

VOTO DIVERGENTE

O Senhor Ministro Edson Fachin : 1. Senhor Presidente, a par dos fundamentos lançados pelo eminente Ministro Marco Aurélio, na qualidade de Relator do feito, e pelo eminente Ministro Roberto Barroso, na divergência que inaugura, rogo-lhes vênias **para** , **a divergir parcialmente de ambos , propor um tertius genus , uma terceiro caminho para a solução da ação penal posta sob exame .**

2. De plano, ressalto que a prejudicial ao exame do mérito, novamente veiculada pela defesa, já foi rechaçada por este colegiado maior, à oportunidade em que julgado o agravo regimental defensivo interposto contra decisão do eminente Relator, que declinara da competência.

Naquela assentada, datada de 19 de dezembro do ano pretérito, definido, pela maioria do Plenário desta Suprema Corte, ser “ *inviável o acolhimento da tese de prescrição pela pena em abstrato, porquanto o recebimento da denúncia configura prazo interruptivo de seu curso (art. 117, I, CP)*” . Reconhecido, ainda, “ *impertinente a postulação afeta ao reconhecimento de prescrição pela pena em perspectiva, porquanto incompatível com a jurisprudência desta Suprema Corte (RE 602527 QO-RG, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, julgado em 19/11/2009, REPERCUSSÃO GERAL - Tema 239)*” . Vejamos a ementa do acórdão para o qual restei competente para sua redação (grifei):

Ementa: SEGUNDO AGRAVO REGIMENTAL NA AÇÃO PENAL . PROCESSO PENAL E PENAL. DECISÃO MONOCRÁTICA. REFORMA. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. COMPETÊNCIA. PRORROGAÇÃO. ACOLHIMENTO. PRESCRIÇÃO. RECONHECIMENTO. INVIABILIDADE. PRECEDENTES DO PLENÁRIO DESTA CORTE. AGRAVO REGIMENTAL PARCIALMENTE PROVIDO.

1. No julgamento da Questão de Ordem na Ação Penal n. 937/RJ, o Plenário desta Corte fixou as seguintes teses: “ (i) O foro por prerrogativa de função aplica-se apenas aos crimes cometidos durante o exercício do cargo e relacionados às funções desempenhadas; e (ii) Após o final da instrução processual, com a publicação do despacho de intimação para apresentação de alegações finais, a competência para processar e julgar ações penais não será mais afetada em razão de o agente público vir a ocupar outro cargo ou deixar o cargo que ocupava, qualquer que seja o motivo ”, com o entendimento de que

essa nova linha interpretativa deve ser aplicada imediatamente aos processos em curso, com a ressalva de todos os atos praticados e decisões proferidas pelo STF e pelos demais juízos com base na jurisprudência anterior.

2. É dizer: restou claramente estabelecido, pela colegialidade máxima deste Supremo Tribunal, que o marco temporal para o declínio da competência é “ *a publicação do despacho de intimação para apresentação de alegações finais*”.

3. No caso concreto, estando concluída a instrução criminal, no âmbito deste Supremo Tribunal, desde setembro de 2017, quando ofertadas as alegações finais por ambas as partes, não apenas compete, como urge, a esta Corte julgar a ação penal em questão, com sua mais breve possível inclusão em pauta.

4. Lado outro, inviável o acolhimento da tese de prescrição pela pena em abstrato, porquanto o recebimento da denúncia configura prazo interruptivo de seu curso (art. 117, I, CP).

5. Não bastasse, também impertinente a postulação afeta ao reconhecimento de prescrição pela pena em perspectiva, porquanto incompatível com a jurisprudência desta Suprema Corte (RE 602527 QO-RG, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, julgado em 19/11/2009, REPERCUSSÃO GERAL - Tema 239).

6. Agravo regimental parcialmente provido, tão somente a fim de reconhecer a persistência da competência deste Supremo Tribunal Federal para julgamento da ação penal.

Não vejo razões, por conseguinte, para retomar a esses temas, ainda que para novamente rejeitá-los, como o faz o eminente Relator.

3. No mérito, porém, acompanho o eminente Ministro Marco Aurélio – e aqui a minha dissonância com a divergência apresentada pelo eminente Ministro Roberto Barroso – tanto no que diz respeito à parcial procedência da ação penal quanto no que concerne à dosimetria da pena imposta ao réu e, em especial, no tocante à inconstitucionalidade da causa de aumento prevista no inciso II do art. 141 do Código Penal, assim disposta:

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

I - contra o Presidente da República, ou contra chefe de governo estrangeiro;

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

III - na presença de várias pessoas, ou por meio que facilite a divulgação da calúnia, da difamação ou da injúria.

IV – contra pessoa maior de 60 (sessenta) anos ou portadora de deficiência, exceto no caso de injúria.”

3.1. A respeito da (in)constitucionalidade da causa de aumento de pena, enfatizo algumas premissas.

De saída, cumpre observar que a liberdade de expressão, em modelos democráticos, traduz, concomitantemente, dimensões substanciais e instrumentais. Vale dizer, a liberdade de expressão, sobretudo no contexto de um livre mercado de ideias, atua inclusive como ferramenta de exercício de direitos políticos e de controle da coisa pública.

É nessa ambiência que a Comissão Interamericana de Direitos Humanos aprovou a Declaração de Princípios sobre Liberdade de Expressão que prevê, em seu Artigo 11, que os funcionários públicos estão sujeitos a maior escrutínio da sociedade. Nesse sentido, segundo a Corte Interamericana, não se revela adequado que a legislação penal suprima o debate essencial ao funcionamento das instituições democráticas (caso Palamara Iribarne v. Chile - sentença de 22 de novembro de 2005).

A aludida compreensão, aferida comumente na espacialidade dos delitos de desacato, revela-se, a meu ver, também aplicável sob a perspectiva em apreço, em que igualmente se debate a regularidade de imposição de censura penal, ou, mais concretamente, na exasperação dessa censura, por razões afetas a questionamentos de atos imputados a autoridades públicas e relacionados às suas atribuições.

Sob o viés do reflexo de medidas incriminatórias na inibição do debate público (*chilling effect*), trago à colação segmento de voto proferido pelo eminente decano, Min. Celso de Mello, na ADPF 187/DF (Tribunal Pleno, julgado em 15.6.2011), em que se debatia a constitucionalidade da chamada “Marcha da Maconha”:

“A proibição do dissenso equivale a impor um ‘mandado de conformidade’, condicionando a sociedade à informação oficial – uma espécie de ‘*marketplace of ideas*’ (Oliver Wendell Holmes) institucionalmente limitado. Ou, o que é ainda mais profundo: a imposição de um comportamento obsequioso produz, na sociedade, um pernicioso efeito dissuasório (‘*chilling effect*’), culminando,

progressivamente, com a aniquilação do próprio ato individual de reflexão.”

É bem verdade que a liberdade de expressão, que não conta com caráter absoluto, pode confrontar-se com outros interesses também de envergadura constitucional, submetendo-se a mecanismos de ponderação. Mesmo nessas hipóteses, esta Corte, nas palavras do e. Ministro Roberto Barroso (ADI 4.815, Rel. Ministra Cármen Lúcia, DJe de 29.01.2016), tem atribuído uma prioridade *prima facie* da liberdade de expressão em relação a outros direitos, como a própria honra e a imagem.

Ademais, como se sabe, o Princípio Republicano, ao tempo em que repele campos de poder insuscetíveis de responsabilidade, também obsta a concessão de privilégios ou tratamentos desiguais com escopo de beneficiar agentes públicos que exercer o poder em nome do povo. Nesse contexto, ao revés, a própria titularidade popular do poder exercido não se concilia com posições jurídicas privilegiadas de agentes estatais frente aos cidadãos em geral.

Mais especificamente no plano da dogmática penal, é certo que se confere ao legislador ordinário certa liberdade de conformação para fins de concretização e salvaguarda de interesses constitucionalmente relevantes.

O processo de criminalização, contudo, deve pautar-se por critérios de mensuração do desvalor concebido sob dupla perspectiva: conduta e resultado.

Vale dizer, a individualização da pena, que se inicia com a tipificação de condutas comissivas ou omissivas (fase legal), parte de um juízo acerca da reprovabilidade da ofensa a bens jurídicos eleitos como passíveis de tutela penal, associado ao exame do desvalor da conduta em si considerada.

Em outras palavras, a delimitação da imposição de censura penal, sobretudo no contexto de figuras ou causas que incrementem a pena, pressupõe a aposição de um timbre ou de maior lesividade (desvalor do resultado) ou de maior reprovabilidade (desvalor da conduta) de práticas tidas como incompatíveis com a ordem normativa.

É nesse sentido, por exemplo, que se admite exasperação da pena em crimes tributários (art. 12 da Lei n. 8.137/90) que resultem em grave dano à coletividade (maior desvalor do resultado), bem como o incremento de resposta penal em razão de condições específicas que indiquem especial vulnerabilidade da vítima (maior desvalor da conduta).

Em síntese, tenho que a justificação de causas de aumento de pena desafia a indicação de que sua concretização traduza maior lesividade a bens jurídicos ou, ao menos, configure superior juízo de reprovabilidade da conduta.

Nessa quadra, fixadas essas premissas, **minha posição vai ao encontro da compreensão do eminente Relator .**

3.2. Com efeito, a liberdade de expressão espelha verdadeira garantia institucional que desafia proteção preferencial, sobretudo em contextos vinculados a debates e questionamentos de atos funcionais emanados de agentes públicos.

Nessa medida, o ordenamento jurídico deve fomentar, ou ao menos não interditar indevidamente, o exercício da liberdade de expressão, compreendida como direito político.

Ademais, a exasperação da pena não denota, a meu ver, maior ofensividade sob o prisma da lesão à honra, bem jurídico individual tutelado pelo tipo penal em questão. Vale dizer, ao menos abstratamente, não é possível hierarquizar ou mensurar a lesão ao direito à honra puramente sob o prisma da qualidade jurídica ou funcional do sujeito passivo do crime, mormente quando ausente indicativo de vulnerabilidade ou circunstância específica que consubstancie maior desvalor da conduta.

Registro que não se desconhece que o verbete 714 da Súmula do Supremo Tribunal Federal (“ *É concorrente a legitimidade do ofendido, mediante queixa, e do ministério público, condicionada à representação do ofendido, para a ação penal por crime contra a honra de servidor público em razão do exercício de suas funções.* ”) consagra a legitimidade concorrente em casos de delitos contra a honra praticados contra funcionário público no exercício da função, sinalizando que o tipo penal

também se destina à tutela, ainda que reflexa, de interesses da Administração Pública.

Nada obstante, esse interesse meramente indireto, a meu ver, não é suficiente para o fim de justificar a distinção de tratamento sob o enfoque do preceito secundário, tendo em vista que, como bem observado pelo Relator, não se adota posição no sentido do caráter incondicionado da ação penal, a revelar, na minha óptica, que a hipótese concreta retrata preponderância de tutela de interesses individuais, não legitimando o reconhecimento de especial desvalor do resultado que agasalhe a prescrição de aumento de pena.

Por tais razões, acompanho o eminente Relator ao declarar não recepcionada pela Constituição da República a causa de aumento prevista no art. 141, II, do Código Penal .

4. A seu turno , tal qual o eminente Ministro Roberto Barroso, e pelas razões aqui já expostas, não há que se falar em incidência da prescrição nos termos do art. 109 do Código Penal.

Comungo da compreensão divergente apresentada, no que afeta a impossibilidade de se declarar prescrita a pretensão punitiva em concreto antes do trânsito em julgado do édito condenatório.

Nos termos da Súmula n. 146 desta Suprema Corte, “ *[a] prescrição da ação penal regula-se pela pena concretizada na sentença, quando não há recurso da acusação* ” (grifei).

Dessarte, sendo possível ao órgão persecutório, *in casu* , mostrar-se insatisfeito com o édito condenatório, mais uma vez, **não há que se falar em prescrição .**

5 . É como voto.