

VOTO

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES (RELATOR): Trata-se de queixa-crime apresentada pelo Senador VANDERLAN VIEIRA CARDOSO em face do Deputado Federal GUSTAVO GAYER, imputando-lhe a prática dos crimes de calúnia (art. 138), por 4 (quatro) vezes, de difamação (art. 139), por 3 vezes, e de injúria (art. 140), na forma do art. 141, inc. 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), e no § 2º (crime cometido ou divulgado em quaisquer modalidades das redes sociais da rede mundial de computadores), do Código Penal, em concurso material.

A queixa-crime, de forma clara e expressa, narra o evento criminoso, detalhado no relatório, e que pode ser resumido da seguinte maneira:

Transcrição do vídeo postado aos 01.02.2023, acessado aos 03.02.2023, cuja cópia segue anexo, disponível por intermédio do *link* <https://www.instagram.com/p/CoIrDWEDP7q/>:

Gustavo Gayer: Bom, como vocês já devem saber, as notícias não são boas. A liberdade de expressão continuará sendo atacada. As senhorinhas do zap continuarão sendo presas. A Constituição continuará a ser desrespeitada. As pessoas continuarão sofrer perseguição política. Parlamentares que deveriam ter a proteção de falar, não poderão falar. A população brasileira continuará a viver no medo, porque nós sabemos que isso aqui não é uma democracia, que não há Estado Democrático de direito e eu vou te explicar por que que isso tudo vai acontecer, porque senadores foram ameaçados por ministros da Suprema Corte. Financiadores... financiadores de senadores foram ameaçados. Outros senadores foram comprados com cargos de segundo escalão (**CRIME DE CALÚNIA COM CAUSAS ESPECIAIS DE AUMENTO DE PENA, ARTS. 138, 141, I, II E § 2º DO CP, QUANDO INTENCIONALMENTE IMPUTA A TODOS OS SENADORES E SENADORAS DA REPÚBLICA, AQUI INSERIDO O QUERELANTE, O COMETIMENTO DE CRIME DE CORRUPÇÃO OU CONCUSSÃO, SABENDO SER FALSA A AFIRMAÇÃO, COM O INTUITO DE OFENDER E DENEGRIR**). Outros foram

pressionados pela imprensa. Nunca se viu esse sistema tão podre fazendo campanha pra um candidato à presidência do Senado e, como consequência, o Pacheco à frente do Senado, continuará a arregaçar o cu dessa casa para que o STF continue a penetrar com a piroca ditatorial. Desculpe as palavras, mas essa é a verdade e é a melhor descrição do que tá acontecendo. Antes pergunto: é democracia quando os senadores, ao invés de representarem o seu povo, o seu eleitorado, eles votam de acordo com medo de serem presos, de terem seus nomes em inquérito, de serem perseguidos pela imprensa ou vendem a sua alma por cargos no segundo escalão? Isso não é democracia. É tudo um grande teatro. Eu tô com tanta vergonha agora, que eu não quero nem usar o bottom de deputado porque é um grande teatro. E o pior de tudo são vocês, contribuintes, que estão financiando esse teatro. Essa democracia de vitrine. Na frente do Senado, um frouxo que sabe que não pode se posicionar contra os avanços do STF porque o escritório de advocacia dele tem milhões e milhões a ganhar com alguns processos que serão julgados por esses ministros, que fazem com que ele se comporte como um chihuahua adestrado. Senadores viraram as costas pra democracia e pro Brasil (**CRIME DE DIFAMAÇÃO, POIS ACUSA DE COMETIMENTO DE CONDUTA DESABONADORA, COM CAUSAS ESPECIAIS DE AUMENTO DE PENA, ARTS. 139, 141, I, II E § 2º DO CP, QUANDO INTENCIONALMENTE IMPUTA A TODOS OS SENADORES E SENADORAS DA REPÚBLICA, AQUI INSERIDO O QUERELANTE, COM O INTUITO DE OFENDER E DENEGRIR**), pro retorno à normalidade, para a segurança jurídica em troca de cargos (**CRIME DE CALÚNIA, POIS ACUSA SABENDO SER FALSA A AFIRMAÇÃO, DE COMETIMENTO DE CRIME DE PREVARICAÇÃO/CORRUPÇÃO/CONCUSSÃO, COM CAUSAS ESPECIAIS DE AUMENTO DE PENA, ARTS. 138, 139, 141, I, II E § 2º DO CP, QUANDO INTENCIONALMENTE IMPUTA A TODOS OS SENADORES E SENADORAS DA REPÚBLICA, AQUI INSERIDO O QUERELANTE, O COMETIMENTO DE CRIME DE CORRUPÇÃO OU CONCUSSÃO, SABENDO SER FALSA A AFIRMAÇÃO, COM O**

INTUITO DE OFENDER E DENEGRIR)... ... não ser preso pagando pelos crimes que eles cometeram (CRIME DE CALÚNIA, POIS ACUSA SABENDO SER FALSA A AFIRMAÇÃO, DE COMETIMENTO DE CRIME DE PREVARICAÇÃO/CORRUPÇÃO/CONCUSSÃO, COM CAUSAS ESPECIAIS DE AUMENTO DE PENA, ARTS. 138, 141, I, II E § 2º DO CP, QUANDO INTENCIONALMENTE IMPUTA A TODOS OS SENADORES E SENADORAS DA REPÚBLICA, AQUI INSERIDO O QUERELANTE, O COMETIMENTO DE CRIME DE CORRUPÇÃO OU CONCUSSÃO, SABENDO SER FALSA A AFIRMAÇÃO, COM O INTUITO DE OFENDER E DENEGRIR). Não vamos esquecer. E sabe por que... eles acham que a gente vai esquecer, sabe por que que a gente não vai esquecer? Porque o STF, alguns ministros do STF vão continuar perseguindo pessoas politicamente. Vão continuar deturpando o que é liberdade de expressão pra perseguir algumas pessoas que eles não gostam. O Brasil continuará a se chocar com a destruição da nossa democracia e todas as vezes que isso acontecer, lembre-se daquele senador do seu Estado que não se posicionou, que deixou passar essa oportunidade da gente voltar a ter o mínimo de normalidade, o mínimo. Ninguém queria revanchismo, ninguém queria impeachment de ministro do STF, nós queríamos o mínimo de normalidade. Mas eles já tomaram gosto por esse sistema ditatorial de tal forma que eles não vão deixar que isso aconteça, não vão deixar. Uma pessoa me falou: Gayer, não grava nada não porque podem cassar o seu mandato. Eu viro e falo: mandato de que, meu amigo? Isso aqui é uma porra de um teatro. É uma merda de um grande teatro que a imprensa faz questão de pincelar pra você pensar que aqui as pessoas estão votando de acordo com o povo, que os senadores se preocupam com o seu eleitorado ou com seus compromissos de campanha. Nós não vamos esquecer. Em Goiás, Vanderlan Cardoso e Kajuru, dois vagabundos. (CRIME DE INJÚRIA, COM CAUSAS ESPECIAIS DE AUMENTO DE PENA, ARTS. 140, 141, I, II E § 2º DO CP, QUANDO IMPUTADA CONDIÇÃO DESABONADORA, COM O INTUITO DE OFENDER E DENEGRIR) que viraram as costas pro povo em troca de

comissão, não é não, Vanderlan? (CRIME DE DIFAMAÇÃO, COM CAUSAS ESPECIAIS DE AUMENTO DE PENA, ARTS, 139, 141, I, II E § 2º DO CP, QUANDO IMPUTA CONDOTA DESABONADORA COM O INTUITO DE OFENDER E DENEGRIR) Eu tenho minhas convicções. Eu quero pegar a minha comissão, não é não, Vanderlan? (CRIME DE DIFAMAÇÃO, COM CAUSAS ESPECIAIS DE AUMENTO DE PENA, ARTS, 139, 141, I, II E § 2º DO CP, QUANDO IMPUTA CONDOTA DESABONADORA COM O INTUITO DE OFENDER E DENEGRIR) Quero ver o senhor ser candidato a prefeito agora, seja candidato a prefeito. O Kajuru já é uma caricatura. O Kajuru ninguém fala com ele, que ele é um doido varrido. Não tem como não ficar puto com isso. Simplesmente não tem como. É um absurdo o que tá acontecendo. Quando você tem a interferência do jurídico na escolha da presidência do Senado, coisa que nunca aconteceu. E eu escuto dos servidores da Câmara, que trabalham há décadas, e que eles falam: nunca vi isso na minha vida, Gustavo. Aí eu te pergunto: pessoas que não têm nenhum voto, nenhum voto querendo determinar através de ameaças, quem será o presidente do Senado? Desculpe, mas vá pra puta que pariu qualquer jornalista que fala que a democracia tá sendo preservada. Eu realmente tô puto. Eu tô puto não é por mim não, eu tô puto porque os nossos filhos não vão poder nem saber o que que é viver num país minimamente democrático. Os nossos netos 10 nem farão ideia do que foi a época onde a gente poderia falar as nossas opiniões. Enquanto isso, o Pacheco tá com o (toba) desse tamanho esperando a piroca. Não tô nem aí pras palavras de baixo calão, mas eu tô puto mesmo, que era a maior oportunidade que a gente tinha de salvar nosso país e senadores nos traíram. Aqueles que estão como indefinidos, os que já tinham declarado voto no Pacheco e alguns que traíram também - traíram o povo brasileiro. Só Deus pra salvar esse país agora, porque o país tá possuído pelos capetas do inferno.

Notificado em 28/11/2023 (eDoc. 89), o querelado ofertou regular resposta (eDoc. 93, em 11/12/2023), arguindo, em suma, (a) incompetência do Supremo Tribunal Federal para o processamento e julgamento da

causa; (b) ausência de justa causa para recebimento da queixa-crime, à vista da imunidade parlamentar material; (c) inépcia da queixa crime em relação aos crimes de difamação e calúnia; e (d) atipicidade da conduta no tocante ao crime de injúria.

Cumprido, pois, examinar as teses suscitadas pelo querelado, GUSTAVO GAYER MACHADO DE ARAUJO, em sua resposta à acusação.

I – COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

As garantias fundamentais aos princípios do Devido Processo Legal e do Juiz Natural, diferentemente do que ocorria nos textos constitucionais anteriores, foram incorporadas ao texto da Constituição brasileira de 1988.

A garantia do Devido Processo Legal configura dupla proteção ao indivíduo, atuando tanto no âmbito material de proteção ao direito de liberdade e propriedade quanto no âmbito formal, ao assegurar-lhe paridade total de condições com o Estado-persecutor e plenitude de defesa, visando salvaguardar a liberdade individual e impedir o arbítrio do Estado.

A imparcialidade do Judiciário e a segurança do povo contra o arbítrio estatal encontram no Devido Processo Legal e no princípio do Juiz Natural, proclamadas nos incisos LV, XXXVII e LIII do art. 5º da Constituição Federal, suas garantias indispensáveis.

Como consagrado pelo SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL:

“O princípio da naturalidade do Juízo – que traduz significativa conquista do processo penal liberal, essencialmente fundado em bases democráticas – atua como fator de limitação dos poderes persecutórios do Estado e representa importante garantia de imparcialidade dos juízes e tribunais” (STF – 1aT. – HC no 69.601/SP – Rel. Min. CELSO DE MELLO, Diário da Justiça, Seção I, 18 dez. 1992, p. 24.377).”

O juiz natural é somente aquele integrado no Poder Judiciário, com todas as garantias institucionais e pessoais previstas na Constituição Federal, devendo a observância desse princípio ser interpretada em sua plenitude, de forma a não só proibir a criação de Tribunais ou juízos de exceção, como também exigir respeito absoluto às regras objetivas de

determinação de competência, para que não seja afetada a independência e a imparcialidade do órgão julgador

Nesse mesmo sentido, decidiu o TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL ALEMÃO:

“O mandamento ‘ninguém será privado de seu juiz natural’, bem como ocorre com a garantia da independência dos órgãos judiciários, deve impedir intervenções de órgãos incompetentes na administração da Justiça e protege a confiança dos postulantes e da sociedade na imparcialidade e objetividade dos tribunais: a proibição dos tribunais de exceção, historicamente vinculada a isso, tem a função de atuar contra o desrespeito sutil a esse mandamento. Como esses dispositivos em sua essência concretizam o princípio do Estado de Direito no âmbito da constituição (organização) judiciária, elas já foram introduzidas na maioria das Constituições estaduais alemãs do século XIX, dando-lhes, assim, a dignidade de norma constitucional. O art. 105 da Constituição de Weimar deu prosseguimento a esse legado. À medida que os princípios do Estado de Direito e Separação de Poderes se foram aprimorando, também as prescrições relativas ao juiz natural foram sendo aperfeiçoadas. A lei de organização judiciária, os códigos de processo e os planos de distribuição das causas (definidos nas Geschäftsordnungen – regimentos internos) dos tribunais determinavam sua competência territorial e material, (o sistema de) a distribuição das causas, bem como a composição dos departamentos individualizados, câmaras e senados. Se originalmente a determinação ‘ninguém será privado de seu juiz natural’ era dirigida sobretudo para fora, principalmente contra qualquer tipo de ‘justiça de exceção’ (Kabinettsjustiz), hoje seu alcance de proteção estendeu-se também à garantia de que ninguém poderá ser privado do juiz legalmente previsto para sua causa por medidas tomadas dentro da organização judiciária” (Decisão – Urteil – do Primeiro Senado de 20 de março de 1956 – 1 BvR 479/55 – Cinquenta anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão. Coletânea Original: Jürgen Schawabe. Organização e introdução. Leonardo Martins. Konrad Adenauer – Stiftung – Programa Estado de Derecho para Sudamérica, p. 900/901).

O Plenário desta CORTE, no julgamento da Questão de Ordem na

Ação Penal 937, 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”*.

No caso em análise, trata-se de queixa-crime apresentada pelo Senador VANDERLAN VIEIRA CARDOSO em face do Deputado Federal GUSTAVO GAYER, imputando-lhe os crimes de calúnia (art. 138), difamação (art. 139) e injúria (art. 140), c/c art. 141, II, III, § 2º, do Código Penal, todos em concurso material, a atrair a competência para esta SUPREMA CORTE, nos termos do artigo 102, inciso I, alínea b, da Constituição Federal.

Ainda, certo é que os crimes, em tese, praticados pelo denunciado, tornaram-se públicos em 1º/2/2023, de modo que os elementos informativos colhidos até o presente momento não permitem dissociá-los do mandato parlamentar, devendo a persecução penal observar a garantia do foro por prerrogativa de função nesta SUPREMA CORTE.

Nestes termos, vislumbra-se integralmente subsumida à hipótese fixada quando do julgamento da Questão de Ordem na Ação Penal 937, de modo a ser fixada a competência desta SUPREMA CORTE para o julgamento do feito.

Dessa forma, não há dúvidas sobre a competência deste SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL para analisar a presente denúncia e, eventualmente, caso seja recebida, para processar e julgar posterior ação penal.

II – RECEBIMENTO DA QUEIXA-CRIME (ARTS. 41 E 395 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL)

A queixa-crime, nos termos dos artigos 41 e 395 do Código de Processo Penal, deve ser recebida, pois foi ofertada de forma clara e expressa, narra o evento criminoso, com todas as suas circunstâncias

A acusação realizada pelo Ministério Público Federal ou, no caso, pelo querelante, deverá ser consubstanciada em denúncia ou queixa-crime, que, obrigatoriamente, na esteira da histórica lição do mestre JOÃO MENDES DE ALMEIDA JÚNIOR, apresente uma exposição narrativa e demonstrativa. Narrativa, porque deve revelar o fato com

todas as suas circunstâncias, isto é, não só a ação transitiva, como a pessoa que a praticou (*quis*), os meios que empregou (*quibus auxiliis*), o malefício que produziu (*quid*), os motivos que o determinaram (*quomodo*), o lugar onde a praticou (*ubi*), o tempo (*quando*). E demonstrativa, porque deve descrever o corpo de delito, indicar as razões de convicção e apresentar o rol de testemunhas, como apontado em sua preciosa obra (*O processo criminal brasileiro*, v. II, Freitas Bastos: Rio de Janeiro, 1959, p. 183).

No presente momento processual, portanto, deve ser verificado, desde logo, se a queixa-crime contém a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas (Inq 2.482/MG, Rel. Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, DJe de 15/9/2011; Inq 1.990/RO, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, DJe de 21/2/2011; Inq 3.016/SP, Rel. Min. ELLEN GRACIE, Tribunal Pleno, DJe de 16/2/2011; Inq 2.677/BA, Rel. Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, DJe de 21/10/2010; Inq 2.646/RN, Rel. Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, DJe de 6/5/2010).

Da mesma forma, além da presença dos requisitos do art. 41 do Código de Processo Penal, deve estar presente a necessária justa causa para a ação penal (CPP, art. 395, III), analisada a partir dos seus três componentes: tipicidade, punibilidade e viabilidade, de maneira a garantir a presença de um suporte probatório mínimo a indicar a legitimidade da imputação, sendo traduzida na existência, no inquérito policial ou nas peças de informação que instruem a inicial acusatória, de elementos sérios e idôneos que demonstrem a materialidade do crime e de indícios razoáveis de autoria (Inq 3.719/DF, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, DJe de 30.10.2014).

Não é própria desta fase processual a emissão de um juízo definitivo, com base em cognição exauriente, sobre a caracterização do injusto penal e da culpabilidade do indigitado autor, mas tão somente um juízo de delibação acerca da existência de um suporte probatório mínimo que evidencie a materialidade do crime e a presença de indícios razoáveis de autoria (Inq 3.719/DF, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, DJe de 30/10/2014).

Nessa linha, passo a analisar a admissibilidade da acusação em relação à imputação formulada contra o acusado e os argumentos trazidos pela defesa do querelado GUSTAVO GAYER para a sua rejeição.

O querelante acusa GUSTAVO GAYER da prática dos crimes previstos nos arts. 138, 139 e 140, c/c o art. 141, II, III e § 2º, todos do Código Penal:

Calúnia

Art. 138 - Caluniar alguém, imputando-lhe falsamente fato definido como crime:

Pena - detenção, de seis meses a dois anos, e multa.

Difamação

Art. 139 - Difamar alguém, imputando-lhe fato ofensivo à sua reputação:

Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa.

Injúria

Art. 140 - Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro:

Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa.

Disposições comuns

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, ou contra os Presidentes do Senado Federal, da Câmara dos Deputados ou do Supremo Tribunal Federal;

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

§ 2º Se o crime é cometido ou divulgado em quaisquer modalidades das redes sociais da rede mundial de computadores, aplica-se em triplo a pena.

Conforme ensinamentos de GUILHERME DE SOUZA NUCCI:

“caluniar é fazer uma acusação falsa, tirando a credibilidade de uma pessoa no seio social. Possui, pois, um significado particularmente ligado à difamação. Cremos que o conceito se tornou eminentemente jurídico, porque o Código Penal exige que a acusação falsa realizada diga respeito a um fato definido como crime. Portanto, a redação feita no art. 138 foi propositadamente repetitiva (fala duas vezes em “atribuir”: caluniar significa atribuir e imputar significa atribuir). (...). Vislumbra-se, pois, que a calúnia nada mais é do que uma difamação qualificada, ou seja, uma espécie de difamação. Atinge a honra objetiva da pessoa, atribuindo-lhe o agente um fato desairoso, no caso particular, um fato falso definido como

crime” (Código penal comentado – 23. ed.- Rio de Janeiro: Forense, 2023, pg. 756)

“difamar significa desacreditar publicamente uma pessoa, maculando-lhe a reputação. Nesse caso, mais uma vez, o tipo penal foi propositadamente repetitivo. Difamar já significa imputar algo desairoso a outrem, embora a descrição abstrata feita pelo legislador tenha deixado claro que, no contexto do crime do art. 139, não se trata de qualquer fato inconveniente ou negativo, mas sim de fato ofensivo à sua reputação. Com isso, excluiu os fatos definidos como crime – que ficaram para o tipo penal da calúnia – bem como afastou qualquer vinculação à falsidade ou veracidade dos mesmos. Assim, difamar uma pessoa implica divulgar fatos difamantes à sua honra objetiva, sejam eles verdadeiros ou falsos” (Código penal comentado – 23. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2023, pg. 761)

“injuriar significa ofender ou insultar (vulgarmente xingar). No presente caso, isso não basta. É preciso que a ofensa atinja a dignidade (respeitabilidade ou amor-próprio) ou o decoro (correção moral ou compostura) de alguém. Portanto, é um insulto que macula a honra subjetiva, arranhando o conceito que a vítima faz de si mesma” (Código penal comentado – 23. ed. - Rio de Janeiro: Forense, 2023, pg. 764)

No caso dos autos, a queixa-crime descreve, detalhadamente, as condutas do querelado que tipicam as infrações penais, consistindo a conduta do querelado em sua vontade livre e consciente de imputar/atribuir ao querelante (a) falso crime, qual seja, ter sido comprado com cargos de segundo escalão, o que indica a tipificação do art. 138 do Código Penal; (b) fato ofensivo à sua reputação, qual seja, ter virado as costas para a democracia e ao país, o que indica a tipificação do art. 139 do Código Penal; e (c) palavras ou qualidades negativas, ao afirmar que “*Em Goiás, Vanderlan Cardoso e Kajuru, dois vagabundos*”, o que indica a tipificação do art. 140 do Código Penal, sendo o que basta para a deflagração da persecução penal e para o recebimento da exordial. Nesse sentido, a jurisprudência desta SUPREMA CORTE:

Agravo. Penal e processo penal. Queixa-crime por difamação e injúria. Liberdade de expressão e imunidade parlamentar. Necessidade de vinculação com o exercício do

mandato. Intuito manifestamente difamatório e injurioso das declarações do querelado. Doutrina e precedentes. Teoria funcional da imunidade parlamentar. Manifestações proferidas nas redes sociais. Provimento do recurso, com o recebimento da queixa-crime.

(Pet 8242 AgR, Relator(a): CELSO DE MELLO, Relator(a) p/ Acórdão: GILMAR MENDES, Segunda Turma, DJe de 20/6/2022)

Não assiste razão à defesa, aliás, ao afirmar que da narrativa exposta na causa de pedir, não se identificam os elementos essenciais ao cometimento dos crimes em tela, restando deficiente o preenchimento dos requisitos constantes no art. 41 do Código de Processo Penal no tocante à exposição do suposto fato criminoso e sua subsunção ao tipo penal, e a alegação da atipicidade do crime de injúria (art. 140, CP), em razão da prevalência da imunidade parlamentar material (art. 53, *caput*, CF), porquanto o xingamento ocorreu em um contexto totalmente interligado a um tema de natureza política (eleição para presidente do Senado Federal).

Por fim, destaque-se que, ao menos neste momento processual, presentes, em tese, as causas de aumento de pena previstas no art. 141, inc. 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), e no § 2º (crime cometido ou divulgado em quaisquer modalidades das redes sociais da rede mundial de computadores), do Código Penal.

Historicamente, a liberdade de discussão, a ampla participação política e o princípio democrático estão interligados com a liberdade de expressão (GEORGE WILLIAMS. *Engineers is Dead, Long Live the Engineers in Constitutional Law. Second Series.* Ian D. Loveland: 2000, capítulo 15; RONALD DWORKIN, *O direito da liberdade. A leitura moral da Constituição norte-americana.* Martins Fontes: 2006; HARRY KALVEN JR *The New York Times Case: A note on the central meaning of the first amendment in Constitutional Law. Second Series.* Ian D. Loveland: 2000, capítulo 14), que tem por objeto não somente a proteção de pensamentos e ideias, mas também opiniões, crenças, realização de juízo de valor e críticas a agentes públicos, no sentido de garantir a real participação dos cidadãos na vida coletiva (Tribunal Constitucional Espanhol: S. 47/02, de 25 de febrero, FJ 3; S. 126/03, de 30 de junio, FJ 3; S. 20/02, de 28 de enero, FFJJ 5 y 6).

A Constituição protege a liberdade de expressão no seu duplo aspecto: o positivo, que é exatamente “*o cidadão pode se manifestar como bem entender*”, e o negativo, que proíbe a ilegítima intervenção do Estado, por meio de censura prévia.

A liberdade de expressão, em seu aspecto positivo, permite posterior responsabilidade cível e criminal pelo conteúdo difundido, além da previsão do direito de resposta. No entanto, não há permissivo constitucional para restringir a liberdade de expressão no seu sentido negativo, ou seja, para limitar preventivamente o conteúdo do debate público em razão de uma conjectura sobre o efeito que certos conteúdos possam vir a ter junto ao público.

Será inconstitucional, conforme ressaltei no julgamento da ADI 4.451, toda e qualquer restrição, subordinação ou forçosa adequação programática da liberdade de expressão do candidato e dos meios de comunicação a mandamentos normativos cerceadores durante o período eleitoral, pretendendo diminuir a liberdade de opinião e de criação artística e a livre multiplicidade de ideias, com a nítida finalidade de controlar ou mesmo aniquilar a força do pensamento crítico, indispensável ao regime democrático; tratando-se, pois, de ilegítima interferência estatal no direito individual de informar e criticar.

No célebre caso *New York Times vs. Sullivan*, a Suprema Corte Norte-Americana reconheceu ser “*dever do cidadão criticar tanto quanto é dever do agente público administrar*” (376 US, at. 282, 1964); pois, como salientado pelo professor da Universidade de Chicago, HARRY KALVEN JR., “em uma Democracia o cidadão, como governante, é o agente público mais importante” (*The New York Times Case: A note on the central meaning of the first amendment in Constitutional Law. Second Series. Ian D. Loveland: 2000, capítulo 14, p. 429*).

A censura prévia desrespeita diretamente o princípio democrático, pois a liberdade política termina e o poder público tende a se tornar mais corrupto e arbitrário quando pode usar seus poderes para silenciar e punir seus críticos (RONALD DWORKIN, *O direito da liberdade. A leitura moral da Constituição norte-americana. Martins Fontes: 2006, p. 319*; HARRY KALVEN JR *The New York Times Case: A note on the central meaning of the first amendment in Constitutional Law. Second Series. Ian D. Loveland: 2000, capítulo 14, p. 429*).

Os legisladores não têm, na advertência feita por DWORKIN, a capacidade prévia de “*fazer distinções entre comentários políticos úteis e nocivos*” (*O direito da liberdade. A leitura moral da Constituição norte-*

americana. Martins Fontes: 2006, p. 326), devendo-se, portanto, permitir aos candidatos a possibilidade de ampla discussão dos temas de relevância ao eleitor.

Tanto a liberdade de expressão quanto a participação política em uma Democracia representativa somente se fortalecem em um ambiente de total visibilidade e possibilidade de exposição crítica das diversas opiniões sobre os principais temas de interesse do eleitor e também sobre os governantes, que nem sempre serão “*estadistas iluminados*”, como lembrava o JUSTICE HOLMES ao afirmar, com seu conhecido pragmatismo, a necessidade do exercício da política de desconfiança (*politics of distrust*) na formação do pensamento individual e na autodeterminação democrática, para o livre exercício dos direitos de sufrágio e oposição; além da necessária fiscalização dos órgãos governamentais.

No célebre caso *Abrams v. United States*, 250 U.S. 616, 630-1 (1919), OLIVER HOLMES defendeu a liberdade de expressão por meio do *mercado livre das ideias* (*free marketplace of ideas*), em que se torna imprescindível o embate livre entre diferentes opiniões, afastando-se a existência de verdades absolutas e permitindo-se a discussão aberta das diferentes ideias, que poderão ser aceitas, rejeitadas, desacreditadas ou ignoradas; porém, jamais censuradas, selecionadas ou restringidas pelo Poder Público que deveria, segundo afirmou em divergência acompanhada pelo JUSTICE BRANDEIS, no caso *Whitney v. California*, 274 U.S. 357, 375 (1927), “*renunciar a arrogância do acesso privilegiado à verdade*”.

RONALD DWORKIN, mesmo não aderindo totalmente ao mercado livre das ideias, destaca que:

“a proteção das expressões de crítica a ocupantes de cargos públicos é particularmente importante. O objetivo de ajudar o mercado de ideias a gerar a melhor escolha de governantes e cursos de ação política fica ainda mais longínquo quando é quase impossível criticar os ocupantes de cargos públicos” (O direito da liberdade. A leitura moral da Constituição norte-americana. Martins Fontes: 2006, p. 324).

No âmbito da Democracia, a garantia constitucional da liberdade de expressão não se direciona somente à permissão de expressar as ideias e informações oficiais produzidas pelos órgãos estatais ou a suposta

verdade das maiorias, mas sim garante as diferentes manifestações e defende todas as opiniões ou interpretações políticas conflitantes ou oposicionistas, que podem ser expressadas e devem ser respeitadas, não porque necessariamente são válidas, mas porque são extremamente relevantes para a garantia do pluralismo democrático (cf. HARRY KALVEN JR. The New York Times Case: A note on the central meaning of the first amendment in *Constitutional Law*. Second Series. Ian D. Loveland: 2000, capítulo 14, p. 435).

As opiniões existentes são possíveis em discussões livres, uma vez que faz parte do princípio democrático “*debater assuntos públicos de forma irrestrita, robusta e aberta*” (Cantwell v. Connecticut, 310 U.S. 296, 310 (1940), quoted 376 U.S at 271-72).

O direito fundamental à liberdade de expressão, portanto, não se direciona somente a proteger as opiniões supostamente verdadeiras, admiráveis ou convencionais, mas também àquelas que são duvidosas, exageradas, condenáveis, satíricas, humorísticas, bem como as não compartilhadas pelas maiorias (*Kingsley Pictures Corp. v. Regents*, 360 U.S 684, 688-89, 1959).

A Corte Europeia de Direitos Humanos afirma, em diversos julgados, que a liberdade de expressão:

“constitui um dos pilares essenciais de qualquer sociedade democrática, uma das condições primordiais do seu progresso e do desenvolvimento de cada um. Sem prejuízo do disposto no n.º 2 do artigo 10.º, ela vale não só para as «informações» ou «ideias» acolhidas com favor ou consideradas como inofensivas ou indiferentes, mas também para aquelas que ferem, chocam ou inquietam. Assim o exige o pluralismo, a tolerância e o espírito de abertura, sem os quais não existe «sociedade democrática». Esta liberdade, tal como se encontra consagrada no artigo 10.º da Convenção, está submetida a exceções, as quais importa interpretar restritivamente, devendo a necessidade de qualquer restrição estar estabelecida de modo convincente. A condição de «necessário numa sociedade democrática» impõe ao Tribunal determinar se a ingerência litigiosa corresponde a «uma necessidade social imperiosa” (ECHR, Caso Alves da Silva v. Portugal, Queixa 41.665/2007, J. 20 de outubro de 2009)

A Democracia não existirá e a livre participação política não

florescerá onde a liberdade de expressão for ceifada, pois esta constitui condição essencial ao pluralismo de ideias, que por sua vez é um valor estruturante para o salutar funcionamento do sistema democrático.

Lembremo-nos que, nos Estados totalitários no século passado – comunismo, fascismo e nazismo –, as liberdades de expressão, comunicação e imprensa foram suprimidas e substituídas pela estatização e monopólio da difusão de ideias, informações, notícias e educação política, seja pela existência do serviço de divulgação da verdade do partido comunista (pravda), seja pela criação do Comitê superior de vigilância italiano ou pelo programa de educação popular e propaganda dos nazistas, criado por Goebbels; com a extinção da multiplicidade de ideias e opiniões, e, conseqüentemente, da Democracia.

Essa estreita interdependência entre a liberdade de expressão e o livre exercício dos direitos políticos, também, é salientada por JONATAS E. M. MACHADO, ao afirmar que:

“o exercício periódico do direito de sufrágio supõe a existência de uma opinião pública autônoma, ao mesmo tempo que constitui um forte incentivo no sentido de que o poder político atenda às preocupações, pretensões e reclamações formuladas pelos cidadãos. Nesse sentido, o exercício do direito de oposição democrática, que inescapavelmente pressupõe a liberdade de expressão, constitui um instrumento eficaz de crítica e de responsabilização política das instituições governativas junto da opinião pública e de reformulação das políticas públicas... O princípio democrático tem como corolário a formação da vontade política de baixo para cima, e não ao contrário” (*Liberdade de expressão. Dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*. Editora Coimbra: 2002, p. 80/81).

No Estado Democrático de Direito, não cabe ao Poder Público previamente escolher ou ter ingerência nas fontes de informação, nas ideias ou nos métodos de divulgação de notícias ou, no controle do juízo de valor das opiniões dos pré-candidatos, candidatos e seus apoiadores ou dos meios de comunicação e na formatação de programas jornalísticos ou humorísticos a que tenham acesso seus cidadãos, por tratar-se de insuportável e ofensiva interferência no âmbito das liberdades individuais e políticas.

O funcionamento eficaz da democracia representativa exige absoluto respeito à ampla liberdade de expressão, possibilitando a liberdade de

opinião, de criação artística; bem como a proliferação de informações, a circulação de ideias; garantindo-se, portanto, os diversos e antagônicos discursos – moralistas e obscenos, conservadores e progressistas, científicos, literários, jornalísticos ou humorísticos, pois, no dizer de HEGEL, é no espaço público de discussão que a verdade e a falsidade coabitam.

A plena proteção constitucional da exteriorização da opinião (aspecto positivo) não significa a impossibilidade posterior de análise e responsabilização por eventuais informações injuriosas, difamantes, mentirosas, e em relação a eventuais danos materiais e morais, pois os direitos à honra, intimidade, vida privada e à própria imagem formam a proteção constitucional à dignidade da pessoa humana, salvaguardando um espaço íntimo intransponível por intromissões ilícitas externas, mas não permite a censura prévia pelo Poder Público.

A Constituição Federal não permite o desrespeito à honra e dignidade alheias, a propagação de discurso de ódio, ideias contrárias à ordem constitucional e ao Estado Democrático (CF, art. 5º, XLIV, e art. 34, III e IV), tampouco a realização de manifestações nas redes sociais ou através de entrevistas públicas visando ao rompimento do Estado de Direito, com a extinção das cláusulas pétreas constitucionais – Separação de Poderes (CF, art. 60, §4º), com a conseqüente instalação do arbítrio.

Liberdade de expressão não é Liberdade de agressão!

Liberdade de expressão não é Liberdade de destruição da Democracia, das Instituições e da dignidade e honra alheias!

Liberdade de expressão não é Liberdade de propagação de discursos mentirosos, agressivos, de ódio e preconceituosos!

A Constituição Federal consagra o binômio “LIBERDADE e RESPONSABILIDADE”; não permitindo de maneira irresponsável a efetivação de abuso no exercício de um direito constitucionalmente consagrado; não permitindo a utilização da “liberdade de expressão” como escudo protetivo para a prática de discursos mentirosos, de ódio, antidemocráticos, ameaças, agressões, infrações penais e toda a sorte de atividades ilícitas.

PRESENTE, nestes termos, A JUSTA CAUSA PARA A AÇÃO PENAL, em relação ao acusado GUSTAVO GAYER MACHADO DE ARAÚJO, pela prática da conduta descritas nos arts. 138 (calúnia), 139

(difamação), 140 (injúria), com as causas de aumento de pena previstas no art. 141, inc. 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), e no § 2º (crime cometido ou divulgado em quaisquer modalidades das redes sociais da rede mundial de computadores), todos do Código Penal.

III – NÃO INCIDÊNCIA DA IMUNIDADE PARLAMENTAR MATERIAL (ART. 53, CAPUT, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL)

Na presente hipótese, igualmente, não há a incidência da imunidade parlamentar material prevista no artigo 53, *caput*, da Constituição Federal aos parlamentares, um vez que, a conduta realizada não guarda nexos com o exercício da função parlamentar.

Na presente hipótese, é fato incontroverso que as palavras, as opiniões e as expressões trazidas na queixa-crime foram proferidas fora do recinto parlamentar, em perfil pessoal do querelado, na rede social *Instagram*, acessível a qualquer pessoa, e sem a presença dos requisitos imprescindíveis para caracterização da inviolabilidade constitucional: (a) "*nexo de implicação recíproca*" e (b) "*parâmetros ligados à própria finalidade da liberdade de expressão qualificada do parlamentar*".

Na independência harmoniosa que rege o princípio da Separação de Poderes, as imunidades parlamentares são institutos de vital importância, haja vista buscarem, prioritariamente, a proteção dos parlamentares, no exercício de suas nobres funções, contra os abusos e as pressões dos demais poderes, constituindo-se, pois, um direito instrumental de garantia de liberdade de opiniões, palavras e votos dos membros do Poder Legislativo, bem como de sua proteção contra afastamentos ou prisões arbitrárias e processos temerários. Essas imunidades, como destacado por PAOLO BISCARETTI DI RUFFIA, não dizem respeito à figura do parlamentar, mas à função por ele exercida, no intuito de resguardá-la da atuação do Executivo ou do Judiciário, consagrando-se como garantia de sua independência perante outros poderes constitucionais (*Introduzione al diritto costituzionale comparato*. 2. ed. Milão: Giuffrè, 1970, pp. 303-305).

Nessa linha, já lecionava RUY BARBOSA, nos idos de 1898:

O privilégio de que se trata é, portanto, um privilégio a favor do povo, um privilégio a favor da lei, um privilégio a

favor da Constituição. Sempre se entendeu assim desde BLACKSTONE até BRUNIALTI, o mais recente dos tractadistas, que o qualifica de tão necessário quanto, nas Monarchias, a inviolabilidade do Monarcha... (...) longe de polos em situação privilegiada, a prerrogativa parlamentar, de facto, não fez mais que nivelar a deles à dos outros cidadãos (...) Assim se tem pronunciado, em toda a parte, na Inglaterra, na França, na Itália, nos Estados Unidos, em resoluções e sentenças que poderíamos citar, a jurisprudência dos parlamentares e Tribunaes, desde THOMAZ JEFFERSON, que disse: O privilégio não pertence aos membros da Camara, mas à Assembléa (*Commentários à constituição federal brasileira*. Vol. II. Saraiva: 1933, p. 41/42).

A criação das imunidades parlamentares como corolário da defesa da livre existência e independência do Parlamento remonta ao século XVII e tem no sistema constitucional inglês sua origem, por meio da proclamação do duplo princípio da *freedom of speech* (liberdade de palavra) e da *freedom from arrest* (imunidade à prisão arbitrária), no *Bill of Rights* de 1689. Ressalte-se, porém, que a declaração inglesa de direitos de 1688, Estatuto I, de Guilherme III e Maria II, no ato declaratório dos direitos e liberdades do súdito, já previa a autonomia dos membros do Parlamento, ao afirmar que as eleições deveriam ser livres e a liberdade de expressão, os debates e procedimentos no Parlamento não poderiam ser impedidos ou contestados em qualquer tribunal ou em qualquer lugar fora do Parlamento.

Posteriormente, tal previsão foi acolhida pela Constituição norte-americana em 1787, que previu que os parlamentares *não poderão ser incomodados ou interrogados, em qualquer outro lugar, por discursos ou opiniões emitidas em uma ou outra Câmara* (art. 1º, seção 6).

No Brasil, a Constituição Imperial de 1824 concedia aos membros do Parlamento as inviolabilidades pelas opiniões, palavras e votos que proferissem no exercício de suas funções, bem como a garantia de o parlamentar não ser preso durante a legislatura, por autoridade alguma, salvo por ordem de sua respectiva Câmara, menos em flagrante delito de pena capital. Além disso, previa-se a necessidade de licença da casa respectiva para o prosseguimento da ação penal. Assim, textualmente, previa a Constituição de 25/3/1824:

Art. 26. Os Membros de cada uma das Camaras são

invioláveis pelas opiniões, que proferirem no exercício das suas funções.

Art. 27. Nenhum Senador, ou Deputado, durante a sua deputação, pode ser preso por Autoridade alguma, salvo por ordem da sua respectiva Camara, menos em flagrante delicto de pena capital.

Art. 28. Se algum Senador, ou Deputado for pronunciado, o Juiz, suspendendo todo o ulterior procedimento, dará conta à sua respectiva Camara, a qual decidirá, se o processo deva continuar, e o Membro ser, ou não suspenso no exercício das suas funções.

A Constituição da República de 1891 previa, em seus arts. 19 e 20, as imunidades material e formal, pois os parlamentares eram invioláveis pelas opiniões, palavras e votos, bem como não poderiam ser presos nem processados criminalmente, sem prévia licença de sua Câmara, salvo caso de flagrante em crime inafiançável. Era o seguinte o texto da Constituição de 24/2/1891:

Art. 19. Os deputados e senadores são invioláveis por suas opiniões, palavras e votos no exercício do mandato.

Art. 20. Os deputados e os senadores, desde que tiverem recebido diploma até à nova eleição, não poderão ser presos, nem processados criminalmente, sem prévia licença de sua Camara, salvo caso de flagrância em crime inafiançável. Neste caso, levado o processo até pronuncia exclusive, a autoridade processante remetterá os autos á Câmara respectiva, para resolver sobre a procedência da acusação, si o acusado não optar pelo julgamento immediato.

O capítulo II, seção I, da Constituição de 1934, em seu art. 31, previa a inviolabilidade do parlamentar por suas opiniões, palavras e votos, no exercício do mandato, enquanto o art. 32 previa imunidades relacionadas à prisão e ao processo. Curiosamente, essas imunidades formais eram estendidas ao suplente imediato do Deputado em exercício. O texto da Constituição de 16/7/1934 determinava:

Art. 31. Os deputados são invioláveis por suas opiniões,

palavras e votos no exercício das funções do mandato.

Art. 32. Os deputados, desde que tiverem recebido diploma até a expedição dos diplomas para a legislatura subsequente, não poderão ser processados criminalmente, nem presos, sem licença da Câmara, salvo caso de flagrância em crime inafiançável. Esta imunidade é extensiva ao suplente imediato do Deputado em exercício.

§1º A prisão em flagrante de crime inafiançável será logo comunicada ao Presidente da Câmara dos deputados, com a remessa do auto e dos depoimentos tomados, para que ella resolva sobre a sua legitimidade e conveniência, e autorize, ou não, a formação de culpa.

§2º Em tempo de guerra, os deputados, civis ou militares, incorporados às forças armadas por licença da Camara dos deputados, ficarão sujeitos às leis e obrigações militares.

A Carta de 1937 alterou o tratamento das imunidades parlamentares, pois, apesar de prevê-las, tanto a material quanto a formal, possibilitava a responsabilização do parlamentar por difamação, calúnia, injúria, ultraje à moral pública ou provocação pública ao crime.

Os arts. 42 e 43 da Constituição de 10/11/1937 estipulavam, respectivamente, que, durante o prazo em que estivesse funcionando o Parlamento, nenhum de seus membros poderia ser preso ou processado criminalmente, sem licença da respectiva Câmara, salvo caso de flagrância em crime inafiançável; e que só perante sua respectiva Câmara responderiam os membros do Parlamento Nacional pelas opiniões e votos que emitissem no exercício de suas funções; não estariam, porém, isentos de responsabilidade civil e criminal por difamação, calúnia, injúria, ultraje à moral pública ou provocação pública ao crime. Em seu parágrafo único, o art. 43 ainda estabelecia que, em caso de manifestação contrária à existência ou independência da Nação ou incitamento à subversão violenta da ordem política ou social, poderia qualquer das Câmaras, por maioria de votos, declarar vago o lugar do deputado ou membro do Conselho Federal, autor da manifestação ou incitamento.

Em 1946, a Constituição brasileira, consagrando regras mais democráticas, previa as clássicas prerrogativas parlamentares. Assim, a imunidade material foi prevista no art. 44 e as imunidades formais foram previstas no art. 45, determinando-se que os deputados e senadores eram invioláveis no exercício do mandato, por suas opiniões, palavras e votos

(art. 44), e que, desde a expedição do diploma até a inauguração da legislatura seguinte, os membros do Congresso Nacional não poderiam ser presos, salvo em flagrante de crime inafiançável, nem processados criminalmente, sem prévia licença de sua Câmara. No caso de flagrante de crime inafiançável, os autos seriam remetidos, dentro de 48 horas, à Câmara respectiva para que resolvesse sobre a prisão e autorizasse, ou não, a formação de culpa.

A Câmara interessada deveria deliberar sempre pelo voto da maioria de seus membros. A Carta ainda previa que, em se tratando de crime comum, se a licença para o processo criminal não estivesse resolvida em 120 (cento e vinte) dias, contados da apresentação do pedido, esse seria incluído em ordem do dia, para ser discutido e votado, independentemente de parecer (acrescentado pela EC n. 9, de 22/07/1964).

Em 1967, a Constituição Federal consagrou as imunidades material e formal no art. 34. Afirmava textualmente que os deputados e senadores eram invioláveis no exercício do mandato, por suas opiniões, palavras e votos. Além disso, desde a expedição do diploma até a inauguração da legislatura seguinte, os membros do Congresso Nacional não poderiam ser presos, salvo flagrante de crime inafiançável, nem processados criminalmente, sem prévia licença de sua Câmara. No § 2º do art. 34, porém, estabelecia que, se no prazo de 90 dias, a contar do recebimento, a respectiva Câmara não deliberasse sobre o pedido de licença, seria esse incluído automaticamente em ordem do dia e assim permaneceria durante 15 sessões ordinárias consecutivas, tendo-se como concedida a licença se, nesse prazo, não ocorresse a deliberação.

A Emenda n. 1, de 17/10/1969, denominada corretamente pelo Min. CELSO DE MELLO como a *Carta envergonhada*, e, posteriormente, a Emenda n. 11, de 13/10/1978, à Constituição Federal de 1967 alteraram a regulamentação das imunidades parlamentares, prevendo, em regra, que os deputados e senadores eram invioláveis no exercício do mandato, por suas opiniões, palavras e votos, porém, excepcionalmente, poderiam ser responsabilizados, no caso de crime contra a Segurança Nacional.

Também era prevista a impossibilidade **(I)** de prisão do parlamentar, desde a expedição do diploma até a inauguração da legislatura seguinte, salvo no caso de flagrante de crime inafiançável, e **(II)** de que fossem processados, criminalmente, sem prévia licença de sua Câmara, e que, se a Câmara respectiva não se pronunciasse sobre o pedido, dentro de 40 dias a contar de seu recebimento, se teria como concedida a licença. No caso de flagrante de crime inafiançável, os autos deveriam ser remetidos,

dentro de 48 horas, à Câmara respectiva, para que resolvesse sobre a prisão e autorizasse, ou não, a formação de culpa.

A constituição anterior, porém, *excetuava das imunidades os crimes contra a Segurança Nacional*, para os quais o processo independia de licença da respectiva Câmara, podendo o Procurador-Geral da República, recebida a denúncia e analisando a gravidade do delito, requerer a suspensão do exercício do mandato parlamentar, até a decisão final de sua representação pelo SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (EC n. 1, de 17/10/1969).

A redação original da Constituição Federal de 1988 previa as imunidades material e formal no art. 53, § 1º, § 2º e § 3º, determinando que os deputados e senadores eram invioláveis por suas opiniões, palavras e votos, bem como, desde a expedição do diploma, não poderiam ser presos, salvo em flagrante de crime inafiançável, nem processados criminalmente, sem prévia licença de sua Casa. Ainda, disciplinava que, no caso de flagrante de crime inafiançável, os autos seriam remetidos, dentro de vinte e quatro horas, à Casa respectiva, para que, pelo voto secreto da maioria de seus membros, resolvesse sobre a prisão e autorizasse, ou não, a formação de culpa.

Essa opção consciente do legislador constituinte originário na definição dessa imunidade formal em relação à prisão dos membros do Congresso Nacional poderia ter sido rediscutida na Revisão Constitucional de 1993/1994, mas, em que pese a apresentação de 143 propostas revisionais em relação ao art. 53, que prevê o conjunto de garantias e prerrogativas parlamentares, entre elas a relativa à prisão de parlamentares, como destacado pelo então relator da Revisão Constitucional e, posteriormente, Ministro desta CASA, NELSON JOBIM:

"a grande maioria das propostas revisionais, referentes ao art. 53, tem como escopo manter o instituto da imunidade parlamentar no tocante às inviolabilidades (imunidade material), fixando no próprio texto constitucional seu alcance também para a área civil. As várias alterações propostas foram no sentido de substituição da então necessária 'licença prévia' para iniciar os processos contra parlamentares pela possibilidade posterior de sustação da ação penal por maioria absoluta da Casa respectiva" (CONGRESSO REVISOR – Relatoria da Revisão Constitucional. Pareceres produzidos. Histórico. Tomo I, Brasília, 1994).

O Parecer 12 foi apresentado pelo Relator em 17/1/1994, porém não

foi apreciado e o texto do art. 53 foi mantido integralmente.

Em 2001, as garantias dos congressistas foram rediscutidas pelo Congresso Nacional, resultando na aprovação da EC n. 35, de 20/12/2001, que alterou substancialmente a redação do art. 53, acrescentou expressamente a "inviolabilidade civil e penal" para a imunidade material e substituiu a imunidade processual em relação ao processo, nos termos anteriormente sugeridos pela Revisão Constitucional, ou seja, revogando a necessidade de licença prévia para o processo de parlamentares e possibilitando, somente para os crimes praticados após a diplomação, a sustação da ação penal por maioria absoluta dos membros da casa, desde que devidamente provocada por iniciativa de partido político nela representada. Não houve alteração em relação à imunidade formal quanto à prisão dos congressistas.

No Brasil, a análise histórica demonstra que somente em momentos de exceção, com o afastamento da plena Democracia, as imunidades parlamentares foram cerceadas pelas Cartas de 1937 e 1969 (EC n. 01).

Esta SUPREMA CORTE, da mesma forma, de longa data tem se defrontado com a apreciação de embates jurídicos em torno da aplicação do instituto sob análise. Nesse sentido, em julgamento histórico, no ano de 1914, em *habeas corpus* impetrado por RUY BARBOSA, em causa própria e em defesa da imunidade material dos parlamentares, mesmo no Estado de Sítio, o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL reafirmou a importância da referida prerrogativa, então sob ataque do Poder Executivo, e a necessidade de sua manutenção para o "*equilíbrio do regimen político da federação brasileira*" (HC 3.536/RJ, Rel. Min. OLIVEIRA RIBEIRO, Tribunal Pleno, julgado em 5/6/1914).

Já sob a égide da Carta de 1946, o Min. SAMPAIO COSTA, convocado para relatar o HC 34.467/DF, em acórdão de 1956, advertiu que:

(...) a verdade é que as imunidades parlamentares assentam em razões de ordem pública e política, no interesse geral da coletividade. Não são um privilégio pessoal do deputado ou do senador. Tampouco um direito subjetivo, ou mesmo uma garantia individual. São atributos inerentes a função do cargo legislativo (...). (HC 34.467/SE, Rel. Min. SAMPAIO COSTA, convocado, Plenário, j. em 24/9/1956, DJ de 17/1/1957).

O debate, longe de despertar interesse meramente histórico-literário, permanece atual nesta CORTE, que tem sido constantemente provocada a se manifestar sobre os limites da imunidade material dos parlamentares hospedada no art. 53, *caput*, da Carta da República; especialmente, sobre o caráter absoluto ou relativo das imunidades parlamentares materiais. Cada vez mais, na Turma, cada um de nós tem casos relacionados a parlamentares, o que nos traz a importante questão sobre qual é a natureza jurídico-política das inviolabilidades e a análise evolutiva dessa natureza jurídica que foi se alterando, e sua aplicabilidade, ao longo das nossas Constituições, consolidada na Constituição de 1988.

É essencial, na presente hipótese, analisar a conciliação realizada pelo texto de nossa Constituição em relação a duas grandes teorias sobre inviolabilidades parlamentares: a *Blackstoniana* e a de STUART MILL.

Em um excelente estudo monográfico sobre as imunidades parlamentares, o professor JOSÉ LEVI MELLO DO AMARAL JÚNIOR discorre sobre ambas as teorias e como balizaram as previsões de imunidades em diversos ordenamentos jurídicos (*Inviolabilidade parlamentar*. São Paulo: FDUSP, 2018, p. 23-43).

Em meu entendimento, a Constituição de 1988 fez uma síntese dessas teorias, aplicando uma ou outra, dependendo da hipótese de incidência.

A primeira – *Blackstoniana* – foi inicial e surgiu com a previsão do art. 9º, do *Bill of Rights*, de 1689: "*a liberdade de discurso e debates de procedimentos no Parlamento não deve ser contestada ou questionada em qualquer Corte ou lugar fora do Parlamento.*" Analisando essa disciplina legal, o art. 9º, do *Bill of Rights*, WILLIAM BLACKSTONE afirmava – e a partir daí se construiu toda uma teoria sobre as inviolabilidades – que não competia aos juízes determinar qual a amplitude dessa previsão, não competia ao Judiciário estabelecer a definição dessa inviolabilidade, a limitação, ou seja, estabelecer os próprios limites a essa inviolabilidade. Essa competência seria do próprio Parlamento, porque a verdadeira razão dessas inviolabilidades era impedir a ingerência dos demais Poderes e dos demais órgãos na atividade parlamentar. Na feliz expressão de BLACKSTONE, garantir ao Parlamento, enquanto elemento democrático da Constituição, a necessária proteção; proteção de manifestação, proteção de palavra, proteção de conduta parlamentar.

Essa concepção *Blackstoniana* estava intimamente ligada a uma cláusula espacial, ou uma cláusula geográfica, ou seja, a proteção de atuação dentro do Parlamento. E, dentro do Parlamento, seria absoluta a

inviolabilidade das palavras, dos votos, das opiniões, obviamente, proferidos enquanto discussão parlamentar.

O SUPREMO TRIBUNAL possui sólido entendimento, múltiplas vezes reiterado, no sentido de que tal prerrogativa é absoluta quanto aos pronunciamentos efetuados no ambiente da respectiva Casa Legislativa (Pet 6.156/DF, Rel. Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, DJe de 28/9/2016; Inq 3.814/DF, Rel. Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, DJe de 20/10/2014; RE 299.109 AgR/RJ, Rel. Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, DJe de 1º/6/2011; RE 576.074 AgR/RJ, Rel. Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, DJe de 25/5/2011; Inq 1.958/AC, Rel. Min. CARLOS VELLOSO, Rel. p/ o acórdão Min. CARLOS BRITTO, Plenário, DJe de 18/2/2006).

Nessas hipóteses, a presença da "*cláusula espacial*" ou "*cláusula geográfica*" consagraria uma inviolabilidade absoluta.

Em seu voto, no Inquérito 3.814/DF, a eminente Relatora, Min. ROSA WEBER, afastou a necessidade de análise do nexos de causalidade, afirmando que: "*quando a ofensa é irrogada no recinto da Casa Legislativa esta Suprema Corte tem entendido ser absoluta a inviolabilidade*".

Com isso não se está a legitimar a ideia de uma total irresponsabilidade do mandatário popular, quando confrontado, na dialética política própria dos parlamentos, com o teor de suas manifestações.

O congressista está sujeito à censura política de seus pares e pode ser responsabilizado por eventuais excessos pela Casa Legislativa que o abriga, em consonância com o disposto no art. 55, § 1º, da Constituição Federal (Pet 6.587/DF, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, DJe de 18/8/2017; Pet 6.156/DF, Rel. Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, DJ de 28/9/2016; Pet 5.647/DF, Rel. Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, DJe de 26/11/2015; RE 600.063/SP, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, Redator p/ o acórdão Min. ROBERTO BARROSO, Plenário, DJe de 15/5/2015).

Por outro lado, em outras hipóteses, nosso Direito Constitucional também admite a teoria iniciada com STUART MILL, em relação às palavras, opiniões e expressões manifestadas fora do Parlamento, ou seja, quando ausente a "*cláusula espacial*".

Nessas hipóteses, é necessária, para a constatação da inviolabilidade, a presença de determinados requisitos, principalmente, o nexos causal entre o que foi dito, expressado ou criticado e o exercício do mandato, ou ainda, derivado da própria condição de parlamentar, principalmente, há a necessidade de análise se a manifestação guardou relação com as

funções parlamentares ligadas à crítica política, prestação de contas ou informação do cidadão.

STUART MILL difere de BLACKSTONE exatamente porque entende que, independentemente do local onde estiver "*ausência da cláusula espacial*", incidirá a imunidade se as manifestações parlamentares pretendem levar ao cidadão, suas posições em relação a questões importantes da vida nacional, da vida pública, da vida governamental, se houver essa intenção, incidirá a imunidade, independentemente do local onde as palavras e opiniões forem proferidas.

Há necessidade, portanto, da análise da existência de nexo das finalidades das palavras e opiniões proferidas pelo parlamentar e o exercício de seu mandato. Ou seja, ausente a "*cláusula espacial ou geográfica*", a imunidade se relativiza. Dessa maneira, quando a declaração for feita em espaço extraparlamentar, a cláusula imunizante só é atraída nos pronunciamentos externados *propter officium* (Inq 2.874 AgR/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Plenário, DJe de 01/02/2013).

Há vários precedentes desta CORTE adotando esse posicionamento, iniciado após longos debates no Inquérito 390/RO, de relatoria do Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, detalhados, no Inquérito 1.024/PR, de relatoria do Min. CELSO DE MELLO e, mais recentemente, expostos no RE 600.063/SP, de relatoria do Min. MARCO AURÉLIO, Redator p/ o acórdão Min. ROBERTO BARROSO, Plenário, DJe de 15/5/2015.

A interpretação realizada pelo SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, ao longo desses 32 anos da Constituição de 1988, compatibilizou as duas importantes teorias aplicadas no tema da inviolabilidade parlamentar, em defesa da importante questão da liberdade de expressão qualificada que têm os deputados e os senadores para se expressar em palavras e opiniões dentro ou fora do Congresso Nacional.

Em alguns casos, bastará a presença da "*cláusula geográfica*"; em outros, exige-se o que esta SUPREMA CORTE denominou de "*nexo de implicação recíproca*". E, nessa última hipótese, inclui a necessidade não só desse nexo, mas, nos termos expostos pela teoria de STUART MILL, a presença de determinada finalidade das manifestações parlamentares, qual seja, levar ao eleitor sua prestação de contas, suas críticas a políticas governamentais, sua atuação de fiscalização, informações sobre sua atitude perante o Governo.

Consoante já ressaltado, é fato incontroverso que as palavras, as opiniões, as expressões trazidas na queixa-crime foram proferidas fora do recinto parlamentar e sem a presença dos requisitos imprescindíveis para

caracterização da inviolabilidade constitucional: (a) "*nexo de implicação recíproca*" e (b) "*parâmetros ligados à própria finalidade da liberdade de expressão qualificada do parlamentar*". A conduta em análise não se enquadra entre as hipóteses atrativas da incidência da referida imunidade, pois extrapola o desempenho da função legislativa. Efetivamente, nem sequer há "*nexo de implicação recíproca*", uma vez que as opiniões e as palavras proferidas pelo parlamentar foram externadas em local diverso da sua Casa Legislativa.

Consta da queixa-crime que o querelado, no dia 1º/2/2023, publicou, através de sua conta pessoal na rede social *Instagram*, que sugere ter sido o querelante "comprado" com cargos de segundo escalão, e que voltou-se contra a democracia e ao país, em troca cargos, nos seguintes termos (eDoc. 1, fls. 7-8):

"(...) senadores foram ameaçados por ministros da Suprema Corte. Financiadores... financiadores de senadores foram ameaçados. Outros senadores foram comprados com cargos de segundo escalão. Outros foram pressionados pela imprensa (...) Senadores viraram as costas pra democracia e pro Brasil, pro retorno à normalidade, para a segurança jurídica em troca de cargos... não ser preso pagando pelos crimes que eles cometeram."

Prossegue o querelante, proferindo o seguinte (eDoc. 1, fls. 9):

"Uma pessoa me falou: "Gayer, não grava nada não porque podem cassar o seu mandato". Eu viro e falo: "mandato de que, meu amigo? Isso aqui é uma porra de um teatro". É uma merda de um grande teatro que a imprensa faz questão de pincelar pra você pensar que aqui as pessoas estão votando de acordo com o povo, que os senadores se preocupam com o seu eleitorado ou com seus compromissos de campanha. Nós não vamos esquecer. Em Goiás, Vanderlan Cardoso e Kajuru, dois vagabundos que viraram as costas pro povo em troca de comissão, não é não, Vanderlan? Eu tenho minhas convicções. Eu quero pegar a minha comissão, não é não, Vanderlan?"

De fato, as condutas praticadas constituem ofensas que exorbitam os limites da crítica política, uma vez que as publicações na conta pessoal do querelado no *Instagram* constituem abuso do direito à manifestação de

pensamento, em integral descompasso com suas funções e deveres parlamentares. O Deputado Federal querelado, nas publicações em referência, na plataforma *Instagram*, extrapolou da sua imunidade parlamentar para proferir declarações em descompasso com os princípios consagrados na Constituição Federal, cuja ilicitude deverá ser devidamente apreciada por esta SUPREMA CORTE.

A jurisprudência desta CORTE, portanto, é pacífica no sentido de que a garantia constitucional da imunidade parlamentar material somente incide no caso de as manifestações guardarem conexão com o desempenho da função legislativa ou que sejam proferidas em razão desta, não sendo possível utilizá-la como verdadeiro escudo protetivo da prática de atividades ilícitas, não incidindo, portanto, em relação às condutas típicas imputadas pelo querelante ao querelado GUSTAVO GAYER. Nesse sentido:

"a veiculação dolosa de vídeo com conteúdo fraudulento, para fins difamatórios, conferindo ampla divulgação (rede social) a conteúdo sabidamente falso, não encontra abrigo na nobre garantia constitucional da imunidade parlamentar, insculpida no artigo 53 da Lei Maior, e que protege a liberdade e independência dos eleitos para defender suas opiniões mediante suas palavras e votos"

"Não incidência da imunidade parlamentar prevista no caput do artigo 53 da Constituição Federal. A jurisprudência da CORTE é pacífica no sentido de que a garantia constitucional da imunidade parlamentar material somente incide no caso de as manifestações guardarem conexão com o desempenho da função legislativa ou que sejam proferidas em razão desta, não sendo possível utilizá-la como verdadeiro escudo protetivo para a prática de atividades ilícitas. Precedentes. Inexistência da inviolabilidade em relação às condutas típicas imputadas pela PGR ao denunciado" (Pet 9.456/DF, Rel. Min. ALEXANDRE DE MORAES, Primeira Turma, DJe de 21/6/2021).

IV – DISPOSITIVO

Diante do exposto, VOTO PELO RECEBIMENTO DA QUEIXA-CRIME oferecida contra GUSTAVO GAYER MACHADO DE ARAUJO em relação aos crimes previstos nos arts. 138, 139 e 140, combinados

com o art. 141, II, III, § 2º, do Código Penal.

É o VOTO.