


Mensagem nº 278

Senhor Presidente do Supremo Tribunal Federal,

Para instruir o julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 826, tenho a honra de encaminhar a Vossa Excelência as informações em anexo, elaboradas pela Advocacia-Geral da União.

Brasília, 17 de junho de 2021.

 **SERPRO**
Assinado digitalmente por:
JAIR MESSIAS BOLSONARO
Sua autenticidade pode ser confirmada no endereço :
<<http://www.serpro.gov.br/assinador-digital>>



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA DA UNIÃO

INFORMAÇÕES n. 00099/2021/CONSUNIAO/CGU/AGU

NUP: 00692.001168/2021-24 (REF. 0051819-52.2021.1.00.0000)

INTERESSADA: ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE IMPRENSA - ABI

ASSUNTO: ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL Nº 826

ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL Nº 826. ILEGITIMIDADE ATIVA POR FALTA DE PERTINÊNCIA TEMÁTICA. SEPARAÇÃO DOS PODERES. CRIMES CONTRA A HONRA E LIBERDADE DE EXPRESSÃO. CRIMES MILITARES PRATICADOS POR CIVIS E PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL.

Sr. Consultor-Geral da União,

I- RELATÓRIO

1. Trata-se de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 826, ajuizada pela Associação Brasileira de Imprensa - ABI, com pedido liminar, objetivando:

c.1) conferir interpretação conforme a Constituição aos **arts. 138 e 139 do Código Penal** para estabelecer a interpretação segundo a qual, salvo na hipótese de fabricação e propagação sistemática de notícias falsas, é inconstitucional a incidência dos preceitos para coibir a publicação de informações quando o potencial ofendido for servidor público ou pessoa pública;

c.2) conferir interpretação conforme a Constituição aos **arts. 324 e 325 do Código Eleitoral** para estabelecer a interpretação segundo a qual, salvo na hipótese de fabricação e propagação sistemática de notícias falsas, é inconstitucional a incidência dos preceitos para coibir a publicação de informações quando o potencial ofendido for candidato, servidor público ou pessoa pública;

c.3) declarar a não-recepção do **art.138, §3º, II e III, do Código Penal**;

c.4) conferir interpretação conforme a Constituição ao **art.139, parágrafo único, do Código Penal** para admitir a exceção da verdade quando o ofendido for pessoa pública e a ofensa concernir a matéria de interesse público;

c.5) declarar a não-recepção do **art. 141, incs.I e II, do Código Penal**;

c.6) declarar a não-recepção do **art. 324,§2º, II e III, da Lei Eleitoral** (Lei nº 4.737/65);

c.7) conferir interpretação conforme a Constituição ao **art. 325, parágrafo único, da Lei Eleitoral** (Lei nº 4.737/65) para admitir a exceção da verdade quando o ofendido for candidato ou pessoa pública e a ofensa concernir a matéria de interesse público;

c.8) conferir interpretação conforme a Constituição **aos arts. 9º, III, 214, 215, 217, 218, 219 e 220 do Código Penal Militar**, para declarar inconstitucional sua aplicação a condutas imputadas a civis, os quais devem ser julgados pela Justiça Comum, com base nas normas constantes do Código Penal, mesmo quando o ofendido é militar ou instituição militar.

2. A parte autora afirma que a presente ADPF se concentra nos crimes contra a honra e tem como propósito garantir a plena observância da liberdade de expressão, do direito à informação e da integridade do regime republicano e democrático.

3. Aduz que o objetivo da presente ação é requerer ao Supremo Tribunal Federal que proveja proteção plena à liberdade de expressão (CF, art. 5º, IV e IX), à liberdade de informação jornalística, à vedação à censura (CF, art. 220, caput, §§1º e 2º), ao direito à informação (CF, art. 5º, XIV), ao princípio da igualdade (CF, art. 5º, caput), ao princípio republicano (CF, art. 1º), ao princípio democrático (CF, art. 1º, caput e parágrafo único), ao princípio da publicidade da administração (CF, art. 37, caput), ao princípio da ampla defesa (CF, art. 5º, LV), ao princípio da proporcionalidade, extraído do princípio do devido processo legal (CF, art. 5º, LIV) e do princípio do estado de direito (CF, art. 1º).

4. Narra que, desde o início do atual governo, o Ministério da Justiça e da Segurança Pública vem requisitando a abertura de inquéritos policiais para apurar publicações de jornalistas e outras manifestações públicas críticas. Diz que tais procedimentos investigatórios servem ao propósito ilícito de silenciar jornalistas e demais membros da sociedade civil, produzindo um efeito resfriador do debate público.

5. Afirma violar o princípio da proporcionalidade o estabelecimento de causas de aumento para os crimes contra a honra praticados contra autoridades públicas, sob o argumento de que *"a honra e a imagem de agentes políticos e servidores públicos não merecem proteção mais intensa que a honra e a imagem das pessoas que se dedicam prioritariamente à vida privada"*. Diz que a participação na vida pública implica renunciar parte da privacidade.

6. Ressalta que o art. 138, §3º, II, do Código Penal e o art. 324, §2º, II, do Código Eleitoral, ofendem o princípio da isonomia, pois inadmitem a prova da verdade quando o crime de calúnia é cometido contra o Presidente da República ou chefe de Governo estrangeiro.

7. Em relação aos crimes contra a honra definidos no Código Penal Militar, salienta que, apesar da interpretação restritiva que predomina na jurisprudência da Corte, os critérios assentados nas expressões *"afetar as instituições militares"* e *"atingir as Forças Armadas"* ainda abrem espaço significativo para a sua aplicação em civis, produzindo um *"efeito resfriador sobre todos aqueles que desejam publicar notícias sobre as Forças Armadas."*

8. O processo foi distribuído ao Ministro Gilmar Mendes, que, por meio do Ofício Eletrônico nº 7997/2021, de 2 de junho de 2021, solicitou informações ao Exmo. Senhor Presidente da República.

II - PRELIMINARES

II.1 - ILEGITIMIDADE ATIVA POR FALTA DE PERTINÊNCIA TEMÁTICA

9. De início, é importante destacar que, quanto à temática da presente ADI, falta legitimidade à parte autora para figurar no polo ativo, tendo em vista que os dispositivos impugnados não guardam pertinência com os objetivos da **ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE IMPRENSA**, que, segundo seu artigo 1º^[1] é:

- I - defender o jornalismo como instituição associativa e cultural;
- II – realçar o papel da imprensa nos momentos marcantes da História do País;
- III – mobilizar os profissionais da comunicação social na defesa de todos os seus direitos;
- IV – colaborar com as empresas jornalísticas, particularmente as pequenas e médias, que atuam em todo o território nacional;
- V – concorrer para o aperfeiçoamento cultural e profissional dos jornalistas, inclusive lutando pela manutenção e melhoria do ensino superior de Jornalismo no País;
- VI – prestar assistência ao associado e sua família e às pessoas em situação de vulnerabilidade social que recorrerem aos seus serviços;
- VII – comemorar as datas de 7 de abril, fundação da Associação; 1º de junho, Dia da Imprensa; e 10 de dezembro, Dia dos Direitos Humanos.

10. Embora estejam relacionadas no artigo 103 da Constituição Federal entre os legitimados para propor ação direta de inconstitucionalidade, as entidades de classe de âmbito nacional possuem legitimidade limitada (não universal) para aludido desiderato. É que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal consagrou o requisito da pertinência temática como indispensável e inescapável pressuposto de admissibilidade do controle abstrato de normas, quando suscitado pelas entidades referidas no inciso IX do artigo 103 da Constituição Federal.

11. Para a caracterização desse requisito, exige-se a vinculação entre os fins institucionais da entidade autora e as normas impugnadas. Portanto, para serem legitimadas para a propositura de ações de controle concentrado, devem as entidades de classe demonstrar a existência de nexo entre os seus objetivos sociais e o alcance da norma impugnada, que deverá se dar pela via direta, sem mediações.

12. No caso, os objetivos institucionais da ABI não guardam semelhança com as disposições do Código Penal, Código Penal Militar e Código Eleitoral.

13. Nesta linha, veja-se o entendimento do Supremo Tribunal Federal a respeito do tema:

LEGITIMIDADE UNIVERSAL — ASSOCIAÇÃO DE MAGISTRADOS. As associações de magistrados não gozam da legitimidade universal para o processo objetivo, devendo ser demonstrada a pertinência temática.
LEGITIMIDADE — EXECUÇÃO CONTRA A FAZENDA — DISCIPLINA — ASSOCIAÇÃO DE MAGISTRADOS. As associações de magistrados não têm legitimidade ativa quanto a processo objetivo a envolver normas relativas à execução contra a Fazenda, porque ausente a pertinência temática. (ADI 4400, Relator(a): Mi AYRES BRITTO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 06/03/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-194 DIVULG 02-10-2013 PUBLIC 03-10- 2013) (destacou-se)

Ação direta de inconstitucionalidade. **Falta do requisito da pertinência.** -Têm razão as informações quando sustentam que, no caso, falta um dos requisitos da ação direta de inconstitucionalidade que é o **da pertinência entre a classe que a autora representa -a dos Delegados de Polícia -e o diploma legal impugnado que a essa classe não diz respeito.** -Com efeito, para que haja essa pertinência é necessário que as normas impugnadas se apliquem, direta ou indiretamente, à classe representada pela entidade autora. -Ora, no caso, isso não ocorre, Ação direta de inconstitucionalidade não conhecida," (ADI-MC 1464/RJ. Tribunal Pleno, ReI. Min. Moreira Alves, DJ de 13/12/1996, p 50159) (destacou-se)

Agravo regimental no agravo de instrumento. Legitimidade ativa para oferecimento de representação de inconstitucionalidade. Pertinência temática. Reconhecimento. Inteligência da norma do art. 230. § 2º. da Constituição Federal. **1. Esta Corte firmou entendimento no sentido de que as entidades de classe e as confederações sindicais somente poderão lançar mão das ações de controle concentrado quando tiverem em mira normas jurídicas que digam respeito aos interesses típicos da classe que representam.** 2. O acórdão recorrido está em sintonia com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que assegura a gratuidade em transportes públicos urbanos aos cidadãos que possuem mais de sessenta e cinco anos de idade. 3. Agravo regimental não provido. (AI 704192 AgR / RJ -RIO DE JANEIRO. Relator Ministro Dias Toffoli, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-121 DIVULG 20-06-2012 PUBLIC 21-06-2012) (destacou-se)

14. A ideia da orientação jurisprudencial do STF quanto à pertinência temática em ADI é justamente no sentido de que, se concedida a legitimação universal às entidades supracitadas, passariam elas a exercer um papel que foge, em muito, dos propósitos para os quais elas foram criadas, desvirtuando, inclusive, a sua própria essência.

15. Nas palavras do Ministro Sepúlveda Pertence, exige-se uma *"interseção do tema da norma impugnada com os fins institucionais da representação da categoria profissional que a entidade requerente congrega"* (ADI-MC 3.472, Rei. Min. Sepúlveda Pertence). Observa-se que tal entendimento não ocorre no caso da entidade autora.

16. Assim, considerando que regras penais e eleitorais não repercutem diretamente em direitos ou prerrogativas dos membros da ABI, não há porque falar em legitimidade ativa da entidade para a presente arguição, razão pela qual esta deve ser extinta sem resolução de mérito.

II. 2 - SEPARAÇÃO DOS PODERES E RESPEITO À VONTADE DO LEGISLATIVO

17. Como exposto pela Autora, a presente ADPF *"ocupa-se especificamente dos problemas associados ao impacto das normas que tipificam crimes contra a honra sobre o exercício da liberdade de expressão"*, vez que poderiam ter o efeito de "desencorajar condutas lícitas" e de impedir o livre exercício da profissão de jornalista.

18. A Autora constrói linha argumentativa no sentido de defender que o direito penal não deveria intervir em certos casos como o de disputas eleitorais e também de que não haveria justificativa para a maior proteção de algumas pessoas e outras não, quando se está diante de crimes semelhantes.

19. Ao analisar tais pleitos, a Nota SAJ nº 134/2021/CGIP/SAJ/SG/PR (Doc. 2) entendeu que:

18. Desses pleitos, já é possível perceber que a arguente pretende impor determinada leitura (ou exegese) de dispositivos legais de caráter penal, sem que haja um debate público no foro adequado para tanto, o Congresso Nacional, o que evidentemente ofende o princípio da separação de poderes.

19. Dos pedidos, conclui-se pretender, a ABI, que o STF substitua o legislador em sua tarefa constitucional de legislar e de criar tipos penais incriminadores, valorando os direitos fundamentais que merecem proteção constitucional e legal.

20. Além disso, os pedidos impedem, de modo prévio, a regular apuração, pelos órgãos de persecução penal competentes, de condutas com efeitos criminais, assim como a valoração de fatos e provas em processo judicial constituído com a finalidade de aplicação, ou não, da legislação penal, em clara violação ao princípio da separação de poderes e, como será visto, ao princípio do juiz natural.

21. Em última análise, os pleitos visam a impedir o regular exercício da função jurisdicional e a que o STF defina a priori o conteúdo das decisões judiciais a serem proferidas pelos respectivos juízos competentes.

20. Na Constituição de 1988, o princípio da separação dos poderes encontra-se positivado no art. 2º, segundo o qual "*são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário*". Tal postulado prenuncia a distinção entre as funções estatais e tem o objetivo de combater a concentração de poder, evitando o exercício do poder político pela mesma instituição.

21. Nesse sentido, Dalmo de Abreu Dallari^[2] defende que "*o sistema de separação dos poderes, consagrado nas Constituições de quase todo o mundo, foi associado à ideia de Estado Democrático de Direito e deu origem a uma engenhosa construção doutrinária, conhecida como sistema de freios e contrapesos*".

22. Para a Teoria da Separação dos Poderes, o Estado pode praticar atos gerais e atos especiais. Gerais são os atos praticados pelo Poder Legislativo, ao exercer sua função típica de emissão de regras gerais e abstratas. Os atos especiais são aqueles praticados, depois de emitida a norma geral, pelo Poder Executivo.

23. Caso haja a exorbitância de qualquer dos poderes, cabe ao Poder Judiciário atuar, exercendo sua ação fiscalizadora para obrigar cada poder a manter-se nos limites de sua competência. No caso em exame, o pleito autoral parece pretender que o Supremo Tribunal Federal substitua a vontade do legislador, em sua função típica de criar e valorar tipos penais, o que ultrapassa a atribuição do Poder Judiciário.

24. Pelo aqui exposto, conclui-se que cabe ao Poder Legislativo a escolha dos bens jurídicos que devem ser tutelados pelo Direito Penal. Assim, em respeito ao postulado da separação dos poderes e em homenagem à vontade do legislativo, pleiteia-se o não conhecimento da presente arguição de descumprimento de preceito fundamental.

III - MÉRITO

III.1 - COMPATIBILIDADE ENTRE A PREVISÃO DE CRIMES CONTRA A HONRA E O RESPEITO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO

25. Conforme relatado, a parte autora afirma que a presente ADPF concentra-se nos crimes contra a honra e tem como propósito garantir a plena observância da liberdade de expressão, do direito à informação e da integridade do regime republicano e democrático.

26. O direito à liberdade de expressão é garantido pela Constituição Federal em seu art. 5º, inc. IX, no qual estabelece que “*é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença*”, bem como no art. 5º, IV, ao dizer que “*é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato*”. Outros dispositivos ainda garantem formas específicas de liberdades de expressão, como a liberdade de informação (art. 5º, XIV), a liberdade de consciência e de crença (art. 5º, VI), a liberdade de crença religiosa e de convicção filosófica ou política (art. 5º, VIII), a liberdade de ensino (art. 206, II) e liberdade de informação jornalística (art.220).

27. Conforme ensinamento do Ministro Gilmar Mendes e de Paulo Gonet, “*a liberdade de expressão é, então, enaltecida como instrumento para o funcionamento e preservação do sistema democrático (o pluralismo de opiniões é vital para a formação de vontade livre)*”^[3].

28. Importante registrar que esse vínculo entre o direito de liberdade de expressão e o Estado Democrático de Direito representa uma relação de interdependência, na qual um não subsiste sem o outro^[4]. Desse modo, a liberdade de expressão não pode servir como argumento para condutas que busquem violar o Estado Democrático de Direito e nem a intimidade das pessoas. Assim, garante-se toda a liberdade de expressão, mas o agente responde por violações aos valores constitucionalmente estabelecidos na Constituição Federal.

29. Quanto a isso, manifestou-se a Consultoria Jurídica junto ao Ministério da Justiça e Segurança Pública, por meio das Informações nº 00554/2021/CONJUR-MJSP/CGU/AGU (Doc. 1), nos seguintes termos:

15. Não há dúvidas que a liberdade de discussão e de crítica dos atos governamentais, garantem a normalidade do regime democrático, coibindo a ação deletéria dos ditadores e corruptos (SANTOS, Antonio Jeová. *Dano moral indenizável*. 4. ed. São Paulo: RT, 2003, p. 307), contribuindo para a evolução dos costumes públicos (LIMBORÇO, Lauro. O direito de crítica e a lei de imprensa. *Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos*, v. 2, p. 667-671, ago. 2011) a partir do controle social (SANTOS, Antonio Jeová. *Dano moral indenizável*, p. 307).

16. Por outro lado, por consequência, a liberdade de expressão não pode servir como argumento para condutas que busquem violar o Estado Democrático de Direito, pois, repita-se a liberdade de expressão constitui valor nuclear para a proteção justamente do regime democrático, pois “*nenhum direito é absoluto e o direito à liberdade de expressão não foge a esta regra*” (RODRIGUES JR, Edson Beas. *Solucionando o conflito entre o direito de imagem e a liberdade de expressão: a contribuição da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos*, p. 88-104).

17. Edilson Farias (*Liberdade de expressão e comunicação: teoria e proteção constitucional*, p. 269-271) leciona que a liberdade de expressão deve se compatibilizar com restrições tácitas estabelecidas pelo legislador, com base em direitos e valores constitucionais contrapostos. Trata-se de uma necessária homenagem à harmonização do sistema. Na mesma direção, Bruno Miragem (*Responsabilidade civil da imprensa por dano à honra: o novo código de processo civil e a lei de imprensa*, p. 258) utiliza a terminologia “*pertinência jurídica*” para atacar as críticas que propagam juízos discriminatórios ou reações ilícitas.

30. A limitação da liberdade de expressão, inclusive por meio de controle penal, já foi objeto de análise por essa Suprema Corte em diversas ocasiões, que considerou esse tipo de ponderação possível, inclusive para assegurar o normal funcionamento do Estado. Confira-se:

“(…) 13. *Liberdade de expressão. Garantia constitucional que não se tem como absoluta. Limites morais e jurídicos. O direito à livre expressão não pode abrigar, em sua abrangência, manifestações de conteúdo imoral que implicam ilicitude penal.* 14. *As liberdades públicas não são incondicionais, por isso devem ser exercidas de maneira harmônica, observados os limites definidos na própria Constituição Federal (CF, artigo 5º, § 2º, primeira parte). O preceito fundamental de liberdade de expressão não consagra o "direito à incitação ao racismo", dado que um direito individual não pode constituir-se em salvaguarda de condutas ilícitas, como sucede com os delitos contra a honra. (…)*”

(HC 82424, Relator(a): MOREIRA ALVES, Relator(a) p/ Acórdão: MAURÍCIO CORRÊA, Tribunal Pleno, julgado em 17/09/2003, DJ 19-03-2004 PP-00024 EMENT VOL-02144-03 PP-00524).

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” (ADPF nº 496, Relator: Ministro ROBERTO BARROSO, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Julgamento em 22/06/2020, Publicação em 24/09/2020)

31. Por oportuno, quando do julgamento da ADPF nº 496, cujo acórdão está acima colacionado, o voto do Ministro Gilmar Mendes entendeu que o exercício abusivo das liberdades públicas não se coaduna com o Estado democrático. Veja-se:

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

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

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

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

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

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

O STF, nesse sentido, decidiu em caso assemelhado que o discurso de ódio não se inclui no âmbito de proteção da liberdade de expressão. No HC 82.424, Redator para o acórdão Min. Mauricio Corrêa, DJ19.3.2004, consignou-se: “O direito à livre expressão não pode abrigar, em sua abrangência, manifestações de conteúdo imoral que implicam ilicitude penal” (destacou-se)

32. É necessário, portanto, perceber que há casos em que, a despeito do livre exercício da liberdade de imprensa e do dever de informação, alguns direitos individuais são ofendidos mediante condutas que extrapolam a esfera cível e administrava, constituindo-se como verdadeiros ilícitos a serem repreendidos, de maneira adequada e efetiva, na esfera criminal. Nesses casos, para que haja real proteção a direitos como a honra e a imagem, há necessidade de reprimenda criminal.

33. Aqui, cabe destacar que a honra é considerada um bem jurídico subjetivo, digno de tutela penal, vez que pode envolver valores morais e intelectuais da própria pessoa (honra subjetiva) ou da sociedade de maneira geral (honra objetiva).

34. A Constituição de 1988 previu a proteção à honra em seu art. 5º, X, ao determinar que "*são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação*".

35. Nota-se que a honra, assim como a liberdade de expressão, é um direito constitucionalmente protegido e merece ser tutelado, inclusive no âmbito penal. A compatibilização entre esses dois direitos pode se dar no caso concreto, por meio da ponderação constitucional, não sendo necessário afastar a previsão penal de crimes contra a honra.

36. Ao que parece, a partir da leitura da petição inicial, a Autora pretende, sob amparo do argumento da liberdade de expressão, seja reconhecida incolumidade penal quando for cometido crime contra agentes políticos, servidores públicos, pessoas públicas e candidatos a cargos eletivos, o que não se deve admitir.

37. Nesse sentido, a Nota SAJ nº 134/2021/CGIP/SAJ/SG/PR (Doc. 2):

74. Além disso, a intenção da associação requerente, de excluir a tipificação penal para certos bens jurídicos penalmente tutelados, viola, em última análise, até mesmo o princípio da ofensividade ou lesividade, segundo o qual não há infração penal quando a conduta não ver oferecido ao menos perigo de lesão ao bem jurídico.

75. Logicamente, se não houver ao menos perigo de lesão ao bem jurídico penalmente protegido, aí sim caberia, na forma desejada pela ABI, a solução do litígio por meio de indenizações ou reparações, mas não pelo direito penal. Todavia,

se houve cometimento de ilícitos penais, mediante dolo ou ausência do dever de cuidado objetivo, deve haver sanção penal, nos moldes estabelecidos na legislação constitucional e infraconstitucional, sob pena de conferir-se, no que pertine ao objeto da ação, um salvo conduto para o cometimento de crimes contra a honra de militares, políticos e agentes públicos.

38. Pelo aqui exposto, percebe-se que não há conflito entre a liberdade de expressão e a previsão de crimes contra a honra. Caso haja colisão entre esses dois direitos fundamentais, na análise do caso concreto, poderão ser usada a ponderação, a concordância prática e a proporcionalidade, não se fazendo necessário - nem razoável - afastar a tipificação de crimes contra a honra para que a liberdade de expressão prevaleça.

III.2 - CONDUTAS DE CIVIS CONSIDERADAS CRIMES MILITARES. PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL

39. A presente ADPF também pretende que seja conferida "*interpretação conforme a Constituição aos artigos 9º, III, 214, 215, 217, 218, 219 e 220 do Código Penal Militar, para declarar inconstitucional sua aplicação a condutas imputadas a civis, os quais devem ser julgados pela Justiça Comum, com base nas normas constantes do Código Penal, mesmo quando o ofendido é militar ou instituição militar*".

40. Nesse aspecto, o que se pretende é que seja afastado o juiz natural da causa, quando o autor do crime for civil, ainda que o ofendido seja militar ou instituição militar.

41. O princípio do juiz natural caracteriza-se pela existência de um juízo adequado para o julgamento de determinada demanda, de acordo com regras de fixação de competência. Assim, o Juiz natural é aquele com competência fixada na Constituição, ou em lei, para processar e julgar a controvérsia levada ao Poder Judiciário.

42. Nesse aspecto, vale transcrever o art. 92, inc. VI e o art. 124, da CF/1988:

Art. 92. São órgãos do Poder Judiciário:

[...]

VI - os Tribunais e Juízes Militares;

Art. 124. à Justiça Militar compete processar e julgar os crimes militares definidos em lei.

Parágrafo único. A lei disporá sobre a organização, o funcionamento e a competência da Justiça Militar.

43. Quanto a essa competência da Justiça Militar, a Consultoria Jurídica-Adjunta junto ao Comando da Marinha, por meio das Informações nº 00001/2021/CJACM/CGU/AGU (Doc. 3), apontou que:

15. Verifica-se, que a Justiça castrense não teve suas competências enumeradas em rol exaustivo na Carta Magna, tendo o constituinte delegado ao legislador infraconstitucional dispor sobre a organização, o funcionamento e a competência da Justiça Militar.

16. No que toca à seara criminal, a Constituição Federal delimitou que é competência da Justiça Militar julgar os crimes militares definidos em lei, sem nada

dispor acerca do agente infrator. Logo, compete a Justiça Militar julgar todos os crimes militares, seja ele praticado por civil ou militar.

17. Nestes termos, em consonância no o art. 124, da Constituição Federal, o Código Penal Militar estabelece os Crimes Militares de competência da Justiça Militar (arts. 9º e 10º da Lei nº 1.001, de 1969), prevendo expressamente os delitos que podem praticados por civis.

44. Verifica-se, portanto que, ao fixar a competência da Justiça Militar, a CF/1988 deixou, expressamente, a cargo da norma infraconstitucional a enumeração dos crimes militares, sem adotar nenhum critério para nortear a atividade legislativa.

45. Assim é que o art. 9º, III, do Código Penal Militar, considera crime militar aquele cometido por civil contra as instituições militares, nos seguintes termos:

Art. 9º Consideram-se crimes militares, em tempo de paz:

(...)

III - os crimes praticados por militar da reserva, ou reformado, ou por civil, contra as instituições militares, considerando-se como tais não só os compreendidos no inciso I, como os do inciso II, nos seguintes casos:

a) contra o patrimônio sob a administração militar, ou contra a ordem administrativa militar;

b) em lugar sujeito à administração militar contra militar em situação de atividade ou assemelhado, ou contra funcionário de Ministério militar ou da Justiça Militar, no exercício de função inerente ao seu cargo;

c) contra militar em formatura, ou durante o período de prontidão, vigilância, observação, exploração, exercício, acampamento, acantonamento ou manobras;

d) ainda que fora do lugar sujeito à administração militar, contra militar em função de natureza militar, ou no desempenho de serviço de vigilância, garantia e preservação da ordem pública, administrativa ou judiciária, quando legalmente requisitado para aquele fim, ou em obediência a determinação legal superior.

46. Desse modo, os delitos praticados por civil contra instituição militar são considerados crimes militares e, portanto, de competência da Justiça Militar. Na lição de José da Silva Loureiro Neto^[5]:

Apreciando-se detalhadamente os incisos desse artigo, ficamos certos de que os critérios *ratione personae*, *ratione loci* e *ratione materiae*, que eram a base da conceituação do crime militar em nosso antigo Direito, foram de tal modo ampliados que o "lugar", a "matéria ou serviço" e a "pessoa" quase perderam suas próprias características. Agora, abrangem um campo muito mais vasto e adquirem uma elasticidade quase sem limites. A definição pura do crime militar, crime que só por militar pode ser praticado, depois de Esmeraldino Bandeira, que admitiu a concepção dos crimes própria e impropriamente militares, tornou-se letra morta, e os chamados crimes impropriamente militares criaram na mentalidade dos legisladores da época uma fonte interminável de conceituações de tais crimes, que a definição de crime militar passou a ser esta: **"crime militar é todo aquele que a lei assim o reconhece". Embora especificamente não o seja, o legislador assim o entendeu, e dessa forma tem que ser apreciado.**

(destacou-se)

47. No mesmo sentido é a doutrina de Jorge César de Assis^[6], segundo o qual:

Tomando-se por base o aspecto constitucional, veremos que a Justiça Militar da União processa e julga os crimes militares definidos em lei, não importando quem seja o seu autor – que pode ser inclusive o civil –, enquanto a Justiça Militar estadual julga os mesmos crimes militares, porém desde que cometidos por militares estaduais e do Distrito Federal, dela escapando os civis.

48. Assim, crime militar é a conduta indicada pela lei penal militar como tal. Elucidativa é a seguinte sistematização feita por Marcelo Uzeda de Faria^[7], por considerar a evolução doutrinária a respeito da classificação do delito militar, restando claro que, em determinados casos, o delito militar pode ser praticado por civil:

Clovis Beviláqua classificava os crimes militares em três grupos: os essencialmente militares (próprios), os militares por compreensão normal da função militar (impróprios) e os acidentalmente militares (praticados por civis).

[...]

Nos dois primeiros grupos identificam-se crimes funcionais, pois a natureza militar decorre da condição do sujeito ativo (militar). Já no último grupo, o crime é acidentalmente militar por conta do critério legal (*ratione legis*) e por voltar-se contra as instituições militares (*ratione materiae*), ainda que praticado por civil.

A partir da classificação acima, pode-se dizer que o crime propriamente militar é aquele cujo bem jurídico tutelado é inerente ao meio militar e estranho à sociedade civil (autoridade, dever, serviço, hierarquia, disciplina etc) e somente pode ser praticado por militar da ativa. Assim, é crime previsto somente no Código Penal Militar, pois o tipo penal é criado especificamente para proteger interesses jurídicos exclusivos da vida militar e o sujeito ativo só pode ser militar da ativa, uma vez que tal qualidade do agente é essencial ao tipo.

De outro lado, no crime impropriamente militar os bens jurídicos tutelados são comuns às esferas militar e civil (vida, integridade, corporal, patrimônio etc), mas o delito é considerado militar por que é praticado por militar da ativa (por compreensão normal da função militar). Trata-se de crime previsto tanto no Código Penal Militar quanto nas leis penais comuns, com igual ou semelhante definição, mas tem como sujeito ativo apenas o militar da ativa.

Por fim, o crime acidentalmente militar é praticado por civil (ou por militar inativo) em detrimento das instituições militares ou da ordem administrativa militar. Na essência, trata-se de crime comum que, em virtude das circunstâncias em que ocorre e dos bens jurídicos atingidos, excepcionalmente, passa a compor a galeria dos crimes militares previstos no Código Penal Militar.

A doutrina mais moderna dividia os crimes militares em apenas dois grupos: própria e impropriamente militares. O crime é propriamente militar quando o bem jurídico tutelado é exclusivo do meio militar, sendo previsto exclusivamente no Código Penal Militar e tendo como sujeito ativo somente o militar da ativa.

Já o crime impropriamente militar, por afetar bens jurídicos comuns às esferas militar e civil, tem previsão legal tanto no Código Penal Militar quanto na legislação comum e pode ser praticado por militar da ativa ou da reserva ou reformado ou por civil. Percebe-se que essa abordagem não fazia distinção entre os crimes impropriamente e os acidentalmente militares.

49. Pelo aqui exposto, inexistente qualquer afronta à cláusula do juiz natural, previsto no inciso LIII do art. 5º, da CF/1988. Nos dispositivos do Código Penal Militar, atacados pela presente ADPF, o Estado respeitou a garantia básica da naturalidade do juízo, atendendo à necessidade de norma reclamada pelo parágrafo único do art. 124, da CF/1988.

50. Também é importante registrar que o parágrafo único do artigo 124 da CF/88 prescreve que lei disporá sobre a organização, o funcionamento e a competência da Justiça Militar, referindo-se à Lei nº 8.457, de 4 de setembro de 1992, que organiza a Justiça Militar da União.

51. A referida Lei nº 8.457/1992 foi alterada pela Lei nº 13.774/2018 que, dentre outras alterações, trouxe a previsão de julgamento de civis de forma monocrática pelo Juiz Federal da Justiça Militar da União. Tal mudança determinou que o civil passasse a ser julgado monocraticamente por juiz, e não mais por Conselho composto por Juízes Militares.

52. Quanto a esse tema, a Consultoria Jurídica-Adjunta do Comando da Aeronáutica, por meio do Parecer nº 00196/2021/COJAER/CGU/AGU (Doc. 4), informou:

15. Quer dizer, com essa mudança legal do Julgamento de civis de forma monocrática pelo Juiz Federal da JMU, o argumento tão defendido de ferir o Juiz Natural quando o civil fosse julgado por um Conselho composto por Juízes Militares, esvaiu-se.

16. Nesse cenário, importa dizer que tal alteração não prejudicou a competência da Justiça Militar da União, o que mudou foi: ao invés dos Conselhos, julgam-se os agentes civis pelos Magistrados togados de primeiro grau. Portanto, a constitucionalidade está preservada, não havendo que se falar em interpretação conforme à Constituição.

17. Inclusive, não se pode perder de vistas que a interpretação conforme à Constituição foi justamente o que se fez com essa mudança - julgar o civil pelo Juiz Federal da JMU monocraticamente, e não por Conselho de Juízes Militares. Em benefício do entendimento e considerando como paradigma, tal arcabouço fora proposto em voto do Ministro do STF Gilmar Mendes em sede do Habeas Corpus (HC) 112848, em que se propôs que fosse dada interpretação conforme à Constituição Federal (sem redução de texto) aos artigos 16 a 26 da Lei 8.457/1992 (que organiza a Justiça Militar da União e regula o funcionamento de seus serviços auxiliares) para que o civil fosse julgado pelo Juiz-Auditor e não mais pelo Conselho Permanente da Justiça.

53. No que concerne à possibilidade de civis cometerem crimes militares, por meio de atos que atentem contra as instituições militares, deve-se destacar a especificidade do objetivo do Direito Penal Militar, vez que a caracterização de um fato típico penal castrense, praticado por civil, ocorre nas situações em que a ação atinja as Forças Armadas.

54. Portanto, quando a conduta do civil ofende as instituições militares, é considerada crime militar, cujo julgamento compete à Justiça Militar da União. Verifica-se que a norma intenta punir, quanto aos civis, apenas as condutas que eventualmente atinjam as instituições militares.

55. Nesse sentido, a Consultoria Jurídica Adjunta ao Comando do Exército apontou, por meio das Informações nº 00029/2021/CONJUR-EB/CGU/AGU (Doc. 5):

17. A aplicação do art. 9, III, do CPM, ao civil que ofenda alguma instituição militar, ao contrário do apontado na petição inicial, não produz um "efeito resfriador sobre todos aqueles que desejam publicar notícias sobre as Forças Armadas", muito menos ofensa à liberdade de expressão e ao direito à informação. As ações jornalísticas praticadas com fundamento na liberdade de expressão e no direito

à informação (dentro de parâmetros constitucionais e legais) há tempos vêm sendo devidamente protegidas pelo STF. Outrossim, vários são os instrumentos constitucionais e legais que protegem a liberdade de expressão e o direito à informação.

18. Ora, se a intenção do CPM é proteger de uma forma geral as Forças Armadas, uma conduta que ofenda diretamente estas instituições deve ser balizada pelo Direito Penal Militar, com o seu processamento realizado pelo juízo natural do caso, qual seja, a Justiça Militar. Na hipótese dessa interpretação ocorrer de uma forma diferente (como a apresentada na petição inicial), poderá se esvaziar a proteção especial que é conferida às Forças Armadas.

56. Portanto, por todo o aqui exposto, resta clara a possibilidade de que condutas praticadas por civis, quando ofensivas às instituições militares, são consideradas crimes militares e, desse modo, devem ser julgadas pela Justiça Militar da União. Nessas situações como aqui demonstrado, não há falar em ofensa ao princípio do juiz natural, vez que a Justiça Militar é a seara constitucionalmente prevista para processar e julgar os crimes militares definidos em lei.

IV. CONCLUSÃO

57. Por todo o exposto, pugna-se pelo não conhecimento da presente arguição de descumprimento de preceito fundamental em razão da ilegitimidade ativa por falta de pertinência temática e do princípio da separação dos poderes.

58. Caso ultrapassadas tais questões, no mérito, pleiteia-se o reconhecimento da compatibilidade entre a previsão de crimes contra a honra e o respeito à liberdade de expressão, bem como o reconhecimento da possibilidade de que condutas civis, quando ofensivas às instituições militares, sejam consideradas crimes militares.

59. São essas as considerações que sugiro sejam apresentadas como informações do Excelentíssimo Senhor Presidente da República nos autos da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 826.

Brasília, 16 de junho de 2021.

(assinado digitalmente)

DANIELA DE OLIVEIRA RODRIGUES
Advogada da União

ANEXOS

- 1) Informações nº 00554/2021/CONJUR-MJSP/CGU/AGU;
- 2) Nota SAJ nº 134/2021/CGIP/SAJ/SG/PR;
- 3) Informações nº 00001/2021/CJACM/CGU/AGU;
- 4) Parecer nº 00196/2021/COJAER/CGU/AGU;
- 5) Informações nº 00029/2021/CONJUR-EB/CGU/AGU.

Notas

1. [^] <http://www.abi.org.br/institucional/legislacao/estatuto-abi/>. Acesso em 08/06/2021
2. [^] DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 16. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1991.
3. [^] MENDES, Gilmar Ferreira Mendes, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional* – 13. ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva Educação, 2018, p. 390.
4. [^] MIRAGEM, Bruno. *Responsabilidade civil da imprensa por dano à honra: o novo código de processo civil e a lei de imprensa*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 35-36.
5. [^] NETO, José da Sila Loureiro Neto. *Direito Penal Militar*. 5ª Edição. São Paulo: Editora Atlas, 2010, p. 17/18.
6. [^] ASSIS, Jorge César de. *Comentários ao Código Penal Militar - Parte Geral: Artigos 1º a 135 - Parte Especial: Artigos 136 a 410, 10ª Edição - Revista e Atualizada até a Lei 13.491/2017*, Juruá Editora, 2018, p. 121
7. [^] FARIA, Marcelo Uzeda de. *Direito Penal Militar*. 6ª ed. Salvador: 2019, pp. 85/86.

Documento assinado eletronicamente por DANIELA DE OLIVEIRA RODRIGUES, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 650679761 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): DANIELA DE OLIVEIRA RODRIGUES. Data e Hora: 16-06-2021 14:17. Número de Série: 79188944426619054783737313834. Emissor: Autoridade Certificadora SERPRORFBv5.



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA DA UNIÃO

DESPACHO n. 00303/2021/CONSUNIAO/CGU/AGU

NUP: 00692.001168/2021-24 (REF. 0051819-52.2021.1.00.0000)

INTERESSADA: ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE IMPRENSA - ABI

ASSUNTO: ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL Nº 826

1. Estou de acordo com as **INFORMAÇÕES n. 00099/2021/CONSUNIAO/CGU/AGU**, da lavra da Dra. Daniela de Oliveira Rodrigues.
2. Submeto-as à consideração do Senhor Consultor-Geral da União.

Brasília, 16 de junho de 2021.

(assinado digitalmente)

JOSÉ AFFONSO DE ALBUQUERQUE NETTO

Advogado da União

Consultor da União

Documento assinado eletronicamente por JOSE AFFONSO DE ALBUQUERQUE NETTO, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 657580118 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): JOSE AFFONSO DE ALBUQUERQUE NETTO. Data e Hora: 16-06-2021 14:31. Número de Série: 17340404. Emissor: Autoridade Certificadora SERPRORFBv5.



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO
GABINETE

SAS, QUADRA 03, LOTE 5/6, 12 ANDAR - AGU SEDE IFONE (61) 2026-8557 BRASÍLIA/DF 70.070-030

DESPACHO n. 00422/2021/GAB/CGU/AGU

NUP: 00692.001168/2021-24 (REF. 0051819-52.2021.1.00.0000)

INTERESSADA: ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE IMPRENSA - ABI

ASSUNTO: ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL Nº 826

1. Aprovo, nos termos do DESPACHO n. 00303/2021/CONSUNIAO/CGU/AGU, as INFORMAÇÕES n. 00099/2021/CONSUNIAO/CGU/AGU, da lavra da Advogada da União, Dra. Daniela de Oliveira Rodrigues.

2. Submeto-as à apreciação do Excelentíssimo Senhor Advogado-Geral da União.

Brasília, 16 de junho de 2021.

(assinado eletronicamente)

ARTHUR CERQUEIRA VALÉRIO

Advogado da União

Consultor-Geral da União

Documento assinado eletronicamente por ARTHUR CERQUEIRA VALERIO, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 657702899 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): ARTHUR CERQUEIRA VALERIO. Data e Hora: 16-06-2021 21:38. Número de Série: 17340791. Emissor: Autoridade Certificadora SERPRORFBv5.



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO

PROCESSO Nº 00692.001168/2021-24 (REF. 0051819-52.2021.1.00.0000)

ORIGEM: STF - Ofício eletrônico nº 7997/2021, de 2 de junho de 2021.

RELATOR: MIN. GILMAR MENDES

ASSUNTO: Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 826

Despacho do Advogado-Geral da União Substituto nº 238

Adoto, nos termos do Despacho do Consultor-Geral da União, para os fins e efeitos do art. 4º, inciso V, da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, as anexas **INFORMAÇÕES nº 00099/2021/CONSUNIAO/CGU/AGU**, elaboradas pela Advogada da União Dra. Daniela de Oliveira Rodrigues.

Brasília, 17 de junho de 2021.

**FABRICIO DA
SOLLER**

Assinado de forma digital por
FABRICIO DA SOLLER
Dados: 2021.06.17 17:28:56
-03'00'

FABRÍCIO DA SOLLER
Advogado-Geral da União Substituto