

ANÁLISE DA CONSTITUCIONALIDADE DO CRIME DE DESACATO

(CÓDIGO PENAL, ART. 331)

1. INTRODUÇÃO

Em 08 de agosto de 2016, a partir de provocações então endereçadas a esta unidade e de tendências jurisprudenciais que vinham sendo notadas, este Centro de Apoio Operacional elaborou a Deliberação nº 36/2016, por meio da qual procurou analisar os argumentos afetos à compatibilidade do crime de desacato no ordenamento jurídico brasileiro, concluindo-se, naquela ocasião, pela constitucionalidade do referido delito.

Diante do então concluído, em 15 de agosto de 2016, em atuação conjunta com a E. Corregedoria Geral do Ministério Público, foi expedido o Ofício Circular Conjunto nº 06/2016-CGMP/CAOPCrim, com o propósito de apresentar orientação e auxílio às atividades funcionais dos membros do Ministério Público do Estado do Paraná a respeito do tema.

Muito embora, naquela ocasião, o tema ainda pendesse de apreciação pelos Tribunais Superiores, pode ser notado que, em datas posteriores, a tese então sustentada pelo Estudo prevaleceria na jurisprudência pátria, ainda que com alguma divergência a seu respeito.

Neste particular, embora em 15 de dezembro de 2016, a Quinta Turma do STJ, ao julgar o REsp 1.640.084-SP, tivesse decidido que a tipificação do desacato seria incompatível com o artigo 13 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), em 24 de maio de 2017, a questão foi submetida à apreciação da Terceira Seção daquele Tribunal. E, nos autos do HC 379.269-MS, por maioria de votos, fixou-se que o crime de desacato seria compatível com a ordem jurídico-constitucional brasileira, subsistindo, ademais, a uma análise de convencionalidade.¹

¹ Uma vez definida a Tese pela Terceira Seção, notou-se que este posicionamento vem se mantendo em ambas as Turmas criminais do STJ, tal como se pode perceber, v.g. nos seguintes julgados: **(a)** AgRg no HC 399.666/SC, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 27/02/2018, DJe 07/03/2018; **(b)** HC 420.189/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 08/02/2018, DJe 16/02/2018; **(c)** AgRg no HC 413.949/SC, Rel. Ministro

É dentro deste cenário que, dada a persistência de provocações a respeito do tema, se edita novamente o presente estudo, agregando-lhe, sempre que pertinente, as considerações tecidas por ocasião dos julgamentos acima referidos para enriquecimento e atualização do material.

2. RELATÓRIO

Tal qual referido, a manifestação inicial sobre o tema foi lavrada por este Centro de Apoio nos autos de procedimento administrativo² instaurado nesta unidade a partir de *e-mail* da Corregedoria-Geral do Ministério Público do Estado do Paraná reencaminhando o Ofício nº 034/2016 originário da 9ª Promotoria de Justiça da Comarca de Ponta Grossa/PR.

Em suma, aquela Promotoria solicitava da CGMP/PR posicionamento acerca da constitucionalidade do tipo legal de crime disposto no artigo 331 do Código Penal (desacato).

De acordo com o expediente encaminhado, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul proferira julgados em que fora sustentada a tese de que o crime de desacato seria incompatível com o art. 5º, IV, da Constituição Federal. Arguia-se que o direito constitucional à liberdade de expressão estaria sendo aviltado pela norma penal infraconstitucional trazida pelo artigo 331 do Código Penal.

Mencionava-se, ainda, o argumento de que o artigo 331 do Código Penal tornara-se inaplicável após a incorporação do Pacto de *San Jose* da Costa Rica (Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969) pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Foi assim que, após recebida a solicitação de posicionamento pela Corregedoria-Geral, este Centro de Apoio Operacional foi instado a se pronunciar acerca da constitucionalidade do tipo penal citado, recebendo-o para manifestação em 22 de junho de 2016 e exarando posicionamento final em 08 de agosto de 2016.

FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 12/12/2017, DJe 19/12/2017; (d) AgRg no RHC 90.034/RS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 23/11/2017, DJe 01/12/2017.

2 PA nº MPPR-0046.16.050682-3.

3. FUNDAMENTAÇÃO

a) Sumário dos argumentos em favor da invalidade do artigo 331 do Código Penal.

São, basicamente, dois os argumentos usados para sustentar a invalidade da legislação infraconstitucional (artigo 331 do Código Penal), o primeiro de ordem constitucional e o segundo de ordem convencional.

Em relação ao primeiro, sustenta-se que o crime de desacato não teria sido recepcionado pela Constituição Federal de 1988. Isto porque, haveria, em tese, conflito entre a lei ordinária (artigo 331, do Código Penal) e a garantia fundamental de liberdade de expressão, do artigo 5º, inciso IV, da Constituição. Sob a premissa de que a própria Constituição não excepciona expressamente este direito individual, seria impossível à legislação ordinária fazê-lo.

Aqui, a Promotoria consultante fez referência à *representação pela propositura de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF)*³ apresentada pela Procuradora Federal dos Direitos Humanos, Deborah Duprat. Na peça, além de destacar a centralidade da liberdade de expressão como princípio em Estados democráticos, sustentou-se que o *crime de desacato está na contramão desse ideário, pois é fundamental em um regime democrático que os indivíduos possam escrutinar e criticar as ações e atitudes dos funcionários públicos no que diz respeito ao exercício das suas funções.*

Em relação ao segundo ponto, a discussão gira em torno da incompatibilidade do crime de desacato com o artigo 13 da *Convenção Americana de Direitos Humanos*, bem como com o item 11 da *Declaração de Princípios Sobre a Liberdade de Expressão*.

Assim, quer por se considerar o caráter supralegal da normativa internacional – conforme entendimento do E. Supremo Tribunal Federal no RE nº 349.703 – quer pela impossibilidade de um país invocar disposições do direito interno para descumprir normas previstas em tratados, a existência do tipo de

3 Disponível em: <<http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/temas-de-atuacao/direitos-humanos/internacionais/atuacao-do-mpf/representacao-proposicao-adpf-crime-desacato>>. Acesso em: 14. jul. 2016.

desacato estaria em dissonância também com os referidos diplomas legais internacionais.⁴

Em suma, são estes os dois fundamentos centrais utilizados não apenas nas decisões judiciais citadas pela Promotoria consultante, mas, também, de modo geral, por aqueles que argumentam ser inválido o artigo 331 do Código Penal.⁵

Não obstante, algumas outras considerações acerca destes argumentos merecem destacada atenção e levam à conclusão diversa, ou seja, de que a existência do tipo de desacato na legislação ordinária (penal) brasileira não conflita com a Constituição Federal de 1988, nem tampouco com Tratados internacionais dos quais o país é signatário.

b) O crime de desacato diante da Constituição de 1988.

i) O Direito Penal e sua missão de proteção dos bens jurídicos.

A análise da constitucionalidade do crime de desacato não pode prescindir de uma discussão acerca da existência e identificação de um bem jurídico eventualmente protegido pela norma penal, já que

[...] a missão do Direito Penal consiste na proteção de bens jurídicos fundamentais ao indivíduo e à comunidade. Incumbe-lhe, através de um conjunto de normas (incriminadoras, sancionatórias e de outra natureza) definir e punir as condutas ofensivas à vida, à liberdade, à segurança, ao patrimônio e outros bens declarados e protegidos pela Constituição e pelas leis.⁶

Neste viés e superando propostas de que caberia ao “*Direito Penal um papel central na garantia de um mínimo ético*”⁷, a proteção de bens jurídicos serve como filtro da norma penal, a qual, para cumprir seus propósitos de

4 **Convenção de Viena** – Art. 27 – Uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado. Esta regra não prejudica o artigo 46.

5 Dentre outras, vide os argumentos das seguintes fontes: autos nº 0067370-64.2012.8.24.0023, TJSC; <http://www4.tjrj.jus.br/consultaProcessoWebV2/consultaMov.do?v=2&numProcesso=2015.008.013042-4&accessolP=internet&tipoUsuario>; Recurso Crime nº 71005984794, Turma Recursal Criminal, Turmas Recursais, Relator: Luiz Antônio Alves Capra, Julgado em 04/07/2016.

6 DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal: parte geral*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 77.

7 BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes. *Introdução ao Direito Penal. Fundamentos para um Sistema Penal Democrático*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p.56.

validade e legitimidade, deve necessariamente refletir a sua proteção.⁸

E aqui surge uma primeira dificuldade, a qual consiste na árdua tarefa de identificar um ponto de referência conceitual dos bens jurídicos. Figueiredo Dias sugere que cabe a Constituição estabelecer este padrão de referência de valores, evitando, assim, a indevida inversão de configuração do bem jurídico a partir da norma jurídico-penal e não da norma constitucional.⁹

No entanto, a busca por um conceito jurídico-constitucional de bem jurídico pode levar a sua identificação com Direitos fundamentais individuais, cujo papel consiste eminentemente na limitação da intervenção do Estado frente aos cidadãos. Este espelhamento, neste sentido, figura como reducionista, já que os bens jurídicos possuem *“função muito mais ampla e complexa, pois implicam relações sociais concretas dos indivíduos a respeito de todos os possíveis sujeitos ou objetos que podem entrar nesta relação”*¹⁰, não se limitando, portanto, à figura do Estado.

Daí porque figura como mais prudente interpretar que a Constituição surja como uma espécie de filtro negativo, com dupla função: um bem jurídico que não figure na Constituição potencialmente não se encontrará no *“rol dos bens jurídicos essenciais ao desenvolvimento pessoal do indivíduo na sociedade e, como tal, estaria fora do âmbito de proteção de um Direito Penal de mínima intervenção”*¹¹; de toda forma, também deve-se compreender que a mera inclusão do bem jurídico neste rol não importará, necessariamente, na imprescindibilidade de sua proteção penal.

Neste contexto, surgem duas premissas fundamentais a serem enfrentadas em relação ao crime de desacato, ou seja, cabe indagar-se: i) se há um bem jurídico constitucional protegido pela norma do tipo legal de crime do artigo 331 do Código Penal?; e, em caso positivo, ii) indagar-se se este bem jurídico demanda a intervenção do Direito Penal para a sua proteção?

Somente após a investigação de ambos os questionamentos é

8 Idem.

9 Ibidem. p. 50.

10 Idem.

11 Idem.

que se poderá efetivamente enfrentar de modo adequado a seguinte etapa, com enfoque numa suposta violação ao direito fundamental do artigo 5º, inciso IV, da Carta Magna.

ii) A tutela penal dos bens jurídicos protegidos pela norma do artigo 331 do Código Penal.

O crime de desacato está localizado no Título XI, Capítulo II, do Código Penal brasileiro, intitulado *Dos crimes praticados por particular contra a administração em geral. In verbis:*

CAPÍTULO II

DOS CRIMES PRATICADOS POR PARTICULAR CONTRA A ADMINISTRAÇÃO EM GERAL

Desacato

Art. 331-Desacatar funcionário público no exercício da função ou em razão dela:

Pena – detenção, de seis meses a dois anos, ou multa.

Em relação ao bem jurídico supostamente protegido pela norma penal, a doutrina divide-se entre aqueles que defendem tratar-se de crime pluriofensivo, a tutelar não só a respeitabilidade da Administração Pública, como também a honra individual do agente atingido; e daqueles autores que sustentam que somente o prestígio da Administração Pública é que está protegido pela norma.

Entre os primeiros, destaque-se a opinião de BITENCOURT, para quem o desacato “*é considerado crime pluriofensivo, atingindo tanto a honra do funcionário, como o prestígio da Administração Pública.*”¹²

Na mesma linha de argumentação, PIERANGELI defende que “*trata-se de delito pluriofensivo, pois, enquanto atinge a Administração Pública, ofende também a honra do funcionário como pessoa.*”¹³

Para os adeptos desta linha, o bem jurídico constitucional honra está expressamente protegido como direito individual inviolável no artigo 5º,

¹² BITENCOURT, Cezar Roberto. *Código penal comentado*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 1447.

¹³ PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*. Vol. 2. Parte especial. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. p. 890.

inciso X, da Constituição Federal.¹⁴

Já no segundo grupo tem-se a posição de BUSATO, expondo que:

*Aquele que comete o desacato ataca não a honra individual ou subjetiva, mas **ofende a manifestação coletiva de organização social, enxovalhando concomitantemente a todos os que se veem representados pela figura do funcionário**[...]*

O bem jurídico afligido pela conduta é a dignidade, o prestígio, o decoro da função pública exercida pelo funcionário. Ele é a personificação da coletividade na prestação do serviço público, representando a todos[...]

Desse modo, não há falar de outro bem jurídico que não o prestígio da Administração Pública com referência à prestação do serviço público, personificada no agente público ofendido.¹⁵

Aos seguidores desta corrente, o prestígio da administração pública referente à prestação do serviço público é expressado como valor necessário ao concreto desenvolvimento da cidadania dos brasileiros em inúmeros dispositivos da Constituição Federal de 1988.

Tome-se como exemplo os princípios constitucionais da Administração Pública, inscritos no artigo 37, *caput*, da Carta Magna e a relação das sanções aos autores de atos de improbidade administrativa prevista no §4º do mesmo artigo. Tratam-se de normas que, embora de destacada importância, formam e integram um conjunto maior, formador de verdadeiro sistema jurídico que visa proteger e garantir aos cidadãos brasileiros a chamada probidade administrativa, impondo ao Estado o dever de criar condições objetivas de cumprimento de preceitos constitucionais como os citados.

Cuida-se de uma prestação estatal a que faz jus toda a coletividade, de acordo com abalizado entendimento doutrinário:

14 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: 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.

15 BUSATO, Paulo César. *Direito penal: parte especial 2*, v.3. São Paulo: Atlas, 2016. p. 610-611. Assim também para CARNEIRO Jr., Amílcar Araújo; *et al. Código penal comentado e sua interpretação pelos tribunais*. 2.ed. Campo Grande: Contemplar, 2015. p. 1274; DELMANTO, Celso; *et al. Código penal comentado*. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2016; QUEIROZ, Paulo (coord.). *Direito penal: parte especial*. 2. ed. ampl. e atual. Editora Jus Podivm, 2015. p. 1338.

[...] se realiza por meio de agentes ou representantes do Estado, que são funcionários públicos. O cumprimento desse dever é a realização de um interesse coletivo de todos e, portanto, deve ser respeitado como tal. O desacato ao agente público no exercício de sua função ou em razão dela equivale ao escárnio às necessidades da própria coletividade. O tipo de ação do art. 331 representa a dimensão coletiva do que pode ser o crime contra a honra individual. Aquele que comete o desacato ataca não a honra individual objetiva ou subjetiva, mas ofende a manifestação coletiva de organização social, enxovalhando concomitantemente a todos os que se veem representados pela figura do funcionário.¹⁶

O bem jurídico considerado é a dignidade, o prestígio, o respeito devido à função pública. É o Estado diretamente interessado em que aquele seja protegido e tutelado, por ser indispensável à atividade dinâmica da administração pública. Sem isso, não poderiam os agentes desta exercer de modo eficaz suas funções, por via das quais é atingida a finalidade superior, de caráter eminentemente social, que a administração pública busca e procura.¹⁷

O bem jurídico tutelado pelo crime de desacato é a respeitabilidade da Administração Pública. O propósito da tipificação da resistência é proporcionar o normal funcionamento da função administrativa estatal, reforçando o prestígio e autoridade de seus funcionários. Porém, a tutela, em primeiro lugar, não é dirigida para o funcionário ou autoridade em si, senão para a função pública que exerce em nome do Poder Público.

O funcionário é apenas um longa manus, um delegado, do Poder Público. Assim, o desacato, mais do que ação contrária ao funcionário público, é contrário à própria Administração Pública, que expressa sua vontade através da atividade funcional de seus órgãos e agentes. Tal comportamento, se não repudiado, promove o desprestígio e a desarticulação do poder estatal e, conseqüentemente, da ordem jurídica.¹⁸

Rogério GRECO destaca o vetor individual na observação dos princípios que regem a Administração Pública:

A Administração Pública, conforme preconiza o caput do art. 37 da Constituição Federal, deve obedecer a princípios que servirão de garantia não só a ela, mas a todos os cidadãos, a exemplo, dentre outros, dos princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, e da eficiência.¹⁹

Portanto, perfeitamente identificáveis bens jurídicos constitucionais protegidos pelo tipo penal do desacato, seja qual for a corrente

16 BUSATO, *Direito penal: parte especial* 2. p.610.

17 NORONHA, E. Magalhães de. *Direito penal*. Atualizada por Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha. V. 4. 24. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 317.

18 QUEIROZ, Paulo (coord.). Op. cit. p. 1338.

19 GRECO, Rogério. *Curso de direito penal: parte especial*. Vol. IV. 11. ed. Niterói: Impetus, 2015. p. 394.

doutrinária a qual se adira.

Num segundo momento percebe-se que a proteção deste ou destes bens jurídicos pelo Direito Penal é racionalmente justificável, já que esta é uma decisão de política criminal que, ao mesmo tempo que se submete ao filtro do intérprete, não escapa de um escrutínio que considere o sistema penal brasileiro como um todo.

Quanto à tutela da honra pelo Direito Penal basta que se foque a atenção aos tradicionais e de inquestionável constitucionalidade delitos do Título I, Capítulo V, do Código Penal: *Crimes Contra a Honra*. Na lição de BUSATO:

Remanesce um núcleo da questão da honra que é associado à dignidade humana, que faz com que se inclua a proteção à honra como elemento essencial ainda admitido em diplomas modernos, como a Constituição da República de 1988 e o Pacto de São José da Costa Rica. Nesse sentido, refere Vives Antón que “a dignidade da pessoa, como sujeito de direito, constitui a própria essência da honra e determina o seu conteúdo”. Assim, “os ataques à honra são ataques imediatos à dignidade da pessoa, em suas materializações mínimas, a autoestima e a fama.”²⁰

Do mesmo modo percebe-se, no que tange à tutela do regular funcionamento da Administração Pública, que a tipificação de um crime como o desacato não se encontra em desarmonia com outros tipos penais da legislação ordinária brasileira, como a usurpação de função pública (artigo 328, do CP); a resistência (artigo 329, do CP); a desobediência (artigo 330, do CP); o tráfico de influência (artigo 332, do CP); e a própria figura da corrupção ativa (artigo 333, do CP), quando criminaliza a mera conduta do particular que oferece ou promete vantagem indevida ao servidor público, sendo mero exaurimento do crime o seu efetivo pagamento.²¹

Refletindo sobre a crítica de BITENCOURT acerca da incriminação do desacato, BUSATO faz um preciso e necessário resgate histórico para justificar a sua tutela pelo Direito Penal nos dias atuais:

É bem verdade que a herança da formação de nosso serviço

²⁰ BUSATO, Paulo César. *Direito penal: parte especial 1*, v. 2. São Paulo, Atlas, 2014. p. 213-214.

²¹ A corrupção ativa é um crime de perigo, que protege a probidade administrativa. *Afeta-se o regular funcionamento da Administração, burlando a correta realização dos atos oficiais, que jamais devem privilegiar interesses privados.* Cf. BUSATO, Paulo César. *Direito penal: parte especial 2*, v.3. São Paulo: Atlas, 2016. p. 625.

público, na época do Brasil Imperial, fez que se formasse uma casta de funcionários públicos que adotam postura arrogante e superior, de modo geral. Isso se deve à associação entre a soberba e o cargo, sem ciência de que a primeira tem origem na ocupação dos cargos públicos pelos fidalgos que acompanharam a fuga de D. João à América. Findas as castas e o próprio Brasil Império, a herança que restou foi o funcionário público que não assume a postura do que realmente é: funcionário do público. É importante a todo funcionário público ter a noção exata de que seu patrão é o público e, portanto, a quem ele rende contas de sua atividade e deve satisfações é a coletividade. Todas as pessoas são patrões do funcionário público. Embora essa consciência ainda não seja disseminada, a má herança histórica não pode ser justificativa suficiente para não considerar grave o ato de enxovalhar o serviço público. Note-se que, na premissa que aqui se toma, a pessoa do funcionário simplesmente não é levada em conta. Apenas se considera o bem jurídico pertencente à coletividade, que é a regular e proba prestação dos serviços públicos. Portanto, conquanto se entenda a crítica, aqui não se lhe subscreve.²²

Há, portanto, coerente argumentação jurídica que sustenta a intervenção do Direito Penal para promover a tutela dos bens jurídicos constitucionais protegidos pela norma do tipo legal do crime de desacato. Resta investigar se esta específica intervenção interfere em outros direitos/valores constitucionais a ponto de invalidar *a priori* o artigo 331 do Código Penal.

iii) O desacato e o direito individual à livre manifestação do pensamento (artigo 5º, inciso IV, da Constituição Federal).

Superada a discussão supra, a celeuma passa a girar em torno da constitucionalidade do crime de desacato propriamente dita. Argumenta-se que a previsão manifesta do direito à liberdade de expressão na Constituição Federal impediria que a legislação infraconstitucional restringisse seu âmbito de aplicação para além das expressas limitações já operadas no texto constitucional:

APELAÇÃO CRIMINAL. DESACATO (ART. 331 DO CP). EXAME DE CONVENCIONALIDADE E DE CONSTITUCIONALIDADE. ATIPICIDADE DA CONDUTA. SENTENÇA ABSOLUTÓRIA MANTIDA POR FUNDAMENTO DIVERSO. Adesão do Brasil à Convenção Americana sobre Direitos Humanos que torna inafastável o exame de convencionalidade, como decorrência do dever geral de adaptação dos ordenamentos internos ao sistema interamericano de direitos humanos. Consequência de tal exame é o reconhecimento, com suporte nos artigos 13 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, e 11 da Declaração de Princípios sobre a Liberdade de Expressão é o reconhecimento da ausência de validade e eficácia do

22 BUSATO, Paulo César. *Direito penal: parte especial 2*, v.3. São Paulo: Atlas, 2016. p.611.

art. 331 do CP, por atentatório à liberdade de expressão. A liberdade de expressão, por consistir em garantia constitucional, somente pode encontrar restrição na própria Constituição e não na legislação infraconstitucional, por não prevista na Lei Maior tal possibilidade. A não ser que expressamente trouxesse tal previsão. Os únicos limites impostos pela Constituição à liberdade de expressão, além da vedação ao anonimato, correspondem ao direito de resposta (art. 5º, V), e ao direito de indenização por dano material ou moral à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas atingidas (art. 5º, X). Afora tais hipóteses, todas estabelecidas pela própria Constituição, não se legitima qualquer restrição à liberdade de expressão, de modo que o disposto no art. 331 do CP, que contempla o delito desacato, não foi recepcionado pela nova ordem constitucional. Assim, seja pelo controle de convencionalidade, seja pelo de constitucionalidade, se afigura como atípica a conduta. Atipicidade da conduta que decorre, ainda, na esteira de precedente da Turma Recursal Criminal, uma vez que as ofensas não foram preferidas na presença e diretamente ao funcionário público, mas pelo facebook, sem a identificação de qualquer policial militar RECURSO IMPROVIDO, POR MAIORIA.²³

Inicialmente, é preciso firmar e fundamentar importante posição contrária a este entendimento, que cuida de um argumento de fundo sobre o qual a alegação de inconstitucionalidade se alicerça.

A liberdade de expressão, assim como todos os outros direitos e garantias fundamentais consagrados pela Constituição, não encontra limitações *meramente formais*, nos termos do que defende a decisão destacada. Não se cuida, pois, de um direito absoluto.

Sobre não ser, a liberdade de expressão, um direito absoluto, valioso o ensino de Daniel SARMENTO:

A liberdade de expressão ocupa uma posição extremamente destacada no sistema constitucional brasileiro. O texto constitucional chegou a ser redundante ao consagrá-la: art. 5º, inciso IV – liberdade de manifestação do pensamento –; art. 5º, inciso X – liberdade de expressão de atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença –; art. 5º, inciso XIV – direito à informação e garantia do sigilo da fonte jornalística –; art. 220, caput – garantia da manifestação do pensamento, da criação, da expressão e informação, sob qualquer forma e veículo –; art. 220, § 1º – liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social –; art. 220, §

²³ Recurso Crime Nº 71005578216, Turma Recursal Criminal, Turmas Recursais, Relator: Luiz Antônio Alves Capra, Julgado em 23/05/2016. TJ-RS – RC: 71005578216 RS, Relator: Luiz Antônio Alves Capra, Data de Julgamento: 23/05/2016, Turma Recursal Criminal, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 09/06/2016 – grifo nosso.

2º – proibição de qualquer censura de natureza política, artística ou ideológica. Do ponto de vista histórico, não é difícil compreender as razões que levaram o constituinte a tamanha insistência: tratava-se de exorcizar os fantasmas do regime militar, que praticara aberta censura política e artística, e de assegurar as bases para a construção de uma sociedade mais livre e democrática.

Sem embargo, a liberdade de expressão não foi concebida na ordem constitucional de 1988 como um direito absoluto. O próprio texto constitucional consagrou direitos fundamentais que lhe impõem restrições e limites, como a indenização por dano moral ou à imagem (art. 5º, inciso V) e a inviolabilidade da intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas (art. 5º, X). **E há, ademais, outros bens e valores constitucionais com que a liberdade de expressão pode colidir em casos concretos, como o devido processo legal, a proteção à saúde e a própria igualdade. Nada no sistema constitucional brasileiro autoriza a conclusão de que a liberdade de expressão deva sempre prevalecer nestes conflitos.**²⁴ (grifo nosso)

No Direito comparado não é diferente. Na Constituição dos Estados Unidos da América a liberdade de expressão galgou espaço de inegável destaque no corpo do chamado *Bill of Rights*, com a imperativa ordem da Primeira Emenda de que *o Congresso não fará nenhuma lei que estabeleça uma religião oficial ou proíba o seu livre exercício; ou limite a liberdade de expressão ou da imprensa; ou os direitos das pessoas reunirem-se pacificamente e de peticionarem suas reclamações ao Governo.*²⁵

Mesmo tendo a jurisprudência da Suprema Corte daquele país consagrado um dos mais extensivos alcances ao direito individual à liberdade de expressão, foi sendo traçado ao longo dos anos um campo onde se admitem uma série de limitações e regulações do direito, ante a outros valores de assento constitucional. CHEMENRINSKY explica que:

Inevitavelmente, cabe aos Tribunais definir que espécie de liberdade de expressão é protegida pela Primeira Emenda e qual conteúdo pode ser validamente limitado pelo Estado. Apesar de a Primeira Emenda ter sido redigida indicando se tratar de um direito absoluto ao dizer que “o Congresso não fará nenhuma lei”, a Suprema Corte nunca endossou o entendimento de que a Primeira Emenda proíbe qualquer tipo de regulamentação do direito à liberdade de expressão pelo Estado. Hugo Black pode ser mencionado como um dos únicos juízes da história da Suprema Corte a sustentar a natureza absoluta

24 SARMENTO, Daniel. A liberdade de expressão e o problema do "Hate Speech". In: SARMENTO, Daniel. *Livres e iguais: estudos de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

25 Em inglês: *Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances.*

do direito. De fato a Suprema Corte já declarou expressamente que “rejeita a visão de que a liberdade de expressão e o direito de reunião, protegidos pela Primeira Emenda, são absolutos.”²⁶

Tal como exsurge das lições transcritas em relação ao Direito estadunidense, não existem direitos individuais absolutos no Brasil, de modo que mesmo as garantias fundamentais devem ser compreendidas à luz de uma leitura sistemática da Constituição.

Neste sentido, a própria Constituição brasileira impõe limitações expressas e implícitas a todos os direitos nela consagrados, a fim de que possam coexistir no âmbito do chamado sistema constitucional.

Para Alexandre de MORAES:

Os direitos humanos fundamentais, dentre eles os direitos e garantias individuais e coletivos consagrados no art. 5º da Constituição Federal, não podem ser utilizados como um ‘verdadeiro escudo protetivo’ da prática de atividades ilícitas, nem tampouco como argumento para afastamento ou diminuição da responsabilidade civil ou penal por atos criminosos, sob pena de total consagração ao desrespeito a um verdadeiro Estado de Direito.

Os direitos e garantias fundamentais consagrados pela Constituição Federal, portanto, não são ilimitados, uma vez que encontram seus limites nos demais direitos igualmente consagrados pela Carta Magna (Princípio ou convivência das liberdades públicas).²⁷

Logo, percebe-se que o equívoco da posição acerca da inconstitucionalidade material do crime de desacato reside na contenção do método empregado, pois este restringe as limitações ao direito fundamental àquelas expressamente previstas pelo texto da Constituição. Conseqüentemente, omite o que CANOTILHO denomina *limites imanentes*, nos quais não há uma norma (constitucional ou legal) de restrição, e, por isso, são justificados pela doutrina de outras duas formas:

²⁶ Em inglês: *Inevitably, the courts must decide what speech is protected by the First Amendment and what can be regulated by the government. Although the First Amendment is written in absolute language that Congress shall make “no law”, the Supreme Court never has accepted the view that the First Amendment prohibits all government regulation of expression. Justice Hugo Black took the absolutist view of the First Amendment, but he is virtually alone among Supreme Court Justices. Indeed, the Court expressly declared that it “rejected the view that freedom of speech and association, ... as protected by the First and Fourteenth Amendments, are absolutes. (Königsberg v. State Bar of Cal., 366 U.S. At 49). CHEMERINSKY, Erwin. Constitutional law, principles and policies. 4. ed. Wolters Kluwer.*

²⁷ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 62-63.

a) *A chamada cláusula da comunidade ou dos limites originários ou primitivos (Kruger).*

Os limites imanentes justificar-se-iam em virtude da existência de limites originários ou primitivos que se imporiam a todos os direitos: (i) limites construídos por direitos dos outros; (ii) limites imanentes da ordem social; (iii) limites eticamente imanentes. Haveria, pois, uma cláusula da comunidade nos termos da qual os direitos, liberdades e garantias estariam sempre limitados, desde que colocassem em perigo bens jurídicos necessários à existência da comunidade. (...)

b) *A teoria das limitações horizontais.*

Um pouco semelhante à teoria anterior é a chamada teoria dos limites horizontais (Isensee) assente numa concepção restritiva de Tatbestand. O exercício de direitos, liberdades e garantias, pressuporia logo uma reserva de amizade e de não prejudicialidade, não como restrição dos direitos mas como limite dos pressupostos jurídicos e fácticos desses mesmos direitos (exs. a liberdade de criação artística não se exerce sem observância dos limites de propriedade; a mesma liberdade de criação não pode ser exercida, por exemplo, no plano teatral, com um homicídio em pleno palco).²⁸

A limitação de direitos e garantias individuais em face de valores objetivos constitucionalmente assegurados foi recentemente apontada com singular riqueza de citações doutrinárias pela Ministra Maria Thereza de Assis Moura, em decisão da 6ª Turma do E. Superior Tribunal de Justiça:

É inegável, portanto, que os dados constantes nestes aparelhos estão resguardados pela cláusula geral de resguardo da intimidade, estatuída no artigo 5º, X, da Constituição. A proteção dos dados armazenados em aparelhos celulares, portanto, é ínsita ao direito fundamental à privacidade.

Tal cláusula, diferentemente daquela estatuída no inciso XII do mesmo artigo 5º, não prevê expressamente a possibilidade de restrição dos direitos fundamentais nela abarcados. Essa circunstância não autoriza que se argumente, no entanto, pela ilegitimidade de qualquer restrição. Afinal, como é cediço, “não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição” (STF, MS n. 23.452/RJ, Rel. Min. Celso de Mello, Pleno, DJe 12/05/2000).

À luz do postulado da unidade da Constituição, que estabelece que todas as normas constitucionais possuem a mesma dignidade e hierarquia, não há como se justificar a preponderância absoluta de alguns direitos, princípios ou

28 CANOTILHO, J.J. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. Edição. 5.ª Reimpressão, Almedina, 2008. p.619-620.

interesses sobre outros (GONZÁLEZ BEILFUSS, Markus, *El Principio de Proporcionalidad en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Navarra, Thomson-Arazandi, 2003, p. 94). Como expõe Canotilho, “a pretensão de validade absoluta de certos princípios com sacrifício de outros originaria a criação de princípios reciprocamente incompatíveis, com a conseqüente destruição da tendencial unidade axiológico-normativa da lei fundamental” (*Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7. ed. Coimbra, Almedina, 2003).

E, de fato, existe ao menos um relevante interesse constitucional a indicar a importância do acesso das autoridades de persecução penal aos dados armazenados em aparelhos celulares de pessoas presas em flagrante. Trata-se do direito à segurança pública, estatuído no artigo 144 da Constituição, norma que impõe ao Estado a obrigação de criar condições objetivas que possibilitem o efetivo acesso a tal serviço (RE 559.646-AgR, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 7-6-2011, Segunda Turma, DJE de 24-6-2011). Entre tais condições objetivas se insere, sem dúvida, a existência de mecanismos eficientes de investigação.

Havendo, pois, outro preceito constitucional que se coloca, ao menos parcialmente, em conflito com o direito à intimidade – no que se refere aos dados armazenados em aparelhos celulares –, deve ser levado a cabo um processo de ponderação, que tome em consideração os interesses em jogo.

Nesse processo de ponderação, não se deve atribuir primazia absoluta a um ou a outro princípio ou direito, mas deve haver um esforço para assegurar a aplicação das normas conflitantes, conquanto uma delas tenha de sofrer atenuação. Em tais casos, a restrição deve obedecer ao princípio da proporcionalidade (MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, *Curso de Direito Constitucional*, 9. ed., São Paulo, Saraiva, 2014. pp. 293-294). É preciso, pois, que a restrição ao direito fundamental se apresente como adequada, necessária e proporcional em sentido estrito (ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Trad. Ernesto Garzón Valdés, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, pp. 111-115).

O texto constitucional, ao abranger princípios e interesses conflitantes, reproduz as tensões existentes no seio da sociedade, cabendo ao legislador e ao intérprete encontrar o caminho de consenso através da aplicação do princípio da proporcionalidade.²⁹

Ou seja, não há um espaço de não limitação ou de limitações unicamente expressas em relação à liberdade de expressão. Tampouco há limitação infraconstitucional do direito individual pelo artigo 331 do Código Penal.

Antes, os limites à liberdade de expressão que viabilizam a existência do delito de desacato estão contidos em valores constitucionais que já foram identificados: a honra individual do servidor e o regular funcionamento da Administração Pública.

29 STJ – RHC: 51531 RO 2014/0232367-7, Relator: Ministro NEFI CORDEIRO, Data de Julgamento: 19/04/2016, T6 – SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 09/05/2016 – grifos nossos.

Acolhendo este argumento, o E. Superior Tribunal de Justiça entendeu que:

[...] a liberdade de expressão, assim como qualquer outro direito fundamental, não pode ser considerada um direito absoluto, a autorizar qualquer tipo de manifestação por parte dos indivíduos. Se a conduta incriminada consistir em desprezo, em falta ao respeito ou em ato de humilhação ao funcionário público, é de se reconhecer a ocorrência do crime de desacato, pois estas condutas abusam do direito à liberdade de expressão.³⁰

Ou seja, a solução passa necessariamente pelo que CANOTILHO chama de

jogo de argumento e contra-argumento, da ponderação de princípios jurídico-constitucionais pode chegar-se à necessidade de uma otimização racional, controlável, adequada e contextual, de várias constelações de princípios jurídico-constitucionais.³¹

Note-se que esta ponderação, prosseguindo nas lições do mestre português, não pode ser resolvida

através de critérios prévios, livres de qualquer ponderação, mas, ao invés, só pode construir-se como resultado de ponderação de princípios jurídico-constitucionais consagrados. Numa palavra: os chamados limites imanentes são o resultado de uma ponderação de princípios jurídico-constitucionais que leva à exclusão definitiva, um caso concreto, de uma proteção que, prima facie, cabia no âmbito de um direito, liberdade e garantia.³²

Nesta linha, assim como o direito à greve exclui a possibilidade da greve total e absoluta, visando, por exemplo, garantir o funcionamento de serviços estritamente indispensáveis à saúde da população, o direito à liberdade de expressão encontra limites tanto no direito constitucional à inviolabilidade da honra individual como na necessidade de se garantir mecanismos hábeis ao normal funcionamento da Administração Pública.

Esta é uma análise que somente pode ser feita à luz do caso concreto e não *a priori*, como nas decisões que reconheceram a inconstitucionalidade do tipo abstratamente.

De fato, há casos nos quais manifestações verbais em face de

30 STJ – Recurso Especial nº 1.571.612 – SC (2015/0305936-3), Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca – Data de publicação: 26/02/2016 – 5ª Turma Recursal.

31 CANOTILHO, Op. Cit. p.620.

32 Ibidem. p.621.

servidores públicos devem ser reconhecidas como configuradoras do crime de desacato, em abusivo exercício do direito à liberdade de expressão:

*APELAÇÃO CRIMINAL. O APELANTE FOI DENUNCIADO PELA VIOLAÇÃO DA NORMA PENAL INCRIMINADORA PREVISTA NO ART. 331 DO CÓDIGO PENAL, QUAL SEJA, DESACATO DIANTE DO FATO DE TER DESRESPEITADO OS POLICIAIS MILITARES, NO EXERCÍCIO DA FUNÇÃO, AO XINGÁ-LOS DE “**PORCOS E JAGUARAS**”. [...]. O RECURSO DEVE SER CONHECIDO EIS QUE INTERPOSTO TEMPESTIVAMENTE. O CRIME DE DESACATO, PORÉM, RESTA CONFIGURADO, TENDO EM VISTA QUE OS POLICIAIS MILITARES NO EXERCÍCIO DA FUNÇÃO FORAM AGREDIDOS VERBALMENTE PELO SENTENCIADO. O NÚCLEO DO TIPO PENAL É O VERBO DESACATAR, QUE CONFIGUROU-SE, IN CASU, COMO A OFENSA DOS FUNCIONÁRIOS PÚBLICOS. [...].³³*

*[...] O agente que desprestigia policiais militares no exercício da função, por palavras, chamando-os de **vermes**, pratica o crime previsto no art. 331 do Código Penal dolosamente. - É inviável a absorção do crime de ameaça pelo delito de desacato quando os crimes, apesar de cometidos no mesmo contexto fático, decorrem de ânimos distintos e forem praticados contra vítimas diferentes. - A agravante da reincidência prepondera sobre a atenuante da confissão espontânea, conforme art. 67 do CP. Precedentes de ambas as Turmas do STF e desta Corte. - "A multireincidência exige maior reprovação do que aquela conduta perpetrada por quem ostenta a condição de reincidente por força, apenas, de um único evento isolado em sua vida, devendo, pois, prevalecer sobre a confissão."³⁴*

ACORDAM OS INTEGRANTES DA SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ, POR UNANIMIDADE DE VOTOS EM NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR. EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL – CONDENAÇÃO PELA PRÁTICA DOS CRIMES DE DESACATO E RESISTÊNCIA – ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE PROVAS SUFICIENTES A SUSTENTAR A SENTENÇA CONDENATÓRIA – DESCABIMENTO. - AUTORIA E MATERIALIDADE DELITIVAS DEVIDAMENTE COMPROVADAS POR MEIO DE PROVAS TESTEMUNHAIS – DEPOIMENTOS DOS POLICIAIS UNÍSSONOS, COERENTES E DESINTERESSADOS, QUE SE REVESTEM DE INQUESTIONÁVEL VALOR PROBATÓRIO – DESCABIDA A ALEGAÇÃO DE INEXISTÊNCIA DO DOLO, ELEMENTO SUBJETIVO NECESSÁRIO PARA A CARACTERIZAÇÃO DO CRIME DE DESACATO –

33 TJPR - 1ª Turma Recursal - 0005114-11.2011.8.16.0131/0 - Pato Branco - Rel.: Leonardo Silva Machado - - J. 02.03.2015. TJ-PR - APL: 000511411201181601310 PR 0005114-11.2011.8.16.0131/0 (Acórdão), Relator: Leonardo Silva Machado, Data de Julgamento: 02/03/2015, 1ª Turma Recursal, Data de Publicação: 23/03/2015.

34 AgRg no REsp 1.424.247/DF, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, j. em 3.2.2015, v.u.). - Parecer da PGJ pelo parcial conhecimento e o desprovimento do recurso. - Recurso parcialmente conhecido e desprovido. TJSC, Apelação n. 0002728-18.2015.8.24.0075, de Tubarão, rel. Des. Carlos Alberto Civinski, j. 03-03-2016.

ENTENDIMENTO DOUTRINÁRIO – DOLO ESPECÍFICO – INTENÇÃO DE OFENDER MEDIANTE A UTILIZAÇÃO DE XINGAMENTOS – IDONEIDADE DOS DEPOIMENTOS COLHIDOS NA INSTRUÇÃO – SENTENÇA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO.³⁵

*[...] A respeito do dolo específico, verifica-se a sua presença, pois, o apelante de forma voluntária e consciente praticou o ilícito, o qual restou demonstrado pela narrativa dos policiais, posto que, ao proferir xingamentos como **macaco, ladrão e filho da puta**, a intenção do apelante era a de ofender e ferir a dignidade do policial desacatando-o [...].³⁶*

Como se verifica, os fatos retratados nos aludidos casos penais não representam legítimo exercício do direito à manifestação, **pois este não garante ao cidadão o direito individual de xingar servidores públicos de porcos, jaguaras, vermes, macacos, ladrões, filhos da puta, etc.**

Prevalece, em casos assim, proporcionalmente, o direito constitucional à inviolabilidade da honra (para aqueles que se posicionam pela tutela deste bem jurídico por parte do delito de desacato) ou do regular funcionamento da Administração Pública (para os que defendem se tratar o desacato de um delito pluriofensivo), frente ao direito à livre manifestação do pensamento.

Por outro lado, haverá determinados casos em que o cidadão estará legitimamente exercendo sua manifestação de pensamento, notadamente, em relação ao desacato, ao criticar o servidor público ou agir sem a intenção de causar dano aos bens jurídicos protegidos pela norma penal. Tais situações deverão encontrar solução sempre na análise tópica, ocasiões em que, ora por inexistência de tipicidade, ora pela incidência de uma excludente de ilicitude – sobretudo o exercício regular de direito – não haverá que se falar em conduta delituosa.

Gize-se, conforme já mencionado, que boa parte da doutrina que classifica o crime de desacato como pluriofensivo exige, para a configuração da infração penal, a presença de elemento subjetivo do tipo diverso do dolo (ou especial fim agir) consistente na consciência e vontade de ofender o agente estatal.³⁷

35 TJ-PR - 2ª C. Criminal - AC - 1280371-3 - Paraíso do Norte - Rel.: Roberto De Vicente - Unânime - J. 23.04.2015.

36 TJ-PR – APL: 12803713 PR 1280371-3 (Acórdão), Relator: Roberto De Vicente, Data de Julgamento: 23/04/2015, 2ª Câmara Criminal, Data de Publicação: DJ: 1569 21/05/2015.

37 GRECO, Rogério. *Op cit.* p. 541; HUNGRIA, Nélon. *Op cit.* p. 425; BITENCOURT, Cezar Roberto. *Op. cit.* p. 1451; COSTA Jr., Paulo José da. *Código penal comentado*. 9. ed. rev., ampl. e

Nestes casos, é suficiente para excluir do âmbito de incidência da norma a presença de eventuais manifestações legítimas de descontentamento com o funcionamento da máquina administrativa, ou com a prestação do serviço público.

Assim é que cumprem doutrina e jurisprudência importantíssimo papel ao definir até que ponto o direito individual à manifestação de pensamento é limitado pelos bens jurídicos constitucionais tutelados pela infração penal de desacato, sem, contudo, extirpar-lhe abstratamente do ordenamento jurídico, sob a equivocada premissa de que seria absolutamente incompatível com a Constituição Federal.

Note-se que a doutrina é pródiga em definir este necessário recorte de configuração do delito:

É preciso, porém, notar que a ofensa ao funcionário não é o mesmo que a ofensa à instituição, circunstância na qual não subsiste o crime... é certo que a exigência da personificação em um funcionário público, prevista pela pretensão conceitual de relevância, como alvo da ofensa, não pode ser distendida para alcançar as próprias instituições, diante da impossibilidade de aplicação de analogia in malam partem.³⁸

Convém, entretanto, ponderar que ele não há de ser um alfenin, com sensibilidade à flor da pele que, à menor contrariedade oposta, se sinta ofendido. Tal é próprio de criaturas que, sem exata noção de suas funções, se empolgam pelo cargo, lembrando o caso daquele agente de polícia que, sofrendo inadvertido pisão de uma pessoa, prendeu-a por ter ela pisado... o pé da lei. Como adverte Manzini: "Os funcionários públicos e os empregados encarregados de serviço público devem, realmente, ser respeitados, mas a lei não exige que sejam venerados como pessoas sagradas e intocáveis, de modo que se tenha como delituosa a simples reprovação de seus atos, expressa por modo injurioso". Não é raro encontrar tais pessoas. Conhecemos, por exemplo, um juiz de direito que tinha como ofensivo e insultuoso recorrer-se de suas decisões³⁹.

Muitas atitudes praticadas por funcionários públicos nos causam indignação. Por mais que a ordem deva ser mantida, por mais que devamos respeito à Administração Pública temos o direito de nos expressar, mesmo que isso contrarie os interesses de quem quer que seja. Aumentos abusivos de impostos, fechamentos de hospitais, falta de merenda escolar, vias sem asfalto, enfim, o nosso dia a dia é repleto de insatisfações com relação à Administração Pública. O simples fato de demonstrarmos a nossa indignação com

atual. São Paulo: DPJ Editora, 2007. p. 1024; PIERANGELI, José Henrique. *Op cit.* p. 892.

38 BUSATO, Paulo César. *Direito penal: parte especial 2*, V.3... p. 613.

39 NORONHA, Edgard Magalhães de. *Op cit.* p. 319.

determinadas atitudes administrativas não importa em desacato ⁴⁰.

Destaca-se que não constituem crime de desacato as críticas severas ou manifestação dura de insatisfação contra a atuação dos agentes e instituições públicas, se o decoro for mantido e não houve propósito de ofender. A crítica ao serviço público, por mais enérgica que seja, não é crime de desacato. Todo cidadão possui o direito público subjetivo de manifestar sua opinião e crítica acerca da qualidade dos serviços prestados pela Administração Pública, desde que o faça respeitando os funcionários e o decoro que se exige dentro das repartições. Apenas a crítica efusiva acompanhada de palavrões, xingamentos etc., converte o exercício do legítimo direito de expressão em crime de desacato ⁴¹.

O mesmo papel vem sendo desempenhado a contento pela jurisprudência:

*HC – PENAL – DESACATO – O crime de desacato significa menosprezo ao funcionário público. Reclama, por isso, elemento subjetivo, voltado para a desconsideração. **Não se confunde apenas com o vocábulo grosseiro. Este, em si mesmo, é restrito à falta de educação, ou de nível cultural.***⁴²

*PENAL. DESACATO. AÇÃO PENAL. TRANCAMENTO. TIPICIDADE. HABEAS CORPUS. RECURSO. 1. A reação indignada do cidadão em repartição pública onde esbarra com intolerância de servidor com quem discute não configura desacato. (CP, Art. 331). 2. Um Estado pode ser eficiente ou não dependendo do nível de cidadania dos que pagam impostos. Pagar impostos e conformar-se, aceitando as coisas como sempre estão, em suas mesmices, implica em aumentar o poder dos mandantes e seus mandados, ampliando-se a arrogância entre todos de todas as esferas da administração. 3. Contra a má prestação de serviços públicos em quaisquer de suas formas, quaisquer que sejam os agentes estatais, resta ao contribuinte a indignação. Só pela indignação, pela denúncia, será possível repor o Estado brasileiro na compatibilidade da Constituição e das Leis, resgatando-se em favor dos pagadores de impostos a verdadeira cidadania. 4. Recurso conhecido e provido para trancar a Ação Penal.*⁴³

*Desacato. Descaracterização. Agente da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos que exige apresentação de identidade de magistrado e de contador da comarca para pagar vale postal. Conduta respaldada na Lei 6.538/78. Mero cumprimento de dever.*⁴⁴

O nome no diminutivo nem sempre traduz menosprezo. Às vezes é forma afetiva. Outras, interpelativa. De modo que, por mais

40 GRECO, Rogério. Op cit. p. 544.

41 QUEIROZ, Paulo (coord.). Op. cit. p. 1342.

42 STJ – HC: 7515 RS 1998/0035836-6, Relator: Ministro LUIZ VICENTE CERNICCHIARO, Data de Julgamento: 25/05/1999, T6 – SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJ 02.08.1999 p. 223.

43 STJ – RHC: 9615 RS 2000/0013418-0, Relator: Ministro EDSON VIDIGAL, Data de Julgamento: 08/08/2000, T5 – QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJ 25/09/2000 p. 113.

44 RT 656/334.

*especioso e melindroso que seja um funcionário, pelo fato de o particular chamá-lo pelo nome no diminutivo, por si só, não dá tônica ao crime de desacato.*⁴⁵

De outro lado, embora até fosse possível ponderação diversa, não pode ser classificado como absurdo o tratamento do Direito Penal como um desvalor maior à ofensa que é feita ao servidor público em razão de sua função. Tem-se, sim, a proteção da administração pública, mas, também, tem-se, subsidiariamente, a proteção da honra de quem está mantendo contato com pessoas pelo exercício da função e não por contatos da vida privada.

*E o caso concreto é forte até na demonstração da diferença. Vejam que não temos qualquer discussão quanto à crítica ou manifestação de pensamento. **Aqui, é um motorista que parou o carro na via pública, os policiais pediram que ele retirasse o carro, e ele disse: "vai tomar no cu". Isso é manifestação de pensamento? Isso é direito de crítica ao Estado? Isso é uma ofensa irrogada em face do servidor,** o que é outras das grandes diferenciações entre a injúria e o desacato, porque a injúria não precisa ser realizada pessoalmente. **Nessa situação, é necessária, sim, a intervenção do Direito Penal e não pode ser taxada como absurda essa proteção maior, com pena maior, a quem ofenda o servidor no exercício da função.***⁴⁶

Há, ainda, argumentos no sentido de que o desacato é empregado abusivamente por grande parte dos servidores públicos que supostamente seriam vítimas do delito. Alegações desta ordem não passam de um silogismo retórico, eis que desprovidas de dados concretos, ou de cientificidade que as comprovem faticamente. Tais abusos por parte de alguns servidores públicos devem ser rigorosamente fiscalizados, em especial pelo Ministério Público.

Em suma, não há incompatibilidade abstrata entre o crime de desacato e o direito à liberdade de expressão, já que este tem como *núcleo duro* a garantia de que o Estado não irá regulamentá-lo no afã de controlar pré-determinadas manifestações de pensamento dos cidadãos. Em outras palavras: não é ilegítima toda e qualquer atividade regulatória ou limitadora do direito à manifestação.

O direito à liberdade de manifestação, portanto, deverá prevalecer sempre que o Estado busque suprimir informações ou ideias impopulares, ou, ainda, tente manipular o debate público através da coação em

⁴⁵ TJSP – AC – Rel. Camargo – RT 516/297.

⁴⁶ Trecho do Voto do Min. Nefi Cordeiro nos autos do HC 379.269/MS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Rel. p/ Acórdão Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 24/05/2017, DJe 30/06/2017.

lugar da persuasão. Não é o que ocorre no caso do crime de desacato, o qual não impõe uma prévia limitação a específicas manifestações de pensamento – como críticas ao funcionamento da Administração Pública – mas busca proteger valores objetivamente protegidos pela Constituição Federal.

Ademais e por fim, não se olvide que a infração penal possui seus contornos históricos bem definidos, em especial pela doutrina e jurisprudência – como demonstram os casos retratados acima – o que não impede que ocorram erros ou excessos em determinadas situações, os quais devem ser fiscalizados e corrigidos pelo Ministério Público e Poder Judiciário, assim como ocorre em praticamente em relação a todas as demais infrações penais do Direito Positivo brasileiro.

c) O crime de desacato e a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica).

Além das questões já enfrentadas atinentes à constitucionalidade do artigo 331 do Código Penal, argumenta-se, ainda, que ele afrontaria o artigo 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica)⁴⁷, incorporado ao Direito brasileiro pelo Decreto 678/1992.⁴⁸

Como fundamento, invoca-se o Relatório Anual da Comissão Interamericana de Direitos Humanos – CIDH,⁴⁹ segundo o qual leis que criminalizam o desacato proporcionam um maior nível de proteção aos funcionários públicos, em

47 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.

48 Nesse sentido o voto vencido nos autos do HC 379269: “*Em conclusão, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) já se pronunciou no sentido de que a criminalização do desacato contraria a Convenção Americana sobre os Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica). O Princípio 11 da " Declaração de Princípios sobre a liberdade de expressão" da Comissão Interamericana de Direitos Humanos é de clareza solar.*”

detrimento dos demais cidadãos, confrontando diretamente princípios democráticos fundamentais.⁵⁰

Neste sentido, as ações normalmente caracterizadoras do delito seriam uma maneira de impedir e controlar abusos dos poderes coercitivos do Estado, bem como, permitir a livre manifestação dos cidadãos quanto as ações e atitudes dos funcionários públicos⁵¹. Por tais razões, concluiu a CIDH que as leis penais de desacato são incompatíveis com a Convenção Americana de Direitos Humanos.

Tal entendimento foi reconhecido pelo item 11 da Declaração de Princípios Sobre a Liberdade de Expressão, emitida pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, *in verbis*:

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

49 Relatório Anual da CIDH, 2000, Volume III, Relatório da Relatoria para a Liberdade de Expressão, Capítulo II (OEA/Ser.L/V/II.111 Doc.20 rev. 16 abril 2001).

50 "No relatório especial de 1995, a Comissão afirmou 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 (CIDH, Relatório sobre a compatibilidade entre as leis de desacato e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, OEA/Ser. L/V/II.88, doc. 9 rev., 17 de fevereiro de 1995, 197-212). [...] A aprovação do Princípio n. 11 sobre Liberdade de Expressão teve a seguinte justificativa: [...] A aplicação de leis de desacato para proteger a honra dos funcionários públicos que atuam em caráter oficial outorga-lhes injustificadamente um direito a proteção especial, do qual não dispõem os demais integrantes da sociedade. Essa **distinção inverte diretamente o princípio fundamental de um sistema democrático, que faz com que o governo seja objeto de controles, entre eles, o escrutínio da cidadania, para prevenir ou controlar o abuso de seu poder coativo**". Cf. REsp 1640084/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 15/12/2016, DJe 01/02/2017.

51 "Ademais, a punição do uso de linguagem e atitudes ofensivas contra agentes Não há dúvida de que a criminalização do desacato está na contramão do humanismo, porque ressalta a preponderância do Estado - personificado em seus agentes - sobre o indivíduo. Afinal, é da Doutrina o conceito de que "todo funcionário público, desde o mais graduado ao mais humilde, é instrumento da soberana vontade e atuação do Estado", daí a especial proteção que lhe consagra a lei penal (HUNGRIA, Nélon. Comentários ao Código Penal. v. 9. Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 420). A continuar dessa forma, o funcionário público que se sentir vitimado por qualquer desaire tem direito de invocar a cláusula absolutista e dizer, sem exagero, L'État c'est moi, porquanto com respaldo no art. 331 do CP. Com todas as vênias, 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 preconizado pela CF/88 e pela Convençãoestatais 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 José abolissem suas respectivas leis de desacato." Cf. REsp 1640084/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 15/12/2016, DJe 01/02/2017.

*informação.*⁵²

Por último, argumenta-se que tais considerações – aliadas ao entendimento da Corte Suprema brasileira, no sentido de que os tratados internacionais sobre direitos humanos têm caráter supralegal, ou seja, teriam o condão de invalidar o tipo legal do crime de desacato no ordenamento jurídico brasileiro, o qual não resistiria a este controle de convencionalidade.

Sob o aspecto material a questão já foi enfrentada quando da análise do conflito entre o direito à liberdade de manifestação e o crime de desacato, eis que os fundamentos aqui se identificam com os ali reproduzidos. Resta, então, uma investigação sob o ponto de vista formal.

Inicialmente cumpre notar que o texto da própria Convenção Americana de Direitos Humanos não exclui peremptoriamente a possibilidade da existência do crime de desacato. Pelo contrário, após assegurar o direito à liberdade de expressão, limita expressamente o seu exercício, na forma da lei, a fim de assegurar a efetividade dos demais valores que consagra:

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.

Nesse sentido o entendimento jurisprudencial:

APELAÇÃO CRIMINAL – ROUBO MAJORADO – CONCURSO DE PESSOAS E USO DE ARMA BRANCA – ROUBOS EM 2 TRANSPORTES COLETIVOS – PATRIMÔNIO DA EMPRESA E DA

52 Disponível

em: <http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/s.convencao.libertade.de.expressao.htm> Acesso em: 14. jul. 2016.

COBRADORA – CRIME ÚNICO – INVIABILIDADE DA CONTINUIDADE DELITIVA ENTRE OS CRIMES DE ROUBO E CORRUPÇÃO DE MENORES – DOSIMETRIA DA PENA – CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS AVALIADAS COM ELEMENTOS CONCRETOS – FUNDAMENTOS IDÔNEOS – **DESACATO – INCOMPATIBILIDADE COM O PACTO DE SAN JOSÉ DA COSTA RICA – TESE REFUTADA – LIBERDADE DE EXPRESSÃO E RESISTÊNCIA – DELITOS AUTÔNOMOS – CONCURSO MATERIAL. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. [...]. 4. Não há que se falar em incompatibilidade do delito de desacato com os termos da Convenção Americana de Direitos Humanos, uma vez que o diploma estabeleceu limites a liberdade de expressão, de modo que, se por um lado os Estados devem assegurar a liberdade de expressão, por outro não podem permitir que seja exercida de modo absoluto, sobretudo quando agredir princípios de igual ou superior importância como o respeito a reputação das pessoas, a proteção da segurança nacional, da ordem, saúde e moral públicas. [...]. 6. Recurso da primeira apelante parcialmente provido e da segunda apelante desprovido.**⁵³

PENAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. CRIME DE DESACATO. CÓDIGO PENAL, ARTIGO 331. CONSTITUCIONALIDADE. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO PACTO DE SAN JOSÉ DA COSTA RICA.

1. O art. 331 do Código Penal visa a garantir a preservação do bem jurídico por ele tutelado, qual seja, a probidade da função pública, sua respeitabilidade, a integridade dos funcionários públicos e, de modo específico, o prestígio e a dignidade da Administração Pública relativa ao cumprimento de determinações legais, expedidas por seus agentes públicos.

2. A liberdade de expressão, assim como qualquer outro direito fundamental, não pode ser considerada um direito absoluto, a autorizar qualquer tipo de manifestação por parte dos indivíduos.

3. Se a conduta incriminada consistir em desprezo, em falta ao respeito ou em ato de humilhação ao funcionário público, é de se reconhecer a ocorrência do crime de desacato, pois estas condutas abusam do direito à liberdade de expressão. Rejeição das alegações de inconstitucionalidade e de inconveniência do delito de desacato (art. 331 do Código Penal).⁵⁴

Sobre o tema, aliás, valiosa lição é retirada do corpo deste último acórdão:

Não desconheço que a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) da Organização dos Estados Americanos (OEA) já advertiu que a manutenção, no Código Penal, dos crimes de desacato, injúria, calúnia e difamação representa potencial risco ao

53 TJ-ES – APL: 00157619420148080030, Relator: SÉRGIO BIZZOTTO PESSOA DE MENDONÇA, Data de Julgamento: 15/06/2016, PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 24/06/2016.

54 TRF4 – ED em APCrim N° 5014201-05.2011.4.04.7201/SC, Rel. Sebastião Ogê Muniz, 7ª Turma – Data de julgamento: 29/09/2015.

exercício pleno da democracia e à liberdade de expressão.

Entretanto, com a devida vênia, entendo que o crime de desacato, tipificado no art. 331 do Código Penal, não é incompatível materialmente com o art. 5º, IV e IX, da Constituição Federal, tampouco com a Convenção Americana de Direitos Humanos (art. 13).

É certo que a Constituição Federal (art. 5º, IV e IX), garante a liberdade de manifestação do pensamento, a abranger a possibilidade de críticas e a exposição de opiniões contrárias a determinadas ações da Administração Pública.

Por seu turno, o § 2º, art. 5º, da Constituição Federal estabelece que os direitos e garantias nela expressos não excluem outros decorrentes dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

E o art. 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos, norma dotada de status supralegal, assim dispõe acerca da liberdade de expressão:

[...]

Entretanto, o art. 331 do Código Penal visa a garantir a preservação do bem jurídico por ele tutelado, qual seja, a probidade da função pública, sua respeitabilidade, a integridade dos funcionários públicos e, de modo específico, o prestígio e a dignidade da Administração Pública relativa ao cumprimento de determinações legais, expedidas por seus agentes públicos.

Os direitos em geral, inclusive os fundamentais, de todas as dimensões, possuem condicionamento a limites expressamente previstos em seu conteúdo (limitações internas), bem como em decorrência de uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico (limitações externas).

É dizer: não existem direitos absolutos.

Nesse sentido já decidiu o e. Supremo Tribunal Federal:

PROCESSO PENAL. PRISÃO CAUTELAR. EXCESSO DE PRAZO. CRITÉRIO DA RAZOABILIDADE. INÉPCIA DA DENÚNCIA. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. INOCORRÊNCIA. INDIVIDUALIZAÇÃO DE CONDUTA. VALORAÇÃO DE PROVA. IMPOSSIBILIDADE EM HABEAS CORPUS. [...] 6. Na contemporaneidade, não se reconhece a presença de direitos absolutos, mesmo de estatura de direitos fundamentais previstos no art. 5º, da Constituição Federal, e em textos de Tratados e Convenções Internacionais em matéria de direitos humanos. Os critérios e métodos da razoabilidade e da proporcionalidade se afiguram fundamentais neste contexto, de modo a não permitir que haja prevalência de determinado direito ou interesse sobre outro de igual ou maior estatura jurídico-valorativa. 7. Ordem denegada. (HC 93250, Relatora Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 10/06/2008) (grifei)

Com efeito, direitos fundamentais não podem ser invocados como salvaguarda à prática de ilícitos, tampouco como argumento para o afastamento ou diminuição da responsabilidade civil ou penal por atos criminosos.

A liberdade de expressão, portanto, assim como qualquer outro direito fundamental, não pode ser considerada absoluta, a autorizar qualquer tipo de manifestação por parte dos indivíduos. Se assim fosse, todas as manifestações injuriosas ou racistas, por exemplo, não poderiam ser consideradas como crime.

Especificamente à possibilidade de limitação da liberdade de expressão, cumpre fazer referência à condenação por racismo antissemita do editor Siegfried Ellwanger, a ele imposta pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul e confirmada em histórico julgamento proferido pelo Supremo Tribunal Federal (HC 82424). Naquela ocasião, considerou-se crime a edição e venda de obras que incitavam o preconceito e a discriminação.

Assim, se a conduta incriminada consistir em desprezo, em falta ao respeito ou em ato de humilhação ao funcionário público, é de se reconhecer a ocorrência do crime de desacato, pois estas condutas abusam do direito à liberdade de expressão.

Por tais razões, rejeito as alegações de inconstitucionalidade e de inconveniência do delito de desacato (Código Penal, art. 331). (grifos nossos)

Assim também, por ocasião do julgamento do HC 379.269-MS, acompanhando a maioria, o Exmo. Min. Rogério Schietti Cruz entendeu que:

Resulta evidente que **esse dispositivo permite a criação de tipos penais** que objetivem proteger, como **bem jurídico digno de proteção**, a honra subjetiva da pessoa humana, bem como o respeito à ordem e à moral públicas, de que devem ser destinatários os serviços prestados pelo Estado ao público em geral. Ademais, qualquer servidor, no exercício de uma função pública, ao tratar com o particular, deve merecer essa proteção, não tanto para tutelar a sua honra subjetiva – porque essa proteção já encontra guarida nos crimes contra a honra – mas para garantir o respeito que se deve destinar aos funcionários que representam e apresentam o estado nos variados tipos de serviços públicos que são prestados.

A Corte Interamericana permite, em casos de extrema gravidade do abuso da liberdade de expressão, a utilização do direito penal para a proteção da honra, devendo a aplicação dessas medidas ser avaliada com especial cautela. Nesse sentido: Caso Ricardo Canese vs. Paraguai. Sentença de 31 de agosto de 2004. § 104; Caso Kimel vs. Argentina. Sentença de 2 de maio de 2008. par. 71 e 76 e Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica. Sentença de 2 de julho de 2004.⁵⁵

Já quanto ao entendimento de que haveria um tratamento desigual entre funcionários públicos e os demais cidadãos, contra-argumentou-se que:

Dito isso, **enxergo a possibilidade do *discrímen* relativamente ao funcionário público em relação ao particular**, considerando que **o próprio Código Penal já o faz em vários pontos**. Vejam, eminentes pares, que, nos próprios crimes contra a honra, se prevê o agravamento da pena (art. 141, II, do CP) e a forma de ação pública condicionada, em vez da ação penal privada, quando se trata de

⁵⁵ Trecho do Voto do Min. Rogério Schietti Cruz nos autos do HC 379.269/MS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Rel. p/ Acórdão Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 24/05/2017, DJe 30/06/2017.

ofensa a funcionário público (art. 145, parágrafo único, do CP). Então, o funcionário público – que suporta o ônus decorrente de estatuto próprio – deve ser tratado de modo diferente em relação a quem não exerce a função pública, tanto quando é agente, quanto quando é vítima de um crime.

E é natural que assim o seja, **porquanto um servidor público, ao agir nessa qualidade, carrega uma diversidade de deveres funcionais e responsabilidades que o oneram sobremodo em relação ao particular.** Não se trata de conceder privilégio ao servidor público e inferiorizar o particular em relação àqueles.

Portanto, cuida-se, sim, de estabelecer o esperado tratamento desigual a situações desiguais.⁵⁶

Ademais, cumpre ressaltar que, embora a declaração da Comissão IDH estabeleça, peremptoriamente, a incompatibilidade entre o delito de desacato e a CADH, tais disposições veiculam somente uma interpretação que aquele órgão confere aos dispositivos da Convenção, não possuindo, portanto, qualquer força vinculante em relação ao Direito vigente nos Estados subscritores.

Nesse ponto, por ocasião do julgamento do REsp 1.640.084, defendeu-se que:

As recomendações da CIDH assumem força normativa interna, porquanto, "no caso Loayza Tamayo v. Peru e nos posteriores, a Corte [Interamericana de Direitos Humanos] sustentou que o princípio da boa-fé, consagrado também na Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, obriga os Estados contratantes da Convenção Americana de Direitos Humanos a realizar seus melhores esforços para cumprir as deliberações da Comissão [CIDH], que é também órgão principal da OEA, organização que tem como uma de suas funções justamente promover a observância e a defesa dos direitos humanos no continente americano" (RAMOS, André de Carvalho. Processo internacional de direitos humanos. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 234).⁵⁷

Todavia, em sentido oposto foi o posicionamento prevalecente quando do julgamento do HC 379269 pela Terceira Seção do STJ:

Em exame do dispositivo supracitado é possível deduzir que os verbos relacionados às suas funções [CIDH] não ostentam caráter decisório, mas tão somente instrutório ou cooperativo. *Prima facie*, depreende-se que **a CIDH não possui função jurisdicional.**

[...]

A Corte Interamericana de Direitos Humanos, por sua vez, é uma instituição judiciária autônoma cujo objetivo é a aplicação e a interpretação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos,

⁵⁶ Idem.

⁵⁷ Cf. REsp 1640084/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 15/12/2016, DJe 01/02/2017.

possuindo função jurisdicional e consultiva, de acordo com o art. 2º do seu respectivo Estatuto [...]. Já o art. 68 da CADH prevê que os Estados Partes na Convenção comprometem-se a cumprir a decisão da Corte em todo caso em que forem partes, o que denota de forma patente seu caráter vinculante.

[...]

Desta feita, a despeito do que fora aduzido no inteiro teor do voto proferido no REsp. 1.640.084/SP, no que encampado pelo Ministro relator do presente *writ*, **certo é que as recomendações não possuem força vinculante, mas tão somente "poder de embaraço" ou "mobilização da vergonha"**: [...]

Ademais, ressalte-se que, à exceção do caso *Gomes Lund e outros ("Guerrilha do Araguaia") vs. Brasil* cuja abordagem era afeta à diferente esfera da que tratada nestes autos, **não houve nenhuma deliberação da Corte Interamericana de Direitos Humanos (IDH) sobre eventual violação do direito à liberdade de expressão por parte do Brasil, mas tão somente pronunciamentos emanados pela CIDH.**

Noutras palavras, embora a Corte (IDH) já tenha se pronunciado sobre o tema "*leis de desacato*", consoante se infere do emblemático caso *Palamara Iribarne vs. Chile* – cujas circunstâncias que balizaram foram significativamente distintas às da presente abordagem –, **não há precedente da Corte relacionada ao crime de desacato atrelado ao Brasil.**⁵⁸

Ainda sobre o tema, o Min. Rogério Schietti Cruz destacou que:

Porém, nesse aspecto, tenho uma pequena dissidência em relação ao voto do relator: a meu sentir, **a manutenção do crime de desacato no ordenamento jurídico pelo Brasil não implica** – como sustentam a Defensoria Pública do Estado do Mato Grosso do Sul, a Defensoria Pública da União, a Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão e o representante do MPF nesta assentada – **o descumprimento do art. 13 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos** e do respectivo princípio da liberdade de expressão. **As normas de direito internacional, integrantes do nosso ordenamento jurídico, podem ser interpretadas como qualquer outra, não havendo essa força vinculante que se procurou a elas emprestar.**⁵⁹

Na mesma toada, a própria Corte Interamericana de Direitos Humanos já teve oportunidade de se manifestar no sentido de que a liberdade de expressão não é um direito absoluto⁶⁰. Daí haver estabelecido que o direito à honra

58 Cf. HC 379.269/MS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Rel. p/ Acórdão Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 24/05/2017, DJe 30/06/2017.

59 Trecho do Voto do Min. Rogério Schietti Cruz nos autos do HC 379.269/MS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Rel. p/ Acórdão Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 24/05/2017, DJe 30/06/2017.

60 "Ocorre que a Corte Interamericana de Direitos Humanos se posicionou acerca da liberdade de expressão, rechaçando tratar-se de direito absoluto, como demonstrado no Marco Jurídico Interamericano sobre o Direito à Liberdade de Expressão, aprovado em 30 de dezembro de 2009:

do funcionário público é elemento apto a circunscrever limites à liberdade de expressão.

Além disso, em nenhum momento a Corte reconheceu abstratamente a incompatibilidade do desacato com a previsão convencional. Pelo contrário, ressaltou a necessidade de análise tópica das circunstâncias.

51. Em torno destes fatos, as partes apresentaram diversas alegações nos quais subjaz um conflito entre o direito à liberdade de expressão em temas de interesse público e a proteção da honra dos funcionários públicos. A Corte reconhece que tanto a liberdade de expressão como o direito à honra, acolhidos pela Convenção, revestem-se de suma importância. É necessário garantir o exercício de ambos. Nesse sentido, a prevalência de algum em determinado caso dependerá da ponderação que se faça através de um juízo de proporcionalidade. A solução do conflito que se apresenta entre certos direitos requer o exame de cada caso, conforme suas características e circunstâncias, para apreciar a existência e intensidade dos elementos em que se sustenta este julgamento. [...]

54. Entretanto, a liberdade de expressão não é um direito absoluto. O artigo 13.2 da Convenção, que proíbe a censura prévia, também prevê a possibilidade de exigir responsabilidades ulteriores pelo exercício abusivo deste direito. Estas restrições têm caráter excepcional e não devem limitar, além do estritamente necessário, o pleno exercício da liberdade de expressão e converter-se em um mecanismo direto ou indireto de censura prévia. [...]

56. A necessidade de proteger os direitos à honra e à reputação, assim como outros direitos que possam ser afetados por um exercício abusivo da liberdade de expressão, requer a devida observância dos limites determinados a esse respeito pela própria Convenção. Estes devem responder a um critério de estrita proporcionalidade.⁶¹

*93. As alegações apresentadas pelas partes põem em evidência uma vez mais perante esta Corte um conflito entre o direito à liberdade de expressão em temas de interesse público e a **proteção do direito à honra e à reputação dos funcionários públicos**. A Corte reconhece que tanto a liberdade de expressão como o direito à honra, acolhidos pela Convenção, possuem suma importância, de modo que ambos os direitos devem ser tutelados e coexistir de*

'A liberdade de expressão não é um direito absoluto. O artigo 13 da Convenção Americana dispõe expressamente – em seus incisos 2, 4 e 5 – que ela pode estar sujeita a certas restrições e estabelece o marco geral das condições que tais restrições devem cumprir para serem legítimas'. [...] Cf. HC 379.269/MS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Rel. p/ Acórdão Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 24/05/2017, DJe 30/06/2017.

61 CORTE IDH. Caso *Kimel Vs. Argentina*. disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/04/e95cf28bb8698e06093722cc2352bc83.pdf>> Assim também nos casos *Ricardo Canese Vs. Paraguay*; *Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica* e *Caso Palamara Iribarne Vs. Chile*.

*maneira harmoniosa. A Corte considera que, ao ser necessária a garantia do exercício de ambos os direitos, a solução do conflito requer o exame caso a caso, conforme suas características e circunstâncias.*⁶²

Analisando a jurisprudência da Corte em relação aos casos que envolviam o direito à liberdade de expressão, ROJAS identifica que a proteção jurídica dos funcionários públicos é perfeitamente compatível com as normas convencionais:

La Corte señala que “el derecho a la libertad de expresión no es un derecho absoluto; este puede ser objeto de restricciones”, una de las cuales puede ser la aplicación de responsabilidades ulteriores por el ejercicio abusivo de este derecho. Para que sea procedente esta restricción deben concurrir ciertos requisitos: 1) deben estar expresamente fijadas por la ley; 2) deben estar destinadas a proteger ya sea los derechos o la reputación de los demás, o la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o moral pública; y 3) deben ser necesarias en una sociedad democrática”, ello con el objeto de que esta restricción no se transforme en un mecanismo directo o indirecto de censura previa. [...]

En este sentido, la Corte ha dicho que si bien los funcionarios públicos están expuestos a un mayor escrutinio público, esto en ningún caso implica “...que el honor de los funcionarios públicos o de las personas públicas no deba ser jurídicamente protegido, sino que éste debe serlo de manera acorde con los principios del pluralismo democrático. [...]

*Una sociedad democrática debe ser clara en abrir espacios a la crítica y a la denuncia, pero no a prácticas de mala fe. Sin duda que la protección de los derechos humanos y el derecho a la honra como tal, implican un “interés público imperativo” frente a casos de extrema gravedad. Si se acredita que el objetivo del Estado en la aplicación de responsabilidades ulteriores no fue acallar la crítica, sino que proteger un derecho humano en forma eficaz (el derecho a la honra), dando alternativas para que el ofendido actuara en defensa de su honor, esto será legítimo. Siguiendo el razonamiento de la Corte, no constituiría un ilícito convencional una medida de restricción en ese contexto, salvo que dicha reacción sea desproporcionada o inconducente al objetivo planteado (protección del derecho a la honra del funcionario)*⁶³. (grifos nossos)

Por fim, no que diz respeito ao aspecto da convencionalidade, o estudo não requer maiores indagações, eis que apresenta ser equivocado o

62 Caso Tristán Donoso Vs. Panamá. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/04/e5c9d4f510f2feeb0820ea9f5a20fb8b.pdf>>. Acesso em 14. jul. 2016.

63 ROJAS, Claudio Nash. **Las relaciones entre el derecho de la vida privada y el derecho a la libertad de información en la jurisprudencia de la corte interamericana de derechos humanos**. Disponível em: <http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/126539/Nash_Rojas_Claudio.pdf?sequence=1>. Acesso em: 14 jul. 2016.

argumento de que o crime de desacato disposto no Código Penal brasileiro foi revogado pela CADH ou pelo Tratado de Viena.

4. CONCLUSÃO

Em síntese, pelos argumentos jurídicos acima esposados, parece forçoso persistir com o entendimento já lançado no passado por este mesmo Centro de Apoio Operacional, no sentido da constitucionalidade do crime previsto no artigo 331 do Código Penal (desacato).

Curitiba, abril de 2018

Equipe do Centro de Apoio Operacional das

Promotorias Criminais, do Júri e de Execuções Penais