

VOTO-VOGAL

O Senhor Ministro **Luís Roberto Barroso** :

Ementa : Direito constitucional e penal. Ação penal. Causa de aumento nos crimes contra a honra de funcionário público em razão de suas funções. Constitucionalidade.

1. A diversidade de regime jurídico – inclusive penal – existente entre agentes públicos e particulares é uma via de mão dupla: as consequências previstas para as condutas típicas são diversas não somente quando os agentes públicos são autores dos delitos, mas, de igual modo, quando deles são vítimas. Precedente: ADPF 496, Pleno, minha relatoria, j. 22.06.2020.

3. A previsão da causa de aumento nos crimes contra a honra cometidos em detrimento de funcionário público não configura tratamento privilegiado ao agente estatal, mas proteção da função pública por ele exercida.

3. Dado que os agentes públicos em geral estão mais expostos ao escrutínio e à crítica dos cidadãos, deles se exige maior tolerância à reprovação e à insatisfação, limitando-se a aplicação dessa causa de aumento a casos graves e evidentes de menosprezo à função pública.

4. No caso concreto, o réu se valeu da imputação falsa de crime à vítima com o intuito de descredibilizá-la enquanto atuava como representante do Ministério Público Eleitoral, acusando o réu da prática de ilegalidades eleitorais. É evidente a maior reprovabilidade da conduta examinada neste caso concreto em relação à calúnia cometida contra um

particular, na medida em que coloca em risco a percepção popular da lisura da atuação ministerial e, ao fim e ao cabo, a sua efetividade.

5. Presentes a autoria e a materialidade do delito de calúnia, mantenho a dosimetria inicial da pena aplicada pelo Ministro Relator, acrescento-lhe 1/3 em razão da aplicação da causa de aumento prevista no art. 141, II, do Código Penal. Fixo a pena em 10 meses e 10 dias de detenção. Considerando o acréscimo decorrente da continuidade delitiva, por terem as declarações caluniosas sido proferidas em quatro oportunidades distintas, majoro a pena em 1/4, chegando à pena definitiva de 1 (um) ano e 27 (vinte e sete) dias. Estabeleço em 40 dias-multa a pena pecuniária, fixando cada dia-multa em um salário-mínimo.

6. Incabível o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva em concreto antes do trânsito em julgado para a apelação.

1. Trata-se de ação penal ajuizada pelo Procurador-Geral da República contra Ivo Narciso Cassol ante a suposta prática, por duas vezes, do delito descrito no artigo 138, combinado com o 71 e o 141, incisos II e III, do Código Penal.

2. De acordo com a denúncia, os ataques contra a honra da vítima – o procurador da República Reginaldo Trindade – ocorreram entre 13 de agosto de 2007 e 25 de março de 2010, época durante a qual o acusado ocupava o cargo de Governador do Estado de Rondônia, tendo sido implementados em entrevistas coletivas e participações em programas de rádio e televisão. Os fatos atribuídos pelo acusado à vítima podem ser assim resumidos: a) envolvimento em extração ilegal de madeira e diamantes na Reserva Indígena Roosevelt, crimes previstos nos artigos 38 e 44 da Lei nº 9.605/1998, e b) prática de fraude processual e corrupção de testemunhas cometida no curso de processo eleitoral movido contra o réu, delitos tipificados nos artigos 343 e 347 do Código Penal.

3. O Relator, Ministro Marco Aurélio, inicialmente, afastou a preliminar de reconhecimento da prescrição em perspectiva. No mérito, julgou parcialmente procedente a denúncia, tendo por comprovada a prática do delito de calúnia em relação ao segundo conjunto de declarações. Não obstante, deixou de aplicar a causa de aumento prevista no art. 141, II, do Código Penal, por entendê-la inconstitucional, dado prever maior proteção à honra dos funcionários público do que à dos particulares. Finalmente, aplicada a pena sem a referida causa de aumento, o Ministro Relator reconheceu a prescrição da pretensão punitiva em concreto.

4. Acompanho o Ministro Relator quanto ao afastamento da preliminar de reconhecimento da prescrição em perspectiva, bem como em relação ao julgamento de mérito da pretensão punitiva.

5. Em relação à primeira das condutas narradas na inicial, o acusado foi absolvido no voto do Relator, sob o argumento de ausência de *animus caluniandi*. Estou de acordo com o Relator quanto à ausência de prova suficiente sobre a presença do elemento subjetivo.

6. No que toca à segunda conduta, o acusado imputou, falsamente, à vítima o envolvimento nos crimes descritos nos artigos 343 e 347 do Código Penal, assim redigidos:

Art. 343. Dar, oferecer ou prometer dinheiro ou qualquer outra vantagem a testemunha, perito, contador, tradutor ou intérprete, para fazer afirmação falsa, negar ou calar a verdade em depoimento, perícia, cálculos, tradução ou interpretação.

Art. 347. Inovar artificiosamente, na pendência de processo civil ou administrativo, o estado de lugar, de coisa ou de pessoa, com o fim de induzir a erro o juiz ou o perito.

7. Também estou de acordo com a fundamentação esposada pelo Ministro Relator, que reconheceu a materialidade e a autoria do delito, bem como a caracterização do *animus caluniandi*.

8. Concordo, ainda, com a dosimetria inicial da pena realizada pelo Ministro Relator, que valorou negativamente a culpabilidade e as circunstâncias do delito, fixando a pena-base em 8 meses de detenção.

9. Divirjo, apenas, em relação à suposta inconstitucionalidade da causa de aumento prevista no art. 141, II, do Código Penal, assim redigida:

Art. 141. As penas cominadas neste Capítulo aumentam-se de um terço, se qualquer dos crimes é cometido:

(...)

II – contra funcionário público, em razão de suas funções;

(...)

10. Na visão do Relator, “ a causa de aumento de pena prevista no artigo 141, inciso III, do Código Penal, considerada de forma abrangente, consubstancia abrigo privilegiado à honra de servidores, o que, em última análise, implica permitir a existência de estrutura jurídica apta a garantir guarida maior ao próprio Estado contra a crítica. A disciplina, tomada a ponto de alcançar como vítima servidor público, é incompatível com o direito fundamental à liberdade de expressão e de opinião ”.

11. Não obstante, o Pleno do Supremo Tribunal Federal, ao julgar a ADPF 496, em que reconheceu a recepção pela Constituição de 1988, bem como a compatibilidade com a Convenção Americana de Direitos Humanos, do tipo penal do desacato, frisou a legitimidade de previsão de regras penais mais gravosas para as condutas lesivas a funcionários públicos no exercício de suas funções. Destacou-se, por outro lado, que, dado estarem mais expostos ao escrutínio e à crítica dos cidadãos, dos funcionários públicos se exige maior tolerância à reprovação e à insatisfação, limitando-se o crime a casos graves e evidentes de menosprezo à função pública. A ementa restou assim redigida (destaquei):

Ementa : DIREITO CONSTITUCIONAL E PENAL. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. CRIME DE DESACATO. ART. 331 DO CP. CONFORMIDADE COM A CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. RECEPÇÃO PELA CONSTITUIÇÃO DE 1988.

1. Trata-se de arguição de descumprimento de preceito fundamental em que se questiona a conformidade com a Convenção Americana de Direitos Humanos, bem como a recepção pela Constituição de 1988, do art. 331 do Código Penal, que tipifica o crime de desacato.

2. De acordo com a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos e do Supremo Tribunal Federal, a liberdade de expressão não é um direito absoluto e, em casos de grave abuso, faz-se legítima a utilização do direito penal para a proteção de outros interesses e direitos relevantes.

3. A diversidade de regime jurídico – inclusive penal – existente entre agentes públicos e particulares é uma via de mão dupla: as consequências previstas para as condutas típicas são diversas não somente quando os agentes públicos são autores dos delitos, mas, de igual modo, quando deles são vítimas.

4. A criminalização do desacato não configura tratamento privilegiado ao agente estatal, mas proteção da função pública por ele exercida.

5. Dado que os agentes públicos em geral estão mais expostos ao escrutínio e à crítica dos cidadãos, deles se exige maior tolerância à reprovação e à insatisfação, limitando-se o crime de desacato a casos graves e evidentes de menosprezo à função pública.

6. Arguição de descumprimento de preceito fundamental julgada improcedente. Fixação da seguinte tese: “ Foi recepcionada pela Constituição de 1988 a norma do art. 331 do Código Penal, que tipifica o crime de desacato ”.

12. Entendo que a mesma lógica deve presidir o presente julgamento. Ao prever a causa de aumento do art. 141, II, do Código Penal, o legislador não teve por objetivo proteger a pessoa do funcionário público, mas as funções por ele exercidas.

13. Não se trata de conferir um tratamento privilegiado ao funcionário público. Trata-se, isso sim, de proteger a função pública exercida pelo agente estatal, por meio da garantia, reforçada pela ameaça de pena, de que ele não terá sua honra ofendida enquanto se desincumbe dos deveres inerentes ao seu cargo ou função públicos.

14. No caso concreto, o acusado assim ofendeu a honra da vítima, em entrevistas ou em programas de rádio ou televisão:

13 de agosto de 2007:

“Ele incitou as pessoas contra a minha pessoa ou também contra a minha empresa. Da mesma maneira, não foi diferente quando ele buscou depoimentos forçando a barra com as pessoas, e eu tenho declarações públicas, isso tudo está nos documentos, forçando a barra

oferecendo até vantagem para as pessoas para tentar colocar algo que viesse a me prejudicar.”

1º de junho de 2009:

“O Procurador Federal Reginaldo Trindade é o mesmo que deu entrevista que autorizou a extração ilegal de madeira das áreas indígenas, é o mesmo que tem dado cobertura e é o mesmo que também não tem feito acareação. É o mesmo que também não fez questão de ouvir outros depoimentos na compra de votos quando disseram que tentaram comprá-los, então é o mesmo que tem interesse não sei a que fim, eu não sei se é uma questão pessoal contra a minha pessoa ou se de repente ele tá atendendo alguma outra pessoa pública, alguma coisa. 17 de março de 2010: Reginaldo colocou nos autos algo que não existia. [...] a questão foi pessoal [...] “

17 de março de 2010:

“[...] O Procurador Eleitoral criou relatório fraudulento, criado na cabeça de um doente, porque se essa pessoa não tivesse uma gana pessoal contra minha pessoa, não fazia aquilo.”

25 de março de 2010:

“[...] O meu inquérito eleitoral não tinha nada contra mim e ele sabia disso. Mas mesmo assim ele meteu a taca em cima. Então, ele faltou com a verdade. Ele faltou com o cargo dele, porque o cargo dele pode denunciar, mas não pode denunciar em vão.”

25 de março de 2010:

“[...] E ele, em nome da lei, mesmo assim o Procurador Reginaldo me denunciou, faltou com a verdade no processo. No processo, quando ele disse que eu saquei dinheiro da minha conta para ter passado para ele, não é verdade, tanto que os ministros desmentiram... [...] Esse Procurador Federal, ele, na sua ansiedade de querer me ferrar, na sua ansiedade de querer me inviabilizar...Eu não retirei um tostão da minha campanha, da minha candidatura para dar para alguém comprar voto. Mas lá no processo esse cidadão criou isso.”

25 de março de 2010:

“Esse cidadão que representa a Justiça, o Ministério Público Federal, criou um fato no meio do processo que nunca existiu. Que disse que eu tinha sacado dinheiro e tinha passado para outro cidadão. Mesmo assim o cidadão me massacrou, ficou o tempo todo...”

25 de março de 2010:

“O Ministério Público Federal, na pessoa do Procurador Regional Eleitoral Reginaldo Trindade, dou o nome da pessoa, entrou com processo contra mim de cassação. Não bastasse, nas alegações finais aqui no TRE, ele criou uma ratoeira, criou uma mentira, criou uma falsa, que eu peguei dinheiro e que eu repassei, que criou dentro, que falou isso foram os Ministros do TSE, que falou que não houve saque

de dinheiro, mas você colocou [...] Ele não poderia ter utilizado a instituição para questão pessoal.”

15. Conforme exposto pelo Ministro Relator, “ *as acusações ocorreram enquanto tramitava o recurso contra expedição de diploma nº 739, verdadeira ação ajuizada pelo Ministério Público Eleitoral contra o réu em 5 de março de 2007, com a qual imputada a prática de captação ilícita de sufrágio e abuso do poder econômico* ”.

16. Portanto, o réu se valeu da imputação falsa de crime à vítima com o intuito de descredibilizá-la enquanto atuava como representante do Ministério Público, acusando o réu da prática de ilegalidades eleitorais. É evidente a maior reprovabilidade da conduta examinada neste caso concreto em relação à calúnia cometida contra um particular, na medida em que coloca em risco a percepção popular da lisura da atuação ministerial e, ao fim e ao cabo, a sua efetividade.

17. Tenho por constitucional, portanto, a causa de aumento de pena prevista no art. 141, II, do Código Penal. Aplicada ao caso concreto, resulta numa pena final de 10 meses e 10 dias de detenção. Considerando o acréscimo decorrente da continuidade delitiva, já que proferidas declarações caluniosas em quatro oportunidades distintas, majoro a pena em $\frac{1}{4}$, chegando à pena definitiva de 1 (um) ano e 27 (vinte e sete) dias. Fixo em 40 dias-multa a pena pecuniária, cada dia-multa no valor de 1 salário-mínimo.

18. Finalmente, mostra-se incabível reconhecer a prescrição da pretensão punitiva em concreto antes do trânsito em julgado para a apelação.

É como voto.