

INTRODUÇÃO

“Você sabe com quem está falando?”. A expressão rotineiramente utilizada por funcionários públicos para hierarquizar relações é uma mazela comum no Brasil e está na contramão do Direito moderno. Por vezes, a prática da “carteirada” mancha a imagem do funcionalismo público brasileiro.

Essa hierarquização pode ser reforçada pela tipificação do crime de desacato, tipificado no artigo 331 do Código Penal, textualmente: “Art. 331. Desacatar funcionário público no exercício da função ou em razão dela: Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos ou multa”.

Importa frisar que desacato, segundo Rogério Greco (2013, p. 1014), “deve ser entendido no sentido de faltar com o devido respeito, afrontar, menosprezar, menoscar, desprezar, proganar”. Nas lições de Nelson Hungria (1959, p. 424):

A ofensa constitutiva do desacato é qualquer *palavra* ou *ato* que redunde em vexame, humilhação, desprestígio ou irreverência ao funcionário. É a grosseira falta de acatamento, podendo consistir em palavras injuriosas, difamatórias ou caluniosas, vias de fato, agressão física, ameaças, gestos obscenos, gritos agudos, etc. Uma expressão grosseira, ainda que não contumeliosa, proferida em altos brados ou de modo a provocar escândalo, bastará para que se identifique o desacato.

É sobre este tipo penal que este estudo de caso se debruça. Mais especificamente, sobre a (des)criminalização do delito em questão frente à interpretação das normas contidas no Pacto de São José da Costa Rica (Convenção Americana de Direitos Humanos), incorporado ao direito pátrio por meio do Decreto nº 678/1992.

Desta feita, apresenta-se um caso julgado pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), ao qual, em Recurso Especial, julgou descriminalizada a conduta de desacatar funcionário público. Ou seja, o presente artigo foi construído em estudo de caso, a fim de que se possa realizar a análise do julgado frente à legislação nacional e internacional, bem como em julgados diversos.

Ademais, o objetivo desta pesquisa é analisar os fundamentos daqueles que afirmam a necessidade de continuidade da criminalização da conduta contida no tipo penal do desacato ou de cancelar que houve *abolitio criminis* desde a edição do Decreto nº 678/1992, que trouxe ao ordenamento jurídico brasileiro o Pacto de São José da Costa Rica, discutindo-se

outras jurisprudências do Superior Tribunal de Justiça, bem como do Supremo Tribunal Federal.

A pesquisa, portanto, encontra relevância acadêmica na medida em que demonstra atualidade na discussão do crime de desacato, objeto, inclusive, de Ação de Decumprimento de Preceito Fundamental proposta pela Ordem dos Advogados do Brasil, conforme se retratará adiante.

DESACATO: CRIMINALIZAÇÃO E VIOLAÇÃO AO PACTO DE SÃO JOSÉ DA COSTA RICA

1.1 Apresentação do caso

O caso em análise versa sobre descriminalização do desacato. Trata-se do acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), no Recurso Especial nº 1.640.084-SP (2016/0032106-0), cujo voto do relator, Ministro Ribeiro Dantas, acatou o parecer da Subprocuradoria-Geral da República pelo provimento de parte do referido Recurso Especial no que concerne à impossibilidade de condenação pelo crime de desacato (art. 331 do Código Penal), a qual segue parte da emenda, cujo recorte é necessário para os fins deste estudo:

DESACATO. INCOMPATIBILIDADE DO TIPO PENAL COM A CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE.

4. O art. 2º, c/c o art. 29, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) prevê a adoção, pelos Estados Partes, de "medidas legislativas ou de outra natureza" visando à solução de antinomias normativas que possam suprimir ou limitar o efetivo exercício de direitos e liberdades fundamentais.

5. Na sessão de 4/2/2009, a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, ao julgar, pelo rito do art. 543-C do CPC/1973, o Recurso Especial 914.253/SP, de relatoria do Ministro LUIZ FUX, adotou o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário 466.343/SP, no sentido de que os tratados de direitos humanos, ratificados pelo país, têm força supralegal, "o que significa dizer que toda lei antagônica às normas emanadas de tratados internacionais sobre direitos humanos é destituída de validade."

6. Decidiu-se, no precedente repetitivo, que, "no plano material, as regras provindas da Convenção Americana de Direitos Humanos, em relação às normas internas, são ampliativas do exercício do direito fundamental à liberdade, razão pela qual paralisam a eficácia

normativa da regra interna em sentido contrário, haja vista que não se trata aqui de revogação, mas de invalidade."

7. A adequação das normas legais aos tratados e convenções internacionais adotados pelo Direito Pátrio configura controle de constitucionalidade, o qual, no caso concreto, por não se cuidar de convenção votada sob regime de emenda constitucional, não invade a seara do controle de constitucionalidade e pode ser feito de forma difusa, até mesmo em sede de recurso especial.

8. Nesse particular, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, quando do julgamento do caso *Almonacid Arellano y otros v. Chile*, passou a exigir que o Poder Judiciário de cada Estado Parte do Pacto de São José da Costa Rica exerça o controle de convencionalidade das normas jurídicas internas que aplica aos casos concretos.

9. Por conseguinte, a ausência de lei veiculadora de *abolitio criminis* não inibe a atuação do Poder Judiciário na verificação da inconformidade do art. 331 do Código Penal, que prevê a figura típica do desacato, com o art. 13 do Pacto de São José da Costa Rica, que estipula mecanismos de proteção à liberdade de pensamento e de expressão.

10. A Comissão Interamericana de Direitos Humanos - CIDH já se manifestou no sentido de que as leis de desacato se prestam ao abuso, como meio para silenciar ideias e opiniões consideradas incômodas pelo establishment, bem assim proporcionam maior nível de proteção aos agentes do Estado do que aos particulares, em contravenção aos princípios democrático e igualitário.

11. A adesão ao Pacto de São José significa a transposição, para a ordem jurídica interna, de critérios recíprocos de interpretação, sob pena de negação da universalidade dos valores insertos nos direitos fundamentais internacionalmente reconhecidos. Assim, o método hermenêutico mais adequado à concretização da liberdade de expressão reside no postulado *pro homine*, composto de dois princípios de proteção de direitos: a dignidade da pessoa humana e a prevalência dos direitos humanos.

12. A criminalização do desacato está na contramão do humanismo, porque ressalta a preponderância do Estado - personificado em seus agentes - sobre o indivíduo.

13. A existência de tal normativo em nosso ordenamento jurídico é anacrônica, pois traduz desigualdade entre funcionários e particulares, o que é inaceitável no Estado Democrático de Direito.

14. Punir o uso de linguagem e atitudes ofensivas contra agentes estatais é medida capaz de fazer com que as pessoas se abstenham de usufruir do direito à liberdade de expressão, por temor de sanções penais, sendo esta uma das razões pelas quais a CIDH estabeleceu a recomendação de que os países aderentes ao Pacto de São Paulo abolissem suas respectivas leis de desacato.

15. O afastamento da tipificação criminal do desacato não impede a responsabilidade ulterior, civil ou até mesmo de outra figura típica penal (calúnia, injúria, difamação etc.), pela ocorrência de abuso na expressão verbal ou gestual utilizada perante o funcionário público.

16. Recurso especial conhecido em parte, e nessa extensão, parcialmente provido para afastar a condenação do recorrente pelo crime de desacato (art. 331 do CP).

O Recurso Especial foi interposto contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que manteve a sentença condenatória pelos crimes de roubo (art. 157, *caput*, do CP), resistência (art. 329, *caput*, do CP) e desacato (art. 331 do CP), todos em concurso material, por haver a) subtraído para si, mediante grave ameaça exercida com emprego de um vergalhão de ferro, uma garrafa de conhaque; b) desacatado com gestos e palavras dois policiais militares, que estavam no exercício de suas funções públicas; e, c) se oposto à execução de ato legal, consistente em sua abordagem e detenção, mediante o emprego de grave ameaça e violência exercida contra os policiais, sendo estes funcionários públicos competentes para executá-lo, conforme se verifica no REsp nº 1.640.084-SP (p. 1).

1.2 Identificação das normas que regulamentam a matéria

Algumas normas regulam a matéria tratada. Inicialmente, necessário trazer à baila o dispositivo 331 do Código Penal, que tipifica a conduta de desacato, textualmente: “art. 331 - Desacatar funcionário público no exercício da função ou em razão dela: Pena - detenção, de seis meses a dois anos, ou multa”.

O crime em questão, segundo Cezar Roberto Bitencourt (2015, p. 215), tem como ação tipificada “desrespeitar, ofender, menosprezar funcionário público no exercício da função ou em razão dela”. De mais a mais, “significa menosprezo ao funcionário público e, por extensão, à própria função pública por ele exercida. Reclama, por isso, elemento subjetivo, voltado para a desconsideração, para a humilhação” (BITENCOURT, 2015, p. 215).

Além disso, é um crime formal, ou seja, “independe de o funcionário público sentir-se ofendido, bastando que a conduta seja capaz de causar dano à sua honra profissional” (JESUS, p. 1178). Observa-se que o dispositivo incriminador é originário da edição do Código Penal de 1940 (Decreto-Lei nº 2.848/1940).

Em contraponto, o Pacto de São José da Costa Rica (Convenção Americana de Direitos Humanos), em seu art. 13, protege a liberdade de expressão e pensamento, assim prevendo:

Artigo 13. Liberdade de pensamento e de expressão

1. Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito compreende a liberdade de buscar, receber e difundir informações e idéias de toda natureza, sem consideração de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro processo de sua escolha.

2. O exercício do direito previsto no inciso precedente não pode estar sujeito a censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente fixadas pela lei e ser necessárias para assegurar:

- a. o respeito aos direitos ou à reputação das demais pessoas; ou
- b. a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas.

3. Não se pode restringir o direito de expressão por vias ou meios indiretos, tais como o abuso de controles oficiais ou particulares de papel de imprensa, de freqüências radioelétricas ou de equipamentos e aparelhos usados na difusão de informação, nem por quaisquer outros meios destinados a obstar a comunicação e a circulação de idéias e opiniões.

4. A lei pode submeter os espetáculos públicos a censura prévia, com o objetivo exclusivo de regular o acesso a eles, para proteção moral da infância e da adolescência, sem prejuízo do disposto no inciso 2.

5. A lei deve proibir toda propaganda a favor da guerra, bem como toda apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitação à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência.

É de se ressaltar que o referido Pacto fora introduzido no ordenamento jurídico brasileiro por meio do Decreto 678 de 1992, que promulgou a Convenção Americana de Direitos Humanos. No Decreto retromencionado, fora determinado:

Art. 1º A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), celebrada em São José da Costa Rica, em 22 de novembro de 1969, apensa por cópia ao presente decreto, deverá ser cumprida tão inteiramente como nela se contém.

Outrossim, em seus artigos 2º e 29, expõe ser dever dos Estados-parte adotar quaisquer medidas legislativas ou de outra natureza que forem imprescindíveis para tornar efetivos os direitos e liberdades. Além disso, afiança como deve ser realizada a interpretação de normas do Pacto. Textualmente:

Artigo 2. Dever de adotar disposições de direito interno

Se o exercício dos direitos e liberdades mencionados no artigo 1 ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza, os Estados Partes comprometem-se a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, **as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades.** (negrito nosso)

Artigo 29. Normas de interpretação

Nenhuma disposição desta Convenção pode ser interpretada no sentido de:

- a. permitir a qualquer dos Estados Partes, grupo ou pessoa, suprimir o gozo e exercício dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção ou limitá-los em maior medida do que a nela prevista;
- b. limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos de acordo com as leis de qualquer dos Estados Partes ou de acordo com outra convenção em que seja parte um dos referidos Estados;
- c. excluir outros direitos e garantias que são inerentes ao ser humano ou que decorrem da forma democrática representativa de governo; e
- d. excluir ou limitar o efeito que possam produzir a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e outros atos internacionais da mesma natureza.

O caso controverso também está permeado de dispositivos constitucionais para discussão e formação de teses jurídicas em relação aos direitos fundamentais, além de balizarem a competência do Superior Tribunal de Justiça para o julgamento da matéria, em especial ao julgamento de normas internas que violem Tratados. São eles: arts. 5º, *caput* e incisos IV, IX e X, 105, III, a, da Constituição Federal de 1988, abaixo recortados:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;
IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;
X - 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;

1.3 Solução dada pelo Tribunal

Ao fim do julgamento, concluiu a 5ª Turma do STJ, por meio do voto condutor do relator, que o crime de desacato (art. 331 do Código Penal), não mais existe em nosso

ordenamento jurídico. É que a ‘Relatoria para a Liberdade de Expressão da Comissão Interamericana de Direitos Humanos’ firmou entendimento de que as normas de direito interno que tipificam o crime de desacato são incompatíveis com o artigo 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos.

De mais a mais, o voto do Min. Ribeiro Dantas do STJ no Recurso Especial já referido, expõe que “o art. 2º c/c art. 29 da Convenção Americana de Direitos Humanos prevê a adoção, pelos Estados Partes, de ‘medidas legislativas **ou de outra natureza**’, visando à solução de antinomias normativas que possam suprimir ou limitar o efetivo exercício de direitos e liberdades fundamentais”.

É de se atentar que o Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário nº 466.343/SP, de relatoria do Ministro Cezar Peluso, entendeu que os tratados de direitos humanos ratificados pelo país têm força supralegal, “o que significa dizer que **toda lei antagônica às normas emanadas de tratados internacionais sobre direitos humanos é destituída de validade**”. É, igualmente, o entendimento da Corte Especial do STJ, no que se refere à supralegalidade dos tratados de Direitos Humanos ratificados pelo Brasil, conforme se pode observar no REsp 914.253/SP (relator Ministro Luiz Fux).

A conclusão do STJ, dessa forma, foi clara e objetiva: se o art. 331 do Código Penal, lei infraconstitucional, viola o Decreto nº 678/1992, que promulgou a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), é, por conseguinte, destituído de validade, já que o Decreto mencionado tem caráter supralegal.

Desta feita, em controle de convencionalidade, destinado a compatibilização das normas internas com os Tratados e Convenções de Direitos Humanos, os juízes e Tribunais brasileiros podem (e devem) adaptar ou conformar os atos ou leis aos compromissos internacionais assumidos pelo Estado.

Na aferição de antinomias, embora não haja legislação que ordene o fenômeno da *abolitio criminis* neste caso, não há que se falar em impossibilidade do Poder Judiciário na verificação da atipicidade do fato, em conformidade com art. 13 do Pacto de São José da Costa Rica.

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) aprovou a Declaração de Princípios sobre Liberdade de Expressão que estatuiu:

11. Os funcionários públicos estão sujeitos a maior escrutínio da sociedade. **As leis que punem a expressão ofensiva contra funcionários públicos, geralmente conhecidas como “leis de desacato”, atentam contra a liberdade de expressão e o direito à informação.** (negrito nosso).

Frise-se, oportunamente, conforme o relator do REsp em estudo, Ministro Ribeiro Dantas, que “as recomendações da CIDH assumem força normativa interna”. Além disso, a continuidade de previsão do crime de desacato atenta contra a democracia, inibe a liberdade de expressão e faz nascer desigualdades ainda maiores nas relações entre os particulares e a Administração Pública, intimidando aqueles em repartições públicas.

Por fim, a 5ª Turma do STJ, de modo unânime, descriminalizou a conduta tipificada como crime de desacato a autoridade. Disse, em arremate, o relator: “a criminalização do desacato está na contramão do humanismo, porque ressalta a preponderância do Estado – personificado em seus agentes – sobre o indivíduo”.

1.4 Discussão da solução

1.4.1 Discussão da solução com base em decisões divergentes

O próprio Superior Tribunal de Justiça, por meio de sua 3ª Seção, abalizou diferentemente do que decidido pela sua 5ª Turma. Esta, suscitada em sede de *Habeas Corpus* a se manifestar sobre o mesmo tema, ou seja, a (des)criminalização da conduta de desacato, entendeu que o caso deveria ser afetado à Terceira Seção a fim de que a questão fosse submetida à uma pacificação definitiva.

Os Ministros da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça (STJ), no HC 379269/MS, decidiram, por maioria, que desacatar funcionário público no exercício da função ou em razão dela continua a ser crime, conforme previsto no artigo 331 do Código Penal.

De acordo com o Ministro Antonio Saldanha Palheiro, autor do voto vencedor, em primeiras linhas, é inequívoco que o Brasil é signatário da Convenção Americana de Direitos Humanos, cuja natureza jurídica no país é de norma supralegal, “o que, a rigor, produz efeito paralisante sobre as demais normas que compõem o ordenamento jurídico, à exceção da Magna Carta” (p. 6)

Ressalta o Ministro, seguindo na análise da Convenção, especificamente do seu artigo 41, que a Comissão Interamericana de Direitos Humanos não possui função jurisdicional, motivo pelo qual suas recomendações não possuem caráter decisório e, portanto, força vinculante.

A tipificação do desacato como crime é uma proteção adicional ao agente público contra possíveis “ofensas sem limites”. Para o magistrado, a figura penal do desacato não prejudica a liberdade de expressão, pois não impede o cidadão de se manifestar, “desde que o faça com civilidade e educação”.

No extenso e substancioso voto vencedor, o Ministro Palheiro destacou que a responsabilização penal por desacato existe para inibir excessos e constitui uma salvaguarda para os agentes públicos, expostos a todo tipo de ofensa no exercício de suas funções.

Em sua decisão, o Ministro enfatizou:

Nesse diapasão, frise-se que, sob o prisma de ambos instrumentos de interpretação, não se vislumbra qualquer transgressão do Direito à Liberdade de Expressão pelo teor do art. 331 do Código Penal, ante as singularidades que norteiam o caso em tela.

Note-se, portanto, que o citado dispositivo legal preenche de forma plena todos os requisitos exigidos para que se admita a restrição ao direito de liberdade de expressão, tendo em vista que, além de ser objeto de previsão legal com aceção precisa e clara, revela-se essencial, proporcional e idônea a resguardar a moral pública e, por conseguinte, a própria ordem pública.

Assim, concluiu que a tipificação penal do desacato não poderia ser afastada, inclusive pela natureza condicionada ou privada que é dada aos crimes contra a honra, em contrapartida aos crimes contra a administração pública, os quais possuem natureza incondicionada. Veja-se tal trecho do voto:

Noutro giro, demonstra-se frágil a proposta de tratamento igualitário e uniforme à tutela dos direitos da Administração contra o particular pautar-se pelos crimes de injúria e difamação (dos crimes contra a honra – Capítulo V, Código Penal), diante de eventual desonra dirigida ao servidor, pois exigiria desse, quando ofendido no exercício ou em decorrência da função pública (*propter officium*), a representação para postulação de seu direito, dado o caráter condicionado da ação penal pertinente (art. 145, *caput*, do CP), ou, ainda, caso não opte pela via do Juizado Especial Criminal, a

necessária contratação de advogado, no caso de inércia do *Parquet*, para que intentada a ação penal privada subsidiária da pública, bem como caso optasse pelo oferecimento de queixa-crime, passando ao largo, por ora, das controvérsias que circundam o verbete n. 714 da Súmula do STF, a respeito da legitimidade concorrente nela referida. A consequência desse desamparo normativo poderia culminar em desforço pessoal ou acomodação e, até mesmo, desídia do funcionário público no exercício de suas atribuições.

No mesmo julgamento, o Ministro Rogério Schietti Cruz, que acompanhou o voto vencedor, ponderou que a exclusão do desacato como tipo penal não traria benefício concreto para o julgamento dos casos de ofensas dirigidas a agentes públicos. O Ministro exprimiu que, com o fim do crime de desacato, as ofensas a agentes públicos passariam a ser tratadas pelos Tribunais como injúria, crime para o qual a lei já prevê um acréscimo de pena quando a vítima é servidor público.

Relembre-se, ademais, a posição do Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 1.127-8/DF, que pôs em discussão o art. 7º, §2º, do Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil¹, decidindo o Pretório Excelso, por maioria, que a expressão “e desacato” é inconstitucional.

Veja-se a ementa da ADI, proposta pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB):

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI 8.906, DE 4 DE JULHO DE 1994. ESTATUTO DA ADVOCACIA E A ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. DISPOSITIVOS IMPUGNADOS PELA AMB. PREJUDICADO O PEDIDO QUANTO À EXPRESSÃO "JUIZADOS ESPECIAIS", EM RAZÃO DA SUPERVENIÊNCIA DA LEI 9.099/1995. ACÇÃO DIRETA CONHECIDA EM PARTE E, NESSA PARTE, JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE. I - O advogado é indispensável à administração da Justiça. Sua presença, contudo, pode ser dispensada em certos atos jurisdicionais. II - A imunidade profissional é indispensável para que o advogado possa exercer condigna e amplamente seu múnus público. III - A inviolabilidade do escritório ou do local de trabalho é consectário da inviolabilidade assegurada ao advogado no exercício profissional. IV - A presença de representante da OAB em caso de prisão em flagrante de advogado constitui garantia da inviolabilidade da atuação profissional. A cominação de

¹ Art. 7º. §2º O advogado tem imunidade profissional, não constituindo injúria, difamação **ou desacato** puníveis qualquer manifestação de sua parte, no exercício de sua atividade, em juízo ou fora dele, sem prejuízo das sanções disciplinares perante a OAB, pelos excessos que cometer. (negrito nosso).

nulidade da prisão, caso não se faça a comunicação, configura sanção para tornar efetiva a norma. V - A prisão do advogado em sala de Estado Maior é garantia suficiente para que fique provisoriamente detido em condições compatíveis com o seu múnus público. VI - A administração de estabelecimentos prisionais e congêneres constitui uma prerrogativa indelegável do Estado. VII - A sustentação oral pelo advogado, após o voto do Relator, afronta o devido processo legal, além de poder causar tumulto processual, uma vez que o contraditório se estabelece entre as partes. **VIII - A imunidade profissional do advogado não compreende o desacato, pois conflita com a autoridade do magistrado na condução da atividade jurisdicional.** IX - O múnus constitucional exercido pelo advogado justifica a garantia de somente ser preso em flagrante e na hipótese de crime inafiançável. X - O controle das salas especiais para advogados é prerrogativa da Administração forense. XI - A incompatibilidade com o exercício da advocacia não alcança os juízes eleitorais e seus suplentes, em face da composição da Justiça eleitoral estabelecida na Constituição. XII - A requisição de cópias de peças e documentos a qualquer tribunal, magistrado, cartório ou órgão da Administração Pública direta, indireta ou fundacional pelos Presidentes do Conselho da OAB e das Subseções deve ser motivada, compatível com as finalidades da lei e precedida, ainda, do recolhimento dos respectivos custos, não sendo possível a requisição de documentos cobertos pelo sigilo. XIII - Ação direta de inconstitucionalidade julgada parcialmente procedente.

(STF - ADI: 1127 DF, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 17/05/2006, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-105 DIVULG 10-06-2010 PUBLIC 11-06-2010 EMENT VOL-02405-01 PP-00040) (negrito nosso).

Nesse sentido, a decisão do STF, naquela ocasião, era de que o delito em comento deveria subsistir, inclusive, quando da atuação do advogado em audiência ou nas atividades inerentes à profissão. Há, agora, a possibilidade da Corte Suprema se manifestar sobre a permanência do delito de desacato frente ao Pacto de São José da Costa Rica, em ação proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, a qual se comentará adiante.

1.4.1 Discussão da solução com base em revisão da literatura

Há diversos argumentos jurídicos a serem utilizados para a descriminalização do desacato: democracia, liberdade de expressão, humanismo, a contemporaneidade, as relações público-privadas, as recomendações e explanações da CIDH, o Decreto nº 678/1992 (Pacto de

São José da Costa Rica), a moralidade da administração pública, a subsidiariedade do Direito Penal, a razoabilidade, entre outros.

Praticamente todos estes argumentos foram utilizados no voto condutor do Ministro Ribeiro Dantas no Recurso Especial nº 1.640.084/SP, multicitado durante a exposição do caso. Ressalta-se, mais uma vez, que o tipo penal do desacato é vago e permite diversas interpretações, violando preceitos penais primários.

Assim, o crime de desacato, nos moldes em que é tipificado no Código Penal, se mostra impreciso. Assim, para que o princípio da legalidade, cláusula ordenadora da punibilidade do Estado, alcance efetividade, imperioso que o legislador tivesse sido mais específico na descrição da conduta (BITENCOURT, 2015, p. 51).

Segundo Claus Roxin (1997, p. 169)

uma lei indeterminada ou imprecisa e, por isso mesmo, pouco clara não pode proteger o cidadão da arbitrariedade, porque não implica uma autolimitação do *ius puniendi* estatal, ao qual se possa recorrer. Ademais, contraria o princípio da divisão dos poderes, porque permite ao juiz realizar a interpretação que quiser, invadindo, dessa forma, a esfera do legislativo.

Desta feita, a segurança jurídica daquele que responde por este determinado delito resta maculada. A interpretação, desde o relatório e indiciamento realizado pela autoridade policial e até a condenação em ação penal pública, é demasiadamente ampla, gerando ao indiciado/réu a dificuldade de defesa. Lembrando-se, além disso, que responder a um processo penal já se coaduna como pena, trazendo embaraços sociais e jurídicos ao réu.

Por meio da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 496, ajuizada no Supremo Tribunal Federal, cujo relator é o Min. Luís Roberto Barroso, ainda pendente de julgamento, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CFOAB) questiona a recepção do art. 331 do Código Penal pela Constituição Federal de 1988. A ADPF, que se encontra pendente de julgamento, merece pontuação, principalmente, por se opor ao exposto no voto do Ministro Palheira, quando da afirmação de que o tipo penal do desacato tem “previsão legal com aceção precisa e clara”.

Na exordial, distribuída ao Ministro Luís Roberto Barroso em 30 de outubro de 2010, além de pedir que o STF declare a não recepção do dispositivo pela CF/88, o CFOAB afirma: “a referida norma prevê a imposição da pena de detenção ou de multa em decorrência da

prática do crime de desacato. Contudo, o que se verifica é que o dispositivo legal não especifica a conduta de desatacar, trazendo uma normatização extremamente vaga”.

Expõe, outrossim, a possível violação ao princípio republicano (art. 1º, parágrafo único, da CF) com a manutenção do crime de desacato na ordem jurídica nacional. Isto porque, ao coibir a contestação dos cidadãos às atitudes dos agentes estatais, enfraquece a prerrogativa do cidadão de fiscalizar as atividades dos agentes públicos, ressalta a autora da ação.

Outros princípios fundamentais, na visão do CFOAB, são violados, tais como o da liberdade de expressão (art. 5º, inciso IX, e 220, da CF), da igualdade (art. 5º, caput, da CF) e do Estado Democrático de Direito (art. 1º da CF). Para isso, se utiliza a entidade de argumentação relativas a precedentes que reafirmam que a tipificação do delito de desacato é rechaçada internacionalmente.

Outrossim, há muito se fala em despenalização e, também, em descriminalização de determinadas condutas. Tem-se que o Direito Penal, enquanto *ultima ratio*, baseado no princípio da intervenção mínima, deve somente invocado quando houver esgotamento de todos os meios extrapenais de controle social e, no dizer de Cezar Roberto Bitencourt (2015, p. 54), “somente quando tais meios se mostrarem inadequados à tutela de determinado bem jurídico, em virtude da gravidade da agressão e da importância daquele para a convivência social, justificar-se-á a utilização daquele meio repressivo de controle social”.

Aquele que irresigna-se frente ao funcionalismo público não deve ser punido em tipo penal específico. “Uma das principais características do moderno Direito Penal é o seu caráter fragmentário, no sentido de que representa a *ultima ratio* do sistema para a proteção de

Há outras possibilidades de coibir eventuais abusos gestuais ou verbais cometidos contra funcionário público, inclusive indenizatórios, visto que, da forma como se apresenta hodiernamente, tal incriminação representa blindagem desnecessária e desproporcional ao agente público frente ao particular.

No processo em comento, até o presente momento, o Ministro relator entendeu relevante a discussão, asseverando, via descacho, que:

1. Trata-se de arguição de descumprimento de preceito fundamental, com pedido de cautelar, proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – CFOAB, tendo por objeto o art. 331 do Código Penal (Decreto-Lei nº 2.848/1940), que previu o crime de desacato a funcionário público. Confira-se o teor do

dispositivo: Art. 331 - Desacatar funcionário público no exercício da função ou em razão dela: Pena - detenção, de seis meses a dois anos, ou multa.

2. Alega a requerente que a norma viola os seguintes preceitos fundamentais: (i) a liberdade de expressão (art. 5º, IX, e art. 220, CF/88), porque as manifestações sobre agentes públicos são relevantes para o debate público, não devendo ser cerceadas; (ii) o princípio republicano, o Estado Democrático de Direito e o princípio da igualdade (art. 1º, caput e par. único, e art. 5º, CF/88), uma vez que a tipificação do crime de desacato subverte a titularidade do poder político, colocando o servidor público em condição de superioridade no que respeita ao cidadão comum, quando deveria lhe prestar contas; (iii) o princípio da legalidade (art. 5º, XXXIX, CF/88), já que se trata de tipo penal excessivamente aberto, que dificulta a diferenciação entre a mera reclamação ou crítica e o insulto violador da dignidade da função pública.

3. A requerente cita, ainda, entendimentos da Corte Interamericana de Direitos Humanos – CIDH, no sentido de que a tipificação do desacato violaria o sistema democrático, por impossibilitar o controle dos atos do poder público pela população. E afirma que há divergência jurisprudencial sobre a recepção do art. 331 do Código Penal pela Constituição de 1988.

4. Alega, por fim, que haveria urgência na concessão de liminar, tendo em vista a existência de considerável quantitativo de processos e investigações criminais instauradas para apurar condutas tipificadas como desacato.

5. Em face da relevância da matéria e de seu especial significado para a ordem social e a segurança jurídica, aplico o rito do art. 12 da Lei nº 9.868/99, por analogia. Neste sentido: ADPF 285, Rel. Min. Luís Roberto Barroso; ADPF 181, Rel. Min. Marco Aurélio.

Importa registrar, ademais, que o Projeto de Lei do Senado nº 236/2012, correspondente ao projeto do novo Código Penal, extirpa vez por todas o delito de desacato, o que demonstra avanço social. Há também o Projeto de Lei da Câmara nº 602/2015, de autoria do Deputado Jean Wyllis (PSOL-RJ), que busca a revogação do art. 331 do Código Penal.

Na justificativa do PSC nº 602/2015, afirma o deputado:

O abuso de autoridade, em especial, a prática da “carteirada”, é uma mazela comum no Brasil e merece atenção especial da lei. Uma das infelizes causas para tal prática é a existência de um tipo penal específico para o crime contra a honra praticado contra autoridade ou funcionário público, o desacato. A figura do desacato é, de certa forma, a legitimação jurídica da pergunta “Você sabe com quem está falando?” que, como diz o antropólogo Roberto DaMatta, “engendra um impasse pela introdução de uma relação [hierárquica] num contexto que teoricamente deveria ser resolvido pela aplicação individualizada e automática da lei”. Esse tipo penal não é comum em outros países de tradições jurídicas similares ao Brasil. Sua origem é um resquício da autoridade monárquica e da corte portuguesa no país e não nos parece conciliável com a prática democrática e com nossa Constituição Cidadã, muito menos com os mais relevantes tratados internacionais de direitos humanos (em especial, o artigo 19 da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948). De fato, o tipo penal do desacato foi questionado na Corte Interamericana de Direitos Humanos pela Defensoria Pública de São Paulo e, tendo em vista a gravidade de uma condenação em tal corte, parece-nos oportuno que o legislativo se adiante ao julgamento dessa representação.

CONCLUSÃO

Nessa vertente, o crime de desacato, que tem como bem jurídico a administração pública em geral, mostra-se desarrazoado em sua conformação típica. Certo é que a administração pública é bem jurídico relevante, mas, no caso do delito em questão, não se mostra hialino que a a conduta seja grave e perigosa o suficiente a ensejar sancionamento penal, tendo em vista o princípio da intervenção mínima e o conseqüente “caráter fragmentário” do Direito Penal.

O Poder Judiciário, de mais a mais, deve continuar a repudiar reações arbitrárias por vezes praticadas por funcionários públicos, inclusive como forma de autoproteção ilegal. Descriminalizar a conduta e, ainda, punir os agentes públicos infratores nos termos do crime de abuso de autoridade são medidas essenciais para que o prestígio da administração pública encontre novo caminho no Brasil.

Passa da hora de descriminalizar tal conduta, o que já foi realizado por países como Argentina, em 1993, Paraguai, em 1998, Costa Rica, em 2002, e Chile, Honduras e Panamá em 2005, via legislação ou decisões de Tribunais. Isto, porque o delito de desacato, na forma vaga expressa na lei substantiva penal, traz imunidade desproporcional aos funcionários públicos, hoje agarrados em plaquetas afixadas nos diversos setores públicos a fim de amendrontar aqueles que, sob qualquer aspecto, criticam ou insurgem-se contra atos por eles praticados.

Além disso, traz espécie de censura, o que não se coaduna com o estabelecido pela Carta da Cidadã de 1988, visto que inibe a crítica ao funcionário público, cujo efeito é silenciador, atentando contra a liberdade de expressão, que, se realizada de modo desproporcional, pode facilmente ser submetida ao crivo do Judiciário, seja pela condenação por um delito contra a honra do ofendido, seja pela obrigação de reparação de dano na esfera cível.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal 5 - parte especial: dos crimes contra a administração pública e dos crimes praticados por prefeitos*. 9ª ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. *DECRETO-LEI Nº 2.848, DE 7 DE DEZEMBRO DE 1940 - CÓDIGO PENAL*. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1941.

_____. *CÓDIGO PENAL*. Brasília: Senado Federal, 1988.

_____. *CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL*. Brasília: Senado Federal, 1988.

_____. *DECRETO N.º 678/92. PROMULGA A CONVENÇÃO INTERAMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS DE 22 DE NOVEMBRO DE 1969*. Brasília: Presidência da República, 1992.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Acórdão no Recurso Especial nº 1.640.084/SP*. Relator: DANTAS, Ribeiro. Publicado no DJe de 01-02-2017. Disponível em http://www.stj.jus.br/static_files/STJ/Midias/arquivos/Noticias/RECURSO%20ESPECIAL%20N%C2%BA%201640084.pdf. Acessado em 10-10-2017.

CAVALCANTE, Márcio A. L. *Vade Mecum de jurisprudência dizer o direito*. 2ª ed. rev. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2017.

GRECO, Rogério. *Código penal: comentado*. 7ª ed. Niterói/RJ: Impetus, 2013.

HUNGRIA, Nélon. *Comentários ao código penal*. Vol. IX. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959.

ROXIN, Claus. *Derecho Penal – Fundamentos*. La estructura de la teoría del delito. Trad. Diego-Manuel Luzón Pena, Miguél Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remensal. Madrid, Civitas, 1997. t. I.