da norma, independentemente das restrições que pudessem vir a ser expostas. Algumas ações que, *prima facie*, poderiam estar enquadradas na tipologia da norma deixam de usufruir de seu resguardo.

Ao contrário do modelo de suporte fático amplo, o problema a ser enfrentado não residirá na justificativa acerca das limitações incidentes, mas, sim, na análise das razões pelas quais uma conduta que, em tese, poderia se amoldar ao âmbito de proteção da norma, não é protegida naquele caso concreto. Justifica-se, pois, a exclusão *a priori* de determinados comportamentos que, diante da textura aberta da norma, poderiam gozar de sua tutela.

Contra esse modelo são dirigidas exacerbadas críticas, ao fundamento de que ele amesquinhará o usufruto dos direitos fundamentais, ensejando insegurança jurídica àqueles que supunham estar na titularidade do exercício de liberdade assegurada pela CF/1988, norma hierarquicamente superior. O intérprete não precisaria fundamentar sua opção hermenêutica de redução da proteção normativa.

Reputamos ser esse modelo o mais adequado à realidade normativa brasileira, especialmente diante da ausência de supremacia hierárquica de um direito em detrimento de qualquer outro. Ao outorgar a determinado direito o reconhecimento de sua fundamentalidade, o legislador constituinte leva em conta uma série de fatores, os quais não podem ser ignorados pelo intérprete no momento da aplicação da norma.

Embora o direito seja reconhecido *prima facie*, o direito definitivo cederia vez em favor de outro, em decorrência do sopesamento, sem que o conflito se resolva no plano da validade. É possível que uma conduta faça parte do âmbito de proteção de um direito, mas seja vedado posteriormente o seu exercício, sem que isso modifique aquele âmbito de proteção. As restrições seriam, pois, externas ao direito.

O modelo de suporte fático restrito tem como principal efeito deslocar a fundamentação da restrição estatal. Nesse sentido, o suporte fático não necessariamente contemplaria todo o alcance do âmbito de proteção. Ele promoveria uma triagem prévia para excluir determinadas condutas do objeto de proteção e deixaria de garantir tutela estatal a algumas ações que, em tese, poderiam subsumir-se a ele. Tal modelo tem como problema principal a fundamentação à exclusão de determinadas condutas, afastando-a das restrições.

Não cabe, contudo, considerar que qualquer conduta que, *prima facie*, se amolde ao âmbito de proteção deva ser considerada como enquadrada no suporte fático e mereça, portanto, ser objeto de especial proteção, por não ser enquadrável, no ponto de vista material, como um direito fundamental, mas apenas sob o prisma formal.

Embora a CF/1988 assegure a liberdade de expressão, ela veda o anonimato, o que reforça a evidência de não se tratar de direito absoluto, mas, sim, de que deve ser exercido em observância a outros direitos de igual sede constitucional.

Assentadas tais premissas, cabe destacar não se encontrar amparada no âmbito de proteção do direito fundamental à liberdade de expressão a conduta que se mostra em dissonância com a verdade. Noutras palavras, o ordenamento jurídico não protege as chamadas *fake news*, como se verá a seguir. Buscar coibi-las não representa, assim, cerceamento à liberdade de expressão.

A propósito do tema, cabe aqui destacar o julgamento realizado pela Suprema Corte dos Estados Unidos no caso “Schenck vs. United States”. Nesse feito, ocorrido em março de 1919, analisou-se o cabimento de condenação a pena de seis meses de prisão imposta a Charles Schenck, secretário do Partido Socialista dos Estados Unidos.

Schenck imprimiu e distribuiu milhares de folhetos nos quais conclamava os cidadãos norte-americanos a se recusarem ao chamamento militar compulsório imposto em razão da participação do país na Primeira Guerra Mundial. Em razão desse fato, foi enquadrado na lei denominada *Espionage Act*. Ante sua condenação, interpôs recurso em que apontava sua inconstitucionalidade por violação à 1ª Emenda, a qual lhe garantia liberdade para se manifestar de forma contrária ao recrutamento.

O voto vencedor do juiz Oliver Wendell Holmes foi seguido pela Corte à unanimidade. Na ocasião, foi criado um dos principais testes utilizados no controle da legalidade das restrições incidentes sobre a manifestação de pensamento, qual seja, a concepção do “*clear and present danger*”, perigo real e imediato, exigindo-se a demonstração de que as palavras poderiam levar a atos concretos de lesão a outros bens jurídicos como, no caso, os esforços de recrutamento militar.

O julgador considerou que, em tempos de paz, as ideias expostas nos folhetos não seriam causadoras de qualquer perigo, encontrando-se

albergadas, de fato, no âmbito da livre manifestação de pensamento. O mesmo não ocorreria, contudo, em tempos de guerra, quando se dera a distribuição dos folhetos pelo recorrente. Cunhou ainda expressão que veio a se tornar famosa, no sentido de que a liberdade de expressão não protegeria a conduta de um homem que gritasse falsamente “fogo” num teatro cheio.

A unidade da norma constitucional justifica que, dentro desse contexto, os direitos, já em seu nascimento, sejam delimitados uns pelos outros, mas já sendo levada em conta, desde a origem, a realidade histórica em que surgem. Quer-se com isso afirmar que, relativamente às liberdades de expressão, essas não foram criadas para conferir proteção normativa a toda e qualquer manifestação.

Portanto, ela encontra restrições, seja no que tange aos demais bens igualmente tutelados pelo ordenamento jurídico, tais como honra, privacidade e intimidade, seja no que tange à busca pela garantia de proteção da verdade, como elemento contributivo para a formação de um debate amplo e qualificado, conforme se verá a seguir.

3. A VERDADE COMO LIMITE INTRÍNSECO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Um limite imanente facilmente reconhecido consiste na proteção à verdade. Como referido especialmente no voto proferido pelo ministro Celso de Mello no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 130, o legislador não tutela o direito de caluniar e difamar, estando esses fora do âmbito de proteção normativo.

Adotamos como verdade, para os efeitos do presente artigo, a perspectiva aristotélica, no sentido de correspondência entre aquilo que se afirma e a realidade fática. Por outro lado, representaria falsidade tudo aquilo que não corresponde ao que é. A falta de correspondência entre o que é afirmado e a realidade fática revelada afasta a proteção consti-

tucional às liberdades de expressão, caracterizando-se, pois, como um autêntico limite imanente.

Esse modelo de verdade, embora espelhe apenas uma das muitas correntes filosóficas sobre o tema, se apresenta como aquele que contribui para uma segurança maior no exercício do direito, já que não dá margem a concepções relativistas, as quais tornariam impossível atribuir a qualificação de verdade a qualquer afirmação formulada, justificando aquelas que, *a priori*, não contariam com a proteção constitucional.

É muito importante também o fato de a qualificação de verdade, embora não se apresente conveniente a adoção de paradigma relativista, poder exigir de qualquer um que se utilizasse da manifestação do pensamento a prova de veracidade de suas afirmações, pelo que, visando evitar a total paralisação do direito, deve ser adotado um modelo de verdade por verossimilhança ou aproximação, o qual demanda um exame da boa-fé do emitente da mensagem.

Releva salientar que a qualificação de verdade se adstringe às afirmações que correspondam a fatos, e não a meras opiniões. Nesses casos, por se tratar de juízos de valor, não há que exigir a prova de veracidade ou idoneidade daquilo que se afirma, deixando de se aplicar essa limitação imanente ao exercício do direito fundamental. Eventuais sanções em face do discurso de opinião dispensam essa demonstração acerca da veracidade da opinião externalizada.

Toda a estruturação e conformação histórica dos direitos à liberdade de expressão se assenta sobre a ideia de que à busca da verdade se apresenta necessária a circulação de ideias num autêntico mercado de debate público, beneficiando-se a sociedade dessa livre troca, ao passo que a adoção de um discurso totalitário e unilateral se apresentaria danosa aos propósitos de pluralidade que inspiram as cartas democráticas.

À sociedade, a quem se destina a prestação de dados fáticos, não faria sentido o recebimento de afirmações fáticas inverídicas, as quais contribuiriam para a desinformação coletiva, tratando-a como massa

de manobra e não como titular de um direito difuso à informação qualificada pela veracidade. A reiteração de mentiras, assim, leva a um estado de incredulidade que se apresenta danoso à liberdade de imprensa e à democracia.

A liberdade de informar, não sendo mais vista apenas sob um prisma negativo, em relação ao ocupante de órgão de imprensa, mas também positivo, em relação àquele que recebe informação, demanda ao que a transmite compromisso ético e jurídico de que os fatos por ele noticiados sejam os mais próximos possíveis da realidade, de forma a que a consciência coletiva possa vir a ser construída em bases sólidas.

Esse compromisso efetivo com a verdade reforça a credibilidade da imprensa, na medida em que a população perceba não ser utilizada como depositária de informações que pretendam atender a interesses políticos ou econômicos. A busca da credibilidade social pelo bem informar deve representar, pois, o primeiro escopo da atividade econômica e empresarial que lhe é inerente.

É importante mencionar o que restou apontado pelo Juiz Oliver Wendell Holmes no julgamento do caso “Abrams vs. United States”, no sentido de que a liberdade de expressão representaria um meio para alcançar a verdade, circulando as ideias num espaço amplo e aberto que viabilizasse à população decidir a qual corresponderia a concepção de verdade.

No caso em exame, Holmes decidiu que a publicação de folhetos que buscavam o boicote ao alistamento militar, reputados como tolos, com o mero propósito de diminuição do número de baixas de soldados russos, não representaria perigo algum, muito menos que atenderia ao teste do “*clear and present danger*”, estabelecido anteriormente em outros casos também julgados no mesmo contexto da Primeira Guerra Mundial, razão pela qual não se poderia punir Abrams e os demais exatamente com base na proteção estabelecida à liberdade de discurso.

Em seu voto, Holmes sustentou a necessidade de discussão do tema à luz de um “livre mercado de ideias”, através do qual as ideias verda-

deiras e fundamentadas poderiam ser aceitas pela sociedade. Destacou que os réus teriam sido punidos com penas de vinte anos de prisão pela publicação de folhetos em relação aos quais eram tão livres para fazê-lo quanto o próprio governo o era para publicar a Constituição dos Estados Unidos da América.

Ora, a crença na veracidade da ideia deveria motivar a sua livre discussão, e não ensejar a aplicação de penalidades a toda aquela que se apresentasse discordante, sob pena de se demonstrar não se confiar nos fundamentos da própria ideia. Colhe-se ainda do voto de Holmes:

Permitir a oposição pelo discurso parece indicar que você acredita ser o discurso impotente, como quando um homem diz que fez do círculo um quadrado, ou que você não se importa de todo o coração com o resultado, ou que você duvida do seu poder e de suas premissas. Mas quando os homens perceberem que o tempo tem derrubado muitas crenças combatidas, podem vir a acreditar ainda mais no que acreditavam como fundamento de suas próprias ideias, e que o propósito final desejado é melhor alcançado pelo livre mercado de ideias, que o melhor teste para a verdade é o poder do pensamento para ter a si mesma aceita na competição do mercado, e que a verdade é a única base sobre a qual seus desejos podem se desenvolver com segurança.³

3 Na redação original, *“To allow opposition by speech seems to indicate that you think the speech impotent, as when a man says that he has squared the circle, or that you do not care whole heartedly for the result, or that you doubt either your power or your premises. But when men have realized that time has upset many fighting faiths, they may come to believe even more than they believe the very foundations of their own conduct that the ultimate good desired is better reached by free trade in ideas—that the best test of truth is the power of the thought to get itself accepted in the competition of the market, and that truth is the only ground upon which their wishes safely can be carried out”*.

Não se poderia conceber a construção de qualquer debate que se fundamentasse em bases minimamente sólidas se os fatos reportados se apresentarem inverídicos. Ante a natureza de limite imanente, não se faz cabível invocar em seu favor a liberdade de expressão para o fim de veicular notícias inverídicas, independentemente de serem consideradas violadoras de direitos de personalidade de terceiros.

O dever de verdade assume ainda maior relevância em se tratando da comunicação prestada através de concessões estatais, que representam autênticos serviços públicos, cuja manutenção do contrato é condicionada ao atendimento a uma série de requisitos. O inegável maior alcance desses instrumentos torna ainda mais grave o dever de observância da verdade como obrigação inescusável. Extraí-se do entendimento doutrinário (Carvalho, 2004, p. 68) que

O dever de verdade da imprensa, mais que um dever ético, é um elemento do direito de informação, cujo titular é o receptor. É também inerente à liberdade de informação, na medida em que informação é a narrativa de fatos. Desta forma, “serviço adequado” para os veículos de informação é o serviço público de informar corretamente, de modo que a opinião pública seja formada sobre fatos reais para que possa, autenticamente, emitir sua vontade, no momento que for apropriado.

O reconhecimento da verdade como limite imanente provoca inegáveis impactos na tutela judicial em favor daquele que se considera prejudicado por notícia inverídica. De fato, diante da falsidade, o conflito que vier a se formar não será objeto de resolução através da ponderação de interesses, nos termos da qual figuraria, de um lado, a liberdade de informação e, de outro, o direito da personalidade daquele que é objeto da notícia.

A limitação inerente ao direito autoriza que, comprovada a falsidade, deixe de ser a informação objeto da proteção constitucional, restrito o direito fundamental à prestação e transmissão de informações autên-

ticas. Não se faz necessário, por essa razão, apontar que a falsidade teria causado qualquer prejuízo aos direitos da personalidade da vítima, notadamente à honra e imagem, e muito menos que da divulgação tenha resultado lesão moral ou patrimonial.

Merece destaque, outrossim, o fato de ser a propagação de notícias falsas ilícito tipificado no Código Penal (CP) como calúnia, que também encontra previsão normativa como crime eleitoral (CP, art. 138, e Código Eleitoral, art. 324), prevendo a segunda norma a divulgação de fatos que se sabe inverídicos em propaganda, capazes de exercer influência perante o eleitorado (Código Eleitoral, art. 323).

A pessoa a quem diretamente se imputa a prática de alguma notícia inverídica terá, a toda evidência, legitimidade processual e interesse recursal para pleitear em juízo o cessamento da divulgação, estando aberta ademais a possibilidade de obtenção de tutela de urgência. Nesses casos, não há que se falar em conflito envolvendo direitos fundamentais, por não resguardar o ordenamento o direito a noticiar mentiras.

A Carta Magna contempla garantias como o direito de resposta e o *habeas data*. Isso demonstra a preocupação do constituinte com a difusão de informações verdadeiras, sendo que o primeiro instrumento viabiliza a prestação de esclarecimentos pela pessoa prejudicada, ao passo que o segundo busca a correção de dados inverídicos sobre o interessado constantes de bancos de dados.

É muito importante apontar que o dever de veracidade faz com que fatos noticiados na imprensa adquiram, a depender da credibilidade do veículo de comunicação, *status* de verdades absolutas, o que contribui para elevar a responsabilidade jurídica e ética dos profissionais, os quais, no exercício de suas atividades, especialmente as investigativas, deverão adotar uma série de cautelas para se aproximar, tanto quanto possível, da verdade real.

Recomenda-se, assim, a oitiva da parte sobre a qual venham a recair denúncias, a análise por profissional especializado dos autos de inquéri-

tos policiais ou procedimentos investigatórios, a oitiva de testemunhas, entre outras medidas que contribuam para fundamentar suspeitas iniciais, a fim de evitar que meras ilações ou suspeitas desprovidas de sustentação venham a assumir a aura de verdade, assegurando um mínimo de paridade de armas, já que de um lado tem-se um conglomerado empresarial e de outro, por vezes, um particular sem poder econômico.

São conhecidos os casos de erros da imprensa motivados pelo denunciismo, os quais evidenciam que determinada mídia teria, através de vários órgãos, atuado com propósitos meramente sensacionalistas, já que comprovado posteriormente o total afastamento entre o noticiado e o real.

Um exemplo marcante foi o da “Escola Base”⁴. Nesse caso, jornais e revistas tomaram conhecimento, através de autoridade policial, de que pais de um aluno da referida escola teriam informado a ocorrência de possível abuso sexual cometido contra o filho. A partir daí, surgiram inúmeras suspeitas e insinuações que ganharam ampla repercussão, associadas a um laudo pericial inconclusivo, gerando uma série de ameaças aos proprietários da escola, professores e outros empregados, tendo sido a instituição, ainda, objeto de depredação. O inquérito policial, contudo, após mudança da autoridade que o presidia, veio a ser arquivado por falta de provas.

As matérias atinentes ao caso veiculavam manchetes como “Kombi era motel na escolinha do sexo” e “Perua escolar carregava crianças para orgia”. Destacavam que as crianças poderiam ter sido contaminadas com o vírus da Aids e constrangidas ao uso de drogas, com base em meras especulações que não chegaram sequer a ser levadas aos autos do inquérito policial, mas que acabaram por agravar o quadro de ódio coletivo desenvolvido em relação à escola e a seus sócios.

4 Para apuração mais detalhada, ver Ribeiro (1995).

Não obstante tenham sido impostas indenizações pecuniárias em face das empresas Organizações Globo S.A., Estado de São Paulo S.A. e Folha da Manhã, o significativo abalo psíquico, moral e profissional às vítimas tornou impossível a atuação no mesmo segmento, o que, associado à falência da escola, evidencia que os abusos cometidos não deveriam apenas ser reprimidos mas também, caso possível, prevenidos. Ao apontar para esses abusos, leciona Ribeiro, (1995, p. 152-160) que

Os jornais, portanto, aceitavam publicar qualquer denúncia, mesmo de pessoas não identificadas. A imprensa não era mais movida pelo *animus narrandi*, ou intenção de narrar. O que estava mais que presente era o *animus denunciandi*, ou compulsão por denunciar. Essa prática é chamada também de denunciismo. [...] Mais uma vez, o que os jornalistas publicaram nunca se confirmaria no inquérito policial. E, novamente, os leitores ficaram sem nenhuma satisfação posterior.

O caso acima relatado evidencia o perigo de se converter a mídia numa instituição moralista, cuja honorabilidade e valor estaria acima de quaisquer outros entes ou valores, olvidando que, diante de sua plena submissão a uma série de obrigações que lhe foram impostas pela própria CF/1988, com o escopo de assegurar qualidade nos serviços públicos que desenvolve, deveria atuar em benefício da coletividade, de forma a se diferenciar da mera atividade empresarial que trata a informação como produto, e não como serviço.

A possibilidade de acionar o Poder Judiciário em decorrência da divulgação de notícia inverídica não se verifica apenas no que tange à pessoa diretamente afetada (ainda que não necessariamente vítima de uma lesão em sentido jurídico) mas também a todos aqueles que, tendo direito ao recebimento de informações verídicas, não as receberam, tutelando os interesses de todos os cidadãos, coletivamente considerados.

Demonstrada a prestação de informações inverídicas pelos meios de

comunicação, a manipulação de dados etc., entre outras condutas que costumam ser praticadas para prejudicar candidatos, agentes econômicos, desafetos comerciais, entre outros, não serão apenas esses que terão interesse processual, o qual apresentará cunho indenizatório moral ou material, mas a própria coletividade, mediante o reconhecimento da ocorrência do chamado dano moral coletivo, a depender de circunstâncias fáticas relacionadas à natureza e gravidade da mentira noticiada.

Em sua famosa conferência intitulada “A imprensa e o dever da verdade”, Rui Barbosa destaca o papel vital dessa imprensa para a sociedade, equiparando-a ao aparelho respiratório humano, diante do exercício de sua função de renovação das ideias, permitindo o conhecimento e a crítica aos desmandos estatais, para após assinalar ser o grau de sua liberdade termômetro da existência de Estados democráticos.

Após denunciar a cooptação de alguns setores da imprensa, mediante a concessão de financiamentos escusos pelo Banco do Brasil, o ilustre jurista os equipara a autênticas “casas de prostituição intelectual”, postos a serviço dos governantes para manipular a opinião pública com mentiras e ardis de toda ordem. Para o autor, os profissionais desses setores deixam de agir como homens de imprensa para agir como homens de negócios. Vejam-se os seguintes trechos de suas palavras (Barbosa, 1990, p. 21-22):

A imprensa é a vista da nação. Por ela é que a Nação acompanha o que lhe passa ao perto e ao longe, enxerga o que lhe malfazem, devassa o que lhe ocultam e tramam, colhe o que lhe sonégam, ou roubam, percebe onde lhe alvejam, ou nodoam, mede o que lhe cerceiam, ou destroem, vela pelo que lhe interesse, e se acautela pelo que lhe ameaça. [...]

Entre as sociedades modernas, esse grande aparelho de elaboração e depuração reside na publicidade organizada, universal e perene: a imprensa. Eliminai-a da economia desses seres morais, eliminai-a, ou envenenai-a, e será como se obstruísseis as vias respiratórias a um vivente, o pusésseis no vazio, ou o condenásseis à inspiração de gases

letais. Tais são os que uma imprensa corrupta ministra aos espíritos, que lhe respiram as exalações perniciosas.

Um país de imprensa degenerada ou degenerescente é, portanto, um país cego e um país miasmado, um país de ideias falsas e sentimentos pervertidos, um país que, explorado na sua consciência, não poderá lutar com os vícios, que lhe exploram as instituições.

Representando a imprensa um espaço que cria alternativa às versões estatais, no exercício dessa alta responsabilidade, deve proceder de forma ética e imparcial, atentando para a necessidade de oitiva de pessoas investigadas e a obtenção de fontes de informação seguras e minimamente idôneas etc., sendo afastado o anonimato, exatamente para que se possa cobrar do agente o respeito a essa garantia.

Não se poderia exigir da imprensa, contudo, especialmente da que atua de forma investigativa, a cobrir a prática de crimes e ilícitos cometidos por agentes públicos, a prova de exata correspondência fática entre os fatos noticiados e aqueles que efetivamente ocorreram, o que poderia gerar a total paralisação de suas atividades, as quais somente poderiam ter seguimento mediante condenação judicial transitada em julgado daqueles agentes envolvidos em empreitadas criminosas.

Estaria criado, de fato, um verdadeiro efeito resfriador sobre a liberdade, amesquinhando-se o caráter de um direito fundamental assegurado pela CF/1988, que apresenta entre outras características práticas muitas vezes dar início a investigações cíveis e criminais e resultar na derrubada de agentes públicos, motivo pelo qual se faz necessário promover essa conciliação, não com outros direitos (providência desnecessária diante da natureza de limitação imanente), mas de forma a delimitar o direito individualmente considerado, definindo o âmbito de proteção normativo.

Como apontado no caso “New York Times Co. vs. Sullivan”, a exigência de que as notícias veiculadas deveriam espelhar verdades incontestáveis poderia impossibilitar o bom andamento das atividades

da imprensa, notadamente daquela que atua na investigação de desmandos de agentes públicos, cuja amplitude deve ser sempre maximizada em atenção também aos princípios que regem a administração pública.

O dever de transparência torna natural que, em se tratando de pessoas públicas, essas sejam naturalmente sujeitas ao escrutínio popular, que se revela, entre outras dimensões, na prestação de informações à coletividade. Em relação a essas pessoas, o que se pode exigir do profissional da imprensa não será a verdade absoluta, mas, sim, a demonstração de que sua atitude teve o propósito de alcançá-la, observando-se as responsabilidades éticas e obrigações constitucionais, como a manutenção do sigilo da fonte e a vedação ao anonimato.

O Código de Ética dos Jornalistas Brasileiros, aprovado pela Federação Nacional dos Jornalistas (Fenaj), estabelece, entre os deveres das empresas de comunicação, a divulgação de informações precisas e corretas, implicando a liberdade de imprensa compromisso com a responsabilidade social, o que se associa às restrições já acima mencionadas.

Entre os deveres dos jornalistas que contribuem para o esclarecimento da verdade no que tange à divulgação de informações, destaca o Código em seu art. 12, I, a oitiva do maior número de pessoas e instituições envolvidas numa cobertura jornalística, a busca de provas que fundamentem as informações de interesse público, entre outras cuja observância, embora não possa assegurar que os fatos noticiados sejam efetivamente verdadeiros, contribui para que sejam mais próximos da realidade e possibilitam seja noticiada a versão do objeto da matéria acerca dos fatos.

A extrema popularização da internet, porém, trouxe novos contornos ao problema, na medida em que qualquer pessoa munida de um telefone celular pode propagar notícias sobre temas os mais variados, não se limitando a veicular, com alcance virtualmente ilimitado, opiniões pessoais as quais, uma vez divulgadas, assumem ritmo crescente de divulgação, a depender do tema tratado.

O tema da falsidade das notícias ganhou novos contornos espalhados

com assustadora velocidade. A desinformação, portanto, tornou-se uma arma extremamente poderosa, apta a formar convencimentos com base em suportes factuais inexistentes, podendo influenciar até o resultado das eleições, circunstância agravada pelo fato de que qualquer pessoa pode se tornar influenciadora digital.

4. FAKE NEWS E LIBERDADE DE EXPRESSÃO

A humanidade identificou, desde sempre, o uso da informação e desinformação como relevantes mecanismos de controle social. O progressivo acesso ao conhecimento, aliado ao aumento dos níveis de escolaridade, poderia resultar na diminuição da eficácia das inverdades comumente divulgadas.

No Brasil, a baixa consciência para a cidadania e formação política vem ensejando a propagação de fatos inverídicos para os mais diversos fins, notadamente por meio da manipulação da opinião pública, podendo-se mencionar a respeito, entre outros, o Plano Cohen, uma suposta tentativa de revolução comunista para a tomada de poder no Brasil durante o governo Vargas.

Divulgado através do programa de rádio de maior audiência à época, foi utilizado para justificar a adoção de medidas que levaram a se instaurar o Estado Novo, resultando na outorga de nova Constituição, perseguição de adversários políticos e supressão de direitos, com base em documento falsificado adrede preparado para esse fim.

Com o advento dos meios de comunicação de massa, e mais recentemente a popularização das redes sociais, o fenômeno das *fake news* ganhou novas dimensões, adquirindo velocidade e alcance inimagináveis, sem que o Direito tenha conseguido engendrar mecanismos para um combate adequado a essa nova realidade, não obstante o aumento dos níveis de escolaridade formal.

Assim como, geralmente, o direito de resposta ao ofendido jamais atinge o mesmo alcance que a notícia negativa inicialmente divulgada, a correção de informações divulgadas através da internet não guarda alcance sequer próximo da primeira, especialmente por ser possível o armazenamento de dados e conteúdos em locais diversos, sob jurisdições variadas.

Tem-se, portanto, baixíssima eficácia da retificação posterior da informação sem compromisso com a verdade, especialmente considerando, como já assinalado, que a divulgação de informações através da internet, passível de replicação por sítios hospedados em servidores os mais diversos, apresenta-se de difícilíssima possibilidade de se coibir.

As *fake news* podem ser conceituadas como informações, notícias ou imagens que não encontram amparo na realidade fática, sendo produto de montagens, adulteração ou representação direta de uma mentira. Não se confundem de forma alguma com opiniões, mas, sim, representam juízos com base em fatos fictícios.

O combate a esse fenômeno não representa, de forma alguma, qualquer cerceamento à liberdade de expressão, na medida em que, uma vez assentado tratar-se de conduta fora do âmbito de proteção normativo, deixa de contribuir para a formação de um debate plural e qualificado, ensejando, em verdade, um profundo desserviço a qualquer propósito.

A disseminação de fatos inverídicos deve ser combatida, portanto, primordialmente, com a difusão de fatos verídicos, dentro de um ambiente de livre e qualificada circulação de ideias. Cabe salientar, contudo, a forte tendência atual para a divulgação do que vem sendo chamado de fatos alternativos, assim entendidos como aqueles que, não encontrando amparo na realidade, são oferecidos como versões distintas dos narrados pela mídia tradicional.

Aquilo que antes poderia ser reconhecido facilmente como pura e simples mentira ganha, com novos contornos, o rótulo de pós-verdade, na qual convicções se fundamentam em outras convicções ou impres-

sões pessoais, que se fazem acompanhar de ignorância e preconceitos, e não em fatos autênticos, afastando-se do real e aproximando-se do imaginário.

Muito embora não se possa falar na ocorrência de uma única concepção daquilo que se entende por autêntico ou verdadeiro, a desinformação promovida por versões descontraídas de um mínimo de substrato probatório ou factual enseja quadro de grave insegurança, na medida em que, ao contrário de qualificar o debate, amesquinha-o para fazer prevalecer uma versão com o único escopo de corroborar um determinado ponto de vista, e não fomentar a troca de ideias.

Não se examina, para efeito de apreciação do exercício da liberdade de expressão, apenas o alcance ou a quantidade das notícias, dados e informações veiculados, mas, sim, e especialmente suas qualidades, profundidade, pesquisa de fontes, linguagem etc. O direito a ser informado, ademais, consiste no direito de ser informado com qualidade, que resta afastado no caso das *fake news*.

Relevantíssimo trabalho vem sendo desenvolvido por instituições as mais diversas, inclusive veículos de imprensa tradicional, através das chamadas agências de checagens, as quais se dedicam a examinar, à luz de aprofundamento no que toca aos fatos alegados e contexto probatório, as notícias de maior impacto, especialmente as relacionadas à temática política, que muito alimentaram as eleições mais recentes.

Para fins de combate às *fake news*, e reconhecendo a importância do acesso à informação como uma das principais vias para esse fim, o Tribunal Superior Eleitoral, a par das medidas adotadas nos âmbitos normativo e jurisprudencial, criou em seu sítio canal contendo vídeos, notícias e esclarecimentos sobre diversas notícias divulgadas.

No julgamento da Representação Eleitoral n. 0600546-70, a Corte destacou o quadro que se delineou com maior intensidade no pleito de 2018, após tecer considerações sobre a temática dos fatos alternativos com o escopo de coibir ou atenuar seus impactos.

Isso porque a verdade humana mais profunda é emocional, subjetiva e prescinde dos fatos. Notícias distorcidas com forte viés ideológico, trazidas pelas mídias sociais, no mais das vezes, ganham maior atenção que as reportagens realizadas pela imprensa tradicional. As matérias falsas, de cunho sensacionalista, tendem à repercussão fácil, a viralizar, a tornar-se *trend topics* mais rapidamente do que aquelas produzidas por jornalistas zelosos que praticam a checagem dos fatos. É a força da mentira vencendo os reais acontecimentos, a qual estimula a polarização política desmedida, gerando terreno fértil para a desinformação do eleitor.⁵

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O exercício da liberdade de expressão representa um dos principais instrumentos para a cidadania no Estado Democrático de Direito. Ao assegurar-lá, a CF/1988 busca proteger não só a livre circulação de ideias mas também a formação de um amplo espaço de debates, no qual venha a ocorrer uma troca qualificada de crenças, manifestações culturais e políticas etc.

A proteção constitucional pressupõe que a troca de ideias e o debate público se processem segundo bases de razoabilidade, adequação fática e bom senso, razão pela qual o direito fundamental à liberdade de expressão deixa de contemplar em seu âmbito de proteção normativo a difusão de *fake news*, que se apresentam prejudiciais à própria democracia.

Por essa razão, o combate a essas notícias representa uma exigência para fins de resguardo às normas constitucionais, e não se confunde com qualquer medida de censura estatal.

5 TSE, RP n. 0600546-70.2018.6.00.0000, rel. min. Sérgio Banhos. *DJe* 112, de 8-6-2018. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/decisoões/jurisprudencia>. Acesso em: 20 ago. 2019.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BARBOSA, Rui. *A imprensa e o dever da verdade*. 3. ed. São Paulo: Universidade de São Paulo, 1990.

CARVALHO, Luiz Gustavo G. Castanho de. *Liberdade de informação e o direito difuso à informação verdadeira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

COULANGES, Fustel de. *A cidade antiga*. Rio de Janeiro: Ediouro, 2004.

KELSEN, Hans. *A democracia*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

RIBEIRO, Alex. *O caso Escola Base: os abusos da imprensa*. São Paulo: Ática, 1995.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo, restrições e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

PROGRAMAS DE INTEGRIDADE E A PROTEÇÃO DE DIREITOS DA PERSONALIDADE NO TRATAMENTO DE DADOS PESSOAIS

Rodrigo de Castro Villar Mello¹

RESUMO

A presença dos programas de integridade no Brasil é uma realidade recente que, paulatinamente, vem recebendo maior dimensionamento normativo que reconhece, a par de uma autonomia normativa interna do agente econômico, pilares essenciais para um programa efetivo, entre eles, a investigação interna e a auditoria. São, portanto, enunciações propositivas e indutivas, num sistema de autorregulação-regulada e de

1 Professor de Direito Penal, Direito Penal Econômico (*Criminal Compliance*) e Direito Processual Penal. Integrante do corpo docente das Pós-Graduações em Ciências Criminais e Segurança Pública e em *Compliance Criminal* e Responsabilidade Empresarial do Ceped-UERJ, bem como das Pós-Graduações em Direito Penal e Processo Penal e em Direito e *Compliance* da UNESA. Membro de bancas de examinadoras acadêmicas e orientador de discentes em especializações. Conteudista. Palestrante. Especialista em Direito para a Magistratura pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Especialista em Direito Processual Civil e em Ciências Criminais. Mestrando em Direito Público e Evolução Social. Autor de obra e artigos jurídicos.

observância de instrumentos de *soft law*, bem como de enunciações descritivas impositivas, como produto de metarregulação estatal. No âmbito dessa normatividade, a investigação e a auditoria são produtos da *compliance* e são promovidas no interesse da pessoa jurídica, sem poder abdicar dos direitos e garantias individuais dos envolvidos nos fatos investigados ou aditados, inclusive, devendo observar o sistema protetivo estabelecido pela Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018.

Palavras-chave: *Compliance*. Programa de Integridade. Investigação interna. Auditoria. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (Lei n. 13.709, de 2018).

ABSTRACT

The presence of integrity programs in Brazil is a recent reality that, gradually, has been receiving more normative dimension that recognizes, besides an internal normative autonomy of the economic agent, essential pillars for an effective program and, among them, are located. internal investigation and audit. They are, therefore, propositive and inductive statements, in a system of self-regulation and compliance with soft law instruments, as well as impositive descriptive statements, as a product of state meta-regulation. Within the scope of this normativity, the investigation and audit are products of compliance and are promoted in the interest of the legal entity, without being able to abdicate the individual rights and guarantees of those involved in the facts investigated or added, and must observe the protective system established by Law no. 13.709, of August 14, 2018.

Keywords: Compliance. Integrity Program. Internal Investigation. Audit. General Personal Data Protection Act (Law 13.709, of August 14, 2018).

1. INTRODUÇÃO

Os episódios de desvios de padrões comportamentais ocorridos no cenário socioeconômico mundial propulsionaram a edição de diversas normatividades jurídicas, inclusive por meio de instrumentos de *soft law* e de *hard law*. O objetivo é promover uma política de conformidade, *compliance*, para assegurar uma ambiência corporativa íntegra – recentemente importada para a seara pública (*compliance* público) –, cujos estandartes são a eticidade, a legitimidade e a juridicidade.

Essa política é materializada por meio de um programa de *compliance* ou programa de integridade, compreendido como um conjunto de diretrizes, ações, medidas e procedimentos estruturados por uma sociedade empresária – ou por órgãos, entidades e instituições públicas – para a consecução das propensões de *compliance*. Entre os procedimentos necessários, destacam-se a investigação interna e a auditoria destinadas à detecção de fatos contrários à política de conformidade, a fim de permitir a tomada de decisões e a adoção de respostas adequadas, em consonância com diretrizes internas e externas, e impedir a concretização ou potencialização de riscos geridos de *compliance*.

O plexo de atividades internas destinadas à apuração dos fatos antagônicos à política de conformidade e à identificação dos envolvidos para aplicação de uma sanção disciplinar, sanando as irregularidades ou transgressões, no âmbito de um procedimento interno orientado pelos valores constitucionalmente consagrados, exige, como atividade intrínseca e indispensável, operações realizadas com dados pessoais, como as que se referem a coleta, utilização, armazenamento, processamento, avaliação ou controle da informação.

Entrementes, tais dados tratados na investigação interna ou na auditoria de *compliance* estão protegidos pela Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018, intitulada Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, doravante LGPD, fundada, entre outros valores, segundo seu art. 2º, no respeito à

privacidade, à autodeterminação informativa, à liberdade de expressão, de informação, de comunicação e de opinião e à intimidade, à honra e à imagem.

Esse diploma legal incorporou ao catálogo de deveres de *compliance* novos enunciados normativos que afetam diretamente o funcionamento do programa de integridade. Exemplos disso são os §§ 2º e 4º do art. 4º, os quais determinam que a pessoa de direito privado, exceto em procedimentos sob tutela de pessoa jurídica de direito público, desde que não trate a totalidade dos dados pessoais, salvo se o seu capital for integralmente público, não pode realizar tratamento de dados para os seguintes fins exclusivos: segurança pública; defesa nacional; segurança do Estado; ou investigação e repressão de infrações penais.

De efeito, instaurou-se uma aparente incongruência: o programa de *compliance* tem como atividade intrínseca e imanente a realização de operações com dados referentes a pessoa natural identificada ou identificável, sobremaneira, quando no exercício de investigação interna e de auditoria, mas essas mesmas operações se encontram sob proteção da LGPD e se legitimam apenas em hipóteses taxativas.

Nesse ínterim, pode-se indagar, entre outras ponderações, se a investigação interna ou a auditoria estaria inviabilizada quando do vigor da lei ou se seria exigido o consentimento do interessado para a investigação interna ou a auditoria, observando os dados tratados a exata finalidade que motivou o consentimento, por força do que dispõe o art. 6º, I, da LGPD. O enfrentamento dessa aparente antinomia é o objeto do presente trabalho.

2. INVESTIGAÇÃO INTERNA E AUDITORIA DECORRENTES DE PROGRAMA DE COMPLIANCE

O termo “*compliance*”, oriundo do verbo “*to comply*”, pode ser compreendido em um sentido amplo ou subjetivo que denota um estado de conformidade com parâmetros éticos e normativos determinados

interna ou *externa corporis*. Nesse prisma, trata-se de um sistema de conformidade com propensão instrumental à promoção da integridade corporativa ou setorial, bem como finalística à estruturação e determinação de atividades exercidas.

Em sentido estrito ou objetivo, o termo “*compliance*” significa o implemento de ações, medidas, regras e procedimentos para assegurar a materialização dos baluartes éticos e normativos, por intermédio de regulamentos internos e códigos de éticas e de condutas, de modo a estabelecer diretivas de observância obrigatória, no âmbito corporativo, para a prevenção de transgressões e irregularidades e o tratamento dos desvios de padrões comportamentais que eventualmente sejam detectados, conferindo-lhes uma resposta disciplinar adequada.

Sob essa perspectiva, a política de conformidade está vocacionada à gestão de riscos das mais variadas espécies, como os organizacionais, financeiros/patrimoniais ou mesmo os de imagem, bem como à gestão de riscos próprios, quais sejam, aqueles relacionados à integridade decorrentes de violações a leis, a regulamentos internos e externos e a padrões éticos. Assim, essa gestão atua para identificar os riscos previsíveis e monitorar os imprevisíveis, para avaliar seus impactos na organização e atribuir uma resposta à materialização de riscos, gerenciando as probabilidades de dano ou mitigando suas consequências.

O sistema contínuo de preservação de valores e de mitigação de riscos para construção de um ambiente íntegro e sustentável capaz de assegurar a função social da empresa é estabelecido (*establishment*), incorporado (*embedment*) e aplicado (*enforcement*) por meio de um programa de *compliance*, ao qual cabe definir as diretrizes éticas e normativas, bem como as ações, medidas e procedimentos, tais como treinamento contínuo, monitoramento, controles e procedimentos internos, além de investigação de ilícitos e irregularidade, com previsão de sanções disciplinares.

A investigação interna é, portanto, um dos pilares essenciais para um programa de *compliance* efetivo, porquanto detecta o ato *interna corporis*

contrastante, corrige a irregularidade ou a transgressão e neutraliza os riscos de *compliance* materializados pela desconformidade ao padrão de conduta adequada, bem como pune os agentes que concorreram para sua prática, mediante um julgamento compromissado com o programa de *compliance* e, portanto, isento de um agente que integra o mesmo ente moral.

A importância das investigações internas é revelada pela própria Lei Anticorrupção (Lei n. 12.846/2013), que, no seu art. 7º, VII, enuncia que a cooperação da pessoa jurídica para apuração de infrações, inclusive mediante aplicação de medidas disciplinares em caso de violação do programa de integridade (art. 42, XI, do Decreto n. 8.420/2015), é fator que influi na aplicação de sanções no processo administrativo de responsabilização por ilícito corruptivo que atente contra a administração nacional ou estrangeira.

Em referência internacional, o *Principles of Federal Prosecution of Business Organizations*, Seção VII-B, do Departamento de Justiça dos EUA, enuncia diretrizes a serem observadas por promotores federais na acusação por crimes empresariais e aponta, como fator atenuante para eventual acusação e processo, a cooperação da própria empresa, com a identificação de todos os indivíduos ou responsáveis pela conduta imprópria, independentemente de sua posição, *status* ou antiguidade.

Sobre o tema, as diretrizes para empresas privadas da Controladoria-Geral da União (2015, p. 22-23) enunciam, *in verbis*:

A detecção de indícios da ocorrência de atos lesivos à administração pública, nacional ou estrangeira, deve levar a empresa a iniciar uma investigação interna, que servirá como base para que sejam tomadas as providências cabíveis. Normas internas devem tratar de aspectos procedimentais a serem adotados nas investigações como: prazos, responsáveis pela apuração das denúncias, identificação da instância ou da autoridade para a qual os resultados das investigações deverão ser reportados. Uma vez que a investigação confirme a ocorrência de ato

lesivo envolvendo a empresa, devem ser tomadas providências para assegurar a imediata interrupção das irregularidades, providenciar soluções e reparar efeitos causados. [...] A empresa deve também utilizar os dados obtidos na investigação interna para subsidiar uma cooperação efetiva com a administração pública.

Sob tais cercanias, a “investigação interna” (do inglês, *internal investigation*) pode ser compreendida como uma forma de instauração e de condução de uma investigação sob o prisma do agente incumbido dessa atribuição. Investigações internas, desta feita, são aquelas levadas a efeito pelo próprio agente econômico (*in counsel*) ou no exercício e no interesse do seu poder diretivo (*outside counsel*), hipótese em que são conduzidas por terceiros, como escritórios de advocacia ou sociedades empresárias vocacionadas a auditorias externas.

A par dessas investigações, não se pode olvidar a existência de outras conduzidas por autoridades públicas, independentemente da vontade da pessoa jurídica. Trata-se de investigações externas cujo objetivo é apurar e sancionar infrações à normatividade jurídica à qual se subordinam determinados agentes econômicos e até mesmo pessoas físicas que intervenham nessas práticas ilícitas. Essas investigações estão sujeitas a um tratamento legal específico, inclusive por meio de processo administrativo de responsabilização, ainda que precedido de uma investigação preliminar, de modo que não será objeto do presente trabalho.

Além das investigações internas, as empresas podem levar a efeito auditorias no âmbito de um programa de integridade, as quais estão perfeitamente abrangidas no cerne da discussão ora travada. Essa possibilidade se deve ao fato de as auditorias serem instrumentos de controle corporativo para detecção de casos de desconformidade aos padrões normativos e regulamentares, num determinado momento específico de funcionamento da empresa, conquanto boas práticas recomendam a sua realização periodicamente para uma gestão ativa de *compliance*

a fim de prevenir, detectar, mitigar e/ou corrigir situações de desconformidade para com a política e diretrizes internas e os parâmetros regulatórios e éticos.

A auditoria interna, assim como a investigação interna, deve ser conduzida de forma independente e imparcial para que seja possível apurar os fatos que ela tem por objetivo identificar e, por conseguinte, seja possível reportar os resultados aos setores competentes dentro da empresa, inclusive propiciando a instauração do procedimento interno de investigação, sem prejuízo de comunicá-los à autoridade com atribuição legal para reprimir tais condutas.

O resultado da auditoria é materializado em um documento intitulado Relatório de Auditoria, que serve à adoção de providências internas tendentes à correção de falhas e ao aperfeiçoamento do programa de *compliance* a fim de tornar efetivo os compromissos internos e objetivos da empresa. São instrumentos que conferem credibilidade, transparência e confiança ao mercado e às partes interessadas (*stakeholders*).

Nada obsta, contudo, a realização de auditorias realizadas por agentes externos, como instrumento de controle confiado a terceiro com a incumbência de analisar a situação econômico-financeira da empresa e, hodiernamente, também operacional, com exame referenciado acerca da observância das regras inerentes à atividade e dos valores éticos sobre os quais se estrutura a empresa para permitir a compreensão sobre a situação contábil, as condutas e as práticas adotadas pela instituição, enfim, sobre as mais variadas operações iminentes à atividade, incluindo-se aí àquela própria da auditoria interna.

Sobre o tema, oportuno destacar que há diversas regras internacionais, como o *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA) norte-americano e o *UK Bribery Act*, do Reino Unido, que disciplinam auditorias realizadas por terceiro, inclusive como direito esculpido em contrato pactuado com terceiros (cláusulas de auditoria) para legitimar uma investigação interna levada a efeito no interesse (contratual) da parte auditada.

Convém ressaltar que as auditorias realizadas por terceiros surgiram numa ambiência distinta da governança corporativa e dos programas de *compliance*. São frutos de uma necessidade do mercado de capitais que, após a quebra da bolsa de Nova York em 1929, tornou obrigatórias tais auditorias por profissionais habilitados para verificação da situação contábil das empresas que negociavam suas ações na bolsa. No Brasil, a Resolução n. 7, de 1965, regulamentou as atividades e criou o cadastro de auditores independentes.

Mais tarde, a Resolução CMN/BACEN n. 88, de 1968, estabeleceu que os pedidos de registro de emissão de títulos ou valores mobiliários deveriam ser acompanhados de certificado de auditoria contábil, assinado por contador, de análise econômico-financeira da empresa, assinada por economista, nos termos do item I dos esclarecimentos adicionais do Banco Central sobre a referida resolução.

Caso interessante é o da Petrobras, que adotou as auditorias internas e externas como ações de seu programa de *compliance*. Para a estatal, auditoria interna é a

Unidade organizacional vinculada ao Conselho de Administração, responsável por conduzir atividades de planejar, executar e avaliar as atividades de auditoria interna e assessorar o Conselho de Administração, Comitê de Auditoria, Presidência e Diretoria Executiva no exercício do controle das principais operações da Companhia, além de atender às demandas do Conselho Fiscal e órgãos externos de controle, visando fortalecer a gestão, controles internos e mitigação de riscos.

Por sua vez, a auditoria externa ocorre por meio de “empresa escolhida pelo Conselho de Administração da Petrobras, que seja independente e imparcial, com atribuição básica de verificar se as demonstrações financeiras refletem adequadamente a realidade da companhia”.

Destarte, a investigação interna e as auditorias são produtos de um

programa de integridade e elementos fundamentais para sua efetividade, pois evidenciam o comprometimento corporativo e institucional para com esse programa – a par de preservarem e fortalecerem a governança corporativa – e, desta feita, conferem confiança ao mercado, otimizam o desempenho da atividade econômica e a realização dos objetivos das partes interessadas, os *stakeholders*, de forma consentânea à promoção da função social da empresa.

3. A PROTEÇÃO DOS DADOS PESSOAIS E AS INVESTIGAÇÕES INTERNAS

O tratamento, por qualquer meio, dos dados relacionados a pessoas físicas está regulado na LGPD, que entrará em vigor em fevereiro de 2020. Esse diploma segue as pautas de proteção de dados, nos meios digitais, estabelecidas no Regulamento Geral de Proteção de Dados (*General Data Protection Regulation – GDPR*) da União Europeia, que entrou em vigor em 25 de maio de 2018, por meio da Regulação n. 2016/679, em substituição da Diretiva Europeia de Proteção de Dados Pessoais n. 95/46/EC, para estabelecer regras relativas à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados (artigo 1º).

A repercussão desse regulamento para o Brasil é determinada pelo caráter transnacional das operações no mundo globalizado, o que aumenta a suscetibilidade de uma empresa doméstica realizar operações com outra sediada em um dos países da União Europeia, um bloco econômico e político formado por 28 países – a pretensão de saída do Reino Unido, por plebiscito, em 2016, ainda não se verificou pela indefinição de algumas questões, inclusive contratuais e de soberania – para facilitar o comércio e a circulação populacional.

Ademais, não se pode olvidar a importância de suas normas e efeito indutivo e promocional para outros países, num ambiente virtual que

carece de segurança e normatividade. O cerne, portanto, é a cibersegurança para assegurar a privacidade e a intimidade dos titulares de dados passíveis de operação digital.

A LGPD, com a alteração promovida pela Lei n. 13.853/2019, estabeleceu uma Política Nacional de Proteção de Dados Pessoais e da Privacidade, que seguirá diretrizes da Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD) – órgão da administração pública federal, integrante da Presidência da República –, que detém autonomia técnica e decisória para exercer as competências do art. 55-J da LGPD, inclusive para fiscalizar e aplicar sanções em caso de tratamento de dados realizado em descumprimento à legislação, mediante processo administrativo que assegure o contraditório, a ampla defesa e o direito de recurso; e editar regulamentos e procedimentos sobre proteção de dados pessoais e privacidade, bem como sobre relatórios de impacto à proteção de dados pessoais para os casos em que o tratamento representar alto risco à garantia dos princípios gerais de proteção de dados pessoais previstos nesta lei.

Toda a disciplina normativa acerca da proteção de dados pessoais é construída sobre os seguintes pilares: I – o respeito à privacidade; II – a autodeterminação informativa; III – a liberdade de expressão, de informação, de comunicação e de opinião; IV – a inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem; V – o desenvolvimento econômico e tecnológico e a inovação; VI – a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor; e VII – os direitos humanos, o livre desenvolvimento da personalidade, a dignidade e o exercício da cidadania pelas pessoas naturais.

Nesse norte, a LGPD determina que qualquer pessoa – natural ou jurídica, de direito público ou privado – que realize qualquer operação com dado de pessoa física identificada ou identificável deve observar os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural, estabelecendo um novo

rol de deveres para proteção de dados pessoais, inclusive mediante designação de encarregado pelo tratamento de dados pessoais (*Data Protection Officer* na GDPR; ou EPD na LGPD), implementação, ainda que facultativa, de programa de governança em privacidade e de regras de boas práticas e de governança, individualmente ou por meio de associações (LGPD, arts. 41 e 50).

Essa normatividade da LGPD é aplicável, segundo o seu art. 3º, às operações de tratamento de dados realizadas no território brasileiro e àquelas ocorridas fora do território nacional quando tiver por objetivo a oferta ou o fornecimento de bens ou serviços ou o tratamento de dados de indivíduos localizados no território nacional; ou os dados pessoais disserem respeito à pessoa que se encontre no Brasil no momento da coleta.

A nova disciplina legal insere, portanto, ao catálogo de deveres de conformidade a imprescindível observância do adequado tratamento dos dados pessoais, com a necessária revisitação da disciplina inserida nos códigos de ética e de condutas e nos regulamentos internos, bem como com a adoção de ações de capacitação dos funcionários para cumprimento do catálogo de novas obrigações – v.g. arts. 8º, § 2º; 7º, § 5º; 4º, § 3º; 10, § 3º; 38; 9º, § 2º; 10, § 3º; 16; 19; 37; 46; 47; 48, § 2º; 49; 50; e 51, todos da LGPD.

Exige-se, assim, o comprometimento da alta gestão e das pessoas às quais compete a função de tratamento dos dados pessoais dentro da empresa (controlador e o operador), para revisar contratos ou procedimentos em curso que envolvam dados pessoais e submetê-los a medidas de segurança, técnicas e administrativas, aptas a protegê-los desde a fase de concepção até a sua execução (*privacy by design*).

A par desses novos deveres de *compliance*, o tratamento de dado pessoal – a LGPD define dado pessoal como “informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável;” – é admitido em hipóteses excepcionais. De efeito, esse tratamento poderá ser realizado nas seguintes situações explicitadas pelo art. 7º da LGPD:

- I – mediante o fornecimento de consentimento pelo titular;
- II – para o cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador;
- III – pela administração pública, para o tratamento e uso compartilhado de dados necessários à execução de políticas públicas previstas em leis e regulamentos ou respaldadas em contratos, convênios ou instrumentos congêneres, observadas as disposições do Capítulo IV desta Lei;
- IV – para a realização de estudos por órgão de pesquisa, garantida, sempre que possível, a anonimização dos dados pessoais;
- V – quando necessário para a execução de contrato ou de procedimentos preliminares relacionados a contrato do qual seja parte o titular, a pedido do titular dos dados;
- VI – para o exercício regular de direitos em processo judicial, administrativo ou arbitral, esse último nos termos da Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996 (Lei de Arbitragem);
- VII – para a proteção da vida ou da incolumidade física do titular ou de terceiro;
- VIII – para a tutela da saúde, exclusivamente, em procedimento realizado por profissionais de saúde, serviços de saúde ou autoridade sanitária; (Redação dada pela Lei n. 13.853, de 2019)
- IX – quando necessário para atender aos interesses legítimos do controlador ou de terceiro, exceto no caso de prevalecerem direitos e liberdades fundamentais do titular que exijam a proteção dos dados pessoais; ou
- X – para a proteção do crédito, inclusive quanto ao disposto na legislação pertinente.

O tratamento consentido de dados deve observar o direito à autodeterminação informativa, que é fundamento sobre o qual se edifica a normatividade jurídica da LGPD, consoante descrito em seu art. 2º, II. De efeito, a pessoa física poderá conhecer, controlar e decidir sobre o destino de seus dados pessoais, inclusive para determinar se o controla-

dor – “pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, a quem competem as decisões referentes ao tratamento de dados pessoais”, nos termos do art. 5º, VI, da LGPD – poderá ou não compartilhar seus dados ou se poderá dar tratamento diferente ao consentimento original, no caso de mudança de finalidade, podendo o titular dos dados revogar o consentimento (LGPD, arts. 7º, § 5º, e 9º, § 2º).

Bem por isso, o consentimento previsto no inciso I do supracitado art. 7º da LGPD deve ser fornecido por escrito, com cláusula destacada das demais cláusulas contratuais, ou por outro meio que demonstre a manifestação de vontade do titular. Ademais, esse consentimento deve referir-se a finalidades determinadas, sendo consideradas nulas as autorizações genéricas para o tratamento de dados pessoais, bem como pode ser revogado a qualquer momento mediante manifestação expressa do titular, por procedimento gratuito e facilitado, ratificados os tratamentos realizados sob amparo do consentimento anteriormente manifestado enquanto não houver requerimento de eliminação, nos termos do inciso VI do art. 18 da LGPD.

No caso de crianças e adolescentes, o tratamento de seus dados pessoais deverá ser realizado em seu melhor interesse, nos termos do art. 14 da LGPD e da legislação pertinente. Nesse sentido, o tratamento de dados pessoais do menor de dezoito anos deverá ser realizado com o consentimento específico e em destaque dado por pelo menos um dos pais ou pelo responsável legal.

Ademais, os controladores deverão manter pública a informação sobre os tipos de dados coletados, a forma de sua utilização e os procedimentos para o exercício dos direitos a que se refere o art. 18 da LGPD e não poderão condicionar a participação desse grupo etário em jogos, aplicações de internet ou outras atividades ao fornecimento de informações pessoais além das estritamente necessárias à atividade.

Os dados pessoais de crianças somente poderão ser coletados sem o consentimento quando a coleta for necessária para contatar os pais ou

o responsável legal, utilizados uma única vez e sem armazenamento, ou para sua proteção, e em nenhum caso poderão ser repassados a terceiro sem o devido consentimento, consoante redação do art. 14, § 3º, da LGPD.

Oportuno destacar que, mesmo o tratamento de dados pessoais de acesso público está sujeito à observância da finalidade, da boa-fé e do interesse público que justificaram sua disponibilização. Por sua vez, os dados tornados manifestamente públicos por um determinado titular prescindem de consentimento para o seu tratamento, resguardados os direitos do titular e os princípios previstos na LGPD. As informações poderão ser tratadas para novas finalidades, desde que observados os propósitos legítimos e específicos para o novo tratamento e a preservação dos direitos do titular, assim como os fundamentos e os princípios previstos nessa lei, *ex vi* do art. 7º da LGPD.

De efeito, os agentes de tratamento de dados, controlador e operador, devem manter registro das operações de tratamento de dados pessoais que realizarem, especialmente quando baseados no legítimo interesse (LGPD, art. 37). O controlador poderá também ser obrigado, pela autoridade nacional, a elaborar relatório de impacto à proteção de dados pessoais, inclusive de dados sensíveis, referente a suas operações de tratamento de dados, nos termos de regulamento, observados os segredos comercial e industrial (LGPD, art. 38).

A seu turno, o dado sensível – definido pela LGPD como aquele pessoal sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político; o dado referente à saúde ou à vida sexual; assim como o genético ou o biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural – somente poderá ser tratado quando o titular ou seu responsável legal consentir, de forma específica e destacada, para finalidades específicas (LGPD, art. 11).

Entretanto, observados os enunciados dos §§ 1º a 4º do art. 11 da LGPD, constituem causas de dispensa de exigência de consentimento o tratamento de dados indispensável para:

- a) cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador;
- b) tratamento compartilhado de dados necessários à execução, pela administração pública, de políticas públicas previstas em leis ou regulamentos;
- c) realização de estudos por órgão de pesquisa, garantida, sempre que possível, a anonimização dos dados pessoais sensíveis;
- d) exercício regular de direitos, inclusive em contrato e em processo judicial, administrativo e arbitral, este último nos termos da Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996 (Lei de Arbitragem);
- e) proteção da vida ou da incolumidade física do titular ou de terceiro;
- f) tutela da saúde, exclusivamente, em procedimento realizado por profissionais de saúde, serviços de saúde ou autoridade sanitária; ou
- g) garantia da prevenção à fraude e à segurança do titular, nos processos de identificação e autenticação de cadastro em sistemas eletrônicos, resguardados os direitos mencionados no artigo 9º desta Lei e exceto no caso de prevalecerem direitos e liberdades fundamentais do titular que exijam a proteção dos dados pessoais.

A LGPD considera irregular, nos termos do seu art. 44, o tratamento de dados quando deixar de observar a legislação ou quando não fornecer a segurança que o titular dele pode esperar, consideradas as circunstâncias relevantes, entre as quais: I – o modo pelo qual é realizado; II – o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam; III – as técnicas de tratamento de dados pessoais disponíveis à época em que foi realizado.

Não obstante essas autorizações legais para tratamento de dados pessoais, a LGPD estabelece, no art. 4º, que está fora do seu âmbito de incidência o tratamento de dados pessoais realizados nas seguintes hipóteses: I – por pessoa natural para fins exclusivamente particulares e não econômicos; II – realizado para fins exclusivamente jornalísticos e artísticos; acadêmicos, aplicando-se a esta hipótese os arts. 7º e 11 dessa

lei; III – para fins exclusivos de segurança pública, defesa nacional, segurança do Estado, atividades de investigação e repressão de infrações penais; ou IV – provenientes de fora do território nacional e que não sejam objeto de comunicação, uso compartilhado de dados com agentes de tratamento brasileiros ou objeto de transferência internacional de dados com outro país que não o de proveniência, desde que este proporcione grau de proteção de dados pessoais adequado ao previsto nessa lei.

Os fins de tratamento de dados pessoais previstos no item III acima referido deverão ser regidos por legislação específica, que deverá, ainda, prever medidas proporcionais e estritamente necessárias ao atendimento do interesse público, observados o devido processo legal, os princípios gerais de proteção e os direitos do titular previstos nessa lei, bem como não poderão ser perseguidos por pessoa de direito privado, exceto em procedimentos sob tutela de pessoa jurídica de direito público, desde que o tratamento não alcance a totalidade dos dados pessoais de banco de dados, salvo se a pessoa de direito privado possuir capital integralmente constituído pelo poder público. Esses procedimentos deverão ser informados à autoridade nacional para emissão de opiniões técnicas ou recomendações referentes à essas exceções, mediante relatórios de impacto à proteção de dados pessoais solicitados aos responsáveis.

Por fim, destaca-se que o término do tratamento de dados pessoais ocorrerá no caso de I – verificação de que a finalidade foi alcançada ou de que os dados deixaram de ser necessários ou pertinentes ao alcance da finalidade específica almejada; II – fim do período de tratamento; III – comunicação do titular, inclusive no exercício de seu direito de revogação do consentimento conforme disposto no § 5º do art. 8º dessa lei, resguardado o interesse público; ou IV – determinação da autoridade nacional, quando houver violação ao disposto na LGPD.

Terminado o tratamento, os dados pessoais deverão ser eliminados, no âmbito e nos limites técnicos das atividades, autorizada a conservação para as seguintes finalidades enunciadas no art. 16 da LGPD:

- I – cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador;
- II – estudo por órgão de pesquisa, garantida, sempre que possível, a anonimização dos dados pessoais;
- III – transferência a terceiro, desde que respeitados os requisitos de tratamento de dados dispostos nesta Lei; ou
- IV – uso exclusivo do controlador, vedado seu acesso por terceiro, e desde que anonimizados os dados.

Toda essa normatização jurídica é aplicável no âmbito da investigação interna e da auditoria decorrentes de um programa de integridade, de modo que as normas internas empresariais devem adaptar-se ao novo sistema de proteção dos direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e de livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural, na dimensão normativa da LGPD.

Entretanto, as operações realizadas com dados pessoais e imprescindíveis para a investigação interna e para a auditoria estarão legitimadas, nos termos do art. 7º, IX, da LGPD, porquanto o tratamento de dados em questão ocorrerá no interesse legítimo do controlador (pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, a quem competem as decisões referentes ao tratamento de dados pessoais) ou de terceiro, hipótese em que não subsiste direito ou liberdade fundamental do titular que sobreponha uma proteção de dados pessoais quando da ponderação dos interesses em colisão.

Como destaca o art. 10 da LGPD, o legítimo interesse do controlador poderá fundamentar tratamento de dados pessoais para finalidades legítimas, consideradas a partir de situações concretas, que incluem, mas não se limitam a: I – apoio e promoção de atividades do controlador; e II – proteção, em relação ao titular, do exercício regular de seus direitos ou prestação de serviços que o beneficiem, respeitadas as legítimas expectativas dele e os direitos e liberdades fundamentais, nos termos dessa lei.

Entretanto, o tratamento de dados baseado no legítimo interesse do controlador restringe-se apenas aos dados pessoais estritamente necessários para a finalidade pretendida. Ademais, o controlador deverá adotar medidas para garantir a transparência do tratamento de dados baseado em seu legítimo interesse, facultando-se à autoridade nacional a solicitação de relatório de impacto à proteção de dados pessoais, quando o tratamento tiver como fundamento seu interesse legítimo, observados os segredos comercial e industrial.

Não se olvide, ainda, que, se a investigação interna ou a auditoria for produto de um programa de integridade instituído por um sistema de metarregulação, no qual o Estado impõe à normatividade jurídica a ser seguida, o tratamento de dados pessoais estará legitimado por força do disposto no art. 7º, II, da LGPD, que é expresso ao admitir esse tratamento para o cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador.

Em adendo, oportuno destacar que os próprios dados sensíveis estão sujeitos a um regime de dispensa de exigência de consentimento quando o tratamento de dados for imprescindível para o cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador e para exercício regular de direitos, em conformidade com o disposto no art. 11 da LGPD.

E regular é o exercício do direito que não excede os seus limites e que está de acordo com as normas jurídicas vigentes. Trata-se de uma emanção do princípio da legalidade plasmado no art. 5º, II, da Constituição da República. De efeito, se legítimo é o exercício do direito, não há violação a dever jurídico passível de imputação e, portanto, ato ilícito suscetível de ensejar a responsabilidade de reparar danos (responsabilidade civil).

Registra-se que o próprio poder público, conquanto não possa transferir a entidades privadas dados pessoais constantes de bases de dados a que tenha acesso, poderá fazê-lo quando “a transferência dos dados objetivar exclusivamente a prevenção de fraudes e irregularidades, ou proteger e

resguardar a segurança e a integridade do titular dos dados, desde que vedado o tratamento para outras finalidades” (LGPD, art. 26, § 1º, V).

Ademais, o tratamento de dados pessoais pode ser realizado pela administração pública, para uso compartilhado de dados necessários à execução de políticas públicas previstas em leis e regulamentos ou respaldadas em contratos, convênios ou instrumentos congêneres, observadas as disposições da LGPD acerca do tratamento de dados pessoais pelo poder público, consoante seu art. 7º, III.

Desta feita, a impossibilidade de a pessoa de direito privado, exceto em procedimentos sob tutela de pessoa jurídica de direito público, conduzir investigação para os fins do art. 4º da LGPD, justifica-se pela falta de meios, medidas e respostas adequadas à elucidação e repressão dessas espécies de infrações, as quais evidenciam características que se imanam ao modelo específico de atribuição legal delineado na Constituição.

Acerca do tema, cite-se considerações nossas em obra anterior em coautoria (2019, p. 133-144), *in verbis*:

Significa que a persecução penal é atribuída a órgãos e entidades oficiais do Estado, é dizer, confere-se a órgãos e entidades da Administração Pública, à polícia investigativa e ao Ministério Público, em uma primeira fase pré-processual, a apuração de infrações penais e de sua autoria por meio de procedimento administrativo investigatório; e ao Ministério Público, em uma segunda fase processual processada perante o Poder Judiciário e iniciada com a deflagração da ação penal, mediante oferecimento de denúncia, observada a distribuição constitucional de competência (CRFB, art. 92), momento em que se verificará a procedência da possibilidade de se impor (ou não) ao agente a pena ou a medida de segurança, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa.

Trata-se de um modelo constitucional de repartição de atribuições legais para a investigação e repressão de infrações penais predicadas pelos

atributos de fragmentariedade e subsidiariedade que não obsta a investigação interna instaurada e auditoria conduzida por uma pessoa de direito privado quando tendente a apurar transgressões, no âmbito corporativo.

As investigações internas e as auditorias decorrentes de um programa de *compliance* são produtos de uma política global de conformidade que impõe o dever de detectar, apurar e sancionar irregularidades e ilicitudes, em consonâncias com normas instituídas, o que se perfaz apenas com o tratamento de dados pessoais do investigado.

4. CONCLUSÃO

A aplicação das normas e diretrizes de *compliance*, com adoção de medidas e procedimentos inerentes ao programa de integridade instituído, deve ser realizada a partir de um critério integrador de legitimidade para que se alcance seus desígnios socioeconômicos, mediante a coordenação e compatibilização dos diversos direitos subjetivos envolvidos.

Assim, a investigação interna ou a auditoria realizada pela sociedade empresária em concretização de seu programa de integridade não desveste o autor do fato investigado ou aditado dos seus direitos fundamentais, notadamente, o direito à privacidade e à intimidade. Por outro lado, não suprime o direito legítimo conferido ao agente econômico de instaurar e de conduzir esses procedimentos para sanar as irregularidades e transgressões e adotar as medidas regulatórias e legais pertinentes, máxime quando o fato constitui crime.

Esses procedimentos têm por objeto apurar fatos antagônicos aos códigos de éticas e de condutas, bem como ao direito objetivo posto, de modo que o tratamento de dado pessoal é atividade essencial a essa finalidade e não pode ser elidida num cenário jurídico em que se impõe a adoção de tais programas por algumas pessoas de direito privado, a exemplo da Lei n. 13.303/2016, bem como no qual se promove a sua

adoção, inclusive, submetendo a empresa a processos de certificação *compliance* se assim agir e atribuindo-lhe benefícios atenuantes da pena no âmbito de eventual processo administrativo de responsabilização.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Decreto n. 8.420, de 18 de março de 2015*. Brasília, Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/decreto/d8420.htm. Acesso em: 17 nov. 2019.

BRASIL. *Lei n. 12.846, de 1º de agosto de 2013*. Brasília, Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos, 2013. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm. Acesso em: 17 nov. 2019.

BRASIL. *Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018*. Brasília, Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos, 2013. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm. Acesso em: 17 nov. 2019.

BRASIL. Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União (CGU). *Programa de integridade: diretrizes para Empresas Privadas*. Brasília: 2015. Disponível em: <https://www.cgu.gov.br/Publicacoes/etica-e-integridade/arquivos/programa-de-integridade-diretrizes-para-empresas-privadas.pdf>. Acesso em: 17 nov. 2019.

BRASIL. Petróleo Brasileiro S.A. – Petrobras. *Compliance, ética e transparência*. Disponível em: <http://www.petrobras.com.br/pt/quem-somos/perfil/compliance-etica-e-transparencia/>. Acesso em: 17 nov. 2019.

Estados Unidos da América. U.S. Department of Justice. *Principles of*

Federal Prosecution of Business Organizations, Seção VII-B. Disponível em: <https://www.justice.gov/jm/jm-9-28000-principles-federal-prosecution-Business-organizations>. Acesso em: 17 nov. 2019.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros; MELLO, Rodrigo de Castro Villar. *Teoria geral da ação penal*. São Paulo: LiberArs, 2019.

LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DE COMUNICAÇÃO NA MÍDIA BRASILEIRA: UMA ANÁLISE DO DIREITO DE RESPOSTA COLETIVO

Francisco Ferreira Pires de Albuquerque Montenegro¹

RESUMO

O presente artigo tem como principal objeto a conceituação e análise da liberdade de expressão e de comunicação como vetores à democratização da mídia brasileira.

Para tanto, observou-se inicialmente que a comunicação é um elemento fundamental na vida do ser humano e está presente em todas as fases de sua história. A evolução da humanidade está relacionada de alguma forma à comunicação, sendo esta considerada atualmente um dos grandes pilares do Estado Democrático de Direito. Assim, foram identificadas e conceituadas as mais diversas funções que os meios de comunicação desempenham junto à sociedade.

Da mesma forma, viu-se que, para a realização de uma comunicação verdadeiramente democrática, faz-se necessária a participação dos

1 Analista do Ministério Público da União, com atuação na Procuradoria da República em Pernambuco. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco e pós-graduado em Direito Público pela Faculdade Maurício de Nassau.

distintos atores sociais, a fim de que ao cidadão seja garantido o maior pluralismo possível de informações. Porém certos obstáculos foram encontrados no caminho para esta efetiva pluralidade. Problemas como a uniformidade de informações e as constantes violações a direitos fundamentais foram associados à realidade brasileira. Como forma de tentativa de resolução de parte dessas questões, foi trazida a noção do direito de resposta coletivo como mecanismo de responsabilização da mídia. Por fim, foram analisados alguns casos concretos de grande repercussão nacional que criaram precedentes no tratamento do tema da comunicação social e da observância de direitos fundamentais no Brasil.

Palavras-chave: Direito à comunicação. Regulação. Direito de resposta coletivo. Direitos fundamentais.

ABSTRACT

This article has as its principal object the conceptualization and analysis of freedom of speech and communication as vectors for the democratization of the Brazilian media. Therefore, it was initially observed that communication is a fundamental element in human life and shows itself present in all stages of its history. Historically, the evolution of humanity is somehow related to communication, as it is currently regarded as one of the major pillars of a Democratic State of Right. Thus, it were identified the most diverse roles that the media can play in society. In the same path, it was said that for a truly democratic communication the participation of different social actors is mandatory in order to ensure society the largest pluralism of information possible. However certain obstacles have been found in this effective way to plurality.

Issues such as uniformity of information and constant violations of fundamental rights were associated with the Brazilian reality. In order to trying solving these issues it was brought the notion of collective

right to reply as an instrument to media accountability. Finally, some nationally known cases, which have set precedents in mass media accountability system in Brazil, were analysed.

Keywords: Right to communication. Regulation. Collective right to reply. Fundamental rights.

1. INTRODUÇÃO

Universalidade, inalienabilidade, historicidade, irrenunciabilidade, relatividade e essencialidade são apenas algumas facetas dos direitos humanos que se destacam no plano do direito internacional e no ordenamento jurídico brasileiro. São características justificadas pela necessidade básica da humanidade de ter garantido o pleno e constante desenvolvimento. Sua internalização nos direitos fundamentais é tradicionalmente de fácil percepção, como no direito à vida, no direito à alimentação e no direito à moradia.

Entretanto, outras garantias igualmente básicas não são compreendidas com a mesma facilidade. Nesse sentido, a história da humanidade demonstra que não foram raros os momentos em que direitos atualmente valorados como indissociáveis à pessoa foram completamente ignorados. Nesse particular, destacam-se a liberdade de expressão e a não discriminação em função de gênero, etnia, orientação sexual e credo.

Percebe-se, portanto, que, a despeito de sua conturbada trajetória, a evolução do chamado direito humano à comunicação, sobretudo no período posterior à Segunda Guerra Mundial, consolida-se nos presentes dias como um dos grandes pilares que sustentam o Estado Democrático de Direito. Como tudo na vida depende de comunicação, desde as reações químicas nas mais pequeninas células até a pacificação dos mais tenebrosos conflitos armados, em todos os cenários, em certo momento, ela se apresenta.

A comunicação é elemento fundamental para o desenvolvimento físico, intelectual e social do homem. Por meio dela uma pessoa amplia seu círculo social, vivencia as mais distintas experiências e constrói, pouco a pouco, sua personalidade.

Em um plano mais amplo, ultrapassando a esfera individual, também se vê que a comunicação está na base da sociedade. Os cidadãos precisam se comunicar para solucionarem as questões de maior relevância para o ambiente público e promoverem o progresso social.

Fischer (1984, p. 16) assim explica o direito de comunicar:

Este conceito, relativamente novo, foi enunciado pela primeira vez em 1969. Ele exprime um princípio filosófico mais fundamental e tem aplicação mais ampla que as formulações anteriores dos direitos de comunicação. Ele emana da própria natureza da pessoa humana como ser comunicante e da necessidade humana de comunicação, ao nível do indivíduo e da sociedade. É universal. Enfatiza o processo de comunicar mais que o conteúdo da mensagem. Implica participação. Sugere uma transferência interativa de informação. E, subjacente ao conceito, há uma sugestão ética ou humanitária sobre a responsabilidade de assegurar uma distribuição global mais justa dos recursos necessários para que a comunicação se torne possível.

Dessa forma, a própria história da humanidade se confunde com a história dos meios de comunicação. Com o advento de novas tecnologias, como a prensa móvel de Gutemberg, o fonógrafo de Thomas Edison, o rádio, a televisão, a internet e as redes sociais, o ser humano foi progressivamente dando novos passos em sua caminhada. Destarte, não é mera coincidência que grandes eventos da história humana estejam intimamente relacionados ao surgimento de novas mídias e ao declínio de outros meios de comunicação.

Observa-se, portanto, que o maior componente da comunicação, a informação, é também uma grande fonte de poder. E, como todo poder, pode ser usado com intenções positivas ou negativas.

Em tempos de massificação das comunicações e de ultravelocidade da informação, a ampla abrangência e a fácil permeabilidade das narrativas expostas pela grande mídia revelam inequívoca influência social. Por intermédio da mídia, cidadãos são munidos de informações para que assim possam emitir opiniões e juízos de valor de forma bem fundamentada e racional.

Não obstante, se a abertura cognitiva conferida aos meios de comunicação pode ajudar na consolidação de um Estado Democrático de Direito, igualmente se observa que esses mesmos meios podem servir de instrumentos de violação a direitos fundamentais. Nesse aspecto, infelizmente o panorama da mídia brasileira reforça a referida conclusão.

Não são raras as agressões cometidas pela mídia brasileira contra os mais distintos segmentos sociais, que, reiteradamente, são expostos a sérios constrangimentos em rede nacional.

Nesse sentido, Suiama (2002, p. 107) afirma que, “na busca por pontos no Ibope, parece haver um especial prazer das emissoras em explicitar a miséria humana, em todas as suas manifestações”.

Diante disso, torna-se imperativo questionar até que ponto, sob um falso abrigo da liberdade de expressão, tudo poderia ser dito nos *mass media*, e por qual meio se poderia solucionar os conflitos existentes entre direitos fundamentais como a liberdade de expressão e a dignidade da pessoa humana.

Baseado em tais indagações, o presente trabalho aborda a temática da liberdade de expressão e de comunicação na mídia brasileira e revisita o conceito de direito de resposta coletivo como mecanismo de reforço à necessária observância a direitos fundamentais metaindividuais.

2. LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DE COMUNICAÇÃO

Conceito bastante discutido no âmbito acadêmico, a liberdade de expressão está intimamente relacionada com a concepção mais básica de democracia, por meio da qual qualquer indivíduo pode exprimir suas ideias, discordar de posicionamentos e difundir suas opiniões sem qualquer espécie de censura prévia. Tal liberdade seria o *termômetro do regime democrático* (Farias, 2004).

Muitas vezes utilizada como critério de distinção em relação a outros regimes, a liberdade de expressão sempre ocupou os pilares sobre os quais se ergueu a democracia. Em Atenas, por exemplo, a maior demonstração do regime democrático era a possibilidade de os cidadãos se expressarem livremente no areópago. Assim, mais do que isonomia, ao cidadão grego era assegurada a *isogoria*, ou seja, ele poderia expressar-se publicamente nas reuniões.

Também nos parece bastante razoável afirmar que diversos projetos de poder que se seguiram à experiência grega ancoraram-se em algum grau de controle do direito a informar e a se informar. As trevas da Idade Média – as quais segundo muitos historiadores não eram tão densas assim – e as luzes do Renascimento estiveram fortemente vinculadas à redução e à ampliação do nível de informação disponível às pessoas em geral. (Godoi, 2005, p. 3)

Farias (2004, p. 52) afirma haver uma verdadeira babel conceitual no que diz respeito à liberdade de expressão. Segundo o autor, a difusão de pensamentos, ideias, opiniões, crenças, juízos de valor, fatos ou notícias tem recebido, ao longo da história humana, as mais variadas denominações. “Liberdade de pensamento”, “liberdade de palavra”, “liberdade de opinião”, “liberdade de imprensa”, “liberdade de expressão”, “direito à informação”, “direito de comunicação” são apenas

alguns dos termos encontrados tanto na doutrina como na jurisprudência e legislação. Ainda de acordo com Farias, “tal profusão de nomes só faz majorar as imprecisões e a insegurança jurídica sobre o assunto, já em si tendencialmente polêmico”.

Destarte, opta-se por adotar neste estudo a nomenclatura “liberdade de expressão e comunicação” em lugar de “liberdade de expressão”, para que, de maneira mais ampla, seja possível transpassar o clássico conceito e abarcar, por conseguinte, um direito fundamental amplo, de dimensão subjetiva inter-relacional, assegurado a todos os cidadãos. Esse direito se consubstanciaria não somente na possibilidade de livre manifestação de pensamentos e opiniões (liberdade de expressão), como também na garantia de recebimento e fornecimento de informações corretas e plurais.

A importância prática dessa dicotomia reside na delimitação das responsabilidades decorrentes do exercício da liberdade de expressão e comunicação. A título de exemplo: a liberdade de expressão, por ter conteúdo subjetivo e abstrato não se encontra submetida ao limite interno da verdade; a liberdade de comunicação, constituída por conteúdo objetivo, encontra-se suscetível de comprovação da verdade. (Farias, 2004, p. 52)

A concepção dual de liberdade de expressão e comunicação poderia ser esquematizada sob duas perspectivas: I – perspectiva subjetiva, considerando a liberdade de expressão como valor indispensável à proteção da dignidade humana e à livre formação de personalidade; II – perspectiva objetiva, apreciando a liberdade de expressão e comunicação como elemento fundamental à proteção da democracia, uma vez que permite aos cidadãos a participação no debate público e na vida política.

Desse modo, observa-se que a proteção à liberdade de expressão e de comunicação vai além de uma ampliação do conhecimento para a sociedade e de uma eterna busca pela verdade. Essa proteção possibilitaria, ademais, a consolidação de um ambiente social no qual a

Justiça poderia fortalecer-se. Ao associar a liberdade de expressão e comunicação com o funcionamento de um Estado Democrático de Direito, Sington (1966, p. 15) afirma que

[...] a liberdade de exprimir e circular ideias é uma salvaguarda para pessoas e opiniões minoritárias. A História prova que nenhuma ideia política é totalmente boa e verdadeira. Isso se aplica, ainda mais irrelevantemente, aos grupos – mesmo quando majoritários –, pois eles se encontram bem mais afastados dessas virtudes inatingíveis. A longo prazo, só a manifestação e expressão de ideias opositoras, isto é, daquelas contrárias às predominantes, conservam viva a potencialidade de mudança, que é condição essencial para a adaptação e o progresso social, bem como uma salvaguarda contra a consolidação da injustiça.

2.1 O DIREITO DE INFORMAR, DE SE INFORMAR E DE SER INFORMADO

Ao mencionar a liberdade de expressão e comunicação, Farias (2004, p. 85) a subdivide em três eixos fundamentais: o direito de informar, o direito de se informar e o direito de ser informado. Desse modo, analisa tal liberdade não mais somente pelo aspecto daquilo que é dito, exposto ou veiculado (a mensagem), mas também pelo viés daqueles que ocupam os lados antagônicos do processo comunicacional: o emissor e o receptor. Para tanto, Farias faz uso da interpretação do art. 19 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, que nos traz:

Todo indivíduo tem direito à liberdade de opinião e de expressão, o que implica o direito de não ser inquietado pelas suas opiniões e o de procurar, receber e difundir, sem consideração de fronteiras, informações e ideias por qualquer meio de expressão.

O direito fundamental de informar estaria relacionado ao polo ativo da comunicação, uma vez que consiste na faculdade de transmitir informações. Destarte, assegura ao emissor a posição jurídica de estar apto a divulgar atos e fatos de interesse público. Poderia ser compreendido tanto como uma liberdade negativa, ou, até mesmo, como um direito de defesa, já que se traduziria no dever de terceiros não obstarem a realização da comunicação pretendida pelos titulares de tal direito fundamental, quanto também como um direito prestacional, dado que a proibição de censura seria insuficiente à sua ampla concretização, sendo necessária a ação positiva do Estado para, por exemplo, garantir prestações normativas, com a aprovação de leis sobre o direito de informar, ou prestações materiais, com a disponibilização de meios ou instrumentos que garantissem o direito de informar. De acordo com Farias (2004, p. 87),

[...] é obrigação do Estado agir para prevenir, fazer cessar ou afastar definitivamente todos os óbices ao livre exercício da informação, bem como fornecer ainda as estruturas necessárias para que o direito fundamental de informar seja realmente desfrutado por todos os cidadãos, e assim não fique reduzido a um mero enfeite jurídico ou a um alcapão verbal judicialmente formulado.

Por outro lado, o livre acesso às fontes de notícias caracterizaria o direito fundamental de se informar. Sua grande importância se deve ao fato de que, havendo impedimentos de acesso às fontes de notícias presentes em toda a sociedade, a conseqüente redução do pluralismo das informações enfraqueceria o debate público e, até mesmo, favoreceria o empobrecimento de uma cultura cívica.

Por fim, há o direito fundamental de ser informado, representado juridicamente na posição ocupada pelo receptor no processo comunicacional, o qual tem o direito de ser informado sobre os fatos e os acontecimentos de maior relevância e interesse público, sob pena de

haver uma incomunicabilidade disruptiva entre os dois polos constituintes da comunicação.

Da mesma forma que sente apetite e deseja comida, o ser humano sente necessidade também da fome de saber, do conhecimento e informação. Deter informação é questão de sobrevivência tanto individual (física, emocional e psíquica) quanto social e política, esta especialmente, já que política é poder. (Ferreira, 1997, p. 78)

2.2 A MUDANÇA FUNDAMENTAL NO ESQUEMA CLÁSSICO DA COMUNICAÇÃO

O processo comunicacional já não é visto com os mesmos olhos da consolidação da indústria cultural de Adorno e Horkheimer. A comunicação deixou de ser encarada como via unidirecional e passou a ser analisada sob uma óptica completamente distinta. Hoje não é levado em conta tão somente o conteúdo que está sendo repassado por meio do processo comunicacional, o próprio processo é posto em observação.

O desenvolvimento da tecnologia da informação possibilitou não só o aumento dos meios de comunicação como também a ampliação de seu alcance. Observa-se que o modelo proposto por Shannon-Weaver em sua Teoria Matemática da Comunicação² já não condiz com a realidade

2 Segundo modelo clássico proposto por Shannon-Weaver, a comunicação seria dividida entre: fonte (produtora da mensagem), emissor (transforma a mensagem e a torna transmissível), canal (meio pelo qual é repassada a mensagem), mensagem (a própria), decodificador (reconstrói a mensagem a partir dos sinais emitidos), destinatário (a quem a mensagem é transmitida) e ruídos (eventuais dificuldades enfrentadas pela mensagem durante o canal até atingir o receptor, a depender do grau de *entropia*). Consiste em um modelo linear que considera a comunicação como um mero processo de transmissão de informações.

atual. A sociedade, antes mera receptora, passa a ser emissora, agindo e reagindo conforme um modelo comunicacional mais interativo. Esse processo de interação e mudança de paradigmas comunicacionais é chamado por Marchand de “mudança fundamental no esquema clássico da comunicação”.

O emissor não emite mais no sentido que se entende habitualmente. Ele não propõe uma mensagem fechada, ao contrário, oferece um leque de possibilidades. [...] O receptor não está mais em situação de recepção clássica. A mensagem só toma todo o seu significado sob a sua intervenção. Ele se torna, de certa maneira, criador. (Marchand, 1986, p. 9)

Braga (2006, p. 36) explica que a história da relação entre sociedade e meios de comunicação pode ser estruturada sob a visão de três sistemas. O primeiro deles seria o modelo clássico, de acordo com o qual a comunicação seria um processo estático e unidirecional. Em contraposição a esse sistema, foi proposto por Jesus Martín-Barbero um segundo, que trouxe à tona o conceito de mediações, ou seja, ao interagir com a mídia o espectador traz uma bagagem de vivências e bases culturais socialmente elaboradas. Diante disso, Braga propõe um terceiro sistema de processos midiáticos e afirma que a sociedade se organiza para tratar a própria mídia, revendo conceitos e gerando processos interpretativos distintos.

Assim, não encontramos apenas interpretações de produtos específicos que depois, uma vez feitas, circulam; os próprios gestos de selecionar, apreender, interpretar já se fazem em articulação com processos e dispositivos sociais desenvolvidos no próprio ambiente de interações da sociedade com sua mídia. As interações sociais sobre a mídia retroagem, portanto, sobre as interações “diretas” com a mídia. (Braga, 2006, p. 36)

Ocorre que a proposta formulada pelo autor demonstra que os meios de comunicação se encontram em uma situação paradoxal: embora propiciem a realização de um debate público e atuem como agentes formadores da chamada “esfera pública”, raramente fazem parte dessa mesma agenda de discussão. De certa forma, não obstante forneça maior visibilidade a determinadas questões e pessoas junto à sociedade, a mídia normalmente não tem sua própria função discutida e, dessa maneira, existe e age de forma “invisível”.

Célia Aldana destaca que, no modelo democrático proposto por Habermas, comunicação e democracia estabelecem uma relação indissociável. Assim, a constituição de uma “esfera pública” em que as questões concernentes ao poder se tornassem visíveis e acessíveis a todos os cidadãos seria condição crucial para a efetivação de decisões democráticas. Além do mais, o ideal de uma democracia baseada em argumentações e deliberações, na qual tanto os interesses comuns quanto os particulares são levados em consideração, mostra-se bastante interessante, uma vez que confere à comunicação um papel fundamental.

[...] além disso, os diferentes interesses, necessidades e perspectivas dos diversos atores são igualmente valiosos e devem ser levados em conta. É preciso considerar, então, que uma falsa percepção homogênea de bem comum pode ser muito autoritária, como os interesses particulares de grupos subordinados podem ter sido silenciados para atingir a desejada homogeneidade. Isto é particularmente importante para grupos tais como as mulheres, que têm sido geralmente invisíveis e inaudíveis, e que, além disso, não conseguiram ainda, necessariamente, desenvolver uma agenda própria. (Aldana, 2004, p. 59)

Destarte, a mídia apresenta um papel importantíssimo no funcionamento da democracia, pois fornece informações e opiniões divergentes aos cidadãos, contribui para a agenda pública de discussão e destaca

determinadas questões para que sejam discutidas na sociedade. Assim, constitui uma das mais relevantes arenas, na qual os representantes da sociedade civil, os cidadãos e as autoridades encontram-se constantemente e recriam seus próprios processos de convivência.

3. ACCOUNTABILITY E RESPONSABILIZAÇÃO DA MÍDIA

Consoante apontamentos relacionados na primeira parte deste estudo, é inequívoca a relevância dos meios de comunicação perante a sociedade. Tida por alguns, inclusive, como uma espécie de “quarto poder”, a mídia mune o cidadão de informações, subsidia assuntos que devem ser discutidos publicamente, fiscaliza os Poderes Executivo, Judiciário e Legislativo, entre outras funções.

No entanto, até que ponto tudo seria permitido aos meios de comunicação? Haveria limites ao direito de tudo transmitir? Como harmonizar direitos fundamentais como a liberdade de expressão e comunicação com o respeito a princípios como a dignidade humana e a não discriminação em função de gênero, etnia, orientação religiosa e sexual? Enfim, quem controla o “quarto poder” (Ianoni, 2003)?

Por meio desses questionamentos, traz-se à tona a temática da responsabilização da mídia. Nesse sentido, destaca Rothberg (2006, p. 160), *verbis*:

[...] deve ser afirmado o imperativo de tornar os meios de comunicação mais responsivos ao que deles se exige para o fortalecimento das democracias contemporâneas. Torna-se importante a constituição de instituições capazes de exercer pressão de forma organizada sobre a mídia, que deve dar forma e voz aos diferentes posicionamentos coexistentes em dada sociedade. Trata-se, neste caso, do legítimo direito à informação, muitas vezes mal atendido pela mídia comercial, que tende

a noticiar o que e da forma que melhor corresponda às suas perspectivas de lucro imediato.

Surge, portanto, a questão de a mídia se tornar um agente violador de direitos fundamentais. A análise bastante efêmera dos “fatos e opiniões” diariamente veiculados no Brasil demonstra que não são raros os episódios de discriminação sexual, religiosa e de gênero.

Se, por um lado, há de se salvaguardar liberdade e espaço para que os veículos de comunicação formulem suas agendas de discussão e transmitam os discursos por eles eleitos como prioritários, por outro lado também há de se resguardar (i) que as mensagens transmitidas estejam comprometidas com a verdade, (ii) que elas não atentem contra garantias igualmente fundamentais destinadas a cada cidadão, independentemente de ele ser coletivamente considerado, e (iii) que as eventuais violações, uma vez identificadas, sejam alvo de imediata desconstrução.

Assim, como garantir uma real participação da sociedade no processo comunicacional? De quais mecanismos dispomos para evitarmos o controle tão somente de uma *elite do poder*, que dita os padrões de vida e até as aspirações profissionais e pessoais do “homem-massa” (Mills, 1981)? E, portanto, com esse raciocínio, como garantir que não apenas uns falem para milhões, mas que esses milhões se organizem, digam o que querem ver e como desejam ser tratados na mídia?

Para tanto, fala-se em *media accountability*, cujo significado se aproxima da transparência da mídia para com a sociedade em decorrência da concepção dos meios de comunicação como representantes de um interesse público. Importante destacar a distinção entre *accountability* e responsabilidade da mídia. Esta diz respeito ao atendimento dos interesses sociais, ao passo que a *accountability* refere-se a como esse atendimento deverá ser feito.

Tais instrumentos atuariam de forma a trazer o interesse público de volta aos *mass media* — M.A.S. No entendimento de Raboy (2005,

p. 197), os M.A.S. teriam como objetivo o fornecimento de um modelo capacitador dentro do qual as mídias poderiam florescer e contribuir para a vida pública democrática e para o desenvolvimento humano, ampliando a liberdade de expressão e o direito à comunicação.

Fiss (2005, p. 46) analisa a questão explicando que alguns discursos proferidos nos meios de comunicação podem calar outros. É o que denomina de *efeito silenciador do discurso*. Segundo o autor, a responsabilização dos meios de comunicação poderia, antes de ser vista como limitadora da liberdade de expressão, ser observada como promotora desta liberdade, garantindo que todos tenham voz no processo comunicacional.

O argumento não é o de que o discurso convencerá os ouvintes a agir de certa forma – por exemplo criando uma nova forma de ditadura ou subjugando vários grupos desfavorecidos na sociedade. Ao revés, o medo é que o discurso tornará impossível para esses grupos desfavorecidos até mesmo participar da discussão. Nesse contexto, o remédio clássico de mais discurso soa vazio. Aqueles que supostamente responderiam não podem fazê-lo. (Fiss, 2005, p. 46)

Fiss exemplifica dois tipos de discurso que podem provocar um efeito silenciador na comunicação: o de incitação ao ódio – *hate speech* – e o da pornografia. Enquanto o discurso de incitação ao ódio reduziria a autoestima das pessoas, impedindo sua integral participação no debate público, o discurso pornográfico reduziria seus sujeitos a meros objetos sexuais, subordinando-os e silenciando-os.

Quando o Estado age como um mediador, seu propósito não é determinar o resultado, nem tampouco preservar a ordem pública, mas, ao contrário, assegurar a robustez do debate público. Tal objetivo modifica totalmente a análise. Não é que o enriquecimento de debate público seja um objetivo mais valioso do que, por exemplo, a manutenção da

ordem pública, e assim mais habilitado a escusar o impacto que a regulação exerce sobre o processo, e então, sobre o resultado. Pode ser que seja assim; mas eu estou defendendo um ponto mais fundamental, ou seja, que a alteração do resultado pelo fortalecimento do debate não é causa para preocupação. Não há nada de errado. O que a democracia exalta não é simplesmente a escolha pública, mas a escolha pública feita com informação integral e sob condições adequadas de reflexão. Da perspectiva da democracia, não deveríamos reclamar, mas aplaudir o fato de que o resultado foi afetado (e presumivelmente melhorado) pelo debate aberto e completo. (Fiss, 2005, p. 55)

Nesse mesmo sentido, Aldana acentua que a

[...] deliberação pública não é um processo tão simples, como os setores que estão excluídos não podem tomar parte no diálogo público que devem caracterizar as democracias já que aqueles que estão subordinados também são mal representados: ou porque são invisíveis ou porque suas imagens são distorcidas. Isto também é verdade porque assumem uma posição de silêncio (a “cultura do silêncio”), como uma maneira de ser flexível e se proteger daqueles que são mais poderosos. (Aldana, 2004, p. 59)

4. O DIREITO DE RESPOSTA COLETIVO

Tradicionalmente, o direito de resposta vem sendo colocado como uma garantia individual daquele que sente sua honra prejudicada em razão de algum fato ou notícia veiculado nos meios de comunicação. Não à toa, a partir de 2015, passou a vigorar no Brasil a Lei n. 13.188, conhecida como Lei do Direito de Resposta.

Ocorre que as previsões inseridas na referida normativa apenas versam sobre a garantia do cidadão, individualmente considerado, de fornecer resposta a eventual ofensa divulgada, publicada ou transmitida por veículo de comunicação social. Não há, no texto em vigência, menção às ofensas porventura feitas pela mídia em desfavor de coletividades específicas, grupos minoritários ou quaisquer outros agrupamentos que possam vir a ser atingidos por informações e/ou discursos ofensivos.

Diante desse cenário, como viabilizar o acesso de um segmento social específico aos terrenos dos meios de comunicação para o exercício da contra-argumentação? A resposta a esse questionamento pode ser obtida com o instrumento do Direito de Resposta Coletivo, cujo fundamento jurídico não se encontra no diploma de 2015, mas, sim, em previsões constitucionais, insculpidas no art. 5º, V, c/c o art. 220, §§ 1º e 3º, II, e o art. 221, IV.

O art. 221 da Constituição prevê que as emissoras deverão respeitar os valores éticos e sociais e da família, incluindo a dignidade humana, a igualdade de todos e o respeito à honra, à liberdade e à privacidade alheias. Destarte, uma vez que o conteúdo repassado pelos *media* seria direcionado a toda a coletividade, o direito de resposta decorrente de ofensas havidas no interior de tal conteúdo transpassaria a esfera individual e se configuraria como um interesse difuso.

Resta bastante claro, por conseguinte, que o direito de resposta assume uma feição que vai além da individualidade do ser humano. Ele funcionaria como um verdadeiro componente do direito humano à comunicação, garantindo o efetivo acesso de setores da sociedade à mídia. Permitiria, logicamente, a promoção do pluralismo de informações e de ideias, ajudando a consolidar uma comunicação mais democrática. Conforme entendimento de Suiama (2019), a ausência de previsão legal específica não poderá obstar o exercício do direito de resposta coletivo, haja vista sua função perante a comunidade.

O exercício regular do direito de resposta coletivo não constitui, evidentemente, censura aos meios de comunicação, pois a faculdade decorre de norma constitucional expressa. A emissora de rádio ou TV não está impedida de expressar, livremente, suas ideias. Se tais ideias, porém, atingirem direitos ou interesses coletivos ou difusos, os legitimados indicados no art. 5º da Lei 7.347/85 e art. 82 da Lei 8.078/90 poderão postular a retificação ou a resposta. [...] Além disso, como tentamos demonstrar, o direito de resposta busca, precisamente, assegurar o contraste de opiniões e o pluralismo de ideias essenciais para a vida democrática (CR, art. 1º, inciso V).

5. A MÍDIA EM QUESTÃO: PRECEDENTES NO USO DO DIREITO DE RESPOSTA COLETIVO

Conforme já visto no decorrer deste trabalho, não são raros os episódios de violações de direitos fundamentais cometidos na mídia brasileira. Na busca pela maior repercussão de suas notícias e possibilidade de lucros, os grandes meios reiteradamente expõem, humilham, discriminam e marginalizam, derrubando inúmeros princípios constitucionais.

Contudo, em meio a este cenário de desumanidades, há um caminho a ser percorrido na tentativa de garantir *accountability* à mídia brasileira: o manejo do direito de resposta coletivo.

Decidimos, então, dar destaque a três casos de repercussão nacional, alvos de incontáveis polêmicas: (i) programa *Tardes Quentes* (RedeTV! – 2005-2006), (ii) programas *Mistérios* (Rede Record – 2004) e *Sessão do Descarrego* (Rede Mulher – 2004) e (iii) programa *Balço Geral* (Rede Record – 2017). Muito embora haja um distanciamento de mais de dez anos entre o primeiro e o último processo, todos os relatos foram objeto de atuação do Ministério Público Federal (MPF) mediante o ajuizamento de demandas metaindividuais, com fundamento no exercício do direito de resposta coletivo, e geraram precedentes históricos no que diz respeito à ética nos meios de comunicação brasileiros.

5.1 PROGRAMA *TARDES QUENTES* (REDETV!)

De início trataremos do caso *Tardes Quentes*, por ter sido aquele que obteve a resposta mais célere por parte do Poder Judiciário, com a resolução definitiva da questão. Veiculado pela RedeTV!, o programa se apresentava como humorístico e exibia inúmeras “pegadinhas” diariamente às 16h, com picos de audiência superiores a 20 milhões de espectadores, de acordo com dados da própria emissora.

Explorando um estilo de humor refutável, voltava sua atenção para piadas depreciativas e humilhantes e tinha como alvo preferencial o público *gay*, não deixando de atingir, da mesma forma, pessoas com deficiência, mulheres e indígenas. Termos como “fedido”, “aleijado”, “bixinha”, “otário” eram constantemente utilizados pelos atores do programa.

Diante desse contexto, em outubro de 2005, entidades da sociedade civil organizada, em parceria com o MPF, ajuizaram ação civil pública contra a RedeTV!, que culminaria com a suspensão do referido programa e sua substituição temporária por outra atração idealizada por entidades do terceiro setor, mediante custeio da concessionária pública de TV autora da ofensa.

Na ação, o MPF requereu a imediata suspensão do *Tardes Quentes* e a implantação de outro programa, planejado pela própria sociedade, servindo como direito de resposta àqueles diariamente ofendidos em rede nacional.

A emissora de TV é uma concessão pública e como tal deve obedecer a preceitos estabelecidos na Constituição Federal. Humilhar as pessoas comuns do povo e submetê-las ao constrangimento é algo intolerável num Estado Democrático de Direito, que deve assegurar o direito à igualdade. Este é um humor que não causa riso. (Brasil, 2005)

Alguns trechos da decisão que determinou a suspensão do programa *Tardes Quentes* merecem destaque:

Tal pedido não implica a interferência na liberdade de expressão da emissora ou dos produtores do referido programa, uma vez que as liberdades individuais devem ser exercidas por cada um de um modo a não interferir na esfera de liberdade do outro. São como linhas paralelas que devem seguir sem se atingirem. A partir do momento em que uma fere a outra, ou seja, que um indivíduo usa de sua liberdade de modo que interfira na esfera dos direitos dos outros, havendo provocação, deve o Estado-Juiz interferir.

[...]

A reiteração da demonstração desse tipo de comportamento, em meio de comunicação de massa, cria, em quem assiste, a banalização dessa atitude, além da convicção de que não existe um erro em agir-se dessa forma. Efetua “deseducação” da sociedade. Tal não se pode admitir, ainda mais em horário em que milhões de crianças e adolescentes têm acesso a essas informações. (Brasil, 2005)

Em 12 de dezembro de 2005, o programa *Tardes Quentes* saiu do ar e em seu lugar foi veiculado o *Direito de Resposta*. A iniciativa foi inédita na telecomunicação brasileira e por meio dela foi possível assegurar o direito de resposta em sua visão coletiva, de forma que setores específicos da sociedade pudessem expor sua percepção dos fatos, garantindo a existência de um contraditório midiático.

Por cerca de trinta dias, foram discutidos os mais variados temas de interesse público, como diversidade sexual e racial, cidadania, direitos humanos, acessibilidade, direito à moradia, direito à terra, políticas de meio ambiente, entre outros.

5.2 PROGRAMAS *MISTÉRIOS* (REDE RECORD) E *SESSÃO DO DESCARREGO* (REDE MULHER)

Ainda que os episódios de violação de direitos fundamentais nos programas *Mistérios* e *Sessão do Descarrego* tenham se operado preteritamente àqueles veiculados pelo *Tardes Quentes*, dado que ocorridos em 2004, a resolução da demanda apenas teve seu deslinde final em julho de 2019, quando as emissoras finalmente iniciaram as transmissões de *A Voz das Religiões Afro*, programa estruturado em quatro episódios, com duração de vinte minutos cada, custeado pela Rede Record e apresentado nos mesmos horários em que veiculadas as ofensas originárias em rede pública.

A transmissão de *A Voz das Religiões Afro* em 2019 ocorreu depois de confirmada a condenação das empresas réis pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região e celebrado o acordo judicial, após conturbada tramitação de ação civil pública ajuizada pelo MPF junto com o Centro de Estudos das Relações de Trabalho e da Desigualdade (CEERT) e o Instituto Nacional de Tradição e Cultura Afro Brasileira (Intercab).

No bojo da petição inicial, o MPF destacou que as concessionárias réis repetidamente veicularam em sua grade de programação ofensas dirigidas às religiões e crenças de matriz africana, fazendo uso de terminologias como “encosto”, “demônios”, “espíritos imundos”, “pai de encosto”, “mãe de encosto”, “bruxaria”, “feitiçaria”, “sessão de descarrego” e “macumba”.

Dessa forma, com fundamento em dispositivos constitucionais e em princípios consagrados, como a prevenção e o combate à intolerância religiosa e a observância do pluralismo de ideias como elemento essencial para a vida democrática, o MPF logrou êxito em obter a condenação da Rede Record e da Rede Mulher com vistas à garantia de veiculação de direito de resposta em sua modalidade coletiva.

No Brasil, desde a previsão constitucional que assegura a livre manifestação do pensamento e o direito de resposta, proporcional ao agravo,

além da indenização por dano material, moral ou à imagem, os temas da liberdade de culto e de crença e os acontecimentos envolvendo intolerância religiosa têm suscitado discussões doutrinárias, acadêmicas, ativismos por grupos religiosos, matérias jornalísticas e judicialização, com posicionamentos do Judiciário a respeito.

Visando a salvaguardar a tolerância no que toca aos seus mais variados níveis, e levando em consideração a intensificação da violência, do racismo, da exclusão, da marginalização e da discriminação contra minorias nacionais, étnicas, religiosas e linguísticas, várias medidas foram implementadas, a exemplo, da Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (Unesco), que aprovou, na Conferência Geral de Paris de 16 de novembro de 1995, a Declaração de Princípios sobre a Tolerância, assim como, em âmbito nacional, o Presidente da República sancionou a Lei n. 11.635, de 27 de dezembro de 2007, instituindo o Dia Nacional de Combate à Intolerância Religiosa, em 21 de janeiro.

Tanto o direito de resposta quanto a garantia à liberdade de consciência e de crença encontram suporte na Constituição (art. 5º, V e VI).

Ainda que se alegue que a exibição dos programas aqui questionados insere-se no uso da liberdade de expressão e crença, garantidas constitucionalmente, é certo que referidas garantias não são absolutas e devem, portanto, conviver em harmonia com as demais garantias constitucionais.

A execução do serviço público de radiodifusão, cuja titularidade é da União Federal, pode ser empreendida por um particular mediante concessão do Poder Público (art. 21, XII, *a*, da Constituição), desde que, como em todo serviço público, seja respeitado o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, sendo defeso servir-se de emissora de televisão para desonrar um determinado grupo religioso ou cultural ou mesmo promover os seus próprios interesses privados em detrimento da coletividade.

Não restam dúvidas de que chamar “mães e pais de santo” de “mães e pais de encosto” tem um nítido caráter pejorativo e discriminatório,

sendo fundamental o respeito e a preservação das manifestações culturais dos afrodescendentes, por fazerem parte do processo civilizatório nacional e merecerem, por essa razão, a tutela constitucional dispensada pelo art. 215, *caput* e § 1º, da Constituição da República.

O menosprezo às religiões afro-brasileiras, constringendo seus adeptos e imputando-lhes expressões ofensivas, configura verdadeiro desrespeito à liberdade de crença, bem como à dignidade da pessoa humana. (Brasil, 2018)

5.3 PROGRAMA *BALANÇO GERAL* (REDE RECORD)

Por fim, aborda-se o caso do programa *Balanço Geral*, cuja ocorrência foi a mais recente dentre os três precedentes selecionados, sem ter ainda contado com um desfecho.

Em 9 de janeiro de 2017, em quadro denominado *Hora da Venenosa*, o apresentador da TV Record se referiu à cantora Ludmilla com termos depreciativos e discriminatórios. Em suas palavras, a artista “Era pobre, macaca, pobre, mas pobre mesmo”, “Era uma pobre, pé de cachorro”, “toma vergonha, sua Ludmilla! Vira gente, rapaz!”.

Ditos fatos foram levados ao conhecimento do MPF no Distrito Federal a partir de representação formulada pelas associações Intervozes – Coletivo Brasileiro de Comunicação Social e Andi – Comunicação e Direitos. Após investigação empreendida em inquérito civil, propôs-se ação civil pública em desfavor da Rede Record.

Na manifestação levada ao conhecimento da Justiça Federal, o MPF destacou que os insultos feitos à cantora Ludmilla em rede nacional televisiva não poderiam ser analisados em descompasso com os aspectos sociais e jurídicos que o vocábulo “macaco” assume no Brasil. Dessa forma, destacou-se na petição inicial que, embora dirigidos inicialmente à cantora, tais insultos resultaram na violação à honra e à dignidade

de toda a coletividade negra brasileira, lamentavelmente violentada de forma costumeira com o uso dessa expressão.

Como se vê, taxar os negros de “macaco” é artifício historicamente utilizado por racistas para desumanizar as vítimas, pois discriminar e segregar são práticas que podem ser adotadas de forma mais imprudente e passam a ser socialmente aceitáveis quando se pode privar o negro de qualquer traço humano. De fato, a objetificação do negro foi e continua sendo instrumento pernicioso de dar ares de naturalidade a toda espécie de conduta discriminatória. (Brasil, 2017)

No intuito de buscar reparação à coletividade atingida diretamente pelas ofensas veiculadas pela Rede Record, o MPF pugnou pela exibição de programação com conteúdo voltado à antidiscriminação, à igualdade racial, à herança cultural e à participação da população negra na história do Brasil por dez dias úteis consecutivos e no mesmo horário em que veiculadas as ofensas originárias.

Contudo, em que pese haver sido ajuizada em 29 de março de 2017, a referida ação civil pública, até a data de finalização do presente trabalho, em agosto de 2019, ainda não havia sido sentenciada no âmbito da Justiça Federal no Distrito Federal.

6. CONCLUSÕES

Comunicação é fundamental ao desenvolvimento de qualquer sociedade. Por meio dela o ser humano estabelece critérios para a formação de suas convicções e até mesmo de sua personalidade.

Dessa forma, o direito à comunicação é elemento essencial para a consolidação da democracia, pois assegura vez e voz a todo e qualquer

indivíduo, ou seja, garante-lhe o direito de informar, de se informar e de ser informado.

Entretanto, diante de cenários de violações sistemáticas de direitos fundamentais, observou-se neste trabalho a problemática de garantir o acesso democrático aos meios de comunicação, a fim de que todos tenham a oportunidade de exprimir suas ideias e opiniões. Viu-se, portanto, que o contexto pertinente à comunicação é, de forma geral, preocupante e no Brasil revela-se ainda mais inquietante, já que a mídia brasileira reiteradamente se reafirma como sujeito autor de discursos discriminatórios e vexatórios.

Nesse sentido, a responsabilização da mídia surge, não como uma vontade manipuladora de interesses, mas, sim, como uma necessidade de garantir processos democráticos nos meios de comunicação social. A importância que estes assumem perante a sociedade, sendo subsidia-dores das mais diversas informações que pautam as discussões cotidia-nas, traz consigo a verdadeira obrigação de atender ao interesse público.

Algumas das experiências aqui relatadas demonstram que uma so-ciedade verdadeiramente democrática é aquela em que seus indivíduos atuam em um processo comunicacional de via dupla: não só ocupam o lugar de receptores mas também assumem o posto de emissores, gerando assim um fluxo de informações fundamental para o desenvol-vimento e o aprimoramento do espaço em que se construirá a chamada opinião pública.

Nesse particular, observou-se que o direito de resposta se revela atualmente mais do que mera faculdade de retificação ou de retratação de opiniões. Mostra-se não só como uma garantia individual de defesa da honra, da liberdade e da intimidade, mas também como um direito a ser considerado de forma coletiva. Sua compreensão deve-se dar de forma mais ampla para que, assim, contribua para uma consolidação de um direito fundamental à comunicação.

No curso de todo este estudo, observou-se que não há impedimentos legais para que o direito de resposta seja considerado o direito de uma coletividade. Pelo contrário, ao se levar em consideração que a comunicação é sim um direito fundamental, a possibilidade do exercício do direito de resposta coletivo torna-se mais do que viável e coerente.

Portanto, defende-se o direito de resposta como um mecanismo jurídico de garantia da função social da comunicação. Um direito assegurado na Constituição Federal, que pode ser exercido em sua forma coletiva, de viés ainda mais democrático.

REFERÊNCIAS

ALDANA, Celia. Can media regulation help in the search for social equality? *Media Development*, 4. ed. London: World Association for Christian Communication, 2004.

BRAGA, José Luiz. *A sociedade enfrenta a sua mídia – dispositivos sociais de crítica midiática*. São Paulo: Paulus, 2006.

BRASIL. Justiça Federal no Distrito Federal. *Ação Civil Pública n. 0016710-22.2017.4.01.3400* ajuizada pelo Ministério Público Federal em desfavor de Record Brasília, 3/4/2017, Brasília – DF.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. *Termo de Acordo Judicial* firmado nos autos do processo de n. 20056100241373, 2ª Vara Federal Cível, ajuizado pelo Ministério Público Federal; Intervenções – Coletivo Brasil de Comunicação Social; Centro de Direitos Humanos; Associação da Parada do Orgulho dos Gays, Lésbicas, Bissexuais e Transgêneros de São Paulo; Associação de Incentivo à Educação e Saúde de São Paulo – AIESSP; Ação Brotar pela Cidadania e Diversidade Sexual – ABCDS; e Identidade – Grupo de Ação pela Cidadania

Homossexual; e de outro TV Ômega Ltda. Juíza Rosana Ferri Vidor. 16/11/2005, São Paulo – SP.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. *Acórdão em Apelação Cível n. 0034549-11.2004.4.03.6100/SP* em ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Federal, Centro de Estudos das Relações de Trabalho e da Desigualdade – CEERT e o Instituto Nacional de Tradição e Cultura Afro Brasileira – Intercab. Relatora: Desembargadora Federal Consuelo Yoshida, 6/4/2018, São Paulo – SP.

FARIAS, Edilsom. *Liberdade de expressão e comunicação* – Teoria e proteção constitucional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

FERREIRA, Aluísio. *Direito à informação, direito à comunicação*: direitos fundamentais na Constituição brasileira. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1997.

FISCHER, Desmond. *O direito de comunicar* – expressão, informação e liberdade. Tradução de Luiz Roberto S. Seabra Malta. São Paulo: Brasiliense, 1984.

FISS, Owen M. *A ironia da liberdade de expressão* – Estado, regulação e diversidade na esfera pública. Tradução de Gustavo Binenbojm e Caio Mário da Silva Pereira Neto. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

GODOI, Guilherme Canela de Souza. *Liberdade de expressão*: problematizando um direito fundamental. Disponível em: www.intercom.org.br/papers/nacionais/2005/resumos/R0559-1.pdf. Acesso em: 28 ago. 2019.

IANONI, M. Sobre o quarto e o quinto poderes. *Comunicare* – Revista de Pesquisa da Faculdade Casper Líbero. v. III, n. 2. São Paulo, 2º semestre 2003.

MARCHAND, Marie. *Les paradis informationnels* — du Minitel aux services de communication du future. Paris: Masson, 1986.

MILLS, Charles Wright. A sociedade de massas. In: MILLS, Charles Wright. *A elite do poder*. Rio de Janeiro: Zahar, 1981.

RABOY, Marc. Mídia e democratização na sociedade da informação. In: MELO, J. M., SATHLER, L. (orgs.). *Direitos à comunicação na sociedade da informação*. São Bernardo do Campo: Umesp, 2005.

RABOY, Marc; PROULX, Serge e DAHLGREN, Peter. *The dilemma of social demand: shaping media policy in new civic contexts*. International Communication Gazette, 2003.

ROTHBERG, Danilo. *Conselhos de mídia e capital social*. Alceu, v. 6, n. 12, p. 155-169, 2006.

SHANNON, E. C.; WEAVER, W. *The mathematical theory of communication*. Urbana: University of Illinois press, 1963.

SINGTON, Derrick. *Liberdade de comunicação*. Tradução de Sylvia de Salles Oliveira Jatobá. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1966.

SUIAMA, Sérgio Gadenghi. *A voz do dono e o dono da voz: o direito de resposta coletivo nos meios de comunicação social*. Disponível em: <http://boletimcientifico.escola.mpu.mp.br/boletins/boletim-cientifico-n.-5-2013-outubro-dezembro-de-2002/a-voz-do-dono-e-o-do-no-da-voz1-o-direito-de-resposta-coletivo-nos-meios-de-comunicacao-social>. Acesso em: 28. ago. 2019.