



Centro Universitário de Brasília - UNICEUB  
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS

ALYNE THACILA GARCIA LEÃO

A INCOMPATIBILIDADE DO CRIME DE DESACATO  
COM O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E A RESISTÊNCIA  
BRASILEIRA EM DESCRIMINALIZAR A CONDUTA

Brasília

2019

ALYNE THACILA GARCIA LEÃO

A INCOMPATIBILIDADE DO CRIME DE DESACATO  
COM O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E A RESISTÊNCIA  
BRASILEIRA EM DESCRIMINALIZAR A CONDUTA

Monografia apresentada como requisito para  
conclusão do curso de Bacharelado em Direito  
pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais  
- FAJS do Centro Universitário de Brasília -  
UniCEUB.

Orientadora: Prof<sup>a</sup>. Karla Margarida Martins  
Santos

Brasília

2019

ALYNE THACILA GARCIA LEÃO

A INCOMPATIBILIDADE DO CRIME DE DESACATO  
COM O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E A RESISTÊNCIA  
BRASILEIRA EM DESCRIMINALIZAR A CONDUTA

Monografia apresentada como requisito para  
conclusão do curso de Bacharelado em Direito  
pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais  
- FAJS do Centro Universitário de Brasília -  
UniCEUB.

Brasília, 15 de abril de 2019

**Banca examinadora**

---

Prof<sup>a</sup>. Karla Margarida Martins Santos (Orientador)

---

Prof<sup>a</sup>. XXX (Examinador)

Este trabalho é dedicado às pessoas que estarão sempre ao meu lado ao longo de toda vida: meus pais Marília e Antônio Celso. Ao meu parceiro amado Walner, que não mede esforços para me apoiar. Ao meu mestre prof. Paulo Thompson Flores (*in memoriam*), com quem aprendi o valor do Direito.

## **AGRADECIMENTO**

Ao meu amigo, Dângelo Saraiva, a quem tenho do lado esquerdo do meu peito durante a jornada da graduação e, assim desejo, guardá-lo pelo resto da vida. Obrigada, jovem, por suas bem-humoradas provocações filosóficas e seu "bora lá", capazes de trazer ânimo ao cansado para exercitar a criticidade e vivenciar o que há de melhor na academia.

Aos professores dedicados a despertar em nós a autonomia no aprender e o propósito virtuoso de servir a sociedade em que vivemos. Na pessoa da minha orientadora, Karla Margarida, agradeço pelo incentivo e colaboração na minha formação profissional.

“A liberdade de expressão é apanágio da condição humana, aquela que socorre as demais liberdades ameaçadas, feridas ou banidas. A liberdade é o roteiro da civilização”.

Ulysses Guimarães

## **LISTA DE ABREVIATURAS**

ADI - Ação Direta de Inconstitucionalidade  
ADPF - Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental  
CADH - Convenção Americana de Direitos Humanos  
CFOAB - Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil  
CPB - Código Penal Brasileiro  
CPM - Código Penal Militar  
CIDH - Comissão Interamericana de Direitos Humanos  
CR/88 - Constituição da República Federativa do Brasil de 1988  
HC - Habeas Corpus  
IDH - Interamericana de Direitos Humanos  
OEA - Organização dos Estados Americanos  
REsp - Recurso Especial  
Sistema IDH - Sistema Interamericano de Direitos Humanos  
STF - Supremo Tribunal Federal  
STJ - Superior Tribunal de Justiça

## RESUMO

O crime de desacato, no Brasil, nasce da herança jurídica portuguesa e, desde os tempos coloniais, tem se perpetuado no ordenamento pátrio como um garantidor do funcionamento do Estado. Porém, com o estabelecimento da nova ordem constitucional brasileira, em 1988, a criminalização do desacato passou a ser incoerente em relação aos direitos fundamentais conquistados, assim como perante os valores estabelecidos no atual Estado Democrático de Direito. O desacato é uma norma penal em branco e contrária à lógica democrática. Porque, além de depender da discricionariedade do julgador para ser aplicado, opera com uma racionalidade verticalizada da relação entre Estado e sociedade, supervalorizando a honra de servidores públicos em detrimento à crítica cidadã. O entendimento pela incompatibilidade do desacato com o Estado Democrático de Direito é pacífico no contexto do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, cuja recomendação para os Estados membros é a descriminalização da conduta penal. Apesar de signatário da Convenção Americana de Direitos Humanos, o Brasil tem resistido à recomendação deste compromisso internacional. A partir da análise de julgados dos tribunais superiores, é possível perceber uma tendência a não descriminalização do desacato, seja pelo controle de convencionalidade ou de constitucionalidade. Da mesma forma, no Poder Legislativo, é minoritário o apoio a projetos de lei que buscam a revogação do desacato no ordenamento jurídico brasileiro. A descriminalização do desacato significa avanços no aprofundamento da democratização e na maximização de direitos fundamentais, contudo, para ser alcançada dependerá, não apenas da boa vontade daqueles que se beneficiam a proteção penal, mas da conscientização dos cidadãos que deverão conquista-la pela pressão popular.

Palavras-chave: Desacato. Estado Democrático de Direito. Liberdade de expressão. Democracia. Convenção Americana de Direitos Humanos. Descriminalização. Controle judicial. Revogação



## SUMÁRIO

### INTRODUÇÃO

#### **1 O CRIME DE DESACATO**

1.1 Perspectiva histórico-política

1.2 Conceito doutrinário jurídico

1.2.1 *A possibilidade do desacato praticado por advogado e funcionário público*

1.2.2 *A imaterialidade do crime de desacato e a crítica garantista*

#### **2 O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

2.1 O desenvolvimento do Estado Democrático de Direito ao longo do tempo

2.2 Os direitos fundamentais, pilares do Estado Democrático de Direito

2.3 O direito fundamental da liberdade de expressão

2.3.1 *Uma reflexão sobre a indissociabilidade entre democracia e liberdade de expressão*

#### **3 O CONFLITO ENTRE A RECOMENDAÇÃO DA COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS E A RESPOSTA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES NO BRASIL**

3.1 Recomendações da Comissão Interamericana de Direitos Humanos

3.2 A resposta dada pelos Tribunais Superiores brasileiros - conflito jurisprudencial

3.2.1 *Decisão da Quinta Turma do STJ pela descriminalização do desacato*

3.2.2 *Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça revisita o posicionamento do próprio tribunal e decide pela inexistência de inconveniência entre a tipificação e a CADH*

3.2.3 *Decisão do Supremo Tribunal Federal a favor da criminalização do desacato*

3.3 Expectativas para o reconhecimento da incompatibilidade do desacato com o ordenamento jurídico brasileiro

### CONCLUSÃO

### REFERÊNCIA

## INTRODUÇÃO

— Ministro Lewandowski, o Supremo é uma vergonha, viu? — disse com mansidão o jovem advogado como quem tivesse garantido o direito de expressar o que pensa, assim como o que sente à autoridade estatal que dividia com ele as cadeiras da primeira fila de um avião comercial, e complementou. — Eu tenho vergonha de ser brasileiro quando vejo vocês.  
— Vem cá, você quer ser preso? — perguntou retoricamente o experiente ministro do Supremo Tribunal Federal, sem pestanejar sobre a aplicação no seu caso concreto do princípio *dura lex, sed lex*, que dirigindo-se ao comissário de bordo, ordenou. — Chamem a polícia federal, por favor.

(PF, 2018)

Não por acaso, a abertura da reflexão que se propõe sobre a (in)compatibilidade do crime de desacato com o Estado Democrático de Direito foi ilustrada com o diálogo entre o advogado Cristiano Caiado de Acioli e o ministro do Supremo Tribunal Federal (STF), Ricardo Lewandowski, em um voo que ia de São Paulo para Brasília no dia quatro de dezembro de 2018.

Do episódio narrado, o qual resultou na abertura de um inquérito policial para apurar a ocorrência de desacato, objeto central desta pesquisa, pode-se iniciar as provocações que, ao longo deste trabalho, buscar-se-ão responder. Desde quando é crime criticar um servidor público? O que seria uma injúria contra o Estado? Qual seria o limite para a liberdade de expressão? Existe hierarquia entre cidadãos e servidores públicos? Tudo para se refletir e avaliar sobre a possível contradição na permanência do crime de desacato perante o sistema de princípios e regras da república democrática brasileira.

A pertinência da pesquisa está na responsabilidade acadêmica de se pensar — dentro da conjuntura atual de insatisfação dos cidadãos com a qualidade dos serviços públicos, de falta de legitimidade das autoridades estatais envolvidas em escândalos de corrupção e crise de credibilidade das instituições democráticas — o aprimoramento da relação sociedade e Estado. Ressalta-se que o foco do estudo será o desacato na esfera penal comum, haja vista esta conduta-crime também existir na esfera penal militar, com fundamentos e questões outras, aqui não enfrentadas como a do dever de disciplina e da hierarquia institucional.

Explorar a perspectiva histórico-política foi o primeiro passo rumo ao entendimento das razões para a existência do crime de desacato e sua configuração atual no ordenamento jurídico brasileiro. É a maneira como o Estado se relaciona com seus cidadãos um determinante para a perpetuação, ou não, do tipo penal do desacato no ordenamento jurídico. Quanto mais

autoritária é a relações de poder entre o Estado e os cidadãos, menor serão as chances da descriminalização da conduta do desacato.

No segundo capítulo, apresenta-se a formação do Estado Democrático de Direito, assim como a histórica, gradativa e qualitativa conquista e ampliação dos direitos fundamentais, elementos basilares da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CR/88). Dentre eles, está a liberdade de expressão com posição de destaque, por sua relevância e essencialidade para o exercício da democracia e soberania popular.

Com empenho dedutivo, apreende-se, então, o aparente conflito entre o direito à liberdade de expressão e a tutela à reputação da Administração Pública provocado pela criminalização do desacato. Pois, há uma dificuldade lógica na existência de um Estado que, por um lado, supervaloriza a honra de servidores públicos em detrimento à crítica cidadã e, por outro, tem o dever constitucional de não só garantir, mas ser responsável por promover a liberdade de expressão do indivíduo, a responsabilidade e responsabilização dos titulares do poder, assim como a participação do povo no exercício desse mesmo poder.

A terceira e última parte da pesquisa é dedicada, principalmente, ao ambiente de oportunidades de mudança sobre o entendimento acerca do crime de desacato no Brasil. Destaca-se o conflito entre a recomendação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) no sentido de descriminalização do desacato na América Latina e a resistência dos Tribunais Superiores em aplicar o controle de convencionalidade. Neste momento da pesquisa, ainda serão apresentadas outras alternativas de mudança no entendimento do Poder Judiciário como a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 496, ajuizada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CFOAB), em outubro de 2017.

Nesta ação, caberá ao STF se pronunciar sobre a recepção, ou não, do crime de desacato pela CR/88. Iniciativas no Poder Legislativo também serão apresentadas na pesquisa. A expectativa sobre a descriminalização do desacato, infelizmente, é baixa a curto e médio prazo. Porque a conquista deste direito passará necessariamente pela conscientização dos cidadãos de que o fim da criminalização do desacato é um avanço no aprimoramento dos mecanismos democráticos no Brasil, que devem garantir o justo equilíbrio na relação entre Estado e cidadão, de acordo com os desafios que o sistema constitucional brasileiro determina.

## **1 O CRIME DE DESACATO**

O desacato é um crime cuja existência e justificativa estão intimamente vinculadas à maneira como o Estado se relaciona - ou se impõe - para com a sociedade. Aqui, o termo "Estado" não se confunde com o Estado Moderno, mas denota a ideia que advém do verbo *stare*, de estar firme, estabilidade, ou seja, para designar a sociedade política estabilizada, que controla e orienta os demais atores sociais. É por isso que se propõe, neste primeiro momento, compreender o desacato para além da análise restrita à regra atualmente positivada no Código Penal Brasileiro (CPB) ou no Código Penal Militar (CPM).

De tal modo, percebe-se, no contexto de surgimento do que poderia ser a raiz do desacato, a relação verticalizada entre um soberano e seus súditos, assim como a necessidade do Estado ter à mão mecanismos coercitivos de legitimação, proteção e manutenção do poder constituído. Conclui-se que o desacato surge e se perpetua ao longo do tempo como uma vertente adaptada dos crimes contra o Estado.

Não obstante seja uma figura antiga no ordenamento jurídico brasileiro, faz-se necessária a reflexão sobre sua (in)coerência com a ordem jurídica e política estabelecida a partir da CR/88, tendo em vista o fato de viver-se, hoje, uma realidade distinta do passado. Atualmente, deve prevalecer a relação horizontal entre o cidadão e o Estado, responsável pelo desenvolvimento qualitativo da democracia e dos direitos fundamentais.

Adiante, visitar-se-á a construção e a perpetuação do tipo penal em sua perspectiva histórico-política para se enriquecer a discussão acerca da aplicabilidade do crime de desacato no Estado Democrático de Direito.

### **1.1 Perspectiva histórico-política**

Já na Grécia antiga, a cultura penal previa a criminalização de ofensas ao Estado, que tinha a soberania como uma atribuição própria da pessoa do governante. Do ponto de vista político, essa soberania significa a independência fundamental do monarca perante os demais poderes e, do ponto de vista jurídico, o direito incontestável de governar. Neste período, a legitimação do soberano era muito distinta do que hoje se entende pelo apoio popular ou pela legalidade institucional de seus atos. A legitimidade do monarca antigo se fundamentava na teoria do direito divino. Nesse contexto, o Ostracismo (*ostrakón*) foi a figura penal criada para impedir conflitos políticos internos, ameaça a defesa nacional e a estabilidade política da

cidade-Estado de Atenas. A pena prevista para o indivíduo ou grupo contrário à "ordem democrática ateniense" era o banimento, ou seja, o exílio por 10 anos (ARNO, 2006 p. 32).

A ideia central da teoria do direito divino está consolidada na famosa frase do apóstolo Paulo, na Carta aos Romanos, Capítulo 13, versículo 1, “*Omnis potestas a Deo*”: todo poder vem de Deus. Narrativas que remontam a criminalização de condutas para a manutenção do poder e da ordem vigente na Antiguidade estão bem presentes na literatura sacra. O Novo Testamento também mostra, seis séculos à frente do Ostracismo grego, semelhante intolerância a qualquer tipo de ameaça à autoridade estatal nos primeiros anos da era cristã. (Bíblia, )

Nos evangelhos, a história do rei romano, Herodes, que ameaçado pelo nascimento de uma criança predestinada a se tornar rei dos judeus, ordenou o sacrifício de todas os meninos judeus com até dois anos. Pouco tempo depois, foi a vez de Jesus de Nazaré ser acusado e julgado por ter cometido – entre outros crimes – “blasfêmia” contra o Imperador César.

Inicialmente, o poder divino foi interpretado como limitado à designação pessoal do governante, batizada de teoria do direito divino direto. Depois, com o aumento da complexidade social, passou por uma atenuação e considerando-se a ação divina sendo revelada também em certas pessoas que ocupavam cargos de poder, conhecida como teoria do direito divino indireto ou providencial. É o que se observa no tratamento dado aos magistrados em Roma assim como aos sacerdotes medievais, os quais eram extensões de um Estado verticalizado e, por isso, também protegidos de toda a crítica e contestação. (PRADO, 2010, p. 515):

A punição ao crime de desacato teve origem no Direito antigo, inclusive no Direito romano, quando se reprimiam as injúrias perpetradas contra magistrados no exercício e suas funções como injúrias agravadas. Assim, a injúria perpetrada contra magistrado era classificada de *iniuria atrox*, sujeitando o agente a pena capital, quando pertencente a classe dos *humilatores*. Na Idade Média, os práticos mantiveram esse ensinamento, passando a ofensa direcionada a sacerdote também a ser considerada como *iniuria atrox*. Verifica-se, ainda, que surgiu entre os práticos a controvérsia sobre se a tutela penal deveria recair também sobre o delito perpetrado contra magistrado que não estivesse no exercício das suas funções e na hipótese de que as ofensas não tivessem relação com o exercício funcional.

O historiador do direito penal Carlo Calisse tratou, em sua obra *Storia del diritto penale italiano* no século XIX, da ampliação do núcleo do delito de lesa-majestade, cuja ramificação daria como fruto o crime de desacato. Segundo ensina Calisse, foi durante a Idade Média que se deu a maior expansão do delito de lesa-majestade, tanto no que se refere aos sujeitos passivos quanto no que diz respeito aos fatos que poderiam ser objeto do delito.

Se antes cabia-lhe aplicação somente contra o próprio soberano, passou a partir de então ser aplicado contra o papa, o imperador, o senhor feudal, a comuna, os cardeais, os conselheiros reais e também os oficiais públicos, quando estivessem cumprindo deveres de ofícios. Em se tratando do objeto núcleo do delito, “de muitos modos se poderia cometer o delito de lesa-majestade, seja praticando-o propriamente para causar danos ao príncipe e ao Estado, seja usurpando funções públicas ou em outro modo causando danos aos interesses públicos”. (CALISSE, 1895, apud ARNO, 2006, p. 90).

Na Idade Média, a força e a autoridade do Estado foi imposta com alto rigor repressivo, no qual a morte não bastava como pena do delito de lesa-majestade, “frequentemente usava-se esquartejar vivo o culpado e pendurar os pedaços do corpo nos lugares de maior frequência, mas não existia, além disso, arbítrio e crueldade que a razão de Estado não surgisse contra os réus ou os acusados somente de traição”. A pena poderia ultrapassar a pessoa do condenado, com a infâmia e o confisco de bens, cujo alcance poderia atingir “também os filhos, os quais nem sempre conseguiam escapar da vingança de quem tudo podia”. (CALISSE, 1895, apud ARNO, 2006, p. 91).

O vínculo de justificação entre a autoridade terrena e o divino perdurou por muito tempo na história humana e com ele, a falta de espaço para a racionalidade questionadora dessa autoridade. Desde os filósofos clássicos da Antiga Grécia como Platão e Aristóteles até o século XVII, com Maquiavel e Baruch de Spinoza foi despendido esforço para se demonstrar que os inimigos do Estado eram inimigos de Deus. Na obra do filósofo judeu-holandês de 1674, Tratado Político-Teológico, percebe-se ainda a confusão entre as leis em vigor com mandamentos divinos, defendendo o mesmo sentido dos governos anteriores a condenação dos cidadãos inimigos do Estado por crime de lesa-divina-majestade.

Foi com o advento do pensamento iluminista, inspirador tanto da Independência Americana (04 de julho de 1776) quanto da Revolução Francesa (1789-1799), que iniciou-se uma mudança na relação Estado e sociedade civil. Uma maior horizontalização do poder passa a ser almejada pela nova elite liberal burguesa, que apoiou a criação de instituições, assim como o estabelecimento de direitos fundamentais básicos, como a liberdade de expressão, limitando a intervenção estatal na vida dos indivíduos.

O Iluminismo representou um período de extrema transformação político-social, foi quando o crime de lesa-majestade recebeu, de forma mais significativa, questionamentos críticos à sua existência. Montesquieu, um dos pensadores da Revolução Francesa e destituição do Antigo Regime, criticou duramente a extensão dada ao crime de lesa-majestade, destacando a sua utilização para enquadramento de condutas de pouco relevo. O pensador iluminista

observou que a nobreza da época tentava, a todo custo, garantir o direito do cidadão de discordar e de criticar o soberano, militando por uma maior liberdade de expressão assim como de imprensa. Montesquieu chegou a combater especificamente a figura do desacato ao defender que o atentado aos funcionários do soberano deveria deixar de ser configurado como lesa-majestade (TARRELO apud ARNO, 2006, p.164 e 168).

Foi só depois da Revolução Francesa que o crime de lesa-majestade passou por uma reconfiguração, em que diversas condutas núcleo do delito passaram a ser descriminalizadas e as que restaram, tiveram suas penas diminuídas. Vale, contudo, ressaltar que o período pós Revolução Francesa não foi um momento preciso de completa pacificação nem mesmo do surgimento imediato da democracia. Pelo contrário, seguiram-se anos de guerras e retorno de governos ditatoriais e até monárquicos. Por isso, talvez se compreenda melhor que apesar de toda crítica iluminista sobre o desacato, havia uma impossibilidade no contexto político para a sua abolição absoluta.

Com esse contexto em mente, consegue-se compreender melhor fatos aparentemente contraditórios ao espírito iluminista, mas que aconteceram no século XIX na elaboração do Código francês de 1820, onde a *longa manus* do Estado passa a receber um tratamento de proteção penal substituindo ao que era dado à pessoa do rei e seus braços oficiais. Surge, então, uma derivação ou mutação do crime de lesa-majestade, "quando a ofensa direcionada a certas categorias de funcionários passou a ser classificada como crime autônomo, com o *nomen juris de outrage*, no que foi seguido pelo direito italiano, em que a figura passou a ser conhecida por *oltraggio*". (PRADO, 2010, p. 515).

Dá-se aqui o surgimento da espécie de crime de desacato propriamente dita pela doutrina jurídica. Entretanto, é importante observar que sua instituição assim como delineamento não foi algo uniforme nos diversos ordenamentos jurídicos existentes. Uma hipótese plausível que pode explicar as distintas realidades jurídicas referentes ao crime de desacato é o processo histórico de entendimento e evolução dos direitos fundamentais, principal limitador do Estado moderno.

Os direitos fundamentais são resultado de um processo histórico singular de conquistas, cumulativas e qualitativas de cada povo. Por exemplo, em Portugal, o país mais católico da Europa, os avanços na desvinculação da relação verticalizada entre Estado e sociedade foi mais lento. Até a Modernidade, o delito de lesa-majestade foi castigado semelhantemente à Grécia Antiga, com a pena de banimento, tendo como destinos comuns a África e o Brasil. Neste contexto, o crime de lesa-majestade alcançava aqueles que "resistissem ou desobedecessem aos oficiais da justiça ou lhes dirigissem palavras injuriosas" (ARNO, 2006 p. 139).

O Brasil, durante o período colonial, compartilhava do mesmo ordenamento jurídico de Portugal e a previsão do delito de lesa-majestade nas Ordenações Filipinas, que considerava crime a injúria feita aos ministros, magistrados ou seus oficiais. (NORONHA, 1984, p. 306). Nesse período, quando ainda se adotava a concepção romana de criminalização das injúrias, o julgador, na condição do próprio ofendido, julgava a ofensa caso ela tivesse sido feita em razão de seu ofício.

No Império, apesar da criação do Código Criminal de 1830, ainda se relacionava o crime de desacato à uma espécie de injúria qualificada, trazendo sua previsão no “art. 237 - O crime de injuria commettido por algum dos meios mencionados no artigo duzentos e trinta [...]; 2º Contra qualquer Depositario, ou Agente de Autoride publica em razão do seu officio. Penas - de prisão por tres a nove mezes, e de multa correspondente á metade do tempo”. (BRASIL, 1830)

No Código Penal dos Estados Unidos do Brasil, em 1890, o crime de desacato ganha autonomia no artigo 134, do Título II (Dos crimes contra a segurança interna da república), que dizia: “Desacatar qualquer autoridade, ou funcionario publico, em exercicio de suas funcções, offendendo-o directamente por palavras ou actos, ou faltando á consideração devida e á obediencia hierarchica: Pena - de prisão cellular por dous a quatro mezes, além das mais em que incorrer.”

Caso fosse o desacato praticado em sessão pública administrativa, legislativa, tribunais, corporação ou ainda dentro de alguma repartição pública, a pena seria majorada. Conforme o parágrafo único do dispositivo supracitado: "Si o desacato for praticado em sessão publica de camaras legislativas ou administrativas, de juizes ou tribunaes, de qualquer corporação docente ou dentro de alguma repartição publica: Pena - a mesma, com augmento da terça parte." (BRASIL, 1890).

O último movimento legislativo para delinear o crime de desacato no Brasil aconteceu na Era Vargas, especificamente, no período conhecido como Estado Novo, quando uma nova constituição foi imposta, concedendo poderes ditatoriais a Getúlio Vargas para sua perpetuação no governo. Neste momento de espírito político centralizador e autoritário, o crime de desacato foi ampliado no Brasil.

Em 1942, com a entrada em vigor do Código Penal (Decreto Lei 2.848/1940), o desacato passa a considerar também crime as ofensas proferidas contra funcionário público, ainda que não estivesse no exercício da função, desde que elas fossem em razão do ofício. Luiz Régis Prado observa que a tese de ampliar a tipificação para a razão do ofício, não era novidade jurídica, mas uma ideia defendida por Farinácio, na Idade Média (PRADO, 2010, p. 534).



O Código Penal da Era Vargas, ainda vigente no Brasil, estabelece a previsão do desacato em seu art. 331, com seguinte redação: “desacatar funcionário público no exercício da função ou em razão dela: pena de 6 (seis) a 2 (dois) anos, ou multa” (BRASIL, 1940).

Visitado o contexto histórico-político que envolve o crime de desacato, tem-se a primeira base crítica para o início da reflexão a que se propõe neste trabalho. Pois, com os direitos fundamentais e as conquistas de soberania popular, advindas da CR/88, não é necessário muito esforço para se questionar uma possível contradição na tipificação do crime de desacato vigente no Brasil desde 1942 e a ordem democrática estabelecida desde a Constituição Cidadã.

O próximo passo a ser tomado no sentido do conhecimento dos elementos necessários para construção de uma posição convicta sobre a (in)compatibilidade do desacato com o Estado Democrático de Direito, é compreender como o desacato é interpretado e aplicado juridicamente.

## **1.2 Conceito doutrinário jurídico**

A doutrina jurídica brasileira justifica a existência do crime de desacato como um dispositivo penal garantidor do princípio da legalidade no funcionamento do Estado e, por consequência, protetor da ordem pública e da paz social. A maneira de se buscar a garantia da ordem pública e da paz social pela tipificação do crime de desacato é a imposição de um tratamento penal diferenciado para os servidores públicos, entendidos independentemente da atividade que ocupam, como autoridade e hierarquia superior ao cidadão comum. O crime de desacato seria, portanto, uma imposição social para a obediência à aplicação e ao cumprimento das ordens estatais emanadas das autoridades revestidas da função pública. (BELTRÃO, 1971, p. 55).

Em sua essência formal, o desacato reveste-se de característica similar ao crime de injúria, diferenciando-se desta quanto ao sujeito passivo, o qual ao invés de ser uma pessoa qualquer (na injúria), é alguém que está investido num ofício público, representando a *longa manus* da Administração Pública. (LÉLIO apud CALHAU, 2004, p. 43). Francesco Antolisei chega a afirmar que “o desacato não é senão uma forma de injúria” (apud PAGLIARO, DA COSTA JUNIOR, 1999, p. 203). Alguns autores defendem a existência do crime de desacato, em um Código Penal que já prevê a injúria, baseando-se no entendimento de que a honra do particular e do servidor público possuem valores distintos. O criminalista Antônio Pagliaro em

sua definição do crime desacato trabalha justamente esta ideia (PAGLIARO, DA COSTA JÚNIOR, 1999, p. 205):

A honra do funcionário é tutelada, mercê do desacato, de modo muito mais rigoroso do que a honra do particular. Tal se dá porque o funcionário é portador de um interesse público, desempenhando posto de particular relevo no ordenamento do Estado.

Na perspectiva do sujeito passivo, a corrente restritiva, adotada por Luiz Régis Prado, defende que o artigo 327, § 1º, do Código Penal - que define o funcionário público de forma mais abrangente para efeitos penais - não alcança o sujeito passivo do desacato, somente sendo aplicado para o sujeito ativo. No entanto, não é esse o entendimento que prevalece na doutrina, mas a corrente extensiva, também adotada pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), tendo em vista o bem jurídico principal a ser protegido ser a administração pública, não haveria diferença quando o ato é praticado por funcionário comum ou *ad hoc* (PRADO, 2010).

Percebe-se então, que na delimitação do desacato, o sujeito passivo e onexo funcional podem ser verificados de duas formas: a ocasional, ou seja, onde e quando esteja o funcionário público a exercer as funções de seu cargo; e a causal, quando o ofendido não esteja desempenhando ato de seu ofício, mas, em razão da sua função pública, é ofendido.

Para o doutrinador penal Pierangeli, o funcionário público é sujeito passivo do desacato no plano secundário, pois sustenta que em primeiro plano está o Estado, representado pela União, Estados-membros, Distrito Federal e os Municípios (PIERANGELI, 2005 p. 891). Essa tese justifica o cabimento da ação pública incondicionada, nos termos do artigo 24 do Código de Processo Penal, pois, para os casos de desacato, não importa se o funcionário público se sinta ofendido, o fato, por si só, intenta uma ofensa ao Estado, e, ainda que o funcionário não o tenha assim considerado, está constituído o crime de desacato.

Outra consequência do Estado como sujeito passivo, é a definição do desacato como crime formal, pois independe da circunstância do sujeito passivo se sentir ofendido ou restar abalado o prestígio da função pública (JESUS, 2016, p. 264). Prevalece também na doutrina a impossibilidade da forma tentada do crime de desacato, pois trata-se de crime unissubsistente, consistindo naquele em que não há fracionamento da conduta (CUNHA, 2016, p. 169; ESTEFAM 2015, p. 336).

As penas cominadas ao delito de desacato são, alternativamente, detenção de seis meses a dois anos, ou multa, conforme previsto no artigo 331 do CPB e, em razão da pena máxima cominada ao crime de desacato ser de dois anos, constitui infração de menor potencial ofensivo,

sujeita às disposições da Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais (Lei 9.099/95), cujo teor do artigo 61 estabelece que “consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa” (BRASIL, 1995). Considerando-se que a pena mínima cominada ao delito é inferior a um ano, é cabível a aplicação do instituto de suspensão condicional do processo, assim como a transação penal, ambos previstos na Lei dos Juizados Especiais.

À medida em que se aprofunda a compreensão do crime de desacato, percebe-se o desafio maior da construção do conceito: a percepção negativa do delito. O que não é desacato, considerando que o Estado é uma abstração concretizada em instituições personificadas no seu corpo de servidores? Segundo Nelson Hungria, não há configuração do crime fora da presença do ofendido. Assim, não seria desacato a ofensa *in litteris*, ou por via telefônica, ou pela imprensa, em suma: por qualquer modo, na ausência do funcionário. "Em tais casos, poderão configurar os crimes de injúria, difamação, calúnia ou ameaça, se ocorrerem os respectivos essenciais, e somente por qualquer deles responderá o agente" (BELTRÃO, 1971, p.52).

Tampouco constitui crime a crítica ou censura justa, por mais que seja incisiva. Nas palavras de Noronha: "Não comete crime quem, embora de modo enérgico, mas não ultrajante, diz a um funcionário que, ele está errado". (NORONHA, 1984, p. 311). Pois, os funcionários públicos devem ser respeitados como qualquer pessoa humana, mas a lei não pode como a justificativa de tutelar o Estado criar um grupo de indivíduos intocáveis. Afinal, as críticas ao serviço público condizem perfeitamente com os interesses sociais e com as finalidades da própria administração, a fiscalização e a participação do indivíduo e da coletividade.

### **1.2.1 A possibilidade do desacato praticado por advogado ou funcionário público**

O entendimento majoritário é que o desacato pode ser praticado por qualquer pessoa, é um crime comum. Contudo, há uma pequena divergência doutrinária sobre desacato praticado por advogado e por funcionário público. O Estatuto da Advocacia (Lei 8.906/94) dispõe, em seu artigo 7º, § 2º, que o advogado tem imunidade profissional, de forma que não constitui injúria, difamação ou desacato puníveis as manifestações proferidas no exercício de sua atividade, em juízo ou fora dele. O mesmo dispositivo legal também expandiu o artigo 142, inciso I do CPB que dispõe da seguinte redação: “não constituem injúria ou difamação punível: I – a ofensa irrogada em juízo, na discussão da causa, pela parte ou por seu procurador” (BRASIL, 1940; BRASIL, 1994).

Especificamente a aplicação do artigo 7º, § 2º para os casos de desacato foi objeto de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 1.127-8, de 17 de maio de 2006, sendo a parte final do dispositivo considerada inconstitucional pelo STF. Por esta razão, a Suprema Corte decidiu que o advogado pode ser sujeito ativo do crime de desacato, mesmo no exercício de sua profissão, devendo ser responsabilizado caso pratique conduta tipificada no artigo 331 do CPB.

Quanto a questão da prática do desacato por funcionário público, o Superior Tribunal de Justiça também pacificou a temática, no âmbito jurisprudencial, filiando-se à compreensão de que o sujeito ativo do desacato pode ser, inclusive, um outro funcionário público desde que preencha as exigências do tipo. Neste caso, não importa nem mesmo o grau hierárquico dos sujeitos. Julio Fabbrini Mirabete define a conduta tipificada como desacato como:

[...] toda e qualquer forma de ofensa direta e voluntária à honra ou ao prestígio de funcionário público com a consciência de atingi-lo no exercício ou por causa de suas funções, tutelando a figura delituosa a dignidade da Administração Pública personificada em seus mandatários (MIRABETE, 2009 p. 336).

### **1.2.2 A imaterialidade do crime de desacato e a crítica garantista**

A dificuldade de se colocar claramente os limites do crime de desacato é reconhecida tanto por doutrinadores quanto por aplicadores do Direito. Jorge Beltrão observa que a doutrina e a jurisprudência têm entendido que nos crimes de desacato cabe uma grande parte para sua classificação ao juiz ou Tribunal, pois a estes compete analisar cada caso para enquadramento e aplicação da pena (BELTRÃO, 1971, p. 103). Mirabete, ao elencar o que na jurisprudência tem sido caracterizado como crime de desacato, demonstra o quanto é ampla a possibilidade interpretativa do juiz que pode considerar desacato até a expressão de um sorriso, conforme o trecho a seguir (MIRABETE, 2009 p. 336).

[...] nas ofensas morais seguidas de agressão física; na tentativa de agressão; no insulto seguido de um tapa; nas palavras grosseiras; nas palavras de baixo calão; nas palavras de desafio, brandindo o agente um facão; nos altos brados, provocando escândalo; na ofensiva caçoadada; na gesticulação desrespeitosa, nas ameaças veladas; no dirigir-se ao funcionário de modo arrogante, grosseiro e insultuoso; no desafio a magistrado, com afronta e irreverência ao mesmo; nas palavras e atos que ofendem, humilham ou espezinham funcionário; no tapa no rosto, ainda que não deixe vestígios; no arrebatar, amassar e rasgar ou atirar ao solo auto de infração que está sendo lavrado; no amassar, atirar sobre balcão do cartório contrafé recebida e proferir expressões inamistosas contra funcionário; no atirar ovos contra policiais. Como acentuou Sérgio da Silveira em parecer acatado pelo STF, até o riso ou sorriso, como outra forma de expressão qualquer, pode representar essa injúria qualificada que é o desacato.

O intento jurisprudencial para se delimitar o crime de desacato é a evidência concreta da crítica garantista em relação a imaterialidade e desafios para enquadramento de determinada conduta a este tipo penal. Os garantistas defendem que o Direito Penal deve proteger aquilo que está positivado, não por mero legalismo, mas pelo valor do Estado Democrático de Direito, com limites claros ao seu poder de punir. O ministro do Superior Tribunal de Justiça, Gilson Dipp, já admitiu que “da maneira como está hoje, nunca se sabe bem se é crime de desacato ou manifestação de insatisfação” (STJ, 2012).

Devido a imaterialidade do interesse tutelado no desacato, é praticamente indemonstrável se a legitimidade estatal foi efetivamente violada. Ou seja, a criminalização do desacato não pode ser um *cheque em branco* dado ao Poder Legislativo, cujos poderes seriam quase ilimitados para se caracterizar o delito de desacato, devendo se resumir as condutas necessárias, respeitando-se o princípio do Direito Penal como *ultima ratio*, ou seja, quando se esgota todas as outras vias jurídicas de resolução de um problema na sociedade. (CALHAU, 2004, p.25).

Luigi Ferrajoli, expoente do garantismo, soma-se a este entendimento sobre comportamentos como o ato obsceno ou o desacato, que correspondem a figuras delituosas *em branco*, cuja identificação judicial, devido à indeterminação de suas definições legais, remete inevitavelmente, muito mais do que provas, a discricionárias valorações do juiz, o que de fato esvaziam tanto o princípio formalista da legalidade quanto o empírico da fatualidade do desvio punível. (FERRAJOLI, 2002, p. 32)

O direito penal é regido pelo princípio da legalidade, que exige certeza e clareza na descrição dos tipos penais. Pois, o papel da lei é a definição do critério exclusivo e exaustivo dos fatos desviados. Ferrajoli ainda vai além, para o autor, o crime de desacato faz parte de modelos autoritários de Direito Penal, que partem de uma concepção substancialista do desvio penal, que concebem que o objeto de conhecimento e de tratamento penal não é apenas o delito formalmente previsto na lei, mas o desvio criminal enquanto em si mesmo imoral ou anti-social e, para além dele, a pessoa do delinquente, de cuja maldade ou anti-sociabilidade o delito é visto como uma manifestação contingente, suficiente, mas nem sempre necessária para justificar a punição (FERRAJOLI, 2002, p.35).

A gravidade do problema de enquadramento do crime é a restrição imposta ao exercício de direitos fundamentais, no caso do desacato, o direito à liberdade de expressão e de sua faceta na opinião pública e na antítese da posição política estabilizada. O mais perverso, talvez, seja o efeito de inibição do diálogo aberto entre a população e autoridades do Estado pelo temor que

se impõe pela criminalização do desacato, o que torna oportuna a análise do tipo no contexto do Estado Democrático de Direito.

## **2 O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

Não basta, para a reflexão acerca da (in)compatibilidade do crime de desacato com a CR/88, a compreensão isolada do conceito do tipo penal em questão. É preciso dedicar-se também a conhecer com propriedade o significado do modelo constitucional adotado pelo Brasil: o Estado Democrático de Direito. É preciso saber que os princípios e valores materiais positivados na lei maior são conquistas que visam preservar uma ordem humana de justiça e de paz.

A liberdade do indivíduo, a segurança individual e coletiva, a responsabilidade e responsabilização dos titulares do poder, a igualdade de todos os cidadãos, a proibição de discriminação de indivíduos e de grupos e a garantia da participação do povo no exercício do poder. Tudo aqui elencado deve ser não só garantido, mas também buscado por instituições, procedimentos de ação e de formas de revelação dos poderes e competências que permitam falar de um poder democrático, de uma soberania popular, de uma representação política, de uma separação de poderes, de fins e tarefas do Estado brasileiro.

Dentre os pilares fundamentais do Estado Democrático de Direito, o mais afetado com a restrição penal imposta pelo crime de desacato é o direito à liberdade de expressão. Por isso, além de se pensar de forma ampla o modelo constitucional, ainda neste capítulo, cuidar-se-á de perceber a liberdade de expressão como instrumento essencial ao desenvolvimento democrático. Por outro lado, reconhecendo que não há direitos absolutos, também discutirá a possibilidade de limites à liberdade de expressão.

### **2.1 O Desenvolvimento do Estado Democrático de Direito ao longo do tempo**

O Estado de Direito é uma categoria histórica, que se desenvolveu progressivamente a partir do que Canotilho denomina "tecnologias político-organizacionais", cuja a base é a juridicidade estatal, sustentada pela criação de instituições e valores paradigmáticos no campo jurídico, político, cultural e econômico. O conjunto destas tecnologias estabelece papéis e limites ao Estado tanto no âmbito da ordem interna, quanto no âmbito da ordem internacional.

O constitucionalista português, em seu texto Estado de Direito, ensina que o Ocidente foi o espaço geográfico natural para o surgimento e disseminação do Estado de Direito, que

conforme o trecho abaixo, mostra-se composto por um núcleo essencial de valores, mas também carregado de aspectos sutis de singularização e diferenciação nos diversos territórios em que se desenvolveu. (CANOTILHO, 1999 p. 9)

A ideia de um Estado domesticado pelo direito alicerçou-se paulatinamente nos Estados ocidentais de acordo com as circunstâncias e condições concretas existentes nos vários países da Europa e, depois, no continente americano. Na Inglaterra sedimentou-se a ideia de *rule of law* ("regra do direito" ou "império do direito"). Na França emergiu a exigência do Estado de legalidade (*État légal*). Dos Estados Unidos chegou-nos a exigência do Estado constitucional, ou seja, o Estado sujeito a uma constituição. Na Alemanha construiu-se o princípio do Estado de direito (*Rechtsstaat*), isto é, um Estado subordinado ao direito. De uma forma acessível, procurar-se-á condensar a mensagem jurídica e política de todas estas ideias.

Para além da perspectiva geográfica, a origem filosófica do Estado de Direito é o pensamento liberal, cujo o modelo ideal de Estado tem por essência “a submissão ao império da lei”; “a divisão de poderes” e o “enunciado e garantias dos direitos individuais”. Os ideias liberais clássicos tinham por objetivo a contenção política do Estado, colocando-o em uma posição jurídica do não-fazer. O sujeito de direito, em meados do século XVII, é o burguês, que luta pelo o valor da liberdade e o conquista por meio da imposição da não intervenção ao Estado.

Com a finalidade de contextualizar o tema do desacato, é necessário ressaltar uma observação feita pelas pesquisadoras Both e Gonçalves sobre as legislações penais, que criminalizam o desacato e estão em vigor na América Latina atualmente. Conforme trecho abaixo, as sociólogas lecionam que são todas leis de cunho liberal/neoliberal, fruto da influência europeia ora explicitada, carregando uma relação vertical entre Estado e sociedade (BOTH e GONÇALVES, 2017, p.555)

Nesta perspectiva tem-se que se por um lado o liberalismo pregava direitos fundamentais básicos como a liberdade e a igualdade -a qual pressupunha, por certo, um afastamento do Estado sobre a atividade do particular, da sociedade civil, só atuando quando estritamente necessário – por outro lado, de modo perverso, acabou por reconhecer e alimentar a ideia de um estado de legalidade e de uma relação verticalizada entre Estado e sociedade civil ou entre Polícia e cidadão, relações nas quais, por certo, não havia igualdade e havia a interferência estatal de modo repressivo.

Ironicamente, a superação histórica do modelo do Estado de Direito se dá justamente pelas consequências geradas por uma acentuada omissão estatal em promover o valor da igualdade. Na ausência de um ente que pudesse contrabalançar o livre mercado, graves injustiças e desigualdades sociais foram desencadeadas ao longo de um século. O marco limite

da degradação do modelo de Estado de Direito Clássico foi o advento da Revolução Industrial e a organização da sociedade em classes, como a dos trabalhadores.

Neste momento, o modelo ideal de Estado passa a ser aquele que assume uma finalidade social de atender o bem comum, valor que toma concretude com direitos fundamentais conhecidos na doutrina por segunda dimensão, os quais têm como objetivo a garantia da igualdade material na sociedade, em regra, estruturados por meio de normas programáticas. Consolida-se, então, a ideia da necessária intervenção estatal para garantir a materialidade dos direitos estabelecidos em lei.

Esta é a concepção do Estado Social de Direito, que carrega o peso do encargo da prestação e da garantia do bem-estar geral para desenvolvimento da pessoa humana. O modelo prestacional tampouco se demonstrou justo e eficiente para conformar o poder estatal em uma força favorável à proteção da sociedade. Segundo José Afonso da Silva foi insuficiente, pois carregava uma manifesta ambiguidade, sendo compatível com “regimes políticos antagônicos, como seja, a democracia, o fascismo e o nacional-socialismo”. (SILVA, 2011 p. 113 e 115).

Embora pareça contraditório, alguns autores denominam o Estado nazifascista de "Estado de direito fascista" para indicar que nele havia uma ordem jurídica, um "Estado legal", uma "segurança jurídica". Face às infelizes consequências bem conhecidas deste, assim como os outros regimes ditatoriais como o nazismo ou de legalidade-socialistas, tornou-se imperativo novo aprimoramento dos modelos estatais. A abordagem do Estado de direito, Liberal ou Social, divorciada dos problemas da democracia, da justiça e da socialidade passou a ser inaceitável. (CANOTILHO, 1999 p.6)

O entendimento crítico de que o Estado não é apenas um esquema organizacional, limitado pelo direito, com obrigações sociais, mas distante da sociedade foi a força motriz para o desenvolvimento e defesa da concepção do Estado Democrático. Até então, o indivíduo dispunha de leis razoáveis para a defesa da sua propriedade, da sua indústria, do seu estado civil, dos seus contratos, mas faltavam-lhe os espaços de respiração para exercer direito de associação, de reunião, de demonstração, de sufrágio, de liberdade de imprensa. O Estado de direito podia ser um Estado de liberalismo civil, mas não era um Estado de liberalismo político. (CANOTILHO, 1999 p.19)

A dificuldade lógica que se impõe na perpetuação do crime de desacato no ordenamento jurídico brasileiro está na contradição que o tipo carrega perante valores fundamentais do Estado Democrático de Direito como a soberania popular. A percepção deste desalinhamento parte da conscientização de que na nova constituição “o Estado foi originalmente concebido



para a realização do bem comum, e que existe para o ser humano, e não vice-versa” (TRINDADE, 2006, p. 17).

Faz parte da evolução do Estado, o reconhecimento de que o Direito, para ser respeitoso com as liberdades individuais e para permitir a efetiva tutela das garantias constitucionais pelo poder público, deve proporcionar canais para materialização da democracia e, conseqüente, soberania popular. O poder que emana do povo não tem por fim o voto, pelo contrário, a representação é um meio que exige legitimação contínua por meio da participação de manifestação política da sociedade. A partir do século XX, o sujeito de direito é o indivíduo, a coletividade e o cidadão. Dos ensinamentos de José Afonso da Silva, no que diz respeito ao Estado Democrático, extrai-se que:

Este se funda no princípio da soberania popular, que ‘impõe a participação que não se exaure, na simples formação das instituições representativas, que constituem um estágio da evolução do Estado Democrático, mas não o seu completo desenvolvimento’. Visa assim, a realizar o princípio democrático como garantia geral dos direitos fundamentais da pessoa humana. Neste sentido, na verdade contrapõe-se ao Estado Liberal, pois como lembra Paulo Bonavides, ‘ a ideia essencial do liberalismo não é a presença do elemento popular na formação da vontade estatal, nem tampouco a teoria igualitária de que todos têm direito igual a essa participação ou que a liberdade é formalmente esse direito’ (SILVA, 2011 p. 117).

Há autores, como Silva, que consideram antagônicos os valores e princípios transportados pelo Estado de direito e os valores e princípios conformadores da democracia. Por entender que o Estado de direito se relaciona às exigências constitucionais de limitação do poder político, ou seja, um “governo de leis e não de homens”. Esse cisma na cultura norte-americana é conhecido pela separação entre a preferência por um Estado juridicamente limitado e regido por leis (posição constitucionalista) ou o Estado dinâmico pela participação e construção pela maioria democrática (posição democrata). Na Alemanha, a controvérsia se dá entre *Demokratie* e *Rechtsstaat*. Na França, Benjamin Constant criou a distinção entre a "liberdade dos antigos", amiga da participação na cidade, e a "liberdade dos modernos", baseada no distanciamento perante o poder.

O principal incômodo entre os pensadores que não aceitam a ideia de se conjugar o Estado de direito e a democracia é maneira distinta em que estes modelos percebem a liberdade. Enquanto no Estado de direito concebe-se liberdade como um valor negativo, de defesa ou de distanciamento perante o Estado. Na democracia, a liberdade é positiva, fundada no exercício democrático do poder. É a liberdade democrática que legitima o poder. Assim, nesta situação de irreconciliabilidade, resta o sacrifício da dimensão democrática por amor ao império do

direito ou desvalorizar a dimensão de juridicidade estatal por amor à democracia. Cria-se, portanto, um dilema entre a vontade do povo e a regra do direito.

Para trazer racionalidade e balancear a coexistência do Estado de direito e a democracia, há quem defenda que a liberdade negativa tem precedência sobre a participação política. Neste sentido, John Rawls afirma que "se alguém for forçado a escolher entre as liberdades políticas e as restantes liberdades, o governo do bom soberano que reconhecesse estas últimas e que garantisse o domínio da lei seria preferível". (RAWLS apud CANOTILHO, 1999 p. 10). Isso significa dizer que o "homem civil" precede o "homem político", o "burguês estaria antes do cidadão". O "homem privado" que preza a sua liberdade em face do poder terá mais liberdade do que o "cidadão público" que cultiva a liberdade política. Canotilho, contudo, provoca o raciocínio dicotômico com a pergunta: Mas como falar em liberdade sem se falar em legitimidade e legitimação do poder?

O Estado constitucional carece da legitimidade do poder político e da legitimação desse mesmo poder. O elemento democrático não foi apenas introduzido para "travar" o poder (*to check the power*); foi também reclamado pela necessidade de legitimação do mesmo poder. Se quisermos um Estado constitucional assente em fundamentos não metafísicos, temos de distinguir claramente duas coisas: (1) uma é a legitimidade do direito, dos direitos fundamentais e do processo de legislação no Estado de direito; (2) outra é a legitimidade de uma ordem de domínio e da legitimação do exercício do poder político no Estado democrático. O Estado "impolítico" do Estado de direito não dá resposta a este último problema: donde vem o poder. Só o princípio da soberania popular, segundo o qual "todo o poder vem do povo, assegura e garante o direito à igual participação na formação democrática da vontade popular. Assim, o princípio da soberania popular concretizado segundo procedimentos juridicamente regulados serve de "charneira" entre o "Estado de direito" e o "Estado democrático", possibilitando a compreensão da moderna fórmula Estado de direito democrático. (CANOTILHO, 1999, p.10)

Das considerações já apresentadas, nota-se que o Estado Democrático de Direito, não é um acumulado dos elementos e componentes dos modelos Liberal e Social, mas um conceito novo que, por sua vez, "incorpora um componente revolucionário de transformação do *status quo*". É um tipo de Estado que tende a realizar a síntese do processo contraditório do mundo contemporâneo, com respeito ao espaço à crítica e participação cidadã, superando "o Estado capitalista para configurar um Estado promotor de Justiça social, que o personalismo e o monismo político das democracias populares sob o influxo do socialismo real não foram capazes de construir" (SILVA, 2011 p. 120).

## **2.2 Os direitos fundamentais, pilares do Estado Democrático de Direito**

A liberdade foi o primeiro valor positivado como pilar do Estado de direito moderno. Em um exercício de resgate histórico, é a *Declaration of Rights* da Virgínia, de 1776 o marco temporal em que se ergue os direitos e liberdades como base e fundação do governo. No mesmo ano e com mesmo espírito, a Declaração de Independência dos Estados Unidos também coloca em uma posição hierárquica superior os direitos e liberdades do indivíduo sobre o direito criado ou posto por qualquer legislador.

Na constituição, a liberdade foi positivada na qualidade de patrimônio subjetivo indisponível pelo poder. Isso significa dizer que são os direitos e as liberdades que limitam a lei, não é a lei que cria e dispõe destes direitos fundamentais. Canotilho, contudo, observa que se por um lado a formalidade dos direitos fundamentais tornou-se um critério definidor para o reconhecimento da própria existência de uma constituição, por outro, a declaração de um rol de "boas-intenções" não garantiam a efetividade destes direitos. O que se constata, no texto abaixo, a erosão da força normativa dos direitos e liberdades.

Por um lado, as declarações de direitos atingiam as alturas das proclamações filosóficas, eternas e imorredoiras, esquecendo que os homens e os cidadãos eram indivíduos bem situados no terreno da cidade. Além de serem reconduzidos à categoria de exortações retóricas, os direitos e liberdades caíam, por outro lado, e também por isso, nos braços criadores do legislador. Expliquemo-nos. "Sendo mais filosofia do que direito", os direitos e liberdades não valiam de per si, não radicavam posições subjectivas individuais juridicamente garantidas. (CANOTILHO, 1999 p. 20)

Neste contexto, desenvolve-se o entendimento doutrinário da regulamentação das liberdades, cujo centro do sistema de posições subjetivas estava nas regulamentações do legislador, e não nos direitos em si. Para que os cidadãos gozarem dos benefícios da proteção jurídica constitucional era preciso que o legislador fizesse um código ou uma lei, regulamentando os direitos. É o que Canotilho batiza de "constituições de fachada", as "constituições simbólicas", as "constituições álibi", as "constituições semânticas", que se utilizam de muitas palavras na afirmação de direitos, mas pouco podem fazer quanto à sua efetiva garantia.

Atualmente, a doutrina da regulamentação de direitos está superada. A constitucionalização de direitos significa dar a eles uma dimensão de fundamentalidade para a vida em comunidade. "Significa, em segundo lugar, que, valendo como direito constitucional superior, os direitos e liberdades obrigam o legislador a respeitá-los e a observar o seu núcleo essencial, sob pena de nulidade das próprias leis". (CANOTILHO, 1999 p. 20). No sistema constitucional contemporâneo (Neoconstitucionalismo), todas as conquistas de direitos

fundamentais se somam e se reafirmam em um processo histórico progressivo, lastreado tanto em uma perspectiva formal, quanto material. Do ponto de vista formal, há três premissas que devem ser observadas: a imperatividade da normas jurídicas constitucionais; a superioridade constitucional; e a centralidade da Constituição, ou seja, o texto constitucional é de onde parte a interpretação dos demais ramos do Direito.

Na perspectiva material, temos mais duas premissas a serem consideradas sobre o conteúdo do texto constitucional: a incorporação explícita de valores e opções políticas, além da expansão de conflitos específicos e gerais entre as opções normativas e filosóficas existentes dentro do próprio sistema constitucional. A escolha de valorização do conteúdo político ideológico se deve ao momento histórico de rompimento com modelos autoritários de governo. Desta forma, BARCELLOS explica:

Com a superação desses regimes, diversos países decidiram introduzir em seus textos constitucionais elementos relacionados a valores e a opções políticas fundamentais, na esperança de que eles formassem um consenso mínimo a ser observado pelas maiorias. Essa esperança era reforçada - e continua a ser - pelo fato de tais elementos gozarem do *status* de norma jurídica dotada de superioridade hierárquica sobre as demais iniciativas do Poder Público. Por esse mecanismo, então, o consenso mínimo a que se acaba de referir passa a estar fora da discricionariedade da política ordinária, de tal modo que qualquer grupo político deve estar a ele vinculado. (BARCELLOS, 2005 p. 86)

Há 30 anos o Brasil se arregimenta em um Estado Democrático de Direito, formalmente estabelecido no primeiro artigo da CR/88, estabelecida por um processo que buscou superar o período ditatorial vivido pelo País de 1964 a 1985, construindo assim um novo sistema constitucional, democrático e mais aberto. Foi a opção do constituinte originário. Ressalta-se que assim como o conteúdo constitucional dos direitos fundamentais, a conquista da supremacia jurídica da CR/88 também foi um processo histórico. Antes, a Carta era um documento meramente político, sem imperatividade. As premissas estabelecidas no conceito de "Neoconstitucionalismo" estão bem consolidadas no campo teórico brasileiro, mas ainda passam por uma disputa para se tornarem uma plena realidade de fato.

O Neoconstitucionalismo vive essa passagem, do teórico ao concreto de feérica instável e em muitas ocasiões inacabada construção de instrumentos por meio dos quais se poderá transformar os ideais da normatividade, superioridade e centralidade da Constituição em técnica dogmáticamente consistente e utilizável na prática jurídica. (BARCELLOS, 2005 p.84/85)

O Neoconstitucionalismo reconhece que os direitos fundamentais são capazes de transmitir impulsos e diretrizes para aplicação e validação do direito infraconstitucional, ou

seja, implicam uma interpretação conforme a seus preceitos para todo o ordenamento jurídico. Outra implicação deste efeito normativo é o dever imputado aos órgãos do Estado de permanente proteção, até preventivamente, dos direitos fundamentais contra as agressões do próprio Estado e de particulares. Ingo Sarlet leciona que soma-se, em consequência da imperatividade dos direitos fundamentais, o dever estatal no sentido organizatório ou procedimental, pois a materialização desses direitos depende de procedimentos legislativo, administrativo e judicial, assim como de órgão para sua tutela e promoção.

Assim, se de acordo com um critério formal e institucional os detentores do poder estatal formalmente considerados (os órgãos dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário) se encontram obrigados pelos direitos fundamentais, também num sentido material e funcional todas as funções exercidas pelos órgãos estatais o são. Além disso, importa destacar que de tal vinculação decorre, num sentido negativo, que os direitos fundamentais não se encontram na esfera de disponibilidade dos poderes públicos, ressaltando se, contudo, que, numa acepção positiva, os órgãos estatais acham-se na obrigação de tudo fazer no sentido de realizar os direitos fundamentais. (SARLET, 2013 p. 194).

### **2.3 O direito fundamental da Liberdade de expressão**

O direito fundamental atingido diretamente pela criminalização do desacato é a liberdade de expressão, meio essencial para o funcionamento do modelo do Estado Democrático de Direito. Conhecer a razão e os limites da tutela deste direito será o próximo passo da reflexão que se propõe. Iniciando pelo entendimento mais amplo da liberdade jurídica até as especificidades da proteção à manifestação do pensamento no contexto da CR/88.

A liberdade jurídica se correlacionada diretamente tanto à ideia da imposição negativa do “não-fazer” ao Estado quanto ao sentido positivo das obrigações prestacionais e de proteção estatal. A dimensão negativa se percebe com clareza na definição de liberdade elaborada pelo professor João dos Passos Martins Neto, qual seja a “ausência de obrigação de conduta”, em outras palavras, "ausência de uma norma jurídica que proíba ou ordene um determinado comportamento". (MARTINS NETO, 2008, p. 25).

Afonso da Silva traz no seu conceito o aspecto objetivo do conceito ao dizer que "liberdade consiste na possibilidade de coordenação consciente dos meios necessários à realização da felicidade pessoal". Para ele, a liberdade consiste no poder do sujeito de se buscar a sua felicidade em harmonia com a consciência e interesse de cada um. Além disso, a restrição dos meios para se alcançar a consciência necessária para coordenação da busca pessoal é um limitador ao exercício da liberdade.

Assim, por exemplo, deixar o povo na ignorância, na falta de escola, é negar-lhe a possibilidade de coordenação consciente daqueles meios; oprimir o homem, o povo, é retirar-lhe aquela possibilidade etc. Desse modo, também na medida em que se desenvolve o conhecimento, se fornecem informações ao povo, mais se amplia a sua liberdade com abrir maiores possibilidades de coordenação de meios necessários à expansão da personalidade de cada um (SILVA, 2011, p. 233).

Observar que o regime democrático é onde a liberdade encontra o terreno fértil para sua expansão, pois na democracia o homem dispõe de alternativas e meios necessários para busca da felicidade pessoal. E, como em um círculo virtuoso, quanto mais se avança democraticamente, mais obstáculos de constrangimento são derrubados, mais espaços e instrumentos democráticos são criados, mais liberdade se conquista. (SILVA, 2011, p. 234). Do contrário, Canotilho ensina que o Estado que impede a liberdade de expressão e informação editando "leis da rolha" ou "leis de censura" adota normas restritivas de direitos e liberdades com conteúdo "injusto". E, por isso, não é um Estado de direito porque o "direito" que corre nas veias das regulações das autoridades é mau, é perverso. (CANOTILHO, 1999 p. 18).

Para facilitar a compreensão e o trato doutrinário sobre a liberdade, foram criadas cinco grandes categorias pelo Direito Constitucional. Uma delas é a liberdade da pessoa física ou de locomoção. Outra seria a liberdade de expressão coletiva, com derivações como de reunião e de associação. A liberdade profissional também é uma categoria, que abrange a escolha e exercício de trabalho, ofício e profissão. Pela visão do mercado, tem-se a categoria da liberdade de conteúdo econômico, por exemplo, livre iniciativa, autonomia contratual e de comércio. Por último, apresenta-se a liberdade de pensamento que ainda se desmembra em opinião, informação e conhecimento.

O crime de desacato, objeto do estudo deste trabalho, colide com esta última categoria de liberdade e, por esse motivo, cuida-se a partir de aqui focar-se no entendimento do conceito e delimitação da liberdade de pensamento, assim como as formas de sua manifestação. No sentido mais amplo, o direito à exteriorização do pensamento se dá pela arte, ciência, religião ou qualquer outro ato que vise comunicar. Mas a liberdade primária e ponto de partida de todas as demais espécies de liberdade do pensamento é a opinião, onde o indivíduo pensa e expõe publicamente o que crê intimamente como verdadeiro (SILVA, 2011, p. 241).

A CR/88 adotou a "manifestação do pensamento" como gênero que abarca diversas manifestações específicas, como liberdade de consciência e de crença, a liberdade de comunicação (incluindo a liberdade de imprensa) e a livre expressão artística, intelectual e científica. Tais liberdades se confundem com o termo "liberdade de expressão" e estão

presentes na história constitucional brasileira desde a Carta Imperial de 1824, vivenciando períodos de maior e menor limitação.

No contexto da Ditadura do Estado Novo, com a Constituição de 1937, a liberdade de expressão sofreu fortes limitações assim como ocorreu no período da Ditadura Militar de 1964 a 1985. Na constituição brasileira da atualidade a liberdade de expressão tem lugar de destaque, como ensina Ingo Sarlet:

É amplamente reconhecido que a liberdade de expressão constitui um dos direitos fundamentais mais preciosos e integra os catálogos constitucionais desde a primeira fase do constitucionalismo moderno. Assim como a liberdade de expressão encontra um dos seus principais fundamentos (e objetivos) na dignidade da pessoa humana, naquilo em que diz respeito à autonomia e livre desenvolvimento da personalidade do indivíduo, ela também guarda relação, em uma dimensão social e política, com as condições e a garantia da democracia e do pluralismo político, assegurando uma espécie de livre mercado das ideias, assumindo, nesse sentido, a qualidade de um direito político e revelando ter também uma dimensão nitidamente transindividual, já que a liberdade de expressão e seus respectivos limites operam essencialmente na esfera das relações de comunicação e da vida social. (SARLET, 2017 p. 641)

O texto constitucional diferencia duas dimensões da liberdade de pensamento. A interna, que se percebe no inciso VI e VIII, do artigo 5º, com a inviolabilidade da consciência, da crença religiosa e da convicção filosófica ou política. A segunda dimensão é a externa, fruto do exercício das liberdades de comunicação, de expressão intelectual, científica e de transmissão e de recepção de conhecimento. A exteriorização do pensamento é protegida pelo inciso IV, do artigo 5º do texto constitucional brasileiro, que estabelece a livre manifestação do pensamento, vedado o anonimato. (BRASIL, 1988)

Assim como no artigo artigo 206, II, que dispõe sobre a liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber, no âmbito das diretrizes do ensino. No artigo 220, Capítulo da comunicação social, também diz que a manifestação de pensamento, sob qualquer forma ou processo ou veiculação, não sofrerá qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição, vedada qualquer forma de censura de natureza política, ideológica e artística. (BRASIL, 1988) As referências constitucionais relacionadas à liberdade de expressão não se esgotam aqui.

### **2.3.1 Uma reflexão sobre a indissociabilidade entre democracia e liberdade de expressão**

A liberdade de expressão permite que eleitores façam escolhas a partir da discussão aberta e franca entre candidatos, também é a maneira de possibilitar a crítica às autoridades públicas, em casos mais extremos, a denúncia do abuso de poder e da corrupção. No espaço democrático a identificação e a acomodação de aspirações contrárias entre si é fundamental para a estabilidade social. A abertura de espaço público para que indivíduos e grupos minoritários expressem seus descontentamentos pelo diálogo é a alternativa que a democracia concede para evitar a busca pelo poder com a violência.

Disso resulta que por detestável, incômodo ou desagradável que seja tal pensamento, estando nos limites que as razões da liberdade expressão, – “promoção do funcionamento da democracia, da busca da verdade e do conhecimento, da autonomia de consciência e do ensino da tolerância” – pode ser expressado e não admite controles [...] O direito constitucional, contudo, não separa em valor o pensamento argucioso e o pensamento mentecapto, o politicamente correto e o politicamente incorreto. A liberdade de expressão valoriza indiscriminadamente todo o ato comunicativo que se concilie com os fundamentos de sua proteção. (MARTINS NETO, 2008, p. 71-76).

O peso histórico da conquista do movimento de redemocratização do Brasil, colocou a democracia e o pluralismo político brasileiros em um patamar de destacada relevância. Consequentemente, doutrinadores, bem como o próprio Supremo Tribunal Federal, frente ao desafio de proteção do direito à liberdade de expressão como meio garantidor das instituições democráticas, adotaram e consagraram no julgamento da ADPF 130, paradigma quanto aos crimes de discriminação, a teoria da posição preferencial para o direito à liberdade de expressão, quando em conflito com outros princípios e direitos fundamentais. (SARLET, 2017 p.644).

Observa-se que a posição preferencial não se trata de atribuir nenhum tipo de imunidade de restrições à liberdade de expressão, nem mesmo significa uma hierarquia prévia entre normas constitucionais. O que se percebe, segundo Ingo Sarlet é que em algumas situações, a depender do caso concreto, quando o Supremo Tribunal Federal fala de uma posição preferencial "é para a finalidade de reconhecer à liberdade de expressão uma posição de vantagem no caso de conflitos com outros bens fundamentais no que diz respeito à hierarquização das posições conflitantes no caso concreto", mas que não se abandona as exigências da proporcionalidade e de outros critérios aplicáveis a tais situações.

Tal orientação se encontra, por outro lado, afinada, para além da celeuma em torno de uma posição preferencial da liberdade de expressão, na senda da diretriz (absorvida majoritariamente pela teoria dos direitos fundamentais e consagrada também na jurisprudência do STF, mormente em matéria de liberdades comunicativas) de que restrições a direitos fundamentais devem ser interpretadas restritivamente, otimizando a proteção de cada direito objeto de



eventual intervenção restritiva. Vale dizer que expressões e até eventuais excessos, abrigados pela crítica objetiva, sequer alcançam o limiar mínimo de relevância penal, desencorajando a utilização da persecução penal para assombrar a cidadania e os críticos dos governos de plantão, com a ressalva já apontada da crítica caluniosa em si. Apenas assim – sem abrir mão da necessária consistência dogmática (segurança jurídica, previsibilidade e aderência ao marco jurídico-constitucional) – estar-se-á levando a sério a harmonização (concordância prática) entre a liberdade de expressão e a proteção de direitos fundamentais colidentes. (SARLET, 2017 p. 658)

Na atualidade a reflexão mais ampla sobre democracia e liberdade de expressão no Brasil não pode se furtar a respeito do necessário enfrentamento da crescente conduta intolerante e violenta, principalmente, nas redes digitais. A ampla conectividade conjugada com a camuflagem do perfil virtual tem formado um ambiente comunicativo com muita virulência. Seria, então, o caso de se restringir a liberdade de expressão? Para Castells o foco desta problemática não está no direito à liberdade de expressão, mas no aumento do fundamentalismo que ameaça a sociedade da informação. Os direitos constitucionais de reunião e de expressão, no quadro do pluralismo intercultural, para o autor, são na verdade o contraponto do fundamentalismo e devem maximizar a voz das ruas e evitar reações estatais desproporcionais por meio da repressão penal. (CASTELLS 2013, p. 178)

Tolerar, em sede penal, tal virulência, que depõe contra seus autores, é o preço a pagar pelo necessário alargamento do âmbito da liberdade de expressão na prossecução de interesses legítimos, como esclarecer a opinião pública ou denunciar, de boa-fé, desmandos administrativos ou desvios políticos. É indesejável para uma democracia o *chilling effect*, ou seja, a autocensura, o amordaçamento das instâncias críticas. Quando objetiva, as críticas, justas ou injustas, estão cobertas pela liberdade de expressão, a redundar em conduta atípica.

Observa-se que reservar o tratamento da atipicidade ao largo espectro da crítica objetiva fomentar sobremaneira o espaço de liberdade da esfera pública, encorajando o debate inspirado pelo interesse público, o que parece de especial relevância em tempos que garantir a transparência dos negócios públicos e possibilitar a alternância política e a manifestação das minorias é vital para a sobrevivência da própria democracia, lançando-se uma ponte virtuosa entre a dogmática penal e a consagrada categoria constitucional dos direitos fundamentais.

Daí, torna-se oportuno examinar como entidades de proteção de direitos humanos e a comunidade internacional posicionam-se em nome da defesa de elementos que permitam a concretização das liberdades constitucionais. Os Estados não existem isoladamente, ademais quando internalizam pactos, tratados e convenções de direitos humanos, estes passam a

condição de fundamentais como se verá no capítulo seguinte, a partir de análise de recomendação exarada pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

### **3 O CONFLITO ENTRE A RECOMENDAÇÃO DA COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS E A RESPOSTA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES NO BRASIL**

Conforme leciona Canotilho, os limites impostos na atualidade aos Estados advém também, em medida crescente, de regras e princípios jurídicos internacionais. Estas normas são internalizadas e passam a compor o ordenamento jurídico dos Estados. Esta realidade se explica porque nenhum Estado pode permanecer fora da comunidade internacional e, desta forma, precisam se submeter às regras consensuadas neste ambiente construído além das fronteiras estatais. "A amizade e abertura ao direito internacional é uma das dimensões caracterizadoras do Estado de direito. Em termos mais concretos, a vinculação do Estado ao direito internacional começa, desde logo, pela observância e cumprimento do chamado direito imperativo (*jus cogens*) internacional" (CANOTILHO, 1999, p. 11). Estado de direito é o Estado que respeita e cumpre os direitos do homem consagrados nos grandes pactos internacionais.

Neste contexto, a reflexão sobre o crime de desacato e sua relação com o Estado Democrático de Direito não deve ser isolada do que pensa a comunidade internacional a qual o Brasil faz parte. Compreender o Sistema Interamericano enriquece a construção argumentativa com elementos jurídicos e valorativos que trazem luz à atual contradição interpretativa tanto da legislação quanto das decisões judiciais brasileiras, como explorar-se-á na seção seguinte deste trabalho.

#### **3.1 Recomendações da Comissão Interamericana de Direitos Humanos**

A preocupação com a tutela internacional dos direitos humanos surge depois da traumática experiência vivida na Segunda Guerra Mundial, quando a comunidade internacional assistiu inerte a violação da dignidade humana de inúmeras pessoas. O conflito caótico permitiu um alto nível de degradação da dignidade humana, mas também iniciou um processo de amadurecimento e reconhecimento da necessidade da criação de mecanismos internacionais de proteção do ser humano. (GOMES e MAZZUOLI, 2013, p. 16). Contudo, não bastou esse reconhecimento. As normas internacionais referente aos direitos humanos não foram e nem são uma conquista global imediata, ao contrário, deriva de incessantes lutas, sendo resultado de um

lento e gradual processo de internacionalização e universalização desses direitos (MAZZUOLI, 2012, p. 829).

Um marco histórico na construção de entendimentos internacionais acerca dos direitos humanos foi a Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, realizada em 22 de novembro de 1969 e que possibilitou a assinatura do Pacto de San José da Costa Rica, também chamado de Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH). Tido como principal mecanismo de proteção aos direitos civis e políticos e de fonte complementar a legislações internas dos Estados signatários, só passou a vigorar em 1978, depois de alcançar o número mínimo de 11 ratificações (CADH, 1969). Para demonstrar o processo gradual destas conquistas, no Brasil, o Pacto foi aprovado pelo Poder Legislativo, somente, em setembro de 1992, mediante o Decreto Legislativo nº 27 e a sua promulgação, dois meses mais tarde, pelo Decreto Presidencial nº 678.

A relevância do processo de internalização do pacto no ordenamento jurídico brasileiro está, em primeiro lugar, no seu papel de complementaridade ao direito interno, uma vez que não se retira a competência primária dos Estados de proteção aos direitos das pessoas sujeitas à sua jurisdição. Em segundo lugar, no caso de ausência da tutela dos direitos e garantias pactuados, se impõe um efeito vinculante do acordo internacional podendo, inclusive, ser fundamento para pretensões perante órgãos jurisdicionais (PORTELA, 2015, p. 126). Ressalta-se, que o Brasil também reconheceu, pelo Decreto Legislativo nº 89, de dezembro de 1998, a competência contenciosa da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), o que autoriza a atuação do Sistema Interamericano de forma concorrente em seu território de jurisdição.

O movimento de descriminalização do desacato em países da América Latina tem sido influenciado pelo posicionamento contrário à penalização da conduta pelos órgãos do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos, composto pela Corte IDH e pela Comissão IDH. Aquela tem função jurisdicional e consultiva acerca de casos submetidos pela Comissão que atua realizando visitas diligentes e relatórios sobre os Estados-membros da Organização dos Estados Americanos (OEA) nos casos de violação de direitos humanos.

O caso paradigma da posição adotada pela Comissão IDH é argentino e se baseia no episódio do jornalista Horácio Verbitsky que, em março de 1988, referiu-se ao Ministro Augusto Belluscio, da Corte Suprema Argentina, como “asqueroso”. Então, o magistrado iniciou uma ação civil contra o jornalista, que teve sua ação privada convertida em ação pública de desacato, sendo condenado em todas as instâncias daquele país. (CIDH, 1994)

Em 1992, o caso do jornalista argentino foi submetido à Corte IDH, onde as partes encontraram num acordo, dois anos depois, a solução para a controvérsia. Destacam-se dois pontos desta convenção: a derrogação do crime de desacato na Argentina (Art. 244 do Código Penal) e a solicitação das partes para que a Comissão IDH se posicionasse sobre a questão à luz do Pacto de San José da Costa Rica, o que foi cumprido no parecer emitido no informe anual de 1994, publicado em 1995. Assim, no Capítulo V - *Informe sobre la compatibilidad entre las leyes de desacato y la Convención Americana sobre los Derechos Humanos*, a Comissão entendeu que a tipificação penal do desacato é incompatível com o Pacto de San José da Costa Rica.

Na argumentação desenvolvida pela Comissão, a violação ao direito de liberdade de expressão é o cerne da questão. Em primeiro lugar, porque a tipificação do desacato é incompatível com Artigo 13 da CADH cujo texto proíbe a censura prévia, ou seja, os limites ao direito de liberdade de expressão podem ser impostos desde que *a posteriori*. Ademais, a repressão ao exercício da liberdade de expressão representa uma inversão de valores do sistema democrático, proporcionando ao funcionário público maior nível de proteção do que aos cidadãos privados, ao invés de proteger o escrutínio e controle popular para impedir e controlar abusos de seus poderes coercitivos.

Contrariamente à estrutura estabelecida pelas leis de desacato, em uma sociedade democrática, as figuras políticas e públicas devem ser mais expostas - e não menos expostas - ao escrutínio público e às críticas. A necessidade de um debate aberto e amplo, que é crucial para uma sociedade democrática, deve necessariamente abranger as pessoas envolvidas na formulação ou implementação de políticas públicas. Dado que essas pessoas estão no centro do debate público e conscientemente se expõem ao escrutínio da cidadania, elas devem demonstrar maior tolerância às críticas (CIDH, 1995, p. 197-212)

Os cidadãos têm o direito de criticar e examinar as ações e atitudes dos funcionários públicos no que se refere à função pública. Ao passo que o crime de desacato desencoraja, pela ameaça de prisão, multa ou pelo temor de contendas judiciais, os cidadãos de expressarem suas opiniões contrárias e críticas em relação aos órgãos e servidores públicos, principalmente, quando a legislação não faz a distinção entre fatos e juízos de valor.

No entendimento da Comissão, é necessário distinguir a má conduta que impede o funcionário público de cumprir suas funções do discurso crítico ao desempenho individual do servidor ou até o que se refere à sua honra. Mesmo as leis de desacato que contemplam o direito/dever de provar a veracidade das declarações efetuadas, restringem indevidamente a

livre expressão porque não contemplam o fato de que muitas críticas se baseiam em opiniões, e, portanto, não podem ser provadas.

Na análise da Comissão, fica claro que as leis de desacato em vigor na América Latina se prestavam ao abuso como um meio de silenciar ideias e opiniões impopulares. A repressão do debate prejudica o adequado funcionamento das instituições democráticas, melhores garantidoras da ordem pública. E, por isso, também se desconstrói a justificativa da tipificação do crime de desacato com o propósito de proteção da “ordem pública”. Além disso, há outros meios menos restritivos do que das leis de desacato mediante os quais o Estado pode reagir a ataques infundados, como por exemplo, a réplica em meios de comunicação ou impetrando ações cíveis por difamação ou injúria.

Por todas as razões acima, a Comissão IDH concluiu que as leis de desacato são incompatíveis com a CADH e recomendou aos Estados membros da OEA, onde o Brasil se encaixa, a derrogação das leis de desacato assim como a harmonização das legislações internas aos tratados internacionais de direitos humanos.

Como forma de repisar este posicionamento, a mesma comissão ainda aprovou, em outubro de 2000, a Declaração de Princípios Sobre Liberdade de Expressão, na qual, em seu item 11, proclamou, em interpretação definitiva do art.13 da CADH, que as leis que punem a expressão ofensiva contra funcionários públicos atentam contra a liberdade de expressão e o direito à informação, conforme a íntegra do texto:

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

Para demonstrar o alimento entre os distintos órgão do Sistema IDH, a título de ilustração, pode-se observar a forma como a Corte tem decidido sobre a impropriedade das sanções dadas pelas leis de desacato e sua consequente violação ao artigo 13 nos seguintes casos: *Herrera Ulloa vs. Costa Rica* (sentença de 2 de julho de 2004); *Palamara Iribarne vs. Chile* (sentença de 22 de novembro de 2005), *Kimel vs. Argentina* (sentença de 2 de maio de 2008); *Usón Ramírez vs. Venezuela* (sentença de 20 de novembro de 2009).

O Sistema IDH tem acompanhado a evolução das derrogações do crime de desacato dos sistemas jurídicos nos países membros da OEA. A Argentina foi a pioneira em 1993, seguida do Paraguai (1997), Costa Rica (2002), Peru (2003), Panamá (2007), Nicarágua (2007), Uruguai (2009) e Equador (2014). Outros países, ainda não derogaram mas

avanzaram no reconhecimento da inconstitucionalidade do delito. Este é o caso de Bolívia (2012), Guatemala (2006) e Honduras (2005). Resta, o Brasil, juntamente com Cuba, Venezuela, El Salvador e República Dominicana, mantendo a criminalização do desacato em suas legislações. (EKLUND, SANCHEZ, MOLINA, BALDIVIESO, 2016, p.125-127)

O informe anual de 2016 da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, em seu capítulo V, letra I, que trata das *Jurisprudencia sobre la Incompatibilidad de Las Leyes de Desacato y la Convención Americana*, mais uma vez ratificou a incompatibilidade das leis de desacato ao artigo 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos e conclamou todos os Estados membros a adaptar sua legislação de acordo com os padrões de garantia da liberdade de expressão estabelecidos pelo Sistema IDH. Também comentou a situação da justiça brasileira que, em alguns julgados, realizou o controle de convencionalidade. Porém, é necessário reconhecer que os avanços brasileiros no sentido da descriminalização do desacato são tímidos, como se analisará a seguir.

### **3.2 A resposta dada pelos tribunais superiores brasileiros - conflito jurisprudencial**

De 1995, quando a Convenção Interamericana de Direitos Humanos se posicionou pela derrogação do crime de desacato, para cá, ainda não se chegou a um entendimento pacífico pelas cortes brasileiras sobre o tema. O conflito de decisões acontece não só entre tribunais, mas até mesmo dentro de um mesmo tribunal, como a divergência entre a Quinta Turma e a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça (STJ). Contudo, há uma tendência dos tribunais superiores brasileiros de manutenção do desacato como norma válida e eficaz no ordenamento jurídico brasileiro.

O primeiro marco decisório na construção da jurisprudência sobre o tema pode ser datado em 15 de dezembro de 2016, quando a Quinta Turma do STJ se mostrou disposta a acompanhar a evolução da jurisprudência do Sistema IDH ao propor, nos autos do Recurso Especial nº 1.640.084/SP, a descriminalização do crime de desacato, por considerar inválida norma do código penal devido sua incompatibilidade com a Convenção Interamericana de Direitos Humanos.

Na decisão proferida pelo relator ministro Ribeiro Dantas, a fundamentação se ancora na manifestação da Comissão IDH de que a figura do Desacato se presta ao abuso como meio para silenciar ideias e opiniões consideradas incômodas pelo *establishment*, proporcionando

um maior nível de proteção dos agentes estatais em relação aos particulares, o que fere o princípio da igualdade e da democracia.

Contudo, em 24 de maio de 2017, no julgamento do Habeas Corpus nº 379.269/MS, a Terceira Seção do mesmo Tribunal, entendeu por manter a conduta-crime no ordenamento jurídico. Mesmo reconhecendo que o Brasil é signatário da Convenção Americana de Direitos humanos, tratado com caráter de norma supralegal, o colegiado não reconhece o caráter vinculativo das posições da Comissão IDH.

As funções deste órgão internacional não ostentam caráter decisório ou jurisprudencial, mas tão somente instrutório e cooperativo. A Terceira Seção ainda reforçou que não há precedente da Corte IDH relacionada ao cometimento deste Crime no Brasil e, ainda que houvesse, não seria suficiente para seria preponderante a soberania nacional sobre a decisão proferida pela corte internacional.

Esta segunda manifestação do STJ foi bastante significativa para a construção da jurisprudência acerca do tema, pois a decisão exarada pela Quinta Turma produziu efeitos entre as partes, por outro lado, a decisão da Terceira Seção objetivava uniformizar o entendimento no tribunal, por meio da participação das duas turmas de direito penal do STJ.

Recentemente, em 13 de março de 2018, o Supremo Tribunal Federal reforçou a tendência de manutenção do crime de desacato no ordenamento jurídico brasileiro, ao denegar, no julgamento do Habeas Corpus nº 141.949/DF, a ordem sustentando que o crime é compatível com o Estado Democrático de Direito nem a liberdade de expressão, desde que haja lei para punição dos casos de abuso de autoridade. Ressalta-se que neste caso se tratava de desacato no Código Penal Militar, mas o Supremo defendeu a similitude do tipo em tela à conduta descrita no Código Penal Comum pelo fato de o Estado em ambos os casos figurar como o sujeito passivo principal.

O tema da descriminalização do desacato foi, até então, enfrentado pelos tribunais superiores brasileiros pelo controle de convencionalidade, que impõe a adequação de normas internas aos tratados que versem sobre direitos humanos ou similares, dos quais o Brasil seja parte. Segundo leciona o doutrinador Mazzuoli, ainda que uma norma passe por todos os trâmites do Poder Legislativo, e esteja conforme a constituição, ainda assim, a norma para ter validade precisará estar de acordo com os tratados internacionais internalizados pelo país. Conforme resume no trecho a seguir: (MAZZUOLI et al. 2013, p.7)

A primeira ideia a fixar-se para o correto entendimento do que doravante será exposto, é a de que a compatibilidade da lei com o texto constitucional não

mais garante validade no plano do direito interno. Para tal, deve a Lei ser compatível com a Constituição e com os Tratados internacionais (de Direitos Humanos e Comuns) ratificados pelo Governo.

Percebe-se, então, a distância do entendimento jurisprudencial brasileiro acerca da descriminalização do crime de desacato defendida pelo Sistema IDH. A seguir, explorar-se-á detalhadamente os pontos controversos entre as decisões supracitadas para conhecimento dos fundamentos sobre a questão.

### **3.2.1 Decisão da Quinta Turma do STJ pela descriminalização do desacato**

A decisão da Quinta Turma de direito criminal do Superior Tribunal de Justiça em prol da descriminalização do crime de desacato fundamenta-se nos argumentos consagrados na Convenção Americana de Direitos Humanos que o Brasil é signatário. Far-se-á, a partir daqui, a identificação destes argumentos que justificam a viabilidade da descriminalização na julgamento do Recurso Especial nº 1.640.084/SP.

Primeiramente, destaca-se que o recurso foi interposto pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo, em defesa de A.C.G., em razão da inconformidade com o acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. As alegações da recorrente são: violações ao artigo 381, IV, do Código de Processo Penal; assim como pedido de aplicação do Princípio da Insignificância para a acusação de roubo e; o principal ponto desta pesquisa, o reconhecimento da inaplicabilidade do crime de desacato diante do entendimento da Relatoria para a Liberdade de Expressão da Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

O recorrente pleiteou a nulidade da sentença proferida em primeiro grau, em razão da omissão; a absolvição do delito de roubo pela incidência do princípio da insignificância, ou sua desclassificação para o tipo de constrangimento ilegal; e a absolvição do crime de desacato, em face do disposto no artigo 13 da CADH.

No que tange o debate sobre o desacato, o acórdão impugnado manteve a condenação pelo crime de desacato, com base na conduta de descumprimento de um “ato legal” imposto por policiais, “funcionários públicos competentes para executá-lo”, que se traduz pela resistência à prisão. Conforme o trecho da decisão:

à pena de 8 (oito) meses e 5 (cinco) dias de detenção, em regime inicial semiaberto, pelo crime de desacato previsto no artigo 331, também do Código Penal, em concurso material, nos termos do artigo 69, caput, do mesmo diploma legal, pelos seguintes fundamentos: ... se oposto à execução de ato legal, consistente em sua abordagem e detenção, mediante o emprego de grave



ameaça e violência exercida contra os policiais André Luiz Eduardo Gonçalves e Luiz Teixeira Fernandes, funcionários públicos competentes para executá-lo (BRASIL, 2016).

Ainda sobre, especificamente, as questões que envolve o crime de desacato, a defesa recorreu ao Superior Tribunal de Justiça com alegação de violação aos artigos 381, inciso III, do Código de Processo Penal, 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos e 157 do Código Penal, onde sustenta que:

a) embora entre as teses apresentadas para requerer a absolvição da acusação de crime de desacato estivesse a incompatibilidade do tipo penal deste crime com a Convenção Americana de Direitos Humanos o juízo de primeira instância não enfrentou esta questão, resultando assim ofensa ao disposto no art. 381, III, do Código de Processo Penal; (...) e c) o processo em tela apura suposta prática de crime de desacato pelo recorrente (art 331 do Código Penal), crime que não existe mais em nosso ordenamento jurídico. É que a Relatoria para a Liberdade de Expressão da Comissão Interamericana de Direitos Humanos firmou entendimento de que as normas de direito interno que tipificam o crime de desacato são incompatíveis com o artigo 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos (BRASIL, 2016).

Com o foco no argumento para absolvição do crime de desacato, o ministro relator Ribeiro Dantas defendeu, preliminarmente, a incompatibilidade do crime de desacato com o artigo 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos, que protege a liberdade de expressão e pensamento, onde o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo se manifestou da seguinte maneira:

a) a abolição de qualquer tipo penal somente poderia ocorrer por meio de lei; b) o Tratado não é incompatível com o crime de desacato, pois a garantia da liberdade de expressão e pensamento não autoriza ofensa gratuita dirigida a servidores públicos; e c) a previsão do delito de desacato insere-se em hipótese de responsabilidade ulterior pela ocorrência das violações mencionadas no item 2 do art. 13 da Convenção (BRASIL, 2016).

O ministro relator, Ribeiro Dantas, se opôs à decisão da Corte paulista, fundamentando seu posicionamento acerca da descriminalização do crime de desacato no disposto no artigo 2º c/c artigo 29 da Convenção Americana de Direitos Humanos, os observa-se a previsão de adoção de "medidas legislativas ou de outra natureza" visando à solução de antinomias normativas que possam suprimir ou limitar o efetivo exercício de direitos e liberdades fundamentais. Conforme o texto assim estabelece:

Artigo 2. Dever de adotar disposições de direito interno. Se o exercício dos direitos e liberdades mencionados no artigo 1 ainda não estiver garantido por

disposições legislativas ou de outra natureza, os Estados Partes comprometem-se a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades. [...]

Artigo 29. Normas de interpretação. Nenhuma disposição desta Convenção pode ser interpretada no sentido de: a. permitir a qualquer dos Estados Partes, grupo ou pessoa, suprimir o gozo e exercício dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção ou limitá-los em maior medida do que a nela prevista; b. limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos de acordo com as leis de qualquer dos Estados Partes ou de acordo com outra convenção em que seja parte um dos referidos Estados; c. excluir outros direitos e garantias que são inerentes ao ser humano ou que decorrem da forma democrática representativa de governo; e d. excluir ou limitar o efeito que possam produzir a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e outros atos internacionais da mesma natureza (CADH, 1969).

O relator também lembrou sobre o ocorrido na sessão em 04 de fevereiro de 2009, onde a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, ao julgar, pelo rito do artigo 543-C do Código de Processo Civil de 73 o Recurso Especial no 914.253/SP, de relatoria do Ministro Luiz Fux, onde adotou-se o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário no 466.343/SP, no sentido de que os tratados internacionais de direitos humanos, ratificados pelo Brasil antes da Emenda Constitucional 45/2004 tem força supralegal. Dessa forma, o relatório demonstra, no plano material, que as regras provindas da Convenção Americana de Direitos Humanos, quanto relacionadas a normas internas, são ampliativas do exercício do direito fundamental à liberdade e, ainda possuem o poder de paralisar a eficácia normativa da regra interna em sentido contrário. Este efeito não se confunde com revogação, mas de invalidade da norma:

Os tratados de direitos humanos têm hierarquia superior à lei ordinária, ostentando status normativo supralegal, o que significa dizer que toda lei antagônica às normas emanadas de tratados internacionais sobre direitos humanos é destituída de validade, máxime em face do efeito paralisante dos referidos tratados em relação às normas infralegais autorizadas da custódia do depositário infiel. Isso significa dizer que, no plano material, as regras provindas da Convenção Americana de Direitos Humanos, em relação às normas internas, são ampliativas do exercício do direito fundamental à liberdade, razão pela qual paralisam a eficácia normativa da regra interna em sentido contrário, haja vista que não se trata aqui de revogação, mas de invalidade (BRASIL, 2016).

O instrumento utilizado para se compatibilizar a norma interna com os tratados e convenções de direitos humanos é o controle de convencionalidade, que pode ser realizado a partir de recurso especial endereçado ao Superior Tribunal de Justiça. Pois, está posicionado de

forma supralegal, ou seja, superando a lei ou ato normativo interno que lhe seja contrário. A previsão legal deste controle de convencionalidade está no artigo 105, inciso III, alínea “a” da CR/88 que estabelece a competência do STJ para julgar em sede de recurso especial “as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência” (BRASIL, 1988).

O relatório do ministro Ribeiro Dantas ainda resgata o precedente do caso *Almonacid Arellano y otros v. Chile*, marco na exigência da Corte IDH perante o Poder Judiciário de cada Estado Parte do Pacto de São José da Costa Rica no sentido de que se exerça o controle de convencionalidade das normas jurídicas internas que aplica aos casos concretos. Consequentemente, "a ausência de lei veiculadora de *abolitio criminis* não inibe a atuação do Poder Judiciário na verificação da inconformidade do art. 331 do Código Penal, que prevê a figura típica do desacato, com o art. 13 do Pacto de São José da Costa Rica, que estipula mecanismos de proteção à liberdade de pensamento e de expressão” (BRASIL, 2016).

Observa-se, contudo, que no caso da discussão sobre tratado ou convenção votado sob regime especial do artigo 5º, § 3º, da CR/88, a norma teria status de emenda constitucional, cuja competência de julgamento seria do Supremo Tribunal Federal, em caso de controle concentrado, ou pela Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, em caso de controle difuso de constitucionalidade.

O arremate da argumentação do ministro relator é o princípio nº. 11 da Declaração de Princípios sobre Liberdade de Expressão, aprovada pela Comissão IDH em seu 108º período ordinário de sessões, celebrado de 16 a 27 de outubro de 2000, que dispõe da seguinte redação (CIDH, 2000):

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

A aprovação desse princípio sobre a liberdade de expressão se justificou por diversas razões. Em primeiro lugar, pela importância do exercício da liberdade de expressão como mecanismo social de controle democrático sobre as pessoas com cargo de interesse público. Outro ponto, é a inversão do princípio fundamental do sistema democrático causada pela injustificada proteção especial à honra dos funcionários públicos, da qual os demais integrantes da sociedade não possui. O efeito distorcido é que a cidadania é controlada no lugar do governo.

Além disso, o crime de desacato carrega consigo a ameaça do cárcere ou multas para aqueles que insultem ou ofendam um funcionário público, o que desencoraja os cidadãos de expressarem suas opiniões sobre problemas de interesse público, principalmente, quanto a legislação não distingue entre os fatos e os juízos de valor. Em resumo, a recomendação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos é incisiva: "A proteção dos princípios democráticos exige a eliminação dessas leis nos países em que elas ainda subsistam. Por sua estrutura e utilização, essas leis representam enquistamentos autoritários herdados de épocas passadas, e é preciso eliminá-las" (OEA, online).

Assim, conclui o relator, que a adesão ao Pacto de São José da Costa Rica implica a transposição, para a ordem jurídica interna, de critérios recíprocos de interpretação, "sob pena de negação da universalidade dos valores insertos nos direitos fundamentais internacionalmente reconhecidos". (BRASIL, 2016). Defende também como método hermenêutico mais adequado à concretização da liberdade de expressão a aplicação do postulado pro homine, divididos em princípios de proteção de direitos: a dignidade da pessoa humana e a prevalência dos direitos humanos. Por isso, a criminalização do desacato vai de encontro com o humanismo, colocando o Estado, personificado no agente público, em posição preponderante sobre o indivíduo.

É válido ressaltar que o relatório do Recurso Especial nº 1.640.084/SP esclarece, no caso do afastamento da tipificação criminal do desacato, sobre o não impedimento de responsabilização ulterior, civil ou de outra figura penal, como calúnia, difamação ou injúria, pela conduta abusiva na expressão verbal ou gestual perante o funcionário público. Por fim, a Quinta Turma concedeu parcial provimento ao recurso especial, para afastar, pela invalidade na norma, a condenação do recorrente pelo delito de desacato previsto no artigo 331 do CPB, acompanhando o voto do ministro relator, os ministros Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca.

### **3.2.2 Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça revisita o posicionamento do próprio tribunal e decide pela inexistência de *inconvenionalidade* entre a tipificação e a CADH**

No ano seguinte à decisão a favor da descriminalização do desacato pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, em 24 de maio de 2017, em sede de Habeas Corpus no 379.269/MS, impetrado em favor de M.L.S.A, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul, a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça decidiu por manter o crime de desacato no ordenamento jurídico, conforme previsto no artigo 331 do CPB. A justificativa da

decisão foi a falta de qualquer incompatibilidade com o artigo 13 da CADH com o tipo penal de desacato.

Um detalhe na tramitação do processo não pode ser ignorada, inicialmente, o Habeas Corpus no 379.269/MS havia sido distribuído para a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, sob relatoria do Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Porém, em sessão ocorrida no dia 16 de março 2017, o Habeas Corpus foi afetado, tendo em vista a relevância do tema tratado, para então ser decidido pela Terceira Seção do STJ, composta pela Quinta e pela Sexta turma criminal.

O julgamento do HC 379.269/MS começou com a apresentação do relatório do ministro Reynaldo Soares da Fonseca que concedeu a ordem de ofício para excluir da ação penal o crime de desacato, fundamentando sua decisão com base nos argumentos utilizados pelo ministro Ribeiro Dantas no julgamento do Recurso Especial nº 1.640.084/SP, abordado no tópico anterior. Contudo, apesar de acompanhado pelo ministro Ribeiro Dantas, o relator teve seu voto vencido.

Assim, o ministro relator do acórdão Antonio Saldanha Palheiro, autor do voto vencedor no julgamento, construiu a argumentação divergente ao entendimento da Quinta Turma do Tribunal. Mesmo reconhecendo o entendimento jurisprudencial sobre o caráter supralegal dos tratados de direitos humanos incorporados no ordenamento jurídico antes da Emenda Constitucional 45/2004, o voto vencedor diverge sobre a exigência do controle de convencionalidade no caso do crime de desacato. O fundamento da divergência está no artigo 41 do Pacto de São José da Costa Rica, o qual estabelece as competências da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, segundo o ministro o órgão não ostenta caráter decisório, mas somente de instrução ou cooperação, conforme transcrição abaixo (CIDH, 1969):

Artigo 41. A Comissão tem a função principal de promover a observância e a defesa dos direitos humanos e, no exercício do seu mandato, tem as seguintes funções e atribuições:

- a. estimular a consciência dos direitos humanos nos povos da América;
- b. formular recomendações aos governos dos Estados membros, quando o considerar conveniente, no sentido de que adotem medidas progressivas em prol dos direitos humanos no âmbito de suas leis internas e seus preceitos constitucionais, bem como disposições apropriadas para promover o devido respeito a esses direitos;
- c. preparar os estudos ou relatórios que considerar convenientes para o desempenho de suas funções;
- d. solicitar aos governos dos Estados membros que lhe proporcionem informações sobre as medidas que adotarem em matéria de direitos humanos;
- e. atender às consultas que, por meio da Secretaria-Geral da Organização dos Estados Americanos, lhe formularem os Estados membros sobre questões

relacionadas com os direitos humanos e, dentro de suas possibilidades, prestar-lhes o assessoramento que eles lhe solicitarem;  
f. atuar com respeito às petições e outras comunicações, no exercício de sua autoridade, de conformidade com o disposto nos artigos 44 a 51 desta Convenção;  
g. apresentar um relatório anual à Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos.

Ainda sobre a estrutura do Sistema Interamericano, o voto vencedor defende que a Comissão Interamericana de Direitos Humanos não possui função de caráter decisório e vinculante, tão somente instrutório, haja vista, que a função jurisdicional do sistema interamericano cabe à Corte IDH, cujo objetivo é a aplicação e interpretação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, segundo o artigo 2º do seu Estatuto.

A decisão da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça esclarece que as deliberações internacionais de direitos humanos resultantes de processos de responsabilidade internacional do Estado podem gerar três tipos de institutos: recomendação, decisão quase judicial e decisão judicial. O controle da observância dos direitos humanos acontece no âmbito dos dois tipos de decisões. Já as recomendações, como as expedidas pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, são ausentes de caráter vinculante, "mas tão somente 'poder de embaraço' ou 'mobilização da vergonha'".

Ressaltou também dentre os argumentos apresentados, o artigo 68 da Convenção Americana de Direitos Humanos, o qual estabelece o comprometimento pelos Estados Partes "a cumprir a decisão da Corte em todo caso em que forem partes". Então, complementa que a Corte IDH não deliberou em nenhum caso relacionado a eventual violação ao direito de liberdade de expressão por parte do Brasil, bem como que não haveria precedente da Corte relacionada ao crime de desacato relativo ao Brasil.

Quanto à restrição do direito de liberdade de expressão imposta pelo crime de desacato, o relator do voto vencedor enfatiza que a Corte IDH já afastou o entendimento de que seria absoluto este direito. E, o dispositivo legal sobre o crime de desacato preenche todos os requisitos para admissão da restrição ao direito de liberdade de expressão, revelando ser essencial, proporcional e idônea a resguardar a moral pública e, também, a própria ordem pública. Os requisitos, de que trata o relator, fazem parte do denominado teste tripartite, estabelecido no art. 13.2. da Convenção Americana de Direitos Humanos, que exige o cumprimento cumulativo das seguintes condições (BRASIL, 2017):

(1) a restrição deve ter sido definida de forma precisa e clara por meio de uma lei formal e material, (2) a restrição deve se orientar à realização de objetivos

imperiosos autorizados pela Convenção Americana, e (3) a restrição deve ser necessária em uma sociedade democrática para o sucesso dos imperiosos fins buscados; estritamente proporcional à finalidade buscada; e idônea para alcançar o imperioso objetivo que procura realizar. [...] Em se tratando de restrição oriunda da norma penal, soma-se a este rol a estrita observância do princípio da legalidade.

O ponto fundamental de divergência entre a Quinta Turma e Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça está na amplitude da exigência e discricionariedade dos Estados no controle de convencionalidade. Enquanto a Segunda Turma entende como uma imposição universal a compatibilização vertical das normas domésticas com os tratados internacionais, a Terceira Seção valoriza a força soberana inerente aos Estados e defende a discricionariedade para concretização de Direitos Humanos, conforme a posição de Luiz Guilherme Arcaro Conci na aplicação da Teoria da Margem de Apreciação Nacional, que diz (BRASIL, 2017):

[...] os estados nacionais, apesar de signatários dos mesmos tratados e vinculados pela jurisprudência da Corte IDH, no caso americano, ou pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos, naquele continente, continuam a manter um espectro de discricionariedade para a concretização dos direitos humanos, ainda que existam decisões tomadas por órgãos judiciários, não judiciários ou que exerçam função quase judicial. Não se trata de entender a possibilidade do descumprimento ou da violação, mas de entender que há uma margem de discricionariedade para temperamento de algumas decisões proferidas internacionalmente, quando de seu cumprimento internamente.

Desta forma, o voto vencedor determina que "ainda que existisse decisão da Corte IDH sobre a preservação dos direitos humanos, essa circunstância, por si só, não seria suficiente a elidir a deliberação do Brasil acerca da aplicação de eventual julgado no seu âmbito doméstico, tudo isso por força da soberania inerente ao Estado" (BRASIL, 2017). Não caberia a decisão a um ente internacional sobre a descriminalização ou não do tipo penal de desacato no Brasil, diante do preenchimento das condições previstas no artigo 13.2 do Pacto de São José da Costa Rica.

Contudo, o posicionamento da Terceira Seção do STJ é controverso. Para o professor GONTIJO, seria inadmissível subordinar sua jurisdição obrigatória da Corte IDH a restrições e objeções agregadas pelos Estados Partes demandados ao término do procedimento de aceitação da competência contenciosa da Corte, porquanto isso afetaria a eficácia do instituto e impediria o seu desenvolvimento progressivo.

O papel institucional desempenhado pela Corte Interamericana é o de atuar com a finalidade de preservar a integridade do instituto de aceitação da cláusula facultativa da jurisdição obrigatória, previsto no artigo 62, item 1, da

Convenção, uma vez que a Corte não pode estar condicionada a fatos distintos de suas próprias atuações. [...]

Com efeito, para demonstrar o caráter normativo da Convenção Americana, a Corte Interamericana considera que a aceitação de sua competência contenciosa constitui uma cláusula pétrea, a qual não admite limitações, a não ser a que estejam expressamente contidas no texto convencional, posto que, diante de sua importância para o sistema de proteção dos direitos humanos, essa interpretação não pode ser restrita a limitações não previstas e que sejam invocadas pelos Estados Partes por razões de ordem interna. (GONTIJO, 2015, p. 414)

Quanto a aplicação Teoria da Margem de Apreciação Nacional, a decisão do STJ sinaliza uma preferência da corte pela defesa da soberania nacional e ao poder estatal, no que tange a descriminalização do desacato, em detrimento ao apoio a movimentos de universalização e regionalização dos patamares de direitos humanos relacionados à liberdade de expressão e à democracia. O uso da Margem de Aplicação foi adotada na Corte Europeia de Direitos Humanos em 1950, mas tem sido utilizada com muita cautela pela Corte IDH. A utilização da Margem de Apreciação Nacional pelo STJ no caso do desacato é um movimento peculiar. Conforme observa CORRÊA no trecho que se segue (2013, p.277):

Enquanto na Europa percebe-se um aumento do uso da doutrina como justificativa para a não interferência de tribunais internacionais nos assuntos relacionados aos valores morais e à cultura de cada Estado, na América a discricionariedade estatal foi ratificada no contexto da discussão acerca do direito à nacionalidade e à proibição de discriminação, porém de uma forma bastante específica. [...]

Compartilha-se da ideia de que a margem de apreciação contribui para a aplicação não uniforme, subjetiva ou relativista do direito internacional, flexibilizando as fronteiras da legalidade.

Crítica à técnicas jurídicas da margem de interpretação ou margem nacional de apreciação, Delmas-Marty observa que a discricionariedade do Poder Judiciário na aplicação dos direitos humanos reduz o universalismo e destaca como principal dificuldade a conciliação da noção de Estado soberano e o respeito ao ideal democrático, conforme texto abaixo (DELMAS-MARTY, 1998, 176):

A ideia de instituições públicas mundiais confronta diretamente com o conceito de soberania, enquanto que o de sociedade civil mundial conduz ao de cidadania do mundo [...]. As noções de subsidiariedade ou de margem nacional de apreciação possuem o mérito de terem sido criadas pela prática, mas o inconveniente de possuírem origens mais políticas do que jurídicas, e de não terem sido definidas com suficiente rigor.



Por fim, a Terceira Seção decidiu, por maioria dos votos, não conhecer o pedido de habeas corpus, mantendo a tipificação do crime de desacato, sendo vencidos os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca e Ribeiro Dantas, que não conheciam do habeas corpus e concediam a ordem de ofício para excluir da ação penal o crime de desacato. Acompanharam o voto do relator os Srs. Ministros Felix Fischer, Maria Thereza de Assis Moura, Jorge Mussi, Rogerio Schietti Cruz e Nefi Cordeiro. (BRASIL, 2017).

### **3.2.3 Decisão do Supremo Tribunal Federal a favor da criminalização do desacato**

Outra decisão judicial que marca a construção da jurisprudência em torno da (des)criminalização do desacato no Brasil foi dada pelo Supremo Tribunal Federal. Apesar de não se debruçar especificamente sobre o tipo descrito no artigo 331 do Código Penal, no julgamento do Habeas Corpus no 141.949/DF, ocorrido em 2017, é importante para a presente pesquisa porque a Suprema Corte enfrentou a tese de defesa que alegava a não convencionalidade do crime de desacato do artigo 299 do CPM, por violação do artigo 13 da CADH e inconstitucionalidade, por afronta aos artigos 5º, incisos IV, V, IX e artigo 220 da CR/88, os quais não teriam recepcionado referido tipo penal.

A semelhança entre os crimes de desacato presentes, tanto no CPB quanto no CPM, reconhecida no voto, cujo texto afirma que "ambos os tipos penais guardam similitude, podendo-se considerar nas duas hipóteses legais o funcionário público (civil ou militar) como sujeito passivo secundário do crime de desacato, figurando o Estado como sujeito passivo principal" (STF, 2018). O que conecta os dois tipos penais é que "A tutela penal está no interesse em se assegurar o normal funcionamento do Estado, protegendo-se o prestígio do exercício da função pública. Ressalte-se, pois, que a norma tem como destinatário da proteção legal mais a função pública do que a pessoa do funcionário (civil ou militar)" (BRASIL, 2018).

O Habeas Corpus no 141.949/DF foi negado em desfavor do paciente A.F.S.G, que impetrou o remédio constitucional contra decisão do Superior Tribunal Militar, que também negava provimento ao recurso de apelação. Constam nos autos, que o paciente foi condenado à pena de detenção de seis meses, como incurso no crime de desacato a militar, tipificado no artigo 299 do Código Penal Militar, por ter chamado o 2º Sargento do Exército A.F.C de "palhaço".

O tipo penal em análise estabelece o crime de desacato a militar da seguinte forma: "art. 299. 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". (BRASIL, 1969).

Ressalta-se ainda que, nos termos do artigo supracitado, o Código Penal Militar aponta o desacato como tipo penal de caráter subsidiário, devendo ser utilizado somente quando o ato não configure delito mais grave. O ministro relator no julgamento do Habeas Corpus no 141.949/DF, Gilmar Mendes, esclarece que a tutela do crime de desacato tem como fundamento assegurar o “regular funcionamento estatal, protegendo o prestígio do exercício da função pública”.

Especificamente quanto ao controle de constitucionalidade e de convencionalidade das normas domésticas, o Supremo Tribunal Federal entende que não poderia prosperar as alegações no sentido de descriminalização, pois para isso seria necessária a revogação do tipo penal, cujo teor tampouco é incompatível com a democracia desde que, em contrapartida, exista previsão legal para punir o abuso de autoridade. No entendimento da Corte Suprema, não ocorreu uma revogação da norma penal, mas a recepção pela regra supralegal, conforme o voto esclarece (BRASIL, 2018):

Observe-se que o item 2, letra a, do art. 13 do Pacto de San Jose dispõe claramente que o exercício do direito à liberdade de pensamento e de expressão, embora não sujeito a censura prévia, deve assumir responsabilidades ulteriores, expressamente fixadas em lei, para assegurar o respeito aos direitos ou à reputação das demais pessoas.

Além disso, em consonância a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, repisa que a liberdade de expressão prevista na Convenção Americana de Direitos Humanos não é diferente do tratamento dado pela CR/88, não tendo, assim como todos os demais direitos fundamentais, caráter absoluto. De conseguinte, o direito à liberdade de expressão deve conviver harmonicamente com os demais direitos (honra, intimidade e dignidade). O ministro relator, Gilmar Mendes, enfatiza, com exemplo de livro de sua autoria, o princípio da concordância prática, pelo qual o intérprete deve buscar a conciliação entre normas constitucionais. Depreende-se da fundamentação apresentada que o crime de desacato não restringe à liberdade de expressão, não impede o direito à livre manifestação cidadã, desde que esteja limitado à marcos civilizatórios e com a possibilidade de se punir excessos.

Na justificativa da decisão, o ministro relator ainda pondera sobre a proteção diferenciada dos agentes públicos em um Estado Democrático, que entende não ser um privilégio diante dos rigorosos deveres a que estão sujeitos. Pelo contrário, é democrático reprimir os ataques ao Estado, caso haja previsão de punir desvios. Assim defende o ministro relator (BRASIL, 2018):

O agente público, em razão dos rigorosos deveres a que está sujeito, está submetido a um regime de responsabilidade bastante gravoso, superior àquele imposto ao particular. A improbidade administrativa estabelecida pelo § 4º do aludido artigo 37 é mostra desse rigor legal que paira sobre a conduta do funcionalismo público em geral. Não se está, pois, diante de privilégio a colocação do agente público sob especial proteção legal. Reprimir o Estado ataques ao funcionalismo está no âmbito de abrangência do espectro democrático. O que não se tolera, no Estado Democrático de Direito, é colocar sob a proteção da lei uma classe de profissionais ou categoria de pessoas, deixando-se de punir seus desvios, tornando-os imunes à *persecutio criminis*. Não é isso o que ocorre em nosso sistema.

No entanto, na mesma justificativa, o mesmo relator reconhece o desequilíbrio entre a força punitiva do crime de desacato e a força punitiva do abuso de poder. Desequilíbrio que tem afetado a eficácia social do desacato. "E, nesse ponto, ressalte-se que a atual lei de repressão ao abuso é precária, editada há mais de meio século (Lei 4.898, de 9 de dezembro de 1965), sendo insuficiente para coibir eficazmente a diversidade de desvios funcionais desvelados hodiernamente" (BRASIL, 2018).

No desfecho do julgamento do Habeas Corpus no 141.949/DF, por maioria dos votos, a Turma denegou a ordem, nos termos do voto do relator, vencido o Ministro Edson Fachin que sustentou argumentos semelhantes aos utilizados pela Quinta Turma do STJ em favor da descriminalização do crime de desacato do ordenamento jurídico.

### **3.3 Expectativas para o reconhecimento da incompatibilidade do desacato com o ordenamento jurídico brasileiro**

Há diferentes caminhos rumo à descriminalização do desacato no ordenamento jurídico brasileiro. O primeiro que está em estágio mais avançado, como foi visto no tópico anterior, seria pela via judicial com a aplicação do controle de convencionalidade em relação à CADH que poderia resultar na invalidação da conduta penal no Brasil. Com base nos julgados dos tribunais superiores de pedidos de controle de convencionalidade, conforme analisado no tópico anterior, tanto o STJ quanto o STF sinalizam uma tendência de perpetuação na aplicação do desacato, tendo em vista não reconhecerem o posicionamento expresso da Comissão IDH e a jurisprudência da Corte IDH como vinculativo à jurisdição nacional.

Porém, mesmo que o tribunais superiores não reconheçam a inconveniência do desacato, outra alternativa possível, para Poder Judiciário descriminalizar a conduta, seria pelo controle de constitucionalidade, instrumento de correção presente nos ordenamentos jurídicos dos Estados democráticos que se presta à verificação da conformidade de um Ato jurídico em

relação à CR/88. Chama-se de compatibilidade vertical, pois é a constituição que rege todas as outras espécies normativas de modo hierárquico, tanto do ponto de vista formal, quanto material. (BARROSO, 2004).

Neste compasso, aguarda decisão no STF o julgamento da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF 496, ajuizada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil em outubro de 2017. Caberá ao Supremo Tribunal Federal se pronunciar sobre a recepção, ou não, do crime de desacato pela CR/88. A linha argumentativa na petição promovida pela OAB concentrou-se em três frentes: I) o argumento da liberdade de expressão, II) o argumento da legalidade e III) o argumento republicano ou do Estado democrático de direito, relacionado umbilicalmente ao princípio da igualdade. Ressalta-se, a construção argumentativa do pedido traz elementos novos que ainda devem ser apreciados pelos ministros da Corte Suprema.

O terceiro caminho para a descriminalização do desacato no Brasil seria pela atuação do Poder Legislativo para supressão da infração penal em virtude da edição de lei posterior que revoga lei anterior incriminadora. Segundo o art. 107, III, do CPB, na hipótese de revogação total, ocorreria a figura chamada *abolitio criminis*, cujo efeito é a extinção da punibilidade do agente em qualquer fase do processo ou até mesmo na execução da pena.

Para Rogério Greco (2011, p.162), tem-se entendido por *abolitio criminis* como uma suspensão da tipicidade de determinada conduta, a situação na qual a aplicação de determinado tipo penal é prejudicada não permitindo, conseqüentemente, a punição do agente que pratica o comportamento típico. A conduta é retirada do ordenamento jurídico não mais sendo criminalizada.

No Poder Legislativo, vem sendo apresentadas, desde 2008, proposições de parlamentares para revogação do desacato. Como exemplo tem-se o Projeto de Lei nº 4.548/2008, de autoria do deputado Edson Duarte. Apesar, de ter tramitado pelas comissões temáticas e estar pronto para apreciação no Plenário da Câmara dos Deputados, a proposta representa um campo minoritário no parlamento, conseqüentemente, não avança sem o apoio necessário para aprovação. A justificativa de inaceitabilidade da intimidação do cidadão pelo desacato, como o trecho abaixo do projeto do deputado Edson, não seria suficiente para revogação do desacato para a maioria dos congressistas:

A tipificação do crime de desacato prevista no art. 331 do Código Penal tem servido nos dias atuais muito mais como instrumento de intimidação de pessoas no âmbito das repartições públicas, onde costumeiramente são

afixadas placas, cartazes e objetos similares em locais visíveis ao público com dizeres que alertam para a prática do aludido delito e suas possíveis consequências jurídicas ou simplesmente transcrevem literalmente o referido dispositivo legal, que prevê que o infrator no caso se sujeitará à pena privativa de liberdade (detenção) de seis meses a dois anos ou multa. Com efeito, tal providência administrativa, muito embora seja justificada por autoridades e servidores públicos como importante meio para deter a violência contra si, estabelece na prática um lamentável mecanismo de censura em detrimento da livre manifestação de pensamento e, assim, contribui em grande medida para perpetuar as situações de mau atendimento a usuários de serviços públicos ou de adoção contra estes de atitudes grosseiras ou incompatíveis com a urbanidade que deveria ser mantida pelos mencionados agentes públicos no âmbito das repartições públicas. (BRASIL, 2008).

Outra proposição em tramitação no Legislativo que merece destaque é o Projeto de Lei do Senado nº 236/2012, que institui o novo Código Penal. Nele o desacato não estará mais inserido no rol de crimes. Contudo, observa-se que outra figura o substituirá: a injúria qualificada. Sem dúvida esta é uma manobra para afastar a pressão política e a crítica ao projeto pelos grupo de defesa dos direitos humanos que buscam a retirada do viés autoritário na proteção atribuída ao servidor público, sem deixar, todavia, de manter como crime a ofensa a eles irrogada em razão da função:

Art. 138. Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro:

Pena – prisão, de seis meses a um ano.

[...]

Art. 140. As penas cominadas neste Capítulo são aplicadas até o dobro se qualquer dos crimes é cometido:

[...]

II - por meio jornalístico, inclusive o eletrônico ou digital, ou qualquer outro meio de comunicação que facilite a divulgação da calúnia, da difamação ou da injúria;

IV – contra servidor público, em razão das suas funções (BRASIL, 2012).

Percebe-se no comparativo das penas cominadas aos delitos de desacato e injúria qualificada do projeto do novo Código Penal, que a aplicação da pena em dobro ao delito de injúria qualificada, ainda que pareça desproporcional, terá a mesma pena máxima cominada ao delito de desacato, ou seja, dois anos, não havendo mudança significativa na aplicação da pena do novo delito. Questiona-se, então, a efetividade da mudança proposta, tendo em vista que no âmbito material permaneceriam existentes os mesmos efeitos do crime desacato, só que chamados de injúria qualificada.

Visitados os três caminhos que levam a descriminalização do desacato no Brasil, fica clara a baixa expectativa de mudança efetiva a curto e médio prazo do ordenamento jurídico no sentido de reconhecer a incompatibilidade desta conduta-crime perante o Estado Democrático

de Direito. A descriminalização do desacato no Brasil, como toda conquista de direitos fundamentais, precisará ser construída gradativamente. Primeiro, pela aumento da conscientização dos brasileiros sobre o valor da liberdade do pensamento crítico, da democracia, da soberania popular e, principalmente, da garantia constitucional sobre a maneira horizontal de relacionamento do poder do Estado para com seu povo que viveu e superou períodos autoritários de governo. Segundo, pelo exercício democrático da sociedade civil que deve exigir o cumprimento que, em relação ao desacato, da maximização do direito à liberdade de expressão e da participação e do controle democrático dos cidadãos perante o Estado.

## CONCLUSÃO

Nesta investigação sobre o crime de desacato e a sua compatibilidade com o ordenamento jurídico brasileiro, foi escolhido o caminho da exploração das diferentes perspectivas sobre a realidade desta conduta penal. Percorrer distintas áreas do saber como a política, a história, a doutrina jurídica e internacional pode parecer uma opção tortuosa para se chegar objetivamente a uma resposta afirmativa ou negativa sobre a questão. E talvez seja mesmo. Contudo, a jornada escolhida não poderia ser melhor para se conhecer e compreender a existência, a permanência e as expectativas sobre o objeto estudado.

Na primeira parte da pesquisa, apreende-se que o crime de desacato nasce ou deriva de mecanismos antigos de imposição de uma postura acrítica ao poder do soberano sobre seus súditos. A lógica verticalizada da relação entre o Estado e a sociedade atravessou a Antiguidade, a Idade Média e Moderna, chegando aos dias atuais como herança de governos autoritários cuja justificativa se reveste da necessidade de tutelar a posição imperativa estatal e o bom funcionamento da administração pública.

O caso brasileiro não é diferente. O crime de desacato foi incorporado no Brasil-Colônia e está em vigor na atualidade, tipificado no Código Penal de 1942, elaborado como resposta à realidade do período ditatorial de Getúlio Vargas. Em uma visão político-histórica, observa-se que a perpetuação do crime de desacato no Brasil faz parte do processo de disputas e conquista de direitos fundamentais como de liberdade de expressão e do fortalecimento democrático, visto que não houve uma ruptura absoluta da ordem jurídica anterior com o advento da CR/88.

Depois de compreender o surgimento do objeto estudado, passa-se à sua delimitação conceitual, com base no direito penal, área do saber capaz de responder quem pode figurar como sujeito ativo e passivo desse delito, o elemento subjetivo, consumação, ação penal e, por fim, as formas de configuração do crime de desacato. Apesar de os doutrinadores criminalistas dedicarem-se a traçar os contornos do tipo penal, destaca-se aqui a dificuldade enfrentada pela imaterialidade do bem tutelado.

É reconhecida entre doutrinadores e juristas a impossibilidade de definir formalmente o desacato, esse crime é considerado uma figura delituosa em branco, pois dependente para sua configuração da valoração discricionária do juiz. O crime de desacato fere, assim, o princípio penal da legalidade, não observando a exigência da certeza e da clareza nas descrições dos tipos penais como forma de se afastar abusos e de se garantir a observância máxima dos direitos fundamentais.

Depois do trabalho de resgate histórico e conceituação o objeto estudado, a pesquisa apresenta a investigação sobre o principal direito fundamental restringido pelo crime de desacato: a liberdade de expressão. Para isso, contextualizou o Estado Democrático de Direito brasileiro, pano de fundo em que se constrói o pilar da liberdade de expressão, colocando-a em um patamar de relevância destacada, como uma conquista do movimento de redemocratização do Brasil. Apesar do direito à liberdade de expressão integrar os catálogos constitucionais desde a primeira fase do constitucionalismo moderno, no Brasil, ganhou na CR/88 uma importância destacada por sua dimensão social e política, que promove as condições e a garantia à democracia e ao pluralismo de ideias.

Dois pontos são determinantes para análise do tipo penal do desacato no contexto do Estado Democrático de Direito e da restrição à liberdade de expressão. Em primeiro lugar, destaca-se o evidente excesso da tutela penal, tendo em vista outras formas possíveis na seara cível e administrativa para se garantir o bom funcionamento da administração pública que observasse a subsidiariedade do Direito Penal e ainda não causasse a inibição do diálogo entre a população e autoridades do Estado. Em segundo lugar, o desacato provoca o indesejável efeito da autocensura, que prejudica as democracias na medida em que impedem as críticas, o controle e a exigência, pela sociedade, de uma atuação estatal de acordo com o interesse público.

Outro ponto de relevo na análise sobre o crime de desacato é a percepção do tema pela comunidade latino americana. A ampliação do olhar crítico se justifica não só pelo histórico comum de ditaduras e supressão da liberdade de expressão na região, mas pela influência dessa comunidade internacional no ordenamento jurídico brasileiro a partir da internalização da Convenção Americana de Direitos Humanos e o consequente compromisso com o Sistema Interamericano de Direitos Humanos, o qual o Brasil faz parte.

A posição da Comissão Interamericana de Direitos Humanos é no sentido da descriminalização do desacato. É defendido, pelo órgão internacional, que o Estado existe para servir aos cidadãos, não havendo razões para o tratamento diferenciado do funcionário público em detrimento da democracia e da liberdade de expressão, que não deve sofrer censura prévia. Ademais, os funcionários públicos devem ser mais, e não menos, tolerantes a críticas e opiniões de cidadãos comuns. A recomendação de descriminalização do desacato é favorável a manutenção da proteção do funcionário público por outros meios, como de natureza cível (multa) e até mesmo penal, como a caracterização de outras figuras típicas já existentes no código, a injúria, por exemplo.

Os tribunais superiores brasileiros, entretanto, possuem entendimento divergente quanto a aplicação do que é recomendado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos.



Enquanto os magistrados divergentes sobre discriminação do desacato no Brasil defendem a falta de efeito vinculante das recomendações da Comissão, os convergentes entendem que a aplicabilidade do controle de convencionalidade é um compromisso internacional que deve ser honrado pelo Brasil. O impasse sobre a descriminalização do desacato poderá ser solucionado ainda pelo controle de constitucionalidade, no Julgamento da ADPF 496, ajuizada pela Ordem dos Advogados do Brasil.

Apesar do claro descompasso do desacato com o modelo constitucional adotado pelo Brasil, a medida de cunho autoritário, não republicana e dependente em grande medida da subjetividade do julgador para sua definição, tende a se perpetuar. O fato é que a atual composição do Supremo Tribunal Federal já se posicionou pela permanência do tipo penal no ordenamento em julgados recentes, o que pode ser explicado pela tendência político-histórica de preservação o *status quo* pelos magistrados que formam os primeiros beneficiados pela criminalização da ofensa à reputação do servidor público.

Outro caminho possível para a descriminalização do desacato no Brasil, seria a aprovação de uma lei. Há projetos com esse intuito em tramitação do Poder Legislativo, porém, percebe-se que são de autoria de representantes de campos ideológicos minoritários, que não receberam e dificilmente receberão o apoio das bancadas majoritárias no parlamento. Assim, concluo que a jornada de reconhecimento da incompatibilidade do crime de desacato com o ordenamento jurídico brasileiro, seja por controle de convencionalidade, de constitucionalidade ou até por nova legislação, passará necessariamente pela tomada de consciência dos cidadãos e pela conquista, por pressão popular, de avanços no aprofundamento da democratização e na maximização de direitos fundamentais no Brasil.

## REFERÊNCIAS

A Carteirada. Disponível em: <https://istoe.com.br/a-carteirada/>

ARNO, dal Ri Junior. **O Estado e seus inimigos**: a repressão política na história do direito penal. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas**. Disponível em:  
<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43620/44697>.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BÍBLIA Sagrada: nova tradução na linguagem de hoje, Barueri: Sociedade Bíblica do Brasil, 2000.

BELTRÃO, Jorge. **Desacato, resistência, desobediência**. Minas Gerais: Símbolo S.A., 1971.

BOTH, Laura Garbini e GONÇALVES, Ane Elise Brandalise. O Crime de Desacato e sua Correlação com a atitude repressiva estatal. **Revista Quaestio Iuris**. Rio de Janeiro, v.10, n. 1, p. 544-559, 2017.

BRASIL. **Código Criminal de 1830**. Disponível em:  
[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lim/LIM-16-12-1830.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM-16-12-1830.htm)

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, 5 de outubro de 1988**. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>

BRASIL. **Decreto 847, de 11 de outubro de 1890**. Disponível em:  
<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-847-11-outubro-1890-503086-publicacaooriginal-1-pe.html>

BRASIL. **Decreto-lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969**. Disponível em:  
[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del1001.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del1001.htm)

BRASIL. **Decreto-lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Disponível em:  
[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)

BRASIL. **Lei 8.906, de 4 de julho de 1994**. Disponível em:  
[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8906.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8906.htm)

BRASIL. **Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995**. Disponível em:  
[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9099.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm)

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus. **HC141.949/DF**. Impetrante: Rafael de Deus Garcia. Coator: Superior Tribunal Militar. Paciente: Admys Francisco De Sousa Gomes.

BRASIL, 2018. Disponível em:  
<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=314183493&ext=.pdf>

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial. **RE 1.640.084/SP**. Recorrente: Alex Carlos Gomes. Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Ministro Ribeiro Dantas. Brasília, 2016. Disponível em:  
[http://www.stj.jus.br/static\\_files/STJ/Midias/arquivos/Noticias/RECURSO%20ESPECIAL%20N%C2%BA%201640084.pdf](http://www.stj.jus.br/static_files/STJ/Midias/arquivos/Noticias/RECURSO%20ESPECIAL%20N%C2%BA%201640084.pdf)

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas corpus. **HC 379.269/MS**. Impetrante: Defensoria Pública do Estado de Mato Grosso do Sul. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul. Paciente: Magno Leandro Santos Angelico. Brasília, 2017. Disponível em:  
[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1595452&num\\_registro=201603035423&data=20170630&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1595452&num_registro=201603035423&data=20170630&formato=PDF)

CALHAU, Hélio Braga. **Ciências criminais**. Belo Horizonte: Coleção Mandamentos, 2004.

CANÇADO, Antônio Augusto de Mello. A estrutura constitucional do Estado romano. **Revista da Faculdade de Direito**. Belo Horizonte: Universidade Federal de Minas Gerais, v. 4, 1952. p. 135 a 144.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estado de direito**, 1999. Disponível em:  
[https://scholar.google.com.br/scholar?hl=pt-BR&as\\_sdt=0%2C5&q=%22Estado+Democr%C3%A1tico+de+Direito%22+advogado&btnG=#d=gs\\_cit&p=&u=%2Fscholar%3Fq%3Dinfo%3AFS5OEVDfuSQJ%3Ascholar.google.com%2F%26output%3Dcite%26scirp%3D7%26hl%3Dpt-BR](https://scholar.google.com.br/scholar?hl=pt-BR&as_sdt=0%2C5&q=%22Estado+Democr%C3%A1tico+de+Direito%22+advogado&btnG=#d=gs_cit&p=&u=%2Fscholar%3Fq%3Dinfo%3AFS5OEVDfuSQJ%3Ascholar.google.com%2F%26output%3Dcite%26scirp%3D7%26hl%3Dpt-BR)

CASTELLS, Manuel. **Redes de indignação e esperança: movimentos sociais na era da internet**. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.

CIDH. **Convenção Americana de Direitos Humanos**, San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969. Disponível em:  
[https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.Convencao\\_Americana.htm](https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.Convencao_Americana.htm)

CIDH. **Declaração de Princípios Sobre Liberdade de Expressão**, celebrado de 16 a 27 de outubro de 2000. Disponível em:  
<https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/s.Convencao.Libertade.de.Expressao.htm>

CIDH. **Informe anual de 2016 da Comissão Interamericana de Direitos Humanos**. Disponível em:  
<http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/informes/anuales/InformeAnual2016RELE.pdf>

CIDH. **Relatório nº 22/94, Argentina, Horacio Verbitsky**, 20 de setembro de 1994. Disponível em: <http://www.cidh.org/annualrep/94span/cap.III.argentina11.012.htm>

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

CORRÊA, Paloma Morais. Corte interamericana de direitos humanos: opinião consultiva 4/84 — a margem de apreciação chega à América. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 10, n. 2, p. 262-279, 2013.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal: parte geral**, 4. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016.

DELMAS-MARTY, M. **Trois défis pour un droit mondial**. Paris: Éditions Du Seuil, 1998.

EKLUND, Luis Alejandro Gutierrez, SANCHEZ, Ian Miranda, MOLINA, Carlos Andres Peredo, BALDIVIESO, Camila Calvi. Las Leyes de desacato y la difamación criminal en America Latina. **Revista Internacional de Derechos Humanos**, Año 6, n.6, p. 121/144, 2016. e-issn 2422-7188/2016

ESTEFAM, André. **Direito Penal: Parte Especial**, 2. ed. , v. 4, São Paulo: Saraiva, 2015.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão - Teoria geral do garantismo**. Trad. Ana Paula Zomer; Fauzi Hassan Choukr; Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GOMES, Luiz Flávio. MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos: pacto de San José da Costa Rica**. 3.ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

GONTIJO, André Pires. O desenvolvimento da Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 5, Número Especial, 2015. p. 409-423.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal: parte geral**. 17. Ed, v. 1 Niterói: Impetus, 2015.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código penal: Decreto-lei n.2848, de 7 de dezembro de 1940**. 4. ed., v. 9. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

JESUS, Damásio de. **Direito Penal: crimes contra a fé pública a crimes contra a administração pública**. 19. ed., v.4, São Paulo: Saraiva, 2016.

PAGLIARO, Antonio; COSTA JÚNIOR, Paulo José da. **Dos crimes contra a Administração Pública**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. 2 ed. rev., atual., ampl. e compl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

PF apura discussão em voo entre ministro Ricardo Lewandowski e advogado. Disponível em: [https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/politica/2018/12/05/interna\\_politica,723317/pf-apura-discussao-entre-ministro-ricardo-lewandowski-e-advogado.shtml](https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/politica/2018/12/05/interna_politica,723317/pf-apura-discussao-entre-ministro-ricardo-lewandowski-e-advogado.shtml)

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. 6 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MAMEDE, Gladston. **A advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil**. São Paulo: Atlas, 2014. (Livro digital).

MARTINS NETO, João dos Passos. **Fundamentos da liberdade de expressão**. Florianópolis: Insular, 2008.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 6 ed. rev., atual. e amp.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Manual de direito penal: parte especial**. São Paulo: Atlas, v. 3, 2009.

NORONHA, Edgard Magalhães. **Direito penal**. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 1984.

OEA. **Relatoria especial para a liberdade de expressão, antecedentes e interpretação**. Disponível em: <http://www.oas.org/pt/cidh/expressao/showarticle.asp?artID=132&lID=4>

PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direito internacional público e privado**. 7. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2015.

REALE, Miguel. **Teoria do direito e do Estado**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais – Controle de convencionalidade dos tratados internacionais. **Revista Consultor Jurídico**, abr. 2015. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-abr-10/direitos-fundamentais-controlado-convencionalidade-tratados-internacionais>

SARLET, Ingo Wolfgang. **Comentários à Constituição do Brasil**. In: CANOTILHO; MENDES, Gilmar Ferreira; STRECK, Lenio (coord.). São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang; WEINGARTNER NETO, Jayme. Liberdade de expressão: algumas ponderações em matéria penal à luz da Constituição Federal do Brasil. Joaçaba: v. 18, n. 3, p. 637-660, set./dez. 2017

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

STJ. **Informativo nº 496**, de 23 abr a 4 maio, 2012

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A humanização do direito internacional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.