

DA LIBERDADE DE PENSAR E SE MANIFESTAR E SEU CONTRAPONTO PELA CRIMINALIZAÇÃO DO DESACATO NO BRASIL: UMA ANÁLISE DA CONTITUCIONALIDADE E CONVENCIONALIDADE DO DELITO DE DESACATO NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO

Emanuelly Andrade¹

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo busca analisar a figura típica do desacato no ordenamento jurídico pátrio e suas controvérsias, em especial, busca explorar as razões ventiladas pelo Supremo Tribunal Federal para a manutenção do desacato enquanto conduta penalmente típica, ao teor do Julgamento do Habeas Corpus (HC) nº 141.949 - Distrito Federal (DF); analisando a compatibilidade do desacato com a Constituição da República e com o conjunto de tratados internacionais de direitos humanos, os quais o Brasil é signatário.

Sob a forma de estudo de caso, pretendemos fazer um breve resumo dos fatos relevantes ocorridos durante a instrução processual nos fólios processuais nº 3-46.2016.7.11.0211, que tramitaram na 2ª Auditoria da 11ª Circunscrição Judiciária Militar, e que deram ensejo à impropriação do HC 141.949- DF.

Posteriormente, passaremos a analisar as razões controvertidas da criminalização do desacato no Brasil, especialmente sob a ótica do direito à liberdade de expressão e do princípio da legalidade, bem como trataremos em apertada síntese a participação de alguns atores sociais neste processo interpretativo acerca da compatibilidade da criminalização do desacato com as disposições constitucionalmente estabelecidas e com o quanto estabelecido pelos Tratados de Direitos Humanos, incorporados ao Ordenamento Jurídico Brasileiro.

Para o desenvolvimento do presente trabalho será utilizado o método qualitativo, uma vez que para realização desta análise desenvolveu-se uma preocupação do objeto, qual seja, a

¹ Universidade Federal da Bahia – UFBA. Email: emanuellyandrade.adv@gmail.com

análise da convencionalidade e recepção ou não pela Constituição Federal do delito de desacato, não há, porém, qualquer preocupação com expressividades numéricas.

Por fim, serão realizadas pesquisas bibliográficas e documentais, que referenciem o objeto da análise. A pesquisa bibliográfica será desenvolvida a partir da análise de livros e artigos com pertinência temática. A análise documental será realizada por meio de pesquisa em escritos integrantes de processos que versam sobre o crime de desacato, serão apreciados ainda, os diplomas legais vigentes, a exemplo da Constituição de 1988, Código Penal de 1940 e o Código Penal Militar de 1969.

2 DAS BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O PROCESSO DE INSTRUÇÃO EM QUE SE DEU A ILEGALIDADE ARGUÍDA ATRAVES DO HC 141.949- DF.

Compulsando-se os autos do processo nº 3-46.2016.7.11.0211, que tramitaram na 2ª Auditoria da 11ª Circunscrição Judiciária Militar, depreende-se das peças informativas do inquérito, que em 21 de dezembro de 2015, nas dependências da 4ª seção do Batalhão da Guarda Presidência, um ex- sargento do Exército, ora civil, teria supostamente dito a um sargento “Não estou falando com você palhaço. ” Posteriormente o ofendido teria perguntado ao acusado “Como é que é?” E os dois teriam entrado em vias de fato.

Após a conclusão do inquérito, os autos foram remetidos ao Ministério Público Militar- MPM, tendo a promotora responsável pelo caso se manifestado no sentido de promover o arquivamento do procedimento por atipicidade da conduta.

O juízo da 2ª Auditoria da 11ª Circunscrição Judiciária Militar, não concordando com a promoção do arquivamento, encaminhou os autos para o Procurador Geral do Ministério Público Militar, que conclui pelo arquivamento parcial, em relação contravenção de vias de fato, oferecendo denuncia tão somente pela ofensa verbal (“palhaço”).

Em razão disto, o acusado foi denunciado como incurso no delito previsto no artigo 299 do Código Penal Militar, qual seja, desacato a funcionário público militar.

A denúncia recebida em 26 de abril de 2016.

Ao fim da instrução o MPM, órgão acusador, requereu a improcedência da denúncia considerando que não houve dolo do acusado em desacatar, ou seja, entendeu que conduta em testilha era atípica, uma vez que não há previsão legal de “desacato culposo”.

Em sentença, o Conselho Permanente de Justiça para o Exército, contrariando o quanto requerido pela Defesa e pelo Órgão acusador, condenou o acusado, a uma pena de 6 meses de detenção, como incurso no delito tipificado a teor do artigo 299 do Código Penal Militar.

A respeitável defesa do acusado, bem como o MPM, irresignados com o teor dos comandos sentenciais apelaram junto ao Superior Tribunal Militar. Contudo, os recursos foram julgados improcedentes.

Por fim, sob a alegação de inexistirem vias cabíveis para fazer cessar a ilegalidade, a defesa impetrou o Habeas Corpus, que fora tombado sob a numeração 141.949 do Distrito Federal, sob o fundamento de inconstitucionalidade e não convencionalidade do crime de desacato, o remédio constitucional foi impetrado buscando a nulidade da condenação imposta.

3 DA CONSTITUCIONALIDADE E CONVENCIONALIDADE DO CRIME DE DESACATO: UMA ANÁLISE CASUÍSTICA DA DECISÃO DO STF NO HC Nº 141.949 (DF)

Em 13 de março de 2018, fora analisada pela segunda turma do Supremo Tribunal Federal (STF), por meio do julgamento do Habeas Corpus (HC) nº 141.949 - Distrito Federal (DF), se o crime de desacato, previsto no artigo 299 do Código Penal Militar, seria compatível com a Constituição da República e com o conjunto de tratados internacionais de direitos humanos, os quais o Brasil é signatário.

O remédio constitucional versava sobre supostas ilegalidades ocorridas, nos autos nº 3-46.2016.7.11.0211, pelo Superior Tribunal Militar, conforme já explicado alhures.

A Procuradoria Geral da República, devidamente intimada para apresentar seu parecer, na pessoa de seu procurador, Dr. Edson Oliveira Almeida, manifestou-se pela denegação da ordem, sem prejuízo da concessão da ordem para a suspensão condicional do processo, sob o argumento central, de que o direito a liberdade de expressão, não é absoluto, e não mostra compatível com condutas que demonstrem desprezo e desrespeito ao funcionário público.

O Excelentíssimo Senhor Ministro Gilmar Mendes, na qualidade de relator do julgamento do HC nº 141949 - DF, sustentou que tanto o crime previsto no 299 do Código Penal Militar, quanto o crime previsto no artigo 331 do Código Penal, por guardarem similitude possuem como sujeito passivo o Estado, figurando o funcionário público civil e o militar apenas como sujeitos passivos secundários, considerou assim, que para a configuração do delito não é necessário que o agente público em sentido amplo se sinta desacatado, bastando tão somente a conduta insultuosa do sujeito ativo do tipo penal.

Nesta senda, o relator entendeu que a tutela penal dos delitos acima mencionados, tem por objetivo garantir o normal funcionamento do Estado, protegendo o prestígio do exercício da função pública.

Ao analisar a suscitada incompatibilidade do crime de desacato, seja em relação ao funcionário público civil ou militar, coma liberdade de expressão e do pensamento tutelados tanto pelo artigo 5º, incisos IV, VIII e IX e 220, além do artigo 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos, também chamada de Pacto de San José da Costa Rica, entendeu o ministro que o exercício do direito à liberdade de expressão não pode eliminar os demais direitos envolvidos, como a honra, a intimidade e a dignidade.

Sustentou ainda, neste diapasão, que o exercício abusivo das liberdades não se mostra compatível com o Estado democrático.

Ainda, tomando como parâmetro o Pacto de San José da Costa Rica, em exame do controle de convencionalidade do delito de desacato, o julgador entendeu que não há qualquer incompatibilidade entre o tratado internacional e a norma penal incriminadora doméstica, posto que a liberdade de expressão e pensamento consignada no diploma internacional, apesar de não se submeter à censura previa, se submete a responsabilidades ulteriores, na forma do art. 13, item 2, do Pacto de San José da Costa Rica.

Por fim, sob a ótica constitucional, o julgador asseverou que a norma penal que incrimina o desacato foi recepcionada por nossa Constituição Federal, uma vez que esta tutela a honra, a intimidade e a dignidade da pessoa humana sem qualquer distinção.

Em conclusão a seu voto, manifestou-se pela denegação da ordem.

O Ministro Dias Toffoli, acompanhou o voto do relator, se manifestado nos mesmos termos deste.

Em outro aspecto, o Senhor Ministro Edson Fachin, entendeu que a leitura da Constituição da República e os tratados de direitos humanos, os quais o Brasil faz parte, deveriam ser feitas em conjunto, sendo desnecessário falar em controle de convencionalidade, notadamente tendo em vista que o art. 5º, §2º da Constituição Federal se trata de cláusula constitucional de abertura que incorpora ao bloco de constitucionalidade os tratados de direitos humanos, os quais o Brasil é signatário.

Alertou ainda para o fato de que os órgãos do Sistema Interamericano, em diversas oportunidades, registraram que o delito de desacato é incompatível com a liberdade de expressão e pensamento previstas no artigo 13º do Pacto San Jose da Costa Rica, ressaltou que as manifestações dos órgãos do Sistema Americano não são meras recomendações, mas medidas de interpretação evolutiva.

Fundamentou ainda que as leis de desacato não mais subsistem na Argentina, Costa Rica, Chile, Honduras, Panamá, Guatemala, Nicarágua e Bolívia.

O Ministro vogal pontuou, ainda, que o STF de forma reiterada vem concedendo uma prioridade à liberdade de expressão em detrimento de outros direitos, tais como a honra e a imagem. Ressaltou ainda, que a Suprema Corte, em diversas oportunidades, sob o fundamento do princípio republicano repeliu qualquer privilégio conferido a um funcionário público em relação a qualquer indivíduo não investido em cargo público.

Por fim, entendeu que no caso em testilha, deveria ser concedida a ordem, com o reconhecimento da nulidade da condenação imposta pelo Superior Tribunal Militar.

Após o voto do Ministro Edson Fachin, foram realizadas algumas observações por parte do Relator, que ressaltou que o caso dos autos ocorreu em ambiente militar, estruturado no arcabouço da hierarquia, assim a ofensa dirigida a um sargento no âmbito do seu serviço, distorce o sistema, nada tendo a ver com a liberdade de expressão. Destacou ainda que “É preciso resgatar esses valores da autoridade - não tem nada de antirrepublicano aqui, o que se tem aqui é a ideia de Estado de Direito democrático: Respeitar a lei e respeitar a autoridade que a representa.”

O Ministro Ricardo Lewandowski, acompanhou o relator em seu voto.

Por fim, o Ministro Edson Fachin, esclareceu que o respeito à lei e a hierarquia não foram discutidos em seu voto. Pontuou acerca dos privilégios concedidos aos funcionários públicos pela criminalização do desacato, usando o exemplo de que uma mesma ofensa

direcionada a um médico, pode ter duas tipificações distintas, a depender do estabelecimento onde este médico está inserido e presta seus serviços, isto porque em um hospital público uma ofensa, como a do caso em análise, poderia representar para o particular a imputação pelo crime de desacato com pena mínima de 6 meses, e máxima de 2 anos, enquanto em um hospital privado, a mesma ofensa poderia representar o delito de injúria com pena máxima de 6 meses, o que escancara o privilégio do funcionário público e seu caráter inconstitucional.

Nesta esteira, a Segunda Turma do STF, por maioria denegou a ordem nos termos do voto do relator, Sr. Gilmar Mendes.

4. DO DELITO DE DESACATO NO JULGAMENTO DO RECURSO ESPECIAL Nº 1640084: UMA ANÁLISE PONTUAL ENÃO PREPODERANTE NA JURISPRUDÊNCIA DO STJ E QUE CONTRAPÕE O QUANTO DECIDIDO PELO STF NO JULGAMENTO DO HC 141949 – DF.

A 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, em 15/12/2016, por meio do julgamento do Recurso Especial nº 1640084, entendeu, que o crime de desacato não deveria mais subsistir no ordenamento jurídico pátrio, por sua total incompatibilidade com as regras oriundas da Convenção Americana de direitos humanos, posto a criminalização do desacato representa um risco para a concretização da liberdade de expressão e importa em desigualdade entre o funcionário público e o particular.

Na oportunidade fora destacado status ocupado pelos tratados internacionais de direitos humanos, isto porque, tais normas, quando ratificadas pelo Brasil, teriam força supralegal, e, portanto, seriam capazes de invalidar a norma interna violadora de suas regras.

Nada obstante, compete-nos destacar que o entendimento consignado através do julgamento do Recurso Especial nº 1640084, é minoritário na jurisprudência do STJ, inclusive a Quinta Turma reiteradas vezes, manifestou-se no sentido de que a figura típica do desacato permanece incólume no ordenamento jurídico Brasileiro, o que pode ser observado, de forma exemplificativa, pelos seguintes julgamentos: Habeas Corpus nº 379269 (Mato Grosso do Sul), julgado em 24/05/2017. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1677859 (Amazonas), julgado em 22/08/2017, e Agravo Regimental no Habeas Corpus nº 434163 (Santa Catarina), julgado em 05/06/2018.

Apesar de ser uma Decisão deveras controvertida, inclusive, pelo fato de que entendimento ali consignado não representa a posição majoritária e dominante do STJ, há que se reconhecer seu efeito paradigmático e que propicia o contraponto com o entendimento que hoje prevalece nos Tribunais Pátrios, ao passo que estabelece uma interpretação evolutiva e que se presta a garantir os direitos humanos protegidos pela nossa Constituição Federal e pelos Tratados de Direitos Humanos, os quais o Brasil faz parte.

5. DO CONTRAPONTO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO E PENSAMENTO PELA CRIMINALIZAÇÃO DO DESACATO

Após a redemocratização do país, com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil em 1988, foi positivado como direito fundamental, tendo inclusive o status de cláusula pétrea, o direito à manifestação do pensamento, a vedação à mitigação de direitos por crença religiosa ou convicção política ou filosófica, o direito à liberdade de expressão e de associação.

Posteriormente, o Estado Brasileiro em 25 de setembro de 1992 depositou sua carta de adesão a Convenção Americana de Direitos Humanos, também conhecida por Pacto de San José da Costa Rica, o texto desta foi, previamente aprovado pelo congresso nacional em 26 de maio de 1992.

Para CASTILHO (2012) o fato do Brasil não ratificar a Convenção supra em 1969, durante a Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, o fazendo apenas no ano de 1992, se deu devido ao regime de ditatorial experimentado pelo Brasil naquele período, que não admitia ingerência externa nos assuntos políticos.

Compete-nos destacar que com o advento da vigente Constituição Federal, todas as formas de discriminações negativas, perseguições político-ideológicas e penas cruéis foram erradicadas do território nacional, ao menos no campo do direito positivo, ou seja, os eventos históricos, tais como o regime ditatorial de 1964, e as violações de direitos neste período ocorridas, fizeram o Estado Brasileiro primar pelos Direitos Humanos e Fundamentais em seu arcabouço jurídico interno.

Neste diapasão, em 8 de dezembro de 2004, foi acrescentado ao artigo 5º da Constituição Federal o parágrafo terceiro, por meio da emenda constitucional nº 45, que estabelece que os

tratados e as convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados pelo Congresso Nacional serão equivalentes às emendas constitucionais.

Assim, em um aspeto mais prático, resta indiscutível que toda matéria referente a direitos humanos consignada a teor Convenção Americana de Direitos Humanos, assim com os demais tratados que versem sobre tal temática, serão incorporadas ao ordenamento pátrio com status constitucional, sendo dotado da mesma hierarquia das emendas advindas do poder constituinte derivado, existindo assim, obrigatoriedade no respeito à norma, ou seja, o direito ali consignado é norma cogente e não mera recomendação de aplicação facultativa ou discricionária.

Neste sentido:

Com seus 82 artigos, é a convenção para a proteção de direitos humanos mais abrangente e garante, entre outros, o direito à vida, à integridade social, à liberdade da pessoa, ao processo judicial justo, à privacidade, a um nome, à nacionalidade, à participação em tomada de decisão estatal, à igualdade e à proteção legal. Em adição, aboliu a escravidão e garantiu a liberdade de consciência, de religião, de pensamentos e de expressão, bem como a liberdade de associação, circulação e livre escolha de residência. Finalmente, codificou a não retroatividade de leis penais e sanções. **Os Estados-Partes da CADH são obrigados a seguir esses direitos e a garantir seu exercício livre e pleno. A convenção não aplica somente as obrigações negativas de não violar os direitos individuais aos países, mas os obriga, além disso, a tomar medidas positivas para garantir o pleno exercício de suas garantias.** (HEINTZE, 2010, p.73, Grifos Nossos).

Neste seguimento, ressalta-se que o artigo décimo terceiro do Pacto de San José da Costa Rica positiva o direito à liberdade de pensamento e expressão, vedando a prática de censura e possibilitando a responsabilidade ulterior caso o exercício deste direito, repercuta em desrespeito aos direitos ou à reputação das demais pessoas; ou ainda ofendam ou ameacem a segurança nacional, a ordem pública, ou a saúde ou moral pública.

Diante de tamanha preocupação com o respeito direito à liberdade de expressão, surgem discussões sobre a recepção do crime de desacato ou não pela nossa constituição de 1988, uma vez que conforme já discorrido, nosso ordenamento jurídico prestigia e prioriza a manifestação da liberdade de expressão e de pensamento, enquanto a incriminação do desacato pode

repercutir em mitigação e até mesmo censura a este direito, posto que pode possibilitar a criminalização de palavras, gestos e até mesmo o silêncio, dirigidos a um agente público, por particulares insatisfeitos e que queiram exprimir seus sentimentos e pensamentos em relação a administração pública.

Compete-nos, neste ponto, destacar que a Comissão de Direitos Humanos (CIDH), órgão do Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos, por meio de diversos de seus relatórios anuais, a exemplo daqueles expedidos nos anos de 1998, 2000 e 2002, já firmou o entendimento de que as leis de desacato são incompatíveis com o Pacto San Jose da Costa Rica, posto que propiciam o silenciamento de ideias e opiniões impopulares sobre o funcionamento das instituições democráticas.

Vejamos fragmentos do quanto consignado pela CIDH em seu relatório em 2002:

Nos Relatórios da Relatoria para a Liberdade de Expressão correspondentes aos anos 1998 e 2000, foi incluído o tema relacionado com as leis de desacato vigentes nos países do hemisfério. O Relator considera que é importante manter o acompanhamento do avanço das recomendações efetuadas em ambos relatórios, principalmente quanto à necessidade de derrogar esta normativa a efeitos de ajustar a legislação interna aos padrões consagrados pelo sistema interamericano quanto ao respeito ao exercício da liberdade de expressão. É intenção da Relatoria continuar este acompanhamento a cada dois anos, já que é um tempo prudente para permitir, aos distintos Estados membros, levar adiante os processos legislativos necessários para as derrogações ou adaptações legislativas recomendadas. Lamentavelmente, a Relatoria considera que não houve avanços significativos desde a publicação do último relatório sobre a questão: são muito poucos os países que derrogaram de sua legislação as leis de desacato, sem prejuízo de que existam algumas iniciativas em outros que se encontram em processo de fazê-lo.

Neste diapasão importa destacar que o desacato já fora extinto do ordenamento jurídico dos seguintes países: Argentina, Costa Rica, Chile, Honduras, Panamá, Guatemala, Nicarágua e Bolívia.

Seguindo a tendência de primar pelo direito fundamental à liberdade de expressão e de manifestação do pensamento, o Projeto de Lei do Senado (PLS) nº 236, de 2012, em atualmente

em tramitação no Senado Federal, de autoria do então Senador, Sr. José Sarney, que estabelece um novo Código Penal não prevê a conduta típica do desacato, ou seja, caso o projeto seja aprovado a nova lei promoverá o a *abolitio criminis* da conduta de desacato.

Por cautela, advertimos que o PLS nº 236, de 2012, apesar de não prever o desacato enquanto crime, estabelece causa de aumento para o crime de injúria quando cometido contra o funcionário público no exercício de sua função ou razão desta. Nada obstante, compete-nos aduzir que o projeto de Lei se propõe a criminalizar o abuso de autoridade, com título próprio em seu corpo, o que de certa forma mostra certa preocupação com a ausência de isonomia jurídica- penal na relação Particular X Funcionário público e Abuso de autoridade X Desacato. Contudo, apesar dos nossos votos de respeito, não vislumbramos acerto no projeto de Lei quando recrudescer a pena da injúria pelo fato puro e simples de ser o ofendido funcionário público injuriado em razão de sua função ou no exercício desta.

Noutra banda, observa-se que no Julgamento do HC nº 141949 – DF, o Ministro Gilmar Mendes, manifestou-se pela denegação da ordem sob o argumento central de que o exercício do direito à liberdade de expressão não pode eliminar os demais direitos envolvidos, como a honra, a intimidade e a dignidade. Contudo, o excelentíssimo Ministro deixou de considerar que a honra, a dignidade e a intimidade já encontram-se tutelados e protegidos pela vigente legislação, a exemplo dos delitos de injúria, difamação e calúnia, ou seja, o que se quer ressaltar, neste momento, é que a extinção do desacato representa tão somente a desconstituição de um Estado autoritário, intocável, incriticável e soberano; e a reconstituição deste Estado com o devido respeito aos Direitos Fundamentais Humanos.

Conforme bem observado pelo do Ministro Edson Fachin, o desacato repercute em um privilégio para administração pública, posto que um mesmo fato cometido contra uma mesma espécie de profissional pode ser tratada de forma diversa, exclusivamente pela vinculação ou não com a administração pública.

Adverte-se que a proposta de *abolitio criminis* do desacato não deve ser confundida com impunidade e direito de opressão, mas tão somente se presta a reduzir a severa e imotivada desigualdade entre o particular e a administração pública.

6. DAS CONTROVÉRSIAS DA CRIMINALIZAÇÃO DO DESACATO NO BRASIL

O crime de desacato encontra-se tipificado a teor do artigo 331 do Código Penal Brasileiro, situado no título dos crimes cometidos por particulares contra a administração pública em geral, que estabelece que aquele que desacatar o funcionário público no exercício de sua função ou em razão desta, poderá ser penalizado com detenção de seis meses a dois anos ou multa.

Nada obstante, o crime de desacato é igualmente previsto no Código Penal militar, enquanto crime contra a administração militar, nos mesmos termos do Código Penal, excepcionando-se apenas a qualidade de militar do funcionário público, além de impor subsidiariedade ao delito, posto que, o artigo 299 do Código Penal Militar, afasta a incidência de desacato na hipótese da situação fática constituir outro crime.

Verifica-se que o delito de desacato, possui a palavra “desacatar”, como único verbo nuclear do tipo penal. Ou seja, o Código Penal, seja ele militar ou não, não prevê com precisão quais as condutas que serão consideradas para a consumação do tipo penal, o que torna a definição típica vaga, elástica e imprecisa, o que confere, inclusive, livre e ampla discricionariedade ao aplicador e interprete da lei, colidindo assim, com o princípio da taxatividade corolário do princípio da legalidade.

Neste seguimento, muito se tem discutido no Brasil, sobretudo pelas instituições democráticas e responsáveis por buscar a tutela dos direitos fundamentais, sociais e difusos; se a criminalização do desacato foi recepcionada pela Constituição Federal e se coaduna com os tratados que versam sobre direitos humanos que o Brasil faz parte.

A Defensoria Pública do Estado de São Paulo, em 08 de Agosto de 2012, denunciou unto a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, a violação de Direitos Humanos praticada pelo Estado brasileiro ao condenar um metalúrgico por desacato por supostamente ter proferido para um policial militar as seguintes palavras: “policial sem-vergonha, corrupto, ladrão e vagabundo, não ficarei detido para sempre, você vai se ferrar vai morrer. ”

O pedido de suspensão de aplicabilidade do artigo 331 do Código Penal Brasileiro realizado pela defensoria fora subsidiado pela violação da incriminação do desacato aos artigos 7º e 13º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

Ocorre que, após quase de 3 anos de inércia da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, tendo em vista que não havia sido realizado sequer juízo de admissibilidade da denúncia, fora protocolado em março de 2015, novo de pedido de medida cautelar por violação aos artigos da convenção americana sobre direitos humanos.

A Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão, internamente, em 31 de maio de 2016, apresentou a Procuradoria Geral da República, proposta propositura de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) em face do art. 331 do CP, sob o fundamento de que a criminalização do desacato remonta um direito penal autoritário de supressão dos direitos fundamentais dos cidadãos, em especial à liberdade de expressão.

Por seu turno, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CFOAB), por meio da ADPF nº 496, busca o reconhecimento da não recepção do art. 331 do Código Penal pela Constituição Federal, com fundamento nos princípios constitucionais da liberdade de expressão, da legalidade, da igualdade, do Estado Democrático de Direito e pelo princípio republicano.

Nada obstante as considerações realizadas anteriormente, o fato é que se encontra sedimentado na jurisprudência pátria dos tribunais superiores, neste momento, que a figura do desacato ainda subsiste no direito penal interno, conforme demonstrar-se-á nos tópicos posteriores.

6.1 DA ATUAL TIPIFICAÇÃO DO DESACATO NO ORDENAMENTO JURIDICO PÁTRIO: UMA ANÁLISE A LUZ DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE.

A constituição Federal estabelece o princípio da legalidade ou reserva legal, por meio do inciso XXXIX do art. 5º, dispondo que: “Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.” O dispositivo supra é transcrito nas exatas mesmas palavras pelo Código Penal Brasileiro, isto a teor de seu artigo 1º.

Neste sentido, resta inequívoco o fato de que a lei deve ser a única fonte de incriminação de condutas. Assim, deve a lei incriminadora ser clara e precisa ao descrever a conduta, sob o risco de violar o princípio da reserva legal.

Para GRECCO (2017) o Estado de Direito criado com a função de evitar abusos e excessos do absolutismo pela vontade do soberano, impõe que todos os sujeitos sejam

subordinados aos comandos estabelecidos pela lei. Em matéria criminal a lei exige prévia definição da situação fática que enseja a penalização criminal, o que garante ao cidadão a segurança jurídica de não ser punido sem que exista previsão jurídica criando o tipo incriminador.

Para o autor citado, o princípio da legalidade possui 4 funções fundamentais, quais sejam: 1- Proibição da retroatividade da lei penal; 2- proibição da criação de crimes e penas pelos costumes; 3-proibição da criação de crimes ou agravamento de penas pela analogia e 4-a proibição de tipos penais vagos e indeterminados.

A derradeira função da legalidade estabelecida por GRECCO, estabelece que o agente deve ter conhecimento sobre quais condutas deve se abster de praticar, sob pena de incorrer em crime e se submeter as penalidades legais. Caso contrário a ação do agente ficaria exposta a uma decisão discricionária do interprete, podendo servir a interesses pessoais, políticos, partidários, entre outros.

Neste diapasão, em relação ao crime objeto da presente análise, o artigo 311 do vigente Código Penal Brasileiro tipifica o crime de desacato, nos seguintes termos: “Desacatar funcionário público no exercício da função ou em razão dela: Pena- detenção, de seis meses a dois anos, ou multa. ”.

O código Penal Militar, por sua vez, torna típica a figura do desacato a militar, ao teor do artigo 229, vejamos: “Desacatar militar no exercício de função de natureza militar ou em razão dela: Pena - detenção, de seis meses a dois anos, se o fato não constitui outro crime. ”

Observa-se que ambos os diplomas legais tornam típica a figura do desacato, porém o fazem de forma muito genérica sem definir ou exemplificar por meio de tipificação penal mista, com a enumeração de verbos nucleares constituintes do tipo penal.

Em outro aspecto, a doutrina tenta delimitar os verbos nucleares caracterizadores do tipo pena do desacato. CUNHA (2016, p.804), por sua vez, entende que o desacato pode ser caracterizado pelas seguintes condutas: “Achincalhar, menosprezar, humilhar, desprestigiar o servidor, seja por meio de gestos, palavras ou escritos. ”

CAPEZ (2012, p. 649), define o desacato como “Qualquer ato ou emprego de palavras que causem vexame, humilhação ao funcionário público. Assim, pode consistir o desacato no emprego de violência (lesões corporais ou vias de fato), na utilização de gestos ofensivos, no uso de expressões caluniosas, difamantes ou injuriosas.”

PRADO (2019), entende que o desacato possui grande similitude ao delito de injúria, diferenciando-se os delitos em relação ao sujeito passivo, nesta senda, define o desacato como a conduta do agente, seja por meio de palavras, agressões gestos, sons, ameaças e vias de fato; direcionadas a funcionário público com a intenção de ofendê-lo e humilha-lo, maculando o prestígio da função pública.

BITTENCOURT (2012, p.525) entende que ação de desacatar significa “Desrespeitar, ofender, menosprezar funcionário público no exercício da função ou em razão dela.”

Nessa senda, verifica-se que o desacato possui um conceito legal aberto capaz de subsumir uma quantidade indeterminável de condutas, inclusive, abarcando condutas já tipificadas no ordenamento jurídico, tais como, a injúria, difamação, lesões corporais, vias de fato, ato obsceno, entre outros.

Neste diapasão, verifica-se que os conceitos doutrinários são plurais entre si. Ou seja, cada interprete pode atribuir seu próprio conceito ao que é considerado desacato, o que representa uma ofensa ao princípio da legalidade, inclusive, porque dá ao interprete certa análise discricionária para a subsunção da conduta ao tipo penal que mais lhe convir ao momento. Por exemplo, uma mesma agressão a um funcionário público pode ser tipificada como lesão corporal leve (art. 129 do CP: Pena de três meses a um ano), ou desacato (art. 331 do CP: Pena de seis meses a dois anos ou multa), ou até mesmo sem ser tipificada por ambos se considerando a não absorção das condutas pelo tipo penal mais específico.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O desenvolvimento do presente trabalho proporcionou a análise dos pontos controversos da criminalização do desacato luz de um Direito Penal pautado nas diretrizes do Estado Democrático de Direito que prima pelo respeito aos Direitos Humanos.

Neste diapasão e diante de tudo o quanto exposto, entendemos que criminalização do desacato representa uma assimetria desrazoada entre o particular e a Administração pública, remontando um ordenamento jurídico absolutista não mais aplicável e compatível com os Direitos fundamentais positivados em nosso arcabouço legal, por meio da Constituição Federal e dos Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos, os quais o Brasil faz parte.

Ademais, ressalta-se inclusive que a figura típica do Desacato, nos termos dos artigos 331 e 299, do Código Penal e do Código Penal Militar, respectivamente; estabelecem conceitos abertos e imprecisos ao trazerem como único verbo constituinte do tipo penal a palavra “desacatar”, colidindo frontalmente com os princípios da legalidade ou reserva legal, ao passo que conferem ao interprete da norma, discricionariedade na subsunção da conduta ao tipo penal.

Contudo, asseveramos que o presente não se presta a sustentar qualquer insuscetibilidade às penas da lei por ato ilícito, de quem quer que seja, quando se prestar a ofender a honra, a dignidade e a integridade física do funcionário público. Assim, aquelas condutas dirigidas ao funcionário público quando constituírem infrações penais, devem assim se submeterem aos comandos da Lei Penal, entretanto, entendemos não ser compatível a tipificação do desacato enquanto crime que engloba diversas condutas já típicas com o recrudesimento de suas penas em relação a conduta tipificada diversa do desacato (ex: vias de fato e injúria), impondo privilégio e desigualdade imotivada do funcionário público (Administração Pública) em relação ao particular.

Reafirmamos que o funcionário público, assim como qualquer cidadão, deve ter resguardado seu direito à honra, a dignidade, à integridade física e psíquica. Contudo, entendendo que todas as condutas hoje entendidas, pela doutrina e jurisprudência, como configuradoras do desacato já estão previstas na vigente Legislação Penal, razão não há para a manutenção de um tipo penal mais gravoso e com conceituação ampla e imprecisa, por manifesta ofensa à legalidade, à proporcionalidade e à isonomia, falamos especialmente em isonomia, pois não existe razão idônea para tratamento desigual entre a administração pública na figura de seu funcionário em relação ao pretense ofensor.

Cumpramos ressaltar, por fim, que a confecção de qualquer Lei, penal ou não, deve respeitar as disposições constitucionais e os Tratados que versem sobre Direitos Humanos, sob pena de rompimento do Estado Democrático de Direito e a consequente submissão às arbitrariedades de um Poder Estatal absoluto e irrestrito.

Assim, diante de tudo quanto exposto entendemos que o delito de desacato não foi recepcionado pela Constituição Federal por ofensa à legalidade e à liberdade expressão. Outrossim, sustentamos que não se mostra compatível a figura do desacato com a liberdade de

expressão garantida pelo Pacto de San Jose da Costa Rica, posto que funciona como verdadeiro instrumento de silenciamento em face de eventuais insatisfações da coletividade em relação a administração pública.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**, parte especial: parte especial : Dos crimes contra a administração pública e dos crimes praticados por prefeitos ,6. ed.— São Paulo: Saraiva, 2012

BRASIL. Anteprojeto de Código Penal. **Projeto de Lei do Senado ° 236 de 2012**,. Brasília, DF: Senado, 2012. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=111516&tp=1>>. Acesso em: 17 ago. 2019.

BRASIL. **Constituição**. República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 21 de jul. 2019.

BRASIL. Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm>. Acesso em 21 de jul. 2019.

BRASIL. Decreto-lei 1.001, de 21 de Outubro de 1968. **Código Penal Militar**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del1001.htm>. Acesso em 21 de jul. 2019.

BRASIL. Decreto n. 678, de 6 de setembro de 1992. **Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm> Acesso em 21 de jul. 2019.

BRASIL. STF. Habeas Corpus n. 141.949. 23 abril 2018. Segunda Turma. Brasília.

BRASIL. STJ. Recurso Especial n. 141.949. 01 fevereiro de 2017. Quinta Turma. Brasília.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**, vol 3, parte especial, 10. ed. – São Paulo : Saraiva, 2012

CASTILHO, Ricardo. **Direitos humanos**. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012. — (Coleção sinopses jurídicas; v. 30)

Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **Relatório Especial**: Comissão Especial do Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana, 2002. Disponível em: <http://www.cidh.org/annualrep/2002port/vol.3m.htm>>. Acesso em 21 de jul. 2019.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal parte especial, 8ª rd**. Salvador: JusPodivm, 2016

Defensoria Pública do Estado de São Paulo. **Denúncia de violação dos artigos 7 (2) e 13 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. São Paulo, 8 ago. 2012b. Disponível em: <<http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/Repositorio/31/.pdf>>. Acesso em: 04 de ago 2019.

GRECCO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 19 ed. Vol.1. Rio de Janeiro: Impetus, 2017.

PRADO, Luiz Regis **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 17. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019.

RAMOS, André de Carvalho [et al.]. **Manual prático de direitos humanos internacionais**. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2010.

Submetido em 04.10.2021

Aceito em 15.10.2021