

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL – UFRGS
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

TIAGO KALKMANN

**O CRIME DE DESACATO EM CONFRONTO COM AS GARANTIAS DA
LEGALIDADE E DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO**

PORTO ALEGRE

2018

TIAGO KALKMANN

**O CRIME DE DESACATO EM CONFRONTO COM AS GARANTIAS DA
LEGALIDADE E DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Odone Sanguiné

PORTO ALEGRE

2018

CIP - Catalogação na Publicação

Kalkmann, Tiago
O CRIME DE DESACATO EM CONFRONTO COM AS GARANTIAS
DA LEGALIDADE E DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO / Tiago
Kalkmann. -- 2018.
126 f.
Orientador: Odone Sanguiné.

Dissertação (Mestrado) -- Universidade Federal do
Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito, Programa de
Pós-Graduação em Direito, Porto Alegre, BR-RS, 2018.

1. Direito Penal. 2. Desacato. 3. Controle de
Convencionalidade. 4. Princípio da Legalidade. 5.
Liberdade de Expressão. I. Sanguiné, Odone, orient.
II. Título.

Elaborada pelo Sistema de Geração Automática de Ficha Catalográfica da UFRGS com os
dados fornecidos pelo(a) autor(a).

Tiago Kalkmann

**O CRIME DE DESACATO EM CONFRONTO COM AS GARANTIAS DA
LEGALIDADE E DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito.

BANCA EXAMINADORA:

Professor Doutor Odone Sanguiné
Orientador

Professor Doutor Pablo Rodrigo Alflen da Silva
Membro da Banca

Professor Doutor Ângelo Roberto Ilha da Silva
Membro da Banca

Professor Doutor Ricardo Ferreira Breier
Membro da Banca

RESUMO

A pesquisa tem a finalidade de analisar o crime de desacato de maneira crítica e verificar a sua conformidade ao objetivo de proteção a bens jurídicos e aos princípios da legalidade penal e da liberdade de expressão. Do ponto de vista histórico, o desacato tem origem em um discurso hierarquizante que se replica e se atualiza, possibilitando a sua manutenção mesmo após a Constituição Federal. A doutrina tradicional dos manuais evita a análise crítica do crime, limitando-se à repetição das mesmas discussões dogmáticas. O bem jurídico atribuído ao crime pela maioria da doutrina (regular funcionamento das atividades públicas) não se justifica tecnicamente, pois não se verifica o nexo causal entre a conduta individual e a vulneração ao bem jurídico coletivo. A vagueza e a indeterminação do tipo exigem a verificação de sua conformidade com o princípio da legalidade. A natureza material do subprincípio da determinação exige que o tipo penal utilize verbos de significado apreensível pelo leitor e que materializem comportamentos reais determinados. Além disso, se exige a definição da forma mais exaustiva e precisa possível, por meio de normas reguladoras, e não constitutivas, ou seja, que façam referência a fatos, e não a pessoas. O tipo penal do desacato viola as exigências de taxatividade, pois usa verbo de sentido ambíguo, complementado por juízo de valor, não totalmente apartável dos crimes contra a honra e diferenciado por uma referência a pessoas e não a fatos. Portanto, o significado do tipo é preenchido por juízo discricionário, padecendo de inconstitucionalidade. A criminalização do desacato se assenta sob o mito da superioridade ética do Estado, o que implica a impossibilidade de serem dirigidas críticas ou ofensas ao seu representante. Tal vedação, antes de assegurar a regularidade das atividades administrativas, acaba por prejudicar o seu desenvolvimento, tendo em vista o caráter preferencial da liberdade de expressão e instrumental à preservação da democracia. O sistema interamericano de direitos humanos entende pela incompatibilidade das leis de desacato com o exercício da liberdade de expressão, o que leva à conclusão da necessidade de sua exclusão tanto do ponto de vista da constitucionalidade quanto da convencionalidade.

Palavras-chave: Desacato; Bem Jurídico; Princípio da Legalidade; Determinação; Liberdade de Expressão.

ABSTRACT

The purpose of the research is to analyze the crime of contempt in a critical manner and verify its compliance with the objective of protection of legal interests and the principles of legality and freedom of expression. From the historical view, contempt has its origin in a hierarchical discourse that is replicated and updated, thus making it possible to maintain itself even after the Federal Constitution. The traditional doctrine (from the manuals) avoids the critical analysis of the crime, limiting itself to exhaustively repeating the identical dogmatic discussions. The legal interest supposedly protected by this crime, according to most of the literature (regular operation of public activities) is not technically justified, since there is no causal link between individual conduct and violation of the collective legal good. The vagueness of the contempt clause requires verification of its conformity with the principle of legality. The material nature of the sub-principle of determination requires that the criminal precept uses verbs of apprehensible meaning, in a way that it contains only references to actual and determined behaviors. Moreover, the precept must have the most exhaustive possible definition, by means of regulative and non-constitutive rules, that is, rules that refer to facts and not to people. The criminal type of contempt violates the requirements of determination, because it uses a verb with an ambiguous meaning, complemented by a value judgment; besides, it's not totally separable from the crimes against honor and is essentially differentiated by a reference to persons, not facts. Therefore, the meaning of the type is only complete after a discretionary judgment, what suggests unconstitutionality. The criminal contempt is based on the myth of the ethical superiority of the State, which implies the impossibility of being directed criticisms or offenses to its representatives. Such a fence, before ensuring the regularity of administrative activities, ultimately undermines its development, given the preferential character of freedom of expression and instrumental to the preservation of democracy. The inter-american human rights system refers to the incompatibility of contempt laws with the exercise of freedom of expression, which leads to the conclusion that it is necessary to exclude them for unconstitutionality and for unconstitutionality.

Keywords: Contempt; Legal Interest. Legality Principle, Determination; Freedom of Speech

SUMÁRIO

SUMÁRIO.....	7
INTRODUÇÃO.....	9
1. ANÁLISE HISTÓRICA E DOGMÁTICA DO CRIME DE DESACATO.....	11
1.1. O surgimento do crime de desacato	13
1.2. Os Resquícios Militarizados e o Uso Atual do Desacato	25
1.3. Análise dogmática do tipo penal.....	29
1.3.1. Desacato Comum e Desacatos Militares	30
1.3.2. O Bem Jurídico Protegido pela Norma.....	32
1.3.3. A Conduta Típica.....	38
1.3.4. Sujeitos Ativo e Passivo	40
1.3.5. Elemento Subjetivo.....	43
1.3.6. Consumação e Tentativa.....	45
1.3.7. Desacato e Crimes contra a Honra	46
1.3.8. Desacato, Desobediência e Resistência	49
2. O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E A ESTRUTURA DO TIPO.....	51
2.1. O Princípio da Legalidade Penal.....	51
2.1.1. A origem e a finalidade da garantia	53
2.1.2. Os componentes da legalidade penal	56
2.2. A determinação e a previsibilidade do discurso penal.....	59
2.2.1. O subprincípio da taxatividade ou determinação	60
2.2.3. Conceitos jurídicos indeterminados, discricionariedade e papel do julgador	65
2.3. A (In)Determinação Legal do Tipo de Desacato	67
2.3.1. O verbo desacatar e os elementos do tipo.....	68
2.3.2. A discricionariedade do tipo penal e sua constitucionalidade.....	72
2.3.3. A (im)possibilidade de interpretação conforme a Constituição do tipo de desacato	74
3. A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E A PUNIÇÃO DA CRÍTICA	79
3.1. A Garantia da Liberdade de Expressão e o Regime Democrático.....	80
3.1.1. Liberdade de expressão como direito fundamental preferencial	82
3.1.2. Superioridade ética do Estado e punição da crítica	85
3.2. Sistema Interamericano de Direitos Humanos e Controle de Convencionalidade	87

3.2.1. A teoria do controle de convencionalidade e a dupla compatibilidade vertical material.....	88
3.2.2. A liberdade de expressão na Convenção Americana de Direitos Humanos	96
3.2.3. Leis de desacato no sistema interamericano de direitos humanos.....	98
3.2.4. A jurisprudência brasileira sobre a convencionalidade do desacato	101
3.3. A Inconstitucionalidade e Inconvencionalidade da Criminalização do Desacato ...	109
CONCLUSÕES	111
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	115

INTRODUÇÃO

O crime de desacato, previsto no art. 331 do Código Penal, não é alvo de grandes estudos ou embates doutrinários. Tratava-se, na realidade, de mais um capítulo dentro dos manuais de direito penal que não demandava aprofundamento crítico.

No entanto, algumas particularidades de sua aplicação recente despertaram maior interesse pelo tipo penal. Desde meados de 2013, período de inúmeras manifestações sociais no território nacional, o crime passou a ser utilizado de forma acentuada não apenas contra movimentos políticos, mas também contra posturas críticas e questionadoras do funcionamento das atividades do Estado.

Além disso, questionamentos judiciais trouxeram à baila problemas sensíveis relacionados à compatibilidade das leis de desacato com sistemas de direitos humanos e ao funcionamento dos mecanismos do chamado controle de convencionalidade. Em menos de dois anos, a discussão chegou aos tribunais superiores em três casos de grande relevância, atraindo os olhares do cidadão e da dogmática.

Todo esse movimento revelou que o tratamento dado pelas ciências penais à situação do desacato é insuficiente, pois não permite compreender a norma penal de forma crítica nem resolver os problemas relacionados à sua aplicação no caso concreto em confronto com outras garantias fundamentais.

O tema proposto para esta pesquisa é precisamente o lançamento de um olhar crítico ao crime de desacato e às suas justificativas teóricas, como forma de tentar suprir algumas das lacunas deixadas pela omissão científica. De maneira mais precisa, o trabalho parte da hipótese central de que o crime de desacato, conforme sua aplicação atual desvela, é passível de manipulação para ser aplicado a uma gama de situações diversas, ao alvedrio da autoridade ofendida e dos interesses envolvidos no caso concreto, com fortes indícios de inconstitucionalidade.

Não se pode ter a ingênua pretensão de analisar o crime em todas as suas variáveis possíveis e imagináveis. Pelo contrário, o foco deve centrar-se em elementos dogmáticos que permitam verificar ou não a hipótese suscitada.

Primeiramente, cumpre determinar se é verificável ou se constitui apenas em conceito fluido a finalidade a cuja proteção o crime se propõe, visto que a violação não pode ser traçada de forma direta à conduta considerada criminosa (nexo causal). Portanto, um objetivo específico

a ser debatido neste trabalho é a existência ou não de bem jurídico lesionado pela conduta do desacato.

Em sequência, deve-se analisar se o tipo penal é suficientemente determinado ou se encontra-se autorizada sua aplicação discricionária. O segundo objetivo específico é, dessa forma, verificar se o tipo penal se amolda ou não às exigências do princípio da legalidade penal, em especial do ponto de vista do componente da taxatividade ou determinação como mandamento de otimização.

Por fim, cabe ainda o objetivo de examinar se a criminalização do desacato configura uma limitação proporcional e adequada à liberdade de expressão ou se, pelo contrário, causa restrição à crítica e à participação política.

Inicialmente, a pesquisa traçará breve esboço histórico sobre o surgimento do crime de desacato e seu acolhimento no direito brasileiro. Por meio dessa análise, se tentará traçar a linha discursiva que subjaz ao delito e que justifica sua manutenção e utilização atuais, com marcada presença de resquícios militarizados. A partir desta compreensão histórica, será analisada a configuração dogmática do delito conforme a doutrina clássica dos manuais acerca dos elementos constitutivos do tipo. Ademais, outra questão importante a ser analisada nesta pesquisa é a finalidade de proteção atribuída ao art. 331 do Código Penal de acordo com a teoria do bem jurídico e seu caráter crítico.

Apenas depois de estabelecidas as premissas básicas do crime de desacato, será possível a verificação de sua conformidade às garantias da legalidade e da liberdade de expressão. Esse exame será realizado mediante dois passos. O primeiro consistirá na utilização das teorias dos direitos fundamentais e/ou do controle de convencionalidade (no caso da liberdade de expressão) para estabelecer modelos de legalidade ou de liberdade de expressão. O segundo é em relação à realização dessa tarefa, pois são de importância fundamental os marcos teóricos extraídos de FERRAJOLI (1995) acerca do garantismo penal e da estrita legalidade, bem como de MAZZUOLI (2009) a respeito da teoria do controle de convencionalidade.

Com esses modelos definidos, será testado o enquadramento do crime de desacato aos princípios fundamentais, verificando sua constitucionalidade e a consequente validade de sua utilização e expansão.

1. ANÁLISE HISTÓRICA E DOGMÁTICA DO CRIME DE DESACATO

É costume de os juristas iniciarem todos os seus trabalhos com uma pesquisa histórica do tema proposto, trazendo elementos retirados de livros de História do Direito e informações extraídas de leis ou códigos anteriores. Ocorre que, normalmente, as pesquisas não sabem trabalhar de maneira adequada com o método histórico e não possuem um objetivo claro a ser alcançado com a pesquisa. Dessa forma, as análises realizadas pela doutrina, em geral, se limitam a superficialidades, como o código em que um determinado crime foi “criado”, sem que se compreenda o fenômeno em sua inteireza e sem que seja extraída qualquer informação útil ao tema proposto.

A análise deve ser feita preservando a historicidade de cada momento que se observa, e isso não constitui tarefa fácil. A utilização da história “rococó” como simples ornamento ou curiosidade deve ser evitada, conforme se observa de maneira tão crítica nos trabalhos acadêmicos da área jurídica. A história é analisada como mera tradição da escrita acadêmica do direito sem se atentar para sua operacionalidade teórica (FONSECA, 2000).

Do mesmo modo, é criticável a simples utilização de um fato passado como forma de explicar uma realidade presente, pois a história do fenômeno e o fenômeno propriamente dito se distanciam e são ligados de uma maneira simplesmente artificial (FONSECA, 2000).

HESPANHA (1982) alerta sobre os riscos de se observar os institutos presentes como consequência natural da história. O autor explica que, após a definitiva implantação da ordem burguesa, a história perde sua função de atividade crítica e de libertação da arbitrariedade, para assumir o papel de justificação da dogmática jurídica, apresentando-a como fruto de um contínuo progresso. Dessa maneira, propunha-se a justificação dos dogmas pela história.

Por óbvio, tal uso da história não se verifica apenas após o início da Idade Moderna. Nota-se, por exemplo, que o passado da monarquia e a tradição histórica eram há muito tempo utilizados como forma de explicar a ampliação dos crimes de lesa-majestade (DAL RI JUNIOR, 2011).

Todavia, o conhecimento histórico tem seu poder emancipador obnubilado quando se concretiza a difusão dos ideais iluministas e a superação da ordem tradicional. Nasce, assim, a crise da história do direito, sobrevivendo nos manuais apenas como método para reforçar o caráter elitista do conhecimento jurídico ou como argumento da autoridade de seus autores (DUARTE, 2002).

Não se pretende afirmar que a análise histórica perde seu caráter útil em razão de sua crise de legitimação, pois o que se observa é o contrário, a compreensão do objeto em sua dimensão histórica e real oferece uma opção à abordagem técnica massificada¹. Na realidade, a análise histórica do direito penal se encontra prejudicada até o presente em razão dos ataques da Escola Positiva Italiana, que adotava perspectivas do crime e do criminoso como fenômenos da natureza, fora da história e, em último grau, das ciências sociais. A reinserção paulatina da historicidade no direito penal colabora para a reaproximação do fato criminoso à realidade social de que se origina e se torna essencial para a crítica das instituições penais tradicionais.

A análise da historicidade do crime de desacato, todavia, não pode ser realizada sem cuidados metodológicos. É importante considerar o contexto de implantação do crime e os contextos em que foi “repaginado”, principalmente em sua diferenciação com o momento presente, rejeitando a visão desprovida de tecnicidade que prega a constante evolução da sociedade e dos preceitos legais após a ascensão burguesa.

É relevante ressaltar, ainda, a função cumprida pela criminalização do desacato em determinado momento sem implicar a demonização da situação histórica. No entanto, identificadas as inevitáveis diferenças entre os momentos históricos, é imprescindível cogitar da senilidade da reprodução de categorias não mais necessárias ou inadequadas. Conforme expressa Paolo GROSSI, a deficiência da atualidade, por ser limitada ao imediato (aparentemente eterno), revela a imprescindibilidade da história para “dissolver o absolutismo do presente” (2005, p. 43).

Portanto, a análise da história do crime de desacato que se propõe aqui não tem a incumbência de fornecer um modelo para a compreensão do presente. Na realidade, o exame exposto tem a finalidade de oferecer ao presente “(...) momentos dialéticos. Relativiza tal presente, situando-o em relação dialética a tais momentos. E ao mesmo tempo enriquece e robustece, inserindo-o na linha que surge do passado, toca o presente e o sobre-passa, dirigindo-se, reta, em direção ao futuro.” (GROSSI, 2005, p. 43).

Extrai-se, portanto, que o exame histórico não pode se voltar inteiramente ao passado, mas dele partir com o olhar voltado ao futuro. Mais uma vez, revela-se a essencialidade do estudo da historicidade do crime de desacato. Tal análise, além de revelar um contraponto ao momento presente, sinaliza para o futuro a necessidade de ser marcado pela descriminalização da conduta.

¹ Como alerta BOSI, nas décadas de sessenta e setenta assistiu-se, de um lado, à queda irreversível dos estudos humanísticos tradicionais e, de outro, à emergência de uma abordagem a-histórica que se restringia à análise de textos a que se aplicariam categorias universais. (1993, p. 311).

1.1. O surgimento do crime de desacato

A doutrina tradicional busca traçar a origem da criminalização do desacato ao direito antigo, em especial ao direito romano, como parece ser uma tendência generalizada (e muitas vezes impensada) do pensamento jurídico brasileiro.

Luiz Regis PRADO (2017) identifica que a punição ao desacato pode ser observada no direito romano por meio da figura da *iniuria atrox*². Tal instituto representava, na realidade, uma injúria agravada, quando a violação à honra era perpetrada contra magistrado no exercício de suas funções

Tal forma de punição, segundo o autor, teria sido mantida na Idade Média e ampliada para proteger também os sacerdotes, movimento que culminou na presença do crime de desacato nas codificações penais atuais (PRADO, 2017).

A linearidade translúcida no raciocínio do autor não pode, contudo, ser afirmada em um exame mais detido. A existência de uma figura agravada do crime de injúria quando cometido contra sacerdotes ou magistrados não conduz, de maneira lógico-sequencial, à criação de um tipo penal específico e apartado para o crime de desacato, muito menos explica sua gênese de maneira satisfatória. Pelo contrário, a precedência histórica da injúria agravada apenas suscita questionamentos sobre a real função do crime de desacato e a utilidade da coexistência dos dois crimes no sistema penal³.

Tanto é que, ao buscar a origem do crime autônomo contra a honra de funcionário público, a explicação tradicional se altera e passa a apontar para o Código francês de 1820⁴ (PRADO, 2017).

O primeiro ponto que se deve destacar, destarte, é que o crime autônomo de desacato, da forma como se observa na atualidade, é um fenômeno histórico contemporâneo, que pode ser remontado ao início do século XIX. Isso não quer dizer, entretanto, que o desenvolvimento dos fundamentos teóricos para tal tipo de criminalização não possa ser encontrado em momento histórico anterior.

² A *iniuria atrox* estava contida no Digesto (*persona atrocior injuria fit, ut cum magistratu fiat*, D. 47, 10, 7 § 8) e poderia sujeitar o agente até mesmo à pena capital.

³ Vale lembrar que a injúria agravada contra funcionário público resta incólume em nosso sistema no art. 141, inciso II, do Código Penal. O desacato, por sua vez, está no art. 331 do mesmo diploma.

⁴ A ofensa direcionada a certas categorias de funcionários públicos foi denominada pelo Código francês de *outrage*, palavra que pode ser traduzida como “ultraje”. Mantém-se, portanto, o significado de violação à honra agravada em razão de *status* ou posição social do ofendido.

De fato, o cerne da punição do crime de desacato se encontra no conceito de autoridade do Estado (VIZCAYA, 1993), apresentado por meio de seus funcionários ou então, em momento anterior, pela figura do soberano.

O conceito de *maiestas* teve intenso desenvolvimento na França medieval nos dois séculos anteriores à Revolução Francesa. O poder majestático pode ser observado desde a Idade Antiga, uma vez que, nos dizeres de Benedict Carpzow⁵, o imperador do Sacro Império Romano Germânico seria a fonte da *maiestas* originária. No direito romano, o conceito era integrado por *potestas* e *dignitas* como características da autoridade do Estado, ou seja, poder de império e decoro. Qualquer ato que questionasse o poder de império ou ofendesse o decoro de autoridade pública era considerado crime de lesa-majestade (TAGLIARINI, 1973).

Mario SBRICCOLI (*apud* DAL RI JUNIOR, 2011), ao tratar da forma de desenvolvimento medieval dos pressupostos teóricos dos crimes contra o estado (crimes de *lesa-majestade*), destaca a atuação do francês Jacques Bossuet⁶ na justificação do poder divino dos reis. Segundo Bossuet, o soberano possuía a autoridade divina, razão pela qual todo e qualquer crime contra os poderes instituídos não poderia ficar restrito aos bens jurídicos comuns e pertencentes a todos os indivíduos, mas seria aproximado da ideia de sacrilégio. Justifica-se, dessa maneira, a adoção de tipos penais específicos e mais graves para a criminalização dessas condutas.

Tal conjugação teórica deixava um espaço limitado para os opositores do regime e ofuscava as construções filosóficas em torno do reconhecimento do direito à resistência: o desobediente passa a ser considerado inimigo da ordem pública e da sociedade.

A construção do direito divino dos reis deve sua grande difusão também aos trabalhos de Jean Bodin, segundo o qual os príncipes soberanos são estabelecidos diretamente por Deus como soberanos. Desprezar ou faltar com a honra ao príncipe equivale a desprezar a Deus, de quem o soberano é a absoluta imagem na terra (CHEVALIER, 1966).

Arno DAL RI JUNIOR (2011) destaca que esse fundamento teórico para a monarquia francesa durante os séculos XVII e XVIII gerou duas consequências diretas na noção de lesa-majestade. Primeiramente, observou-se o alargamento progressivo do conceito de majestade, sujeito da tutela penal, para abranger autoridades estatais diversas daquelas até então protegidas

⁵ Benedict Carpzow foi um jurista alemão nascido no limiar do século XVI e importante estudioso de diversos ramos da ciência jurídica. Tem reconhecida atuação na difusão das práticas inquisitoriais em terras germânicas (DAL RI JUNIOR, 2011).

⁶ Jacques Bossuet viveu na França do século XVII e, apesar da formação religiosa, tornou-se conhecido pelo desenvolvimento teórico da legitimação política do poder monárquico. Como preceptor dos herdeiros do Rei Luis XIV, sua obra apresentava matizes ideológicas de justificação do poder do soberano por graça e vontade divinas (DAL RI JUNIOR, 2011).

de maneira especial. Em segundo lugar, houve a ampliação das condutas criminosas, com a transposição de delitos que possuíam sentido comum para o âmbito dos delitos de majestade⁷.

Em razão desse movimento, parte-se do crime de *perduellio* (traição), enquanto forma mais extrema de lesa-majestade⁸, para a punição da simples turbação da autoridade ou da lesão à veneração (SBRICCOLI *apud* DAL RI JUNIOR, 2011). O desrespeito ao representante do Estado, antes considerado crime comum contra a honra, passa a ser associado à segurança e à manutenção da integridade estatal⁹.

Essa evolução conceitual explica a forma pela qual determinada ofensa à honra (dentre muitos outros bens jurídicos alterados durante o mesmo processo) veio a ser retirada do tipo penal da injúria para ser inserida em tipo penal específico. Todavia, mais do que isso, a análise dos fundamentos teóricos desse processo desvela um discurso subliminar marcado pela hierarquização¹⁰, demonstrando desde tal época a utilização da face simbólica do direito penal.

O movimento de expansão dos crimes contra o poder instituído serviu para reforçar a estrutura social já tão marcada pela ordem e pela hierarquia. A desigualdade entre as várias forças atuantes no Estado é não somente perpetuada, mas alçada a princípio fundamental estruturante do sistema. Por essa razão, “a *maiestas* deixava de ser uma qualidade para se tornar uma relação” (DAL RI JUNIOR, 2011, p. 218), um símbolo do poder de alguém sobre outrem que se exterioriza por meio de uma lei penal neutralizadora.

A queda do regime absolutista de governo, fundado no direito divino dos reis, deveu-se, em grande parte, ao florescimento dos ideais iluministas-revolucionários difundidos no século XVIII. O século das luzes foi marcado pelo desenvolvimento das teorias racionalistas, não apenas como forma de explicar a conduta humana, mas como fonte de autoridade e

⁷ Fenômeno semelhante é observado por SBRICCOLI (*apud* DAL RI JUNIOR, 2011), que identifica um processo de politização de delitos que antes possuíam no máximo relevância política, mas que não eram considerados propriamente políticos.

⁸ A traição (*perduellio*) se inseria na primeira ordem de crimes de lesa-majestade, consistente naqueles aptos a turbar a ordem constitucional do Estado. O segundo grupo de crimes diz respeito à lesa-majestade em sentido estrito, abrangendo as injúrias e injúrias reais cometidas a magistrados e sua autoridade. Por fim, o terceiro grupo de crimes de lesa-majestade, resultante da evolução de seu conceito, consiste nos delitos contra os poderes públicos, em que se enquadram todas as formas direcionadas a prejudicar o exercício regular e pacífico das funções públicas (TAGLIARINI, 1973).

⁹ Muyart de Vouglans (1713-1791), criminalista francês defensor da noção ampliada de lesa-majestade, afirmava que a harmonia e a tranquilidade dos Estados dependem da conservação das pessoas e do respeito devido aos soberanos. Dessa forma, qualquer ofensa ou desrespeito a pessoa que represente o Estado deveria ser punido com rigor muito maior, justificando de tipos penais específicos que evitem tal perturbação da sociedade. Como se verifica, a tendência de hierarquização entre o Estado e o particular não decorria apenas dos tipos penais, mas da própria doutrina jurídica do período em questão.

¹⁰ De fato, não há qualquer novidade na afirmação de que a política criminal dos regimes absolutistas se assentava na hierarquização. Todavia, compreender os efeitos deste discurso na legislação subsequente ajuda a entender a permanência de zonas de arbitrariedade, em especial na seara penal, e a reprodução de formas hierarquizadas através de tipos penais.

legitimidade do poder político. A mera colocação da vontade divina tornou-se insuficiente em face às exigências da razão, cedendo espaço às teorias contratualistas que justificam a existência da instituição estatal na razão do homem acerca de sua própria soberania individual.

A obra de Cesare BECCARIA (2005) demonstra que o direito penal não se mostrou alheio à tentativa de racionalização. Para o autor, a origem contratualista do Estado implica a impossibilidade de um direito penal ilimitado, razão pela qual o autor é crítico ao sistema criminal do estado absolutista¹¹.

O declínio do regime absolutista, portanto, não foi o único efeito da Revolução Francesa. Pelo contrário, passou-se a constatar a necessidade de que fossem expressamente declarados os direitos inerentes aos seres humanos¹² (HUNT, 2009).

A partir desse momento histórico, não bastava mais a simples declaração de que a majestade deveria ser respeitada por representar Deus na Terra. A ordem e a hierarquia que estruturavam o sistema político anterior, todavia, eram atrativas às novas classes que assumiam o poder (em especial a burguesia ascendente), pois possibilitariam a manutenção e perpetuação do sistema que estava em processo de implantação. Para tanto, o fundamento da ordem e da hierarquia sociais deveria deixar de ser religioso para assumir uma feição laica.

Por essa razão, a monarquia restaurada francesa¹³ (pós-1815) não poderia retomar os mesmos fundamentos e argumentos pré-revolucionários. O que antes era punido por crime de lesa-majestade e buscava garantir a ordem e a hierarquia, passou a ser punido, com o Código Francês de 1820, por crime de *outrage*, raiz ultramoderna do crime de desacato.

O aparato hierárquico, que antes se concentrava no déspota, passa, ainda que a passos lentos, a órgãos que representam a vontade popular. Conseqüentemente, as características que antes eram atribuídas aos colaboradores reais são projetadas, por mimetismo, à figura do funcionário público. O Estado pós-Revolução Francesa e a sua nova burocracia passam a herdeiros diretos da *maiestas* em sua nova feição (VIZCAYA, 1993).

Não se pretende com esse raciocínio incorrer no reducionismo marxista de imputar à classe burguesa a criação ou a manutenção de todos os mecanismos possíveis a fim de oprimir

¹¹ A obra de BECCARIA (2005) torna-se importante limiar no movimento do Iluminismo Penal e da confrontação entre direito natural e direito positivo. A norma positiva da pena de morte, para o autor, contraria o direito natural do estado contratualista, por destituir o cidadão do pressuposto necessário para a existência do Estado. Aliás, até mesmo a concepção utilitarista da pena já pode ser extraída dos pressupostos teóricos do autor, tendo em vista a defesa do abandono da ferocidade e crueldade da pena em favor da aplicação de medidas proporcionais.

¹² O forte embate entre direito natural e direito positivo, marcante à época referida, demonstra como o direito natural teve forte influência na origem dos direitos humanos.

¹³ Após a queda do regime ditatorial napoleônico em 1815, a monarquia francesa foi restaurada. No entanto, esta agora era uma monarquia constitucional e, diferentemente do Antigo Regime, a dinastia Bourbon possuía limites ao seu poder.

as demais classes e manter-se no controle dos meios de produção. No entanto, o uso da estrutura penal como forma de controle e hierarquia social jamais pode ser limitado ao regime absolutista.

Raúl ZAFFARONI (2014), após realizar sua análise histórica e teórica sobre a posição do inimigo no direito penal, conclui que a seletividade do sistema faz com que este seja o campo favorito de atuação das pulsões absolutistas em que todos ficam submetidos à vontade arbitrária do detentor do poder. Mesmo no direito penal contemporâneo, o discurso de hierarquia e ordem outrora contido na noção de *maiestas* encontra-se enraizado, camuflado em outros discursos.

Também Leonardo BOFF (1993) constata essa realidade em sua obra, ao visualizar a não superação do sistema inquisitorial, mas sua mera substituição por uma Inquisição laica. Na base de manutenção desse sistema, segundo o autor, encontram-se o autoritarismo e a desigualdade; a metamorfose, contudo, se situa na transposição da figura do poder de Deus para as figuras da burocracia estatal e da racionalidade técnica¹⁴.

Em último grau, antes protegia-se o soberano em razão da sua representação divina; agora, protegem-se o Estado e os seus representantes em virtude de sua organização burocrática e supostamente técnica. No regime absolutista, conferia-se maior proteção à honra do príncipe como decorrência de seu contato direto com Deus. Após, justifica-se essa proteção por meio do discurso da supremacia do interesse público, supostamente racional, mas assentado em aporia de caráter tão metafísico quanto a anterior.

Não à toa, afirma Michel FOUCAULT (2014) que a verdadeira fundamentação do poder exercido é o saber ou a possibilidade de produção do conhecimento¹⁵. O servidor público, na Era da Razão, é aquele que possui o conhecimento sobre o que é melhor para a nação ou para o “interesse público”. Qualquer ameaça a esse monopólio do saber gera reação violenta do poder, o que se pode visualizar de maneira clara na criminalização do desacato.

A suposta proteção ao exercício da função pública esconde, na realidade, o mesmo discurso que subjazia a punição dos crimes de lesa-majestade: a hierarquia e a colocação de cada um “em seu devido lugar”. A agravante que se observa é que a substituição da religião, marcante da era pré-revolucionária, pela razão herdada do movimento iluminista implica o domínio da própria racionalidade e da produção da verdade, servindo como forma de controle

¹⁴ Para o autor, a posição superior do Estado equivale ao monopólio da produção da verdade, o que se identifica com o monopólio exercido pela Inquisição católica no auge da caça às bruxas (BOFF, 1993). O monopólio da produção da verdade, em última análise, é no que consiste o autoritarismo, e qualquer desigualdade de armas no âmbito do processo penal significa uma concessão em favor da Inquisição.

¹⁵ Em razão da constatação dessa íntima relação entre poder e saber, FOUCAULT (2014) entende que a política e o poder nada mais são do que uma forma de controle sobre a própria vida do acusado do sistema penal e a contenção de seu corpo. A seletividade do sistema penal se direciona, portanto, a todo aquele que questiona a forma de produção da verdade.

de pensamento e dissidência política com base no discurso da supremacia do interesse público¹⁶. Compreende-se, em parte, a razão do extenso desenvolvimento do direito administrativo no sistema francês.

Esse discurso subentendido na criminalização do desacato pode ser observado de maneira semelhante no direito brasileiro.

O movimento de expansão da criminalização da lesa-majestade, conforme exposto por DAL RI JUNIOR (2011), pode ser verificado com facilidade nas Ordenações Manuelinas e nas Ordenações Filipinas. Em especial nestas últimas, foi dispensado extenso tratamento à conduta de lesa-majestade, que ia muito além do *perduellio* ou traição. Em especial, o Título VII das Ordenações criminalizava a conduta de “falar mal do rei, da rainha ou de outras pessoas”, com a possibilidade de aplicação da pena de morte¹⁷, a depender da gravidade da ofensa proferida.

As disposições criminais das Ordenações Filipinas mantiveram sua vigência mesmo após a Independência do Brasil em 1822, até a edição do Código Criminal de 1830. Apesar da proximidade cronológica com o Código Francês de 1820, a legislação de D. Pedro I aparentemente não foi influenciada pela criação do novo crime de *outrage*¹⁸.

Pelo contrário, o Código imperial foi objeto de admiração e considerado referência de legislação penal para a época, influenciando a codificação penal espanhola de 1848. Roberto LYRA (1946) cita, como exemplos, os esboços da teoria da individualização da pena e a indenização *ex delicto*, hoje tão difundidas.

Na realidade, o contexto histórico da introdução do crime de desacato no Brasil foi muito mais conturbado e controverso do que os primeiros anos de nossa história imperial.

O primeiro Código Penal republicano, promulgado em 11 de outubro de 1890, passou a prever o crime de desacato no art. 134, nos seguintes termos:

¹⁶ Na realidade, a criminalização da lesa-majestade também servia como forma de controle da dissidência e do controvertido direito de resistência. Todavia, este controle era realizado sem invocação de racionalidade, mas com base na religiosidade. No caso da criminalização do desacato, busca-se controlar a crítica à administração pública sob a racionalização de que o Estado é o detentor do interesse público e deve defendê-lo. A noção de racionalidade contrapõe-se, portanto, à liberdade de expressão.

¹⁷ Assim afirmava o texto das Ordenações: “O que disser mal de seu Rey, não será julgado per outro Juiz, senão por elle mesmo, ou per as pessoas, a quem o elle em especial commetter. E ser-lhe-ha dada a pena conforme a qualidade das palavras, pessoa, tempo, modo e tenção, com que foram ditas. A qual pena, se poderá estender até morte *inclusive*, tendo as palavras taes qualidade, porque a mereça.”. Por Decreto de 17 de Agosto de 1756, estendeu-se proteção semelhante aos Ministros do Gabinete. Para o texto completo das Ordenações Filipinas, acesso pelo endereço: <http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/ordenacoes.htm>. Acesso em 20/04/2018.

¹⁸ O Código Criminal de 1830 punia a injúria qualificada contra agente de autoridade pública, conforme se extrai do art. 237 do diploma legal. Contudo, não se verifica sua coexistência com crime autônomo de desacato, revelando certa imunidade à novidade já existente na França.

Art. 134. 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.

Parapho unico. 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.

Implícito no tipo penal, como já referido anteriormente, pode ser desvelado um discurso de hierarquia e ordem. Ao contrário da tradição e da religiosidade estruturantes da ordem imperial, o desacato irá contribuir para a construção de estrutura social assentada na militarização, na burocracia estatal e na desigualdade.

Aliás, este é o contexto social que se pode extrair do momento histórico da promulgação do Código Penal. A República foi “inaugurada” em 1889 como um acontecimento supostamente inevitável ou um “fato consumado”, como se costuma referir. A realidade, contudo, é de que o novo sistema político foi declarado por militares, sem que houvesse participação ou legitimação popular¹⁹. Os cidadãos comuns não pareciam entusiasmados; pelo contrário, apenas assistiram surpresos e atônitos à implantação de um governo puramente militar, conforme narrado por Celso CASTRO (1995) e Hélio SILVA (2005).

O processo que levou a tal mudança consistiu em uma conspiração levada a cabo por militares insatisfeitos com a relação estabelecida entre o Império e o Exército após a vitória na Guerra do Paraguai (1864-1870), crise conhecida como “Questão Militar”. Obviamente, não se pode olvidar a importância desempenhada pela ideologia positivista em difusão na época, compartilhada por muitos militares e motor de parte considerável das ações que conduziram à mudança política²⁰. No entanto, a desatenção do Imperador aos salários e carreira dos militares²¹ foi a gota d’água no processo que levou à forjada República (GOMES, 2013).

Apesar da aparentemente pacífica deposição de D. Pedro II e da família real, é inegável que a mudança ocorreu em razão de um golpe militar sem consulta e apoio popular; sobretudo sem legitimidade, mesmo para os padrões da época, em que já se manifestava a tendência ao

¹⁹ A participação popular veio a ser possibilitada, de fato, mais de 100 anos depois, quando em 1993 foi realizado plebiscito para determinar a forma e o sistema de governo brasileiros.

²⁰ Para o positivismo, a República forte, centralizada e fundada em princípios racionais era o melhor sistema de governo a ser seguido, por unir a razão à modernidade e contribuir para a superação de regimes monárquicos, frequentemente associados ao absolutismo e à ausência de limites ao poder.

²¹ Em 1883, um grupo de oficiais atacou de maneira direta o Império em razão de uma lei que pretendia revisar a aposentadoria de militares, o que fez com que o governo revidasse proibindo que o Exército utilizasse de meios de comunicação para publicar suas ideias. O Coronel Sena Madureira publicou texto não apenas criticando a contribuição ao montepio dos militares, mas tecendo indiretamente comentários à questão escravocrata. A crise foi se aprofundando e levando à revolta o Marechal Deodoro da Fonseca e um grupo de pessoas próximas, autores de fato do golpe militar de 1889.

controle do poder. A ideologia republicana serviu de pano de fundo para a instituição de um sistema de governo que passou a defender os interesses de uma classe bem definida.

Celso CASTRO (1995) revela que a tomada de poder pelo Marechal Deodoro da Fonseca foi acompanhada pela concessão de benefícios enormes e imediatos para os militares. A reorganização geral do Exército possibilitou promoções em massa²² e o aumento do número de unidades. Além disso, os soldos militares foram aumentados em 50%, atingindo o nível mais alto durante todo o século XIX. A patente de general foi distribuída de maneira “indecente” pelo Marechal a civis apoiadores de seu golpe, como Rui Barbosa e Quintino Bocaiúva. Longe de configurar ato ideológico, a proclamação da República foi um investimento; enquanto tal, não poderia ser ameaçado.

O “fato consumado” foi o discurso utilizado para proteger a fraqueza legitimidade do sistema recém-implantado: a ditadura era ótima, porque era o único sistema possível. O jornal *A Federação*, de Porto Alegre, noticiava em 19 de novembro de 1889 que o país estava sendo governado por uma ditadura, mas que esse era o resultado necessário da “ordem natural” (BONES, 2000).

Gilberto FREYRE (2004) relata que alguns jornais²³ contribuíam para tal discurso, afirmando que os militares não possuíam ambição alguma e haviam depositado todo o futuro da nação nas mãos do povo.

Havia claro domínio do poder pelo saber: os militares se julgavam os donos dos melhores desígnios para o país e buscaram manipular qualquer tipo de oposição por meio de um discurso que inferiorizava o interlocutor. Divergir do “momento republicano” era como nadar contra a corrente, opor-se à inevitabilidade dos fatos e da natureza.

O que se viu nos primeiros dez anos da República foi o oposto do quanto havia sido apregoadado no discurso oficial. O ego frágil do regime precisou se impor, naturalmente, por meio da violência e da intervenção em tudo aquilo quanto reputasse conveniente (CARVALHO, 2012).

Em 23 de dezembro de 1889, cinco semanas após assumir o governo, o Marechal baixou o Decreto nº 85-A, que ameaçava a oposição com as penas de sedição²⁴, que incluíam o

²² Laurentino GOMES (2013) destaca que dos 28 generais da ativa em 1890, dez foram promovidos e nove reformados. Além disso, dos 54 tenentes-coronéis, quatro foram promovidos a generais de brigada e trinta a coronéis nos dois anos seguintes. Como se tais números não fossem suficientes, eram notórios os casos de ascensão de apoiadores do governo da mais baixa hierarquia militar às graduações mais elevadas em intervalos inferiores a dois anos.

²³ Dentre eles, o carioca *Diário de Notícias*, de Rui Barbosa.

²⁴ Art. 1º Os individuos que conspirarem contra a Republica e o seu Governo; que aconselharem ou promoverem, por palavras, escriptos ou actos, a revolta civil ou a indisciplina militar; que tentarem suborno ou alliciação de qualquer genero sobre soldados ou officiaes, contra os seus deveres para com os superiores ou fôrma republicana;

arcabuzamento (fuzilamento). Tal previsão não foi suficiente para aplacar as críticas vertidas pela imprensa a diversas medidas adotadas pelo Governo Provisório. GUIMARÃES e FRANCO (2006) relatam que a discordância de jornais com medidas econômicas e a proliferação de boatos sobre a invasão de supostas tropas monarquistas contribuíram para o acirramento das disputas. O jornal *O Estado de São Paulo*²⁵ protestou, em 26 de março de 1890, que a liberdade de imprensa “tem hoje na República garantias menos seguras e menos eficazes do que as que lhe dava a Monarquia”.

Em 29 de março de 1890, o governo de Deodoro da Fonseca emitiu o Decreto nº 295, que buscava ampliar o alcance das penas do decreto anteriormente citado para abarcar a circulação de notícias que ameaçassem a estabilidade das instituições e a ordem pública²⁶. O art. 2º do Decreto nº 295 ressaltava da disposição a análise ou discussão que buscasse corrigir ou denunciar os erros da Administração Pública. Como era de se esperar, a cláusula não passou de ornamento.

GOMES (2013) aduz que tais decretos fortaleceram o braço armado da polícia, que passou a invadir as redações de jornais com frequência alarmante²⁷. O ápice foi a ocupação da redação do jornal *A Tribuna*, em 29 de novembro de 1890, em que os militares quebraram móveis e agrediram funcionários e clientes, ocasionando a morte de um dos ofendidos²⁸.

Apesar da união dos veículos de imprensa no repúdio ao ataque, a situação de censura e embate perdurou ainda por muitos anos, mesmo após a renúncia de Deodoro (GUIMARÃES, FRANCO, 2006).

que divulgarem nas fileiras do Exercito e Armada noções falsas e subversivas tendentes a indispô-los contra a Republica; que usarem da embriaguez para insubordinar os animos dos soldados: serão julgados militarmente por uma commissão militar nomeada pelo Ministro da Guerra, e punidos com as penas militares de sedição.

²⁵ À época, o jornal se chamava *A Província de São Paulo* e tinha sido intenso porta-voz das ideias republicanas.

²⁶ Art. 1º Ficam sujeitos ao regimen do decreto n. 85 A, de 23 de dezembro de 1889, todos aquelles que derem origem ou concorrerem pela imprensa, por telegramma e por qualquer outro modo para pôr em circulação falsas noticias e boatos alarmantes, dentro ou fóra do paiz, como sejam os que se referirem á disciplina dos corpos militares, á estabilidade das instituições e á ordem publica.

Art. 2º Exclue-se da generalidade desta disposição a analyse ou a discussão oral ou escripta, por mais severa que seja, sobre os actos do Governo, tendo por fim denunciar, corrigir ou evitar os erros da publica administração, comtanto que não contenha injuria pessoal.

Art. 3º Quando qualquer destes delictos for commettido fóra da Capital Federal, o delinquente será para ella conduzido preso e ahi submettido ao julgamento da commissão instituida pelo referido decreto.

²⁷ O autor cita como exemplo a ordem policial de prender e rasgar todos os exemplares do jornal *O Tribuno*, em Pernambuco, que criticara os primeiros atos do governo de Deodoro. Nos meses seguintes à censura instituída pelo Decreto, GOMES (2013) relata mais de 10 casos de invasões e depredações de jornais por militares e forças policiais.

²⁸ Na realidade, o jornal *A Tribuna* era declaradamente monarquista e não poupava sua linguagem, afirmando que Deodoro era “uma nulidade, ambicioso e prepotente” e que seus associados não seriam permitidos em nenhum país culto (GUIMARÃES, FRANCO, 2006). Apesar de seu estilo jornalístico sempre ter recebido diversas críticas de outros veículos pela linguagem excessiva, a imprensa se uniu nos protestos contra o assalto ocorrido.

Cerca de um mês antes do ataque criminoso à redação do jornal, havia sido promulgado o Código Penal de 1890. A legislação que optou pela criminalização do desacato é resultado de um período histórico marcado por um governo militarizado, burocratizado e sem legitimidade; pela estruturação de privilégios exclusivos da classe detentora do poder; e pela censura e limitação das liberdades de expressão e de imprensa²⁹. Em outras palavras, podem ser observados os já citados elementos: hierarquia, desigualdade e censura.

A integração de outros setores da sociedade por nossa República não ocorreu de forma transformadora, mas extremamente conservadora. Embora sob outra alcunha, foi conservada a mesma organização da monarquia (FREYRE, 2004). Mudam-se os nomes e as formas: de imperador para presidente³⁰; de título para patente; de direito hereditário para a censura da liberdade de expressão e da participação política³¹. O significado continua sendo o mesmo.

Nem se diga que a criminalização do desacato em tal momento histórico foi “acidental”, pois é um fruto de sua época. Punir qualquer tipo de resistência ao serviço público era necessário para possibilitar que a censura e a invasão da imprensa fossem levadas a cabo sem a oposição de maiores obstáculos pelos cidadãos comuns. Tanto é que o tipo penal do art. 134 do Código Penal de 1890 apenas se preocupou em permitir a punição do desacato cometido contra funcionário público no momento do exercício de sua função, e não em razão dela³².

Ao lado do desacato, a legislação de nossa primeira ditadura militar punia também o exercício da greve pacífica³³ (art. 206), o que, por si só, revela mais um exemplo da política criminal adotada pelo governo provisório. Por essas e outras razões, Aníbal BRUNO (1984) destaca que o primeiro Código Penal republicano foi menos feliz que seu antecessor e já nasceu eivado de graves vícios. Frise-se: não se trata de analisar o texto com os olhos do presente, mas de se destacar que, mesmo para a sua época, a codificação resultou retrógrada, autoritária e defeituosa.

²⁹ Ressalte-se, ademais, a crise econômica que havia acabado de implodir a estrutura financeira do novo estado republicano, causada em grande parte pelo “Encilhamento” (emissão descontrolada de moeda e garantias públicas e criação de novos bancos). Grande parte das críticas realizadas pelos jornais era direcionada à falta de maturidade do governo provisório para lidar com a economia e as finanças públicas, mancha da reputação de Rui Barbosa.

³⁰ A pretensão de Deodoro da Fonseca era extremamente clara. Embora Presidente no nome, sua postura de fato sempre foi de ditador. Estreme de dúvidas, basta lembrar que o marechal dissolveu o Congresso em três de novembro de 1891, decretou estado de sítio e prendeu diversos civis que haviam estado ao lado de Deodoro na implantação da República.

³¹ Em outras palavras: a monarquia resolvia o problema do exercício do poder por meio do direito hereditário. A ditadura militar resolveu este problema de outra forma: controlando a oposição, censurando a mídia e apregoando a “inevitabilidade” do novo regime.

³² Para compreender a diferença entre as condutas e a análise dogmática completa do crime de desacato, confira-se o tópico 2, *infra*.

³³ Tal tipo penal absurdo foi revogado logo em seguida, menos de 3 meses após a promulgação do Código. Contudo, é um exemplo do pensamento que guiava a atuação do Estado e a política criminal dos primeiros anos da República.

Duas questões se impõem. Em primeiro lugar, é conveniente a manutenção do crime de desacato, tão representativo de um período de hierarquização, censura e desigualdade? Indo além: o tipo penal do desacato hoje, mais de cem anos depois, é compatível com a Constituição Federal e com a tentativa de construção de uma sociedade igualitária e democrática?

O movimento natural seria tentar revisar as linhas mestras de uma legislação dessa estirpe³⁴. Apesar das inúmeras críticas e de alguns esforços legislativos para promulgar um novo código, a legislação foi mantida por 50 anos, recebendo apenas alterações e aditamentos (LYRA, 1946).

Vários projetos de lei surgiram durante as décadas seguintes da primeira República. O último, dado à luz em 1935, foi interrompido por mais um golpe de Estado, dessa vez em 10 de novembro de 1937, com a dissolução do Congresso e a tomada de poder por Getúlio Vargas. Imediatamente, foi dado início a nova revisão das leis penais, que acabou pela formulação de outro projeto de Código. Em 7 de dezembro de 1940 foi sancionado o Código Penal, que entrou em vigor em janeiro de 1942 e está vigente até hoje.

Embora fruto de um regime ditatorial, a nova legislação buscou incorporar as bases de um direito penal de caráter mais liberal e democrático que o Código anterior. Não obstante, a criminalização do desacato foi não somente mantida, mas ampliada.

Conforme se extraía do tipo penal do art. 134 do Código Penal de 1890, o crime se configurava quando havia o desacato de funcionário “no exercício de suas funções”. Agora, o art. 331 do Código Penal não mais exige que o funcionário público esteja no exercício de suas funções, desde que a ofensa seja proferida “em razão delas”. Confira-se:

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

Deve-se observar, ainda, que a pena foi aumentada de maneira astronômica. Antes aplicável o intervalo de dois a quatro meses, agora a pena passa a variar entre seis meses e dois anos.

Como pôde o crime de desacato restar incólume a todas as críticas feitas ao Código Penal de 1890?

É notório que o Estado Novo faz jus à alcunha de ditadura. Apenas a título de exemplo: antes mesmo da promulgação do Código Penal com a expansão do crime de desacato, havia

³⁴ A exposição de motivos do Código Penal vigente afirma que, com o próprio nascimento do Código Penal de 1890, surgiu a tendência de reformá-lo.

sido criado o Departamento de Imprensa e Propaganda³⁵ (DIP) em 1939. Com a suposta atribuição de promover a propaganda política da ditadura, o órgão foi o mais importante instrumento de censura do período, chegando a proibir mais de 100 programas de rádio e 400 músicas. Dentre as obras artísticas censuradas, destaque seja dado ao samba e às músicas carnavalescas, que, tratando do símbolo do malandro, violavam o primado do trabalho como vetor ideológico do Estado Novo.

Roberto da MATTA (1997) identifica nesse setor o dilema brasileiro fundamental: a coexistência de aspectos autoritários, hierarquizados e violentos com a busca de uma sociedade harmônica e democrática. O malandro, que vive nas entrelinhas do sistema hierarquizado, utilizando as regras deste sistema para garantir seu espaço e buscar seus próprios benefícios, passa a ser perseguido por compreender a estrutura do sistema e desvirtuar o funcionamento a seu favor.

A censura não somente à imprensa, mas à cultura e ao modo de vida de classes sociais subvalorizadas foi mantida pelo Estado Novo como uma constante. O mesmo papel desempenhado pelo DIP em face da imprensa e da cultura foi desempenhado pelo desacato e pelo sistema criminal em face do indivíduo considerado opositor, não apenas político, mas também opositor no modo de vida.

É de se destacar, por fim, que o caráter de instrumentalidade do crime de desacato restou acentuado após 1964, com o início de nossa segunda ditadura militar. O desacato passa a funcionar de maneira mais visível como uma salvaguarda da atuação das forças policiais e militares, de forma a evitar qualquer tipo de oposição ao cumprimento de medidas de segurança pública. Para esse fim, basta observar que praticamente a integralidade dos casos de desacato submetidos ao crivo do Supremo Tribunal Federal durante o período de 1964 a 1980 tem como vítima policiais ou militares³⁶.

O direito penal foi e é utilizado como forma de constituir e manter as divisões e hierarquias no seio do povo, função esta que pode ser reconhecida no sistema penal ao longo de toda sua história (FOUCAULT, 2014). O desacato, portanto, cumpre função primordial neste sistema, na medida em que naturaliza um discurso de autoridade dentro de um sistema que se autodeclara igualitário.

³⁵ O Departamento de Imprensa e Propaganda (DIP) deu origem ao Departamento Nacional de Informações (DNI), que depois virou Serviço Nacional de Informações (SNI). O SNI foi extinto e abriu caminho para a Secretaria de Assuntos Estratégicos (SAE) e para a atual Agência Brasileira de Inteligência (Abin).

³⁶ Para a obtenção de tais dados, basta a realização de pesquisa de jurisprudência simples com o termo “desacato” no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal e a consulta aos acórdãos referentes ao período. Dentre todos os casos, poucos dizem respeito a funcionários públicos de função não policial ou não militar, como no caso do RHC 57167/SP, julgado em 03/08/1979, que trata de desacato a oficial de justiça no cumprimento de ação de despejo.

Por essa razão, mesmo constatada a origem do crime de desacato e sua utilização por sistemas ditatoriais ao longo de nossa história, o tipo penal tende a permanecer, mesmo após a redemocratização³⁷. A punição contribui para o controle da racionalidade e dos meios de produção da verdade e, conseqüentemente, para a manutenção e conservação do poder político.

Esta conclusão sobre a evolução histórica do desacato não é exclusividade da história brasileira. Realizando análise sobre a evolução do delito de desacato na codificação espanhola, Maite Álvarez VIZCAYA (1993) assinala conclusão semelhante. Segundo a autora, as únicas reformas efetuadas quanto ao delito foram direcionadas a aumentar a penalidade e coincidiram com momentos históricos de maior autoritarismo político, maior protecionismo dos órgãos estatais e mais acentuados conflitos sociais.

Uma diferença fundamental, contudo, pode ser observada. Pouco tempo depois da publicação da obra da autora supracitada, o crime foi extirpado do direito espanhol. No Brasil, lidamos com essa realidade mais de 20 anos depois.

1.2. Os Resquícios Militarizados e o Uso Atual do Desacato

Diante desse extenso cenário histórico resumido em poucas palavras, persiste a pergunta já formulada: qual é a razão para se manter o tipo penal do desacato após a Constituição Federal de 1988? Por que persiste a contradição entre um Estado que se declara igualitário e democrático e a vigência de um tipo penal que reforça a hierarquia, a desigualdade e a censura?

Conforme já referido alhures, Roberto da MATTA (1997) verifica que este dilema entre a busca de uma sociedade igualitária e a manutenção dos aspectos autoritários e hierarquizados faz parte da própria estrutura do Estado brasileiro.

Tal dilema se apresenta sob três aspectos distintos. Em primeiro lugar, observa-se a existência de uma ordem formal de privilégios, em que as posições não entram em conflito e cada um “sabe seu lugar”. Em segundo lugar, identifica-se um espaço chamado de rua, onde há a oposição sistemática entre “pessoas”, dotadas de privilégios e hierarquia superior, e “indivíduos” comuns, sobre os quais a lei atua como instrumento de opressão e controle. Nesse âmbito de conflito, a pergunta “você sabe com quem está falando?” é utilizada pelas “pessoas”

³⁷ Durante muitos anos após a Constituição Federal de 1988, o tema sequer era trazido ao debate público ou estudado de forma sistemática pela doutrina. Trazer o tema à tona se deve, em grande parte, ao trabalho desenvolvido pelo sistema interamericano de direitos humanos, que considera as leis de desacato incompatíveis com a liberdade de expressão, conforme se trabalhará no capítulo 3, *infra*. Não obstante, a doutrina majoritária e a jurisprudência ainda são refratárias ao real significado histórico e político do crime de desacato, tentando justificá-lo sob o ponto de vista da teoria do bem jurídico e da proteção ao interesse público.

para se afirmarem titulares de direitos, enquanto reduzem os “indivíduos” alvos da pergunta a objeto inferior, apenas um número. Esses aspectos são conformados, em terceiro lugar, por um espaço de ideias, onde se operaria suposta equalização da sociedade sob um discurso de semelhança e identificação³⁸, que não chegaria a se concretizar efetivamente no espaço da rua, ou seja, se manteria apenas como discurso (MATTA, 1997).

Especificamente para o tema aqui desenvolvido, constata-se que o eixo axiológico determinado pela Constituição Federal de 1988 configura o espaço de ideias, em que todos os indivíduos são equalizados sob o mesmo paradigma da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III, da Constituição Federal).

Não obstante, quando se sai da esfera das ideias e põe-se os pés na “rua”, com facilidade se observa o uso da hierarquia e do discurso de “você sabe com quem está falando?” como formas de proteger o *status* e garantir que cada um conheça “seu devido lugar”. Assim é possível demarcar a diferença entre autoridade e povo, por meio de signos e rituais que dão uma forma solene ao mero exercício de poder (LEMOS, 2014). Aos amigos tudo, aos inimigos, a lei.

O desacato, por óbvio, não constitui isoladamente o sistema de manutenção de privilégios. Todavia, é mais uma engrenagem cuja força motriz deriva do discurso da supremacia do interesse público e que contribui para que as pessoas “partes” do Estado se imunizem a críticas e conservem sua hierarquia.

A aplicação concreta do crime de desacato, 30 anos após a redemocratização e a promulgação da Constituição Federal de 1988, continua sendo direcionada ao controle político ou à manutenção da hierarquia. Conforme relatório da organização não-governamental “Artigo 19”, defensora da liberdade de expressão, as acusações de desacato no Brasil são especialmente comuns nos contextos em que a polícia age de forma reconhecidamente desproporcional, como na repressão a protestos e operações em favelas ou zonas periféricas³⁹.

Durante a Copa do Mundo de 2014 e os Jogos Olímpicos de 2016, as favelas cariocas foram ocupadas por forças militares, sujeitando os moradores da região à Justiça Militar da União. Um levantamento realizado pela organização “Justiça Global” e pelo jornal “O Dia” constatou a existência, em 2015, de 64 processos em que civis são acusados de desacato, desobediência e resistência na justiça militar no Rio de Janeiro. Destes, 25 processos dizem

³⁸ Para MATTA (1997), estes sistemas hierarquizados operam a divisão fundamental da sociedade em dois espaços: o mundo da casa, onde reina a paz, e a esfera da rua, onde os indivíduos desprovidos de direitos lutariam pela sobrevivência. Neste espaço, as classes privilegiadas buscam a reafirmação de seus privilégios ou a subjugação dos inimigos às leis do mercado e da burocracia do Estado.

³⁹ Artigo 19. Teses Jurídicas para a Descriminalização do Desacato. 2017. Disponível em: <http://artigo19.org/blog/2017/04/11/defesa-da-liberdade-de-expressao-teses-juridicas-para-a-descriminalizacao-do-desacato/>. Acesso em 11/04/2018.

respeito às ocupações dos complexos do Alemão e da Penha em 2012 e em todos eles o resultado foi a condenação de civis⁴⁰. Ressalte-se, ainda, que a tramitação destes processos na Justiça Militar, conforme o entendimento do STF⁴¹, implica situação mais gravosa, pois impede a aplicação dos benefícios penais e processuais aplicados pela justiça comum⁴².

Além disso, o desacato é a acusação mais comum entre as detenções realizadas durante protestos sociais, ainda que sem qualquer embasamento. PRADO (2015) destaca a forma agressiva e violenta com que as forças policiais reagiram aos protestos de 2013 a ponto de trazer de volta à memória as violações típicas da ditadura militar⁴³.

Waldir ALVES (2015) identifica empiricamente um movimento direcionado para obter a paz pública e social supostamente ameaçada pelos referidos protestos. Houve a proliferação de projetos de lei, tanto no âmbito nacional quanto regional, destinados a regular ou, até mesmo, coibir as manifestações públicas ou sociais. Observa-se, de maneira clara, o conflito entre as liberdades de expressão e de reunião e a configuração das políticas de segurança pública.

A esse respeito, deve ser dado destaque ao caso paradigmático em que um indivíduo foi denunciado pela prática de crime de desacato por ter proferido palavras agressivas contra policial militar. Segundo a denúncia, o acusado teria dito a policiais que intervieram em uma briga em que ele participava que “não gostava da polícia e que eram todos lotes de bichos, arrogantes e que não serviam para nada”. O juiz Alexandre Moraes da Rosa, da comarca de Florianópolis/SC, julgou improcedente a denúncia por reputar incompatível com o sistema democrático a criminalização do desacato⁴⁴.

Também digno de nota é o caso do Palhaço Tico Bonito, preso pela prática de desacato durante uma apresentação artística em Cascavel/PR. O artista havia criticado a atuação da

⁴⁰ Disponível em: <https://odia.ig.com.br/noticia/rio-de-janeiro/2015-07-05/justica-militar-condena-cidadaos-no-rio-sem-direito-de-defesa.html>. Acesso em 11/04/2018

⁴¹ No julgamento do HC nº 112932/RJ, em 13/05/2014, o Supremo Tribunal Federal reafirmou o entendimento de que o crime de desacato cometido por civil contra militar no exercício de atividade de GLO (garantia de lei e ordem) deve ser julgado pela justiça militar e não pela justiça comum.

⁴² O crime de desacato, quando situado fora do alcance da jurisdição militar, não admite a prisão em flagrante, por se tratar de crime de menor potencial ofensivo. Além disso, é possível a aplicação da transação penal e da suspensão condicional do processo previstas na Lei nº 9.099/1995. Todas estas disposições ficam afastadas quando o crime é processado na Justiça Militar da União.

⁴³ A esse respeito, pode-se destacar o Decreto 44.302, de 19.07.2013, editado pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro. Sob o pretexto de harmonizar o trabalho dos órgãos de segurança pública, o decreto serviu apenas para tratar as manifestações públicas como meio criminoso pela alcunha de “atos de vandalismo” (PRADO, 2015).

⁴⁴ A situação foi um dos vários casos de utilização absurda do crime de desacato no Brasil citados no Informe Anual da Relatoria Especial para Liberdade de Expressão da Corte Interamericana de Direitos Humanos, em 2015. O documento completo está disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/informes/anales/InformeAnual2015RELE.pdf>. Acesso em 27/11/2018. O caso concreto e a sentença proferida estão disponíveis em: <http://emporioidireito.com.br/leitura/desacato-nao-e-crime-diz-juiz-em-controle-de-convencionalidade>. Acesso em 27/11/2018.

polícia militar na região, o que foi motivo suficiente para sua detenção, pois, segundo as palavras do tenente da polícia, as críticas eram infundadas⁴⁵.

Por fim, não podemos olvidar dos casos dos jovens que foram presos em Itatira/CE e Pedregulhos/SP pela prática do “desacato virtual”. Os jovens publicaram em seus perfis do Facebook desabafos e críticas sobre a segurança pública e a ineficiência das forças policiais, o que foi suficiente para que fossem apreendidos em suas residências como se houvesse flagrante de prática criminosa⁴⁶.

Esses exemplos apenas arranham a superfície do que está subentendido na tipificação do desacato. Todavia, servem para comprovar e reforçar a tese até aqui exposta: a criminalização surgiu da naturalização do discurso de desigualdade, controle político e hierarquização da sociedade e continua, até hoje, atuando na projeção do mesmo discurso.

Questionar os institutos e procedimentos penais remanescentes e/ou característicos de regimes autoritários deveria ter sido uma etapa natural do processo de democratização e garantia de direitos pós-88. A simples reprodução e manutenção acéfala dos institutos ao longo do tempo, por sua vez, podem revelar dois fatores: a) o despreparo e a falta de senso crítico dos processos de transição para a democracia⁴⁷; e b) a ausência de interesse, por parte dos detentores do poder, na efetiva concretização do processo de democratização e asseguaração dos direitos fundamentais.

Notoriamente, o Brasil é um dos países latino-americanos mais atrasados em termos de justiça de transição e implantação de reformas institucionais para a superação ou revogação da herança autoritária⁴⁸. Aliás, como verificado, o Brasil possui um histórico político de transições pseudoconsensuais, impostas de cima pra baixo, com o simples “assujeitamento” das classes não detentoras do poder (NOHARA, 2009). Essa sucessiva ausência de ruptura de paradigmas

⁴⁵ O caso é de 2015. Notícia disponível em: <http://g1.globo.com/pr/oeste-sudoeste/noticia/2015/08/palhaco-e-preso-pela-pm-durante-apresentacao-no-centro-de-cascavel.html>. Acesso em 11/04/2018.

⁴⁶ Reportagem completa sobre os dois casos disponível em: <http://justificando.cartacapital.com.br/2016/07/07/crime-de-desacato-virtual-e-autoritario-e-fere-a-liberdade-de-expressao/>. Acesso em 11/04/2018.

⁴⁷ Para um estudo completo sobre a relação entre a justiça de transição e a consolidação de níveis mais avançados de democracia, veja-se NINO (2015).

⁴⁸ Dentre as quatro frentes clássicas de atuação da justiça transicional (reformas institucionais, punição dos agressores, medidas de reparação e direito à verdade), o Brasil veio a começar a garantir as medidas de reparação apenas 10 anos após a redemocratização (Lei nº 9.140/1995). As reformas institucionais nunca foram completamente realizadas e a Comissão da Verdade foi criada apenas em 2011 (Lei nº 12.528/2011). Ao contrário da maioria dos países latino-americanos, o Brasil não assistiu à responsabilização judicial dos perpetradores de violações de direitos humanos, em decorrência da Lei de Anistia. Por essas e outras inúmeras razões é que se reconhece o atraso da democratização brasileira em comparação com os demais países latino-americanos, bem como a constante rejeição das demandas no campo do direito (RODRIGUES, 2014).

explica a dificuldade de mudanças estruturais reais e a reprodução acrítica de institutos ultrapassados.

Assim como o ordenamento jurídico brasileiro foi um dos mais atrasados com relação à concretização da justiça de transição, pretende agora repetir o constrangimento com relação à questão do desacato. Verifica-se nos últimos 20 anos uma tendência internacional de descriminalização da conduta (OLIVEIRA, OLIVEIRA, 2010), seja por decisão judicial ou reforma legislativa (*abolitio criminis*), à qual os poderes judiciário e legislativo brasileiro parecem ter fechado os olhos.

Nessa toada, a Argentina revogou o crime já em 1993; a Espanha em 1995 mediante reforma do Código Penal. O Paraguai em 1998; Costa Rica em 2002; Chile, Honduras e Panamá em 2005; Guatemala em 2006; Nicarágua em 2007; Bolívia em 2012. A solução brasileira foi entender inaplicável o crime e logo em seguida voltar atrás, em menos de 6 meses⁴⁹.

Como demonstrado, o crime de desacato exerce função bem específica em nosso ordenamento jurídico e sistema político: a naturalização de um discurso de autoridade, hierarquia e controle político. Para possibilitar a aplicação desse discurso, a dogmática penal passou a oferecer o substrato técnico de aplicação do tipo penal, inclusive buscando justificativas para a existência do crime na teoria do bem jurídico.

Portanto, antes de adentrar na crítica realizada ao crime de desacato pelo viés da legalidade e da liberdade de expressão, é necessário compreender a forma como a dogmática constrói e interpreta o tipo penal.

1.3. Análise dogmática do tipo penal

O ordenamento jurídico brasileiro possui atualmente quatro tipos penais de desacato. O crime comum está previsto no art. 331 do Código Penal, dentro do Título XI intitulado “Dos Crimes Contra a Administração Pública” e é o de aplicação mais corriqueira. Os outros três tipos estão previstos nos arts. 298, 299 e 300 do Código Penal Militar, com as suas peculiaridades. Embora previstos na legislação castrense, apenas o primeiro é considerado crime propriamente militar, enquanto os demais tipos podem ter civis como sujeitos ativos. Evidencia-se, portanto, a necessidade de sua análise, ainda que pontual.

O tipo previsto no Código Penal comum, por sua vez, é considerado como o padrão científico para a análise do desacato em nossa legislação, por se tratar da situação comum de

⁴⁹ Para entender esta indecisão no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, veja o capítulo 3, *infra*.

aplicação. Portanto, por padrão, para os funcionários públicos civis existe apenas um tipo de desacato, não havendo distinção por hierarquia ou função exercida, como se demonstrará em seguida.

Primeiramente, será feita uma breve comparação entre os tipos previstos na legislação militar e o crime de desacato do art. 331 do Código Penal. Em sequência, será traçado um panorama dogmático deste último crime, conforme disposto pela doutrina tradicional, destacando os principais elementos para a concepção global do tipo.

1.3.1. Desacato Comum e Desacatos Militares

O desacato “comum” está disposto de forma pouco elaborada no art. 331 do Código Penal, redigido nos seguintes termos: “desacatar funcionário público no exercício da função ou em razão dela”.

O Código Penal vigente alterou a definição constante da legislação anterior para adotar o conceito amplo de desacato. Isso significa que o tipo penal abarca não apenas o desacato cometido contra funcionário público no exercício de sua função, mas também aquele cometido em razão dela⁵⁰.

Por essa razão, Nelson HUNGRIA (1977) afirma que a lei penal busca não apenas reprimir a oposição à atividade funcional em si, mas resguardar os funcionários públicos, em sentido geral.

O art. 298 do Código Penal Militar, por sua vez, tipifica o crime militar denominado de “desacato a superior”. Ao contrário do crime comum, já citado, o tipo castrense apresenta uma maior determinação na conduta, nos seguintes termos: “desacatar superior, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro, ou procurando deprimir-lhe a autoridade”.

Trata-se de crime propriamente militar, ou seja, apenas militares ativos ou inativos podem ser sujeitos ativos desse delito⁵¹. A conduta típica, embora descrita pelo verbo desacatar, apenas ocorre mediante a prática de ato que ofenda a dignidade ou o decoro ou que procure deprimir a autoridade de superior. Por dignidade entende-se os atributos morais da pessoa do superior, enquanto que por decoro compreende-se os seus atributos físicos e intelectuais;

⁵⁰ Este conceito amplo era preconizado por Farinácio desde a Idade Média. Segundo esta definição, o desacato também pode ser cometido quando o funcionário público estiver fora de suas funções (*extra officium*), desde que a ofensa seja proferida *propter officium*, ou seja, em razão de suas funções (HUNGRIA, 1977).

⁵¹ Conforme a doutrina, o militar inativo não pode ser sujeito ativo do delito quando incidirem as condições do art. 9º, inciso III, do CPM. No entanto, o inativo não pode ser o superior ofendido (sujeito passivo indireto), pois não está, em regra, no exercício de função (NEVES, STREIFINGER, 2012).

deprimir a autoridade do cargo equivale a atacar a força ou o poder de mando (NEVES, STREIFINGER, 2012).

Portanto, a conduta de desacato a superior possui um grau de determinação muito maior do que aquela constante do tipo de desacato comum (art. 331 do Código Penal), uma vez que define com maior precisão no que consiste a ofensa típica.

Embora o tipo do art. 298 do CPM não deixe explícito, também se aplica aqui a exigência do nexó funcional na ofensa, ou seja, que esta seja proferida no exercício da função ou em razão dela. Aliás, este deve ser o critério para diferenciar o desacato a superior do simples desrespeito a superior, previsto no art. 160 do CPM⁵².

Prosseguindo, o art. 299 do Código Penal Militar contém o tipo de “desacato a militar”, que consiste, grosso modo, no desacato comum cometido contra militar, acrescido de um único elemento objetivo. Assim dispõe o artigo: “desacatar militar no exercício de função de natureza militar ou em razão dela”.

O primeiro ponto a ser ressaltado é que o tipo penal é impropriamente militar, ou seja, pode ser cometido por qualquer pessoa, ainda que civil. O segundo, é que o dispositivo não exige que o desacato ofenda a dignidade ou o decore do superior ou procure lhe deprimir a autoridade, como o fez o art. 298 do CPM.

Por outro lado, deixa clara a exigência do nexó causal e acrescenta o elemento objetivo “função de natureza militar”. Conforme lição doutrinária, função de natureza militar é “o exercício das obrigações inerentes ao cargo militar” (ROMEIRO, 1994, p. 84), o que deve abranger todas as atividades constitucionalmente destinadas às instituições militares federais e estaduais

Nesse sentido, eventual desacato cometido a militar que não esteja no exercício de suas atribuições constitucionais pode configurar outro crime, inclusive o desacato comum (art. 331 do Código Penal), mas não o tipo do art. 299 do CPM⁵³.

⁵² O desrespeito ao superior está tipificado nos seguintes termos: “Art. 160. Desrespeitar superior diante de outro militar: Pena - detenção, de três meses a um ano, se o fato não constitui crime mais grave”. O tipo penal deixa explícita sua subsidiariedade, justificando a lição doutrinária de que a ofensa grave deve ser punida na forma do art. 298 do mesmo diploma.

⁵³ A esse respeito, deve-se esclarecer a errônea interpretação que pode advir da leitura do enunciado nº 267 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, que assim afirma: “oficiais e praças das milícias dos Estados, no exercício de função policial civil, não são considerados militares para efeitos penais, sendo competente a Justiça Comum para julgar os crimes cometidos por ou contra eles”. O entendimento afirma claramente que os crimes cometidos por ou contra militar estadual em exercício de policiamento ostensivo não são considerados militares para fins penais. Embora a súmula não tenha sido formalmente revogada, este entendimento se encontra superado desde a Emenda Constitucional nº 7/1977, conforme reconhecido pela jurisprudência do STF (HC 69571/PB, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, julgamento em 25.8.1992, DJ de 25.9.1992).

O último tipo previsto na legislação militar é o “desacato a assemelhado ou funcionário”, previsto no art. 300 do CPM, nos seguintes termos: “desacatar assemelhado ou funcionário civil no exercício de função ou em razão dela, em lugar sujeito à administração militar”.

Esse crime também é impropriamente militar, mas possui a peculiaridade de punir o desacato cometido contra o funcionário civil, ao contrário dos tipos anteriores, que tratavam do desacato contra militares. Vale ressaltar que a figura do assemelhado não mais existe na administração militar, o que nos leva à conclusão de que a única diferença prática deste crime para o desacato comum é que pune a conduta praticada em lugar sujeito à administração militar⁵⁴.

O que se depreende é que os civis podem cometer três tipos de desacato: o comum, previsto no art. 331 do CP, bem como o desacato a militar (art. 299 do CPM) e o desacato a civil ou assemelhado (art. 300 do CPM). Entretanto, o desacato comum possui natureza visivelmente subsidiária. Isso se deve primordialmente ao fato de que os tipos da legislação castrense possuem seus elementos objetivos muito mais restritos e determinados, enquanto o tipo do art. 331 do CP é mais abrangente e de redação genérica.

Dessa forma, caso o militar vítima de desacato não esteja no exercício de suas atribuições constitucionais (exercício de função de natureza militar), o crime será de desacato comum, ainda que o crime tenha sido perpetrado em lugar sujeito à administração militar, pois a proteção do art. 300 do CPM se estende apenas ao funcionário civil que esteja no local⁵⁵.

A subsidiariedade e a generalidade do crime de desacato do art. 331 do Código Penal justificam que se realize um exame mais detalhado de seus elementos e do tratamento conferido pela doutrina.

1.3.2. O Bem Jurídico Protegido pela Norma

A teoria do bem jurídico busca criar um sistema de limitação do poder de intervenção jurídico-penal, afastando a simples discricionariedade do legislador para a criação de tipos.

⁵⁴ A definição de lugar sujeito à administração militar deve compreender três critérios informadores: fixação ou amplitude, disponibilidade pela administração militar e segurança. O critério da fixação importa na consideração de que se trata de um lugar, ou seja, um espaço físico fixo e não móvel, embora possa ser “ampliado” para abarcar todos os espaços amplos a ponto de comportar efetivo militar em seu interior, como uma aeronave, por exemplo. O critério da disponibilidade demanda que o espaço seja ampla e preponderantemente administrado por militares. Por fim, o lugar deve ser guarnecido com efetivo de segurança, ou seja, efetivamente ocupado pelas forças militares (NEVES, STREIFINGER, 2012).

⁵⁵ Trata-se, contudo, de uma situação prática de difícil visualização, pois se o militar estiver em lugar sujeito à administração militar é extremamente improvável que não esteja em exercício de função de natureza militar.

HIRSCH (2016) informa que o bem jurídico sempre desempenhou papel central na teoria penal alemã, sob um duplo aspecto: em primeiro lugar, como critério de interpretação do tipo penal; em segundo lugar, como parâmetro crítico para aferir a legitimidade da criminalização de determinada conduta. Sob esse viés crítico, seriam ilegítimos tipos penais que resguardassem apenas convicções morais, por exemplo⁵⁶.

Claus ROXIN (2009), defensor do conceito de bem jurídico, fundamenta sua aplicação na concepção ideológica do contrato social, devendo ser encontrado um equilíbrio entre o poder de intervenção estatal e a liberdade civil. Para o autor, os bens jurídicos podem ser conceituados como

circunstâncias reais dadas ou finalidades necessárias para uma vida segura e livre, que garanta todos os direitos humanos e civis de cada um na sociedade ou para o funcionamento de um sistema estatal que se baseia nestes objetivos. (...) Um conceito de bem jurídico semelhante não pode ser limitado, de nenhum modo, a bens jurídicos individuais; ele abrange também bens jurídicos da generalidade (ROXIN, 2009, p. 18-19).

A definição de bem jurídico constitui um dos maiores impasses da teoria jurídico-penal; não se pretende nesta pesquisa adentrar essa celeuma nem adotar nenhum conceito em caráter definitivo. Parte da doutrina entende que a finalidade do direito penal seria a proteção da vigência da norma violada, atribuindo ao bem jurídico uma concepção formal, como é o caso de JAKOBS (2009)⁵⁷. Por outro lado, Günther Stratenwerth nega a utilidade do conceito de bem jurídico, pois entende que se trata de termo abstrato absolutamente indefinível⁵⁸.

Não obstante, a teoria do bem jurídico encontra aceitação doutrinária e levanta debates cada vez mais acirrados. Também no Brasil tal conceito se difundiu, integrando nossa tradição “manualística” o estudo do bem jurídico anteposto ao tipo penal. Portanto, releva compreender de que forma a doutrina brasileira analisa o bem supostamente resguardado pelo crime de desacato.

⁵⁶ Também Claus ROXIN (2009) defende a utilização crítica da teoria do bem jurídico como forma de evitar a criminalização de convicções políticas ou morais, doutrinas religiosas e sentimentos. O autor adiciona, ainda, que apenas podem ser punidas as condutas que agridem bens jurídicos mediante riscos não permitidos, conforme demanda a teoria da imputação objetiva.

⁵⁷ Para JAKOBS (2009), a função do direito penal é a proteção de um bem jurídico, considerado a vigência da norma violada pela conduta. Dessa forma, a norma se dirige apenas a garantir a obediência dos cidadãos. O autor evita, conscientemente, qualquer análise sobre a validade ou não do conteúdo das normas, reputando-a não científica.

⁵⁸ Para Stratenwerth, além de ser irresolúvel a tarefa de definir bem jurídico, o conceito é insuficiente, pois dificulta a atuação do direito penal em áreas como tabus culturais e normas elementares de comportamento, cuja intervenção entende o autor por necessária (ROXIN, 2009).

O primeiro aspecto de relevo é o fato de se tratar de bem jurídico de caráter imaterial unido a aspecto institucional, o que acentua a dificuldade na compreensão exata de seu alcance.

Segundo GRECO (2017), o objeto material do crime é a honra do servidor público; todavia, o bem jurídico protegido é a administração pública e o seu funcionamento regular⁵⁹. Fernando CAPEZ, por sua vez, leciona que o crime de desacato tutela “a dignidade, o prestígio e o respeito devidos à função pública, de modo a possibilitar o regular exercício da função administrativa” (2012, p. 648). Em sentido idêntico, opinam Rogério SANCHES (2016), Damásio de JESUS (2012) Guilherme NUCCI (2014) e PRADO (2017).

Edgard Magalhães NORONHA (1988), por sua vez, cessa sua análise em momento anterior, afirmando que o bem jurídico tutelado no crime de desacato é a própria dignidade, prestígio e respeito devidos à função pública, deixando de adentrar a questão da regularidade do funcionamento da administração. Nelson HUNGRIA também manifestava tal compreensão, destacando a necessidade de proteção da “dignidade e o prestígio da função exercida em nome ou por delegação do Estado” (1977, p. 418) Esse mesmo entendimento é compartilhado por Cezar Roberto BITENCOURT (2018), para quem a respeitabilidade das ordens públicas subjaz ao tipo penal.

Portanto, parte da doutrina moderna entende que o bem jurídico é o regular funcionamento da administração pública (ameaçado pela conduta desrespeitosa), enquanto a doutrina tradicional aponta o prestígio e a respeitabilidade da função pública como bem juridicamente protegido pelo tipo.

Entretanto, cabem algumas colocações sobre a forma como a doutrina trata o tema. Em primeiro lugar, é perceptível que a análise dos autores tradicionais utiliza o bem jurídico apenas como parâmetro de interpretação do tipo penal, ignorando o caráter crítico inerente à teoria. O que ocorre é uma inversão metodológica: ao invés de verificar se o crime tipificado realmente se presta à proteção de algum bem jurídico e se legitima deste ponto de vista, o que se faz é buscar definir um bem jurídico *a posteriori* que sirva como fundamento para a existência do delito.

A legitimidade de qualquer um dos bens jurídicos elencados pela doutrina pode e deve ser questionada do ponto de vista técnico. Em primeiro lugar, prestígio e respeitabilidade da função pública não se conectam aos indivíduos, afastando seu enquadramento como bens

⁵⁹ O objeto do crime não coincide com o bem jurídico protegido. O objeto se refere ao substrato material sobre o qual recai a conduta criminosa, o que não coincide necessariamente com a finalidade de proteção da norma.

jurídicos individuais⁶⁰. Tais qualidades poderiam ser consideradas, no máximo, como pressupostos para o regular exercício da atividade estatal, considerado bem jurídico de cunho geral e coletivo⁶¹.

Para HEFENDEHL (2016), os bens jurídicos coletivos podem ser divididos entre aqueles que geram espaços de liberdade para os indivíduos e aqueles que protegem as condições marco do Estado, ou seja, buscam assegurar a existência do Estado em seus diferentes níveis hierárquicos. Estes últimos devem se referir aos bens mais inferiores e basilares, com o menor nível de abstração possível.

No entanto, persiste o questionamento acerca da real medida em que o Estado precisa de tais tipos penais para se manter estável. Ou melhor: em que medida a criminalização do desacato é necessária e eficiente para assegurar o real desempenho das funções estatais?

Juan BUSTOS (2000) parte de uma divisão dos bens jurídicos coletivos entre aqueles que afetam as bases de existência da sociedade e, em um segundo grupo, aqueles pertinentes ao funcionamento do mesmo. Neste último grupo estariam os chamados “bens jurídicos de controle”, definidos como aqueles meios necessários para garantir o controle do exercício do poder pelo Estado. O desacato, nessa ordem de ideias, afetaria a possibilidade de exercício do controle pelos servidores públicos.

Em uma ordem semelhante de ideias, QUERALT (2015) entende que os delitos cometidos contra ou por funcionários públicos afetam a “capacidade prestacional” do Estado, entendida como o potencial de intervenção pública na sociedade civil a fim de cumprir suas finalidades. O desacato imporia óbice à capacidade interventiva do Estado entendida como bem jurídico de natureza social.

Mesmo com esses pensamentos até aqui expostos, é complexo conceber de que forma a prática da conduta de desacato implica a efetiva violação ao bem jurídico coletivo, pois não se vislumbra uma relação direta como aquela que se observa entre o tipo de homicídio e o bem jurídico vida.

O tipo penal deve estar estruturado de forma que a ação típica esteja conectada ao bem jurídico por meio da relação de causalidade lesiva. Para bens jurídicos coletivos, aplica-se

⁶⁰ Na realidade, a palavra “respeitabilidade” inevitavelmente contém uma carga valorativa de cunho moral, pois o que se entende por “falta de respeito” é um sentimento pessoal e possui caráter estritamente cultural. Um dos objetivos da teoria do bem jurídico, na sua formulação alemã, é afastar a possibilidade de criminalização de convicções morais ou culturais (ROXIN, 2009), demonstrando o descompasso da doutrina brasileira com as formulações elementares da teoria.

⁶¹ Ressalto que mesmo a possibilidade de proteção de bens jurídicos gerais ou coletivos é controversa, conforme aponta HEFENDEHL (2016). Para ROXIN (2009), os bens jurídicos coletivos apenas seriam legítimos quando servissem definitivamente ao cidadão particular, fundamento suficiente para justificar os crimes contra a administração pública e de falsificação de moeda, por exemplo.

tradicionalmente o pensamento da “acumulação”, segundo o qual a ausência de punição a uma ação individual em si inócua levaria ao seu cometimento em grande número e essa acumulação lesionaria o bem jurídico⁶² (HEFENDEHL, 2016).

Todavia, para que um crime se legitime desse ponto de vista, é necessário que a possibilidade de reprodução da conduta seja realista do ponto de vista científico e empírico. Destacam HIRSCH e WOHLERS (2016) que não basta a mera possibilidade lógica de repetição da conduta, pois nesse caso seria possível argumentar que todo e qualquer comportamento reproduzido em grande escala seria prejudicial.

Subjaz ao tipo penal do desacato o discurso de que, não sendo punida a conduta, o desacato aos servidores públicos irá se repetir em escala tão grande a ponto de prejudicar a regularidade das funções estatais e, conseqüentemente, a prestação e defesa de liberdades individuais.

Além de ser inadmissível direito penal fundado em meras presunções, esta é manifestamente infundada. As condutas de ataque ao Estado se originam, via de regra, de intenção não multiplicável (HEFENDEHL, 2016), o que limita o raciocínio de que a contestação ao Estado se reproduziria no seio social pelo simples motivo de não haver atuação do direito penal.

Ainda que fosse possível verificar tal relação lesiva (o que deve ser tecnicamente rejeitado), o vínculo entre desacato e desestabilização das funções estatais seria perceptível, no máximo, para os cargos mais altos, ou seja, aqueles mais próximos das cúpulas que detêm o poder. Por outro lado, o menoscabo ao prestígio de funcionários públicos inferiores seria, segundo essa ordem de ideias, insignificante, por não conter abalo real à atividade do Estado. Ademais, revela pensamento autoritário que adjetiva a sociedade civil de desrespeitosa e insubordinada, apenas aguardando o momento da descriminalização para se rebelar contra os poderes instituídos.

De toda forma, a acumulação não fornece o vínculo necessário entre a ação típica do crime de desacato e a lesão ou ameaça ao bem jurídico. A doutrina brasileira é omissa quanto à questão, pois, como já exposto, não explora o potencial crítico dos conceitos.

Acerca da colocação do prestígio da administração pública como bem jurídico autônomo, cabem considerações de ordem doutrinária. Em primeiro lugar, o conceito se contrapõe de maneira clara ao princípio da igualdade, pois não há razão para se conferir ao

⁶² A aplicação da lógica da acumulação é facilmente verificável no caso de delitos contra o meio ambiente ou de crimes contra bens ou contingentes consumíveis – como crimes fiscais, por exemplo. A evasão fiscal sem punição, por exemplo, pode induzir a reprodução da prática e o esgotamento das reservas fiscais do estado.

funcionário público um prestígio diferenciado daquele decorrente da dignidade humana, inerente a todos os indivíduos.

Adicionalmente, não existe fundamento constitucional para se atribuir prestígio à própria Administração Pública enquanto bem jurídico. Pelo contrário, a Constituição Federal de 1988 estruturou o funcionamento da Administração Pública de forma tal que esta é quem se subordina à vontade e ao controle dos cidadãos; dificilmente se poderia elaborar linha hermenêutica que coloque a administração em posição subjetiva de exigir prestígio de seus administrados.

Na doutrina espanhola, é comum a referência ao princípio de autoridade como bem jurídico protegido pelo crime de desacato. O princípio de autoridade consistiria no pressuposto necessário para a garantia da ordem pública, já que o desrespeito aos poderes e às autoridades socavaria a estrutura do Estado (DIAZ, 1992). No entanto, ordem pública e princípio de autoridade também são conceitos vagos e discutíveis, sem concreção suficiente para verificar uma violação.

Maite Álvarez VIZCAYA (1993) também se posiciona de maneira crítica ao princípio de autoridade, uma vez que não é possível explicar de que modo um insulto ou injúria a autoridade ou funcionário público pode desembocar em instabilidade social, ou seja, a acumulação é inverificável. Ademais, o conceito de ordem pública é tão amplo que se poderia argumentar por sua alteração em razão de qualquer fato criminoso.

Ao se tratar de princípio de autoridade, mais uma vez é reforçado o caráter de mero exercício de poder da criminalização do desacato e sua íntima relação com os crimes de lesa-majestade. A noção de autoridade se associa diretamente à reverência e ao acatamento que se deve ao funcionário público pelo simples fato de sê-lo, ressaltando os traços de sacralidade da relação. Não à toa, um dos sentidos atribuídos à palavra “desacato” na língua espanhola é o de “irreverência para com as coisas sagradas”⁶³. Imposta a aura de sacralidade a tudo que é do Estado, o acatamento às ordens emanadas de servidores públicos equivale à obediência às leis religiosas; o desacato é a heresia e o descaso para com o sagrado.

O efeito disso é que o desacato passa a ser aplicado em toda e qualquer situação, fazendo com que todas as circunstâncias, mesmo as mais improváveis, passem a ser associadas à ordem pública (VIZCAYA, 1993). Seria jocoso se o que está em jogo não fosse a liberdade pessoal.

⁶³ A definição é extraída do *Diccionario de La Lengua Española* da Real Academia Española. A consulta pode ser feita através do endereço: <https://dle.rae.es/?w=diccionario>. Acesso em 29/11/2018.

No entender desta pesquisa, o crime do desacato não se presta a proteger a regularidade das funções públicas ou qualquer outro bem jurídico de caráter coletivo ou geral. Do ponto de vista individual, a proteção da personalidade e da honra do funcionário público desacatado já se realiza nos crimes contra a honra, de forma simples⁶⁴.

Tomando a Constituição Federal de 1988 e o regime democrático como pontos de inflexão na interpretação da ordem jurídica, não há justificativa técnica, dentro da teoria do bem jurídico, que justifique a manutenção do delito de desacato.

1.3.3. A Conduta Típica

A ação criminosa está descrita no art. 331 do Código Penal pelo verbo “desacatar”.

Em um primeiro momento, o verbo do tipo sugere que o desacato consistiria na falta de acatamento⁶⁵. “A ofensa constitutiva do desacato é qualquer palavra ou ato que redunde em vexame, humilhação, desprestígio ou irreverência ao funcionário” (HUNGRIA, 1977, p. 421). Portanto, sendo crime de forma livre, o desacato não se realiza apenas de forma verbal, mas também por outros atos que causem vexame ou humilhação, como uma ameaça ou lesão corporal leve, por exemplo⁶⁶.

Em sentido idêntico, Rogério SANCHES (2016) aponta que o ato de menosprezo, humilhação ou desprestígio pode ser cometido não apenas por ação, mas também por omissão, como na situação de não responder a cumprimento.

A mesma definição de desacatar é compartilhada pela unanimidade da doutrina consultada⁶⁷.

Heleno Cláudio FRAGOSO afirmava que “constitui pressuposto do fato que a ofensa constitutiva do desacato seja praticada na presença do funcionário ofendido” (1986, p. 464). Também Nelson HUNGRIA (1977) entende que o desacato exige a presença, embora não seja necessário que a ofensa seja realizada “cara a cara”, desde que o ofendido escute ou perceba o

⁶⁴ Acerca da comparação entre o desacato e os crimes contra a honra, bem como sobre a falácia da necessidade de proteção apartada à honra do servidor público, veja-se o tópico 1.3.7, *infra*.

⁶⁵ Todavia, como se pretende retomar no tópico 2.3.1, *infra*, a palavra “desacatar” não possui significado unívoco para fins de observância ao mandamento de taxatividade dos tipos penais.

⁶⁶ Segundo a lição de HUNGRIA (1977), quando a ofensa do desacato configurar também crime autônomo, deve-se observar os critérios de concurso aparente de crimes. Para o autor, quando ocorrer desacato e também injúria, difamação, ameaça ou lesão corporal leve, a pena aplicada deve ser apenas a do desacato, por se tratar de pena mais grave. Todavia, se configurada calúnia ou lesão corporal grave, deve ser aplicado o concurso formal de delitos, pois a estes são cominadas penas mais graves ou iguais às do desacato.

⁶⁷ Nesse sentido: CAPEZ, 2012; JESUS, 2012; NUCCI, 2014; GRECO, 2017; BITENCOURT, 2018; e PRADO, 2017.

ato ofensivo na mesma hora⁶⁸. A doutrina tradicional exclui, por conseguinte, a possibilidade de prática de desacato por meio de telefone⁶⁹, fax, telegrama ou carta.

A doutrina atual se limita a repetir quase que de maneira literal as lições de Heleno Cláudio Fragoso e Nelson Hungria⁷⁰, sem atualizar a análise técnica do delito. Dessa forma, permanece sem análise científica a possibilidade de prática de desacato no espaço da Internet, em aplicativos de mensagens instantâneas ou em redes sociais. Na ocorrência de situações diversas daquelas que foram abordadas há 30 anos, como nas recentes prisões realizadas por “desacato virtual”⁷¹, a doutrina penal não apresenta resposta satisfatória.

Para esta pesquisa, a exigência da presença física simultânea do autor e do ofendido não encontra previsão no tipo penal, bastando que a ofensa seja imediatamente percebida pelo funcionário público. Não haveria óbice, portanto, à configuração do delito por meio de mensagem enviada em aplicativo de mensagens instantâneas, por exemplo⁷².

Também CUELLO CALON (1980) destaca que não há propriamente a necessidade de que a presença seja tão material como faz parecer parte da doutrina, desde que as ofensas sejam percebidas pelo destinatário. Por isso se afirma que a presença deve ser interpretada, na realidade, como a percepção da ofensa (CÓRDOBA RODA, 1978), pensamento que auxilia na resolução das dúvidas já expostas.

O último elemento a ser destacado é que a ação criminosa deve ser cometida contra o funcionário público no exercício da função ou em razão dela. No primeiro caso, conforme Lélío Braga CALHAU (2004), verifica-se o nexó funcional ocasional, pois a ofensa ocorre na ocasião do exercício das funções; por outro lado, o nexó funcional será causal quando o ofendido não esteja a desempenhar o ato de ofício, mas este seja a causa da ofensa.

Nelson HUNGRIA (1977) e Heleno FRAGOSO (1986) entendiam que o nexó ocasional dispensava o nexó causal, ou seja, estando o funcionário público no exercício de sua função, a

⁶⁸ A doutrina afirma que é indiferente que haja publicidade da ofensa, pois não é elemento do tipo. Portanto, é indiferente que a conduta seja realizada na presença só do sujeito passivo ou na de diversas pessoas, desde que o ofendido perceba a ofensa na hora (JESUS, 2012).

⁶⁹ Tal restrição nos parece um contrassenso, pois a doutrina admite que o desacato seja praticado ainda que não estejam autor e ofendido face a face, desde que seja imediatamente percebido. Embora em cartas isso não seja possível, em conversas telefônicas a ofensa é recebida de forma imediata.

⁷⁰ Nesse sentido, a unanimidade da doutrina consultada: CAPEZ, 2012; JESUS, 2012; GRECO, 2017; BITENCOURT, 2018; PRADO, 2017; NUCCI, 2014; e SANCHES, 2016. Damásio de JESUS (2012) e Fernando CAPEZ (2012) apenas acrescenta que, caso não se verifique a presença simultânea do autor e do ofendido, pode ser configurado crime contra a honra, mas não o desacato.

⁷¹ Acerca do chamado “desacato virtual”, observe-se a nota nº 45, *supra*.

⁷² O problema das prisões pelo desacato virtual, para esta pesquisa, não se encontra propriamente na forma como cometido o suposto delito, mas no conteúdo das informações consideradas ofensivas. Na realidade, os comentários publicados pelos autores apenas continham críticas a atuação das polícias militares, sequer havendo dolo de humilhar a função pública.

ofensa irrogada poderia ser até mesmo de natureza particular ou privada. Esse posicionamento é compartilhado por Fernando CAPEZ (2012) e Regis PRADO (2017)⁷³.

Cezar Roberto BITENCOURT (2018) é o único manualista consultado que apresenta posição crítica quanto ao ponto. Para Bitencourt, considerando que deve o autor ter consciência da condição de funcionário público e que a finalidade da norma penal é tutelar a função pública, a ofensa deve ter necessariamente relação com a função exercida, estando ou não o ofendido no exercício desta⁷⁴.

Esta última posição nos parece mais adequada para alcançar a pretensa finalidade de proteção ao regular desempenho das atividades públicas. Caso seja proferida ofensa de natureza privada ao funcionário público, ainda que no exercício de suas funções, não ocorre qualquer lesão à respeitabilidade da administração pública, razão pela qual haverá crime contra a honra e não desacato.

1.3.4. Sujeitos Ativo e Passivo

O sujeito passivo do crime de desacato é o próprio Estado. O funcionário público humilhado é sujeito passivo apenas de forma indireta e secundária. Por óbvio, o ofendido não pode ser funcionário público aposentado, pois se torna impossível que a ofensa seja proferida “no exercício da função ou em razão dela”.

Para a delimitação do que se entende por “funcionário público” enquanto elemento do tipo e sujeito passivo indireto do crime de desacato, deve-se tomar a definição contida no art. 327 do Código Penal, segundo o qual “considera-se funcionário público, para os efeitos penais, quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública”. Além disso, como o tipo não faz nenhuma distinção, é possível em tese o desacato contra funcionário público por equiparação, que é aquele referido no § 1º do dispositivo e abrange as paraestatais e empresas prestadoras de serviço⁷⁵.

Portanto, o desacato pode ser cometido contra um grande espectro de profissionais, ainda que não se relacionem de maneira duradoura com o Estado. Nesse sentido, são

⁷³ A maioria dos autores de manuais consultados silencia a respeito deste aspecto específico (SANCHES, 2016; GRECO, 2017; JESUS, 2012; NUCCI, 2014).

⁷⁴ Por esta razão, o autor conclui que o nexo funcional deve ser causal-circunstancial quando “no exercício da função” e puramente causal quando for “em razão dela” (BITENCOURT, 2018).

⁷⁵ Art. 327 - Considera-se funcionário público, para os efeitos penais, quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública.

§ 1º - Equipara-se a funcionário público quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal, e quem trabalha para empresa prestadora de serviço contratada ou conveniada para a execução de atividade típica da Administração Pública.

considerados funcionários públicos e podem ser desacatados os mesários, os estagiários de repartições públicas, os jurados e os advogados dativos, por exemplo.

Ressalte-se, ainda, que a legislação penal brasileira não diferencia funcionário público de autoridade, como faz a legislação espanhola⁷⁶, por exemplo (QUERALT, 2015). Portanto, é indiferente para o conceito o tipo de função ou a posição hierárquica exercida pelo ofendido.

Observação interessante quanto ao tema é trazida pela lição de VIZCAYA (1993). Para a autora, é necessário para a persecução por desacato que o ofendido pela conduta ostente a qualidade de autoridade, em um viés personalista. Por tal razão, quando o funcionário público perde essa condição, os atos não são mais objetos de tutela penal, nem ao menos pelas situações ocorridas enquanto ostentava tal “dignidade” especial. Por tal razão, deveria o processo ser extinto em razão da alteração superveniente. Tal discussão não encontra ressonância na doutrina nacional.

Qualquer pessoa pode ser sujeito ativo do delito, tratando-se de crime comum. A Lei nº 8.906/1994, que dispõe sobre o Estatuto da Advocacia, continha no seu art. 7º, § 2º, previsão de imunidade ao desacato cometido por advogado no exercício de suas atividades⁷⁷. Tal benefício foi declarado inconstitucional pelo STF⁷⁸, razão pela qual é perfeitamente punível o desacato cometido por advogados.

Existe antiga controvérsia doutrinária acerca da possibilidade ou não de cometimento de desacato por servidor público. Para Nelson HUNGRIA (1977), pressupõe-se que o sujeito ativo seja um *extraneus*, mas a este se equipara o funcionário despido dessa qualidade ou fora de suas funções; por outro lado, não se configuraria desacato caso a ofensa partisse de superior hierárquico contra funcionário subalterno. Heleno FRAGOSO (1986) e Magalhães NORONHA (1988), por sua vez, entendiam que qualquer funcionário público poderia ser sujeito ativo de desacato, sendo indiferente a relação hierárquica, pois o que se tutela é a administração pública e não a pessoa do funcionário.

⁷⁶ O Código Penal Espanhol, além de definir funcionário público, traz o conceito de autoridade, definindo-a como os funcionários do Ministério Fiscal e todos aqueles que, por si sós ou em alguma corporação ou Tribunal, exercerem poder de mando ou jurisdição própria. Por essa razão é que se discutiu, na doutrina espanhola, a possibilidade de limitação da sujeição passiva do desacato apenas às autoridades legalmente definidas e sua não aplicação a todos os funcionários públicos.

⁷⁷ Art. 7º. São direitos do advogado: [...]

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

⁷⁸ Segundo o Supremo Tribunal Federal, “imunidade profissional do advogado não compreende o desacato, pois conflita com a autoridade do magistrado na condução da atividade jurisdicional” (ADI 1127/DF, rel. Min. Marco Aurélio, rel. p/ Acórdão Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgado em 17/05/2006).

A controvérsia encontra-se praticamente superada atualmente, uma vez que a maioria esmagadora da doutrina⁷⁹ e da jurisprudência⁸⁰ entendem que a hierarquia entre ofensor e ofendido é indiferente para a consumação do delito. Aliás, não poderia haver outra conclusão, já que o tipo penal não apresenta nenhuma ressalva acerca do sujeito ativo do crime e da necessidade ou não de observância da hierarquia administrativa-funcional⁸¹.

A doutrina espanhola discute a possibilidade ou não de se cometer desacato quando se tratar de ordem ilegal emanada de funcionário público. Para Juan CÓRDOBA RODA (1978), deve-se distinguir a hipótese de ato manifestamente ilegal da situação em que o ato inicialmente legal é executado com excesso.

Na primeira situação, o ato manifestamente ilegal retiraria do indivíduo a condição de funcionário público em exercício de suas funções, impedindo a configuração de desacato. Caberia apenas investigar se a situação configurou crime comum contra a honra⁸² (CÓRDOBA RODA, 1978).

Por outro lado, quando o funcionário público apenas incorre em excesso na sua atuação, não perderia sua qualificação, sendo admitida a existência de desacato. Caberia ao cidadão, antes de praticar o ato ofensivo, recorrer às vias legais pertinentes para coibir o ato excessivo, até porque praticar o desacato não seria um meio adequado para impedir a atuação arbitrária (RODRIGUES DEVESA, 1988).

Para esta pesquisa, trata-se de diferenciação que não se aplica ao direito brasileiro. Em nosso sistema, tanto os atos praticados em violação de lei (ainda que em incompetência absoluta) quanto os praticados com excesso de poderes são considerados ilegais. Todavia, em ambas as hipóteses o crime de desacato é possível, pois deve o indivíduo buscar os meios legais de impugnação do ato. A única situação de relevo ocorreria quando houvesse a usurpação de

⁷⁹ Nesse sentido: CAPEZ, 2012; JESUS, 2012; GRECO, 2017; BITENCOURT, 2018; SANCHES, 2016; NUCCI, 2014.

⁸⁰ O Superior Tribunal de Justiça já afirmou expressamente que é possível a prática de crime de desacato por funcionário público contra pessoa no exercício de função pública, pois o sujeito passivo imediato é o Estado (HC 104.921/SP, rel. Min. Jane Silva (Desembargadora Convocada Do TJ/MG), Sexta Turma, julgado em 21/05/2009).

⁸¹ Obviamente, do ponto de vista teórico é questionável em que medida uma ofensa proferida entre duas autoridades estatais possa violar o bem jurídico protegido pelo tipo. Portanto, para quem defende que o bem jurídico é o regular funcionamento da administração, esta situação não lesionaria o bem jurídico, pois a ofensa teria partido de um funcionário público para outro. No entanto, tendo em vista a problemática definição do bem jurídico tutelado pelo tipo penal, sendo defensável inclusive que não há qualquer bem jurídico, esta discussão acaba se tornando inócua, por depender de uma especial condição teórica controversa para assentar uma limitação sem fundamento no tipo penal.

⁸² MUÑOZ CONDE (1988) se posiciona perante a questão de maneira diferenciada. Embora o autor exclua a possibilidade de desacato nas hipóteses de ato manifestamente ilegal, restringe tal situação àquela em que o indivíduo era absolutamente incompetente para o desempenho do ato, por entender que apenas nesta ocasião a condição de funcionário público é afastada.

função pública, pois nesta hipótese, ausente a condição de funcionário público, não há conduta típica de desacato.

1.3.5. Elemento Subjetivo

O elemento subjetivo do crime de desacato é a intenção ultrajante ou humilhante. Por essa razão, HUNGRIA (1977) afirma a necessidade de dolo específico de depreciar ou vexar, tendo conhecimento da qualidade de funcionário público ou de que a esta se vincula à ofensa⁸³.

Dessa forma, caso o agente apenas demonstre “vivacidade de temperamento ou simples falta de educação, não se pode reconhecer o dolo específico” (HUNGRIA, 1977, p. 423)⁸⁴. No mesmo sentido, CAPEZ (2012).

A configuração do dolo específico depende, na realidade, do bem jurídico que se atribui ao delito. Para os que defendem que o desacato viola o princípio de autoridade, é necessária a especial intenção de violá-lo; por outro lado, caso se entenda pela proteção do regular funcionamento da administração, a conduta deve ser movida pela especial intenção de alterar a atividade administrativa (VIZCAYA, 1993). Ainda que a expressão seja objetivamente injuriosa, a inexistência do *animus* mencionado acarreta a inexistência do delito de desacato (CUELLO CALON, 1980).

Embora a maioria da doutrina consultada concorde com a exigência do dolo específico para a configuração do crime⁸⁵, há divergência quanto à exigência de ânimo calmo como elemento subjetivo.

Conforme a primeira posição doutrinária já exposta, defendida por HUNGRIA (1977), a vivacidade de temperamento ou o estado de ira são incompatíveis com o crime.

Parte da doutrina moderna discorda dessa posição. Para GRECO (2017), JESUS (2012) e SANCHES (2016), o nervosismo e a ira não podem afastar o dolo, pois o crime sempre

⁸³ Como não poderia deixar de ser, desconhecendo o agente a condição de funcionário público do ofendido, não se configura o desacato, por ausência de elemento subjetivo. Da mesma forma, caso o agente pense que o ofendido é funcionário público, mas este não o seja, há erro de tipo, afastando-se o elemento subjetivo de crime de desacato (art. 20 do Código Penal). Não há impedimento, todavia, de que o agente responda pela injúria proferida.

⁸⁴ O Superior Tribunal de Justiça reitera este entendimento, afirmando que o desacato não se confunde com o simples ato grosseiro ou falta de educação, sem prova da intenção de desconsideração da função pública. Nesse sentido: HC 7.515/RS, rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, Sexta Turma, julgado em 25/05/1999; Inq 292/AC, rel. Min. Felix Fischer, Corte Especial, julgado em 29/06/2001.

⁸⁵ Nesse sentido: CAPEZ, 2012; JESUS, 2012; GRECO, 2017; BITENCOURT, 2018; SANCHES, 2016. Em sentido contrário, NUCCI (2014) entende que não há elemento subjetivo do tipo específico, pois o fim específico estaria incluído no verbo desacatar e não no dolo.

ocorreria em situações de descontrole e sem ânimo refletido. Reconhecem, todavia, que a primeira posição é majoritária nos tribunais⁸⁶.

Como consequência da primeira posição referida, não configura desacato a ofensa como resposta a ultraje proferido pelo próprio funcionário público, pois o ânimo de retorquir é incompatível com o dolo de humilhar e menoscar (NORONHA, 1988; HUNGRIA, 1977; CAPEZ, 2012, BITENCOURT, 2018).

De maneira semelhante, a crítica ao funcionamento da administração, ainda que incisiva e enérgica, não poderia, teoricamente, configurar o crime de desacato⁸⁷, conforme já lecionavam NORONHA (1988) e HUNGRIA (1977). Modernamente, dentre a doutrina consultada trazem esta ressalva expressa BITENCOURT (2018), SANCHES (2016), CAPEZ (2012), GRECO (2017) e PRADO (2017).

É necessário que os elementos volitivo e cognoscitivo do dolo abarquem todos os elementos do tipo, sob pena de afastamento da tipicidade. Caso o sujeito ativo do delito desconheça a qualidade de funcionário público do ofendido, incide o erro de tipo do art. 20 do Código Penal, podendo ser caracterizado, a depender do caso, crime contra a honra. Ressalte-se que, além do dolo direto⁸⁸, o crime de desacato pode ser praticado mediante dolo eventual.

Embora de difícil verificação prática, é possível que o erro de tipo incida sobre o elemento “no exercício da função ou em razão dela”, na hipótese em que o agente, embora conheça a qualidade de funcionário público do ofendido, imagina que este não se encontra no exercício da função ou que a ofensa não se relaciona com as atividades. Nessa situação, igualmente se exclui a tipicidade.

Acerca da embriaguez, a jurisprudência predominante entende que é incompatível com o dolo específico de humilhar ou ofender; portanto, o estado de embriaguez excluiria o crime de desacato (CAPEZ, 2012). Ainda assim, nos parece mais acertada a posição de Damásio de JESUS (2012), para quem a embriaguez apenas excluiria o elemento subjetivo do tipo se anulasse a capacidade intelecto-volitiva do agente. A princípio, não se pode presumir incompatibilidade absoluta entre a embriaguez e o dolo específico, pois é possível que o ébrio manifeste vontade de humilhar a função pública. A exclusão do elemento subjetivo, no

⁸⁶ Apenas a título de exemplo, o Superior Tribunal de Justiça possui julgado antigo no sentido de que a exaltação mútua de ânimos exclui o dolo específico: REsp 13.946/PR, rel. Min. Cid Flaquer Scartezzini, Quinta Turma, julgado em 24/06/1992. Em sentido semelhante, o STJ entende que as expressões proferidas em momento de exaltação ou em razão de crítica ou censura profissional não podem configurar crimes contra a honra (RHC 44.930/RR, rel. Min. Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 18/09/2014).

⁸⁷ O STJ já se pronunciou a esse respeito no caso de crimes contra a honra. Veja-se a nota 79, *supra*.

⁸⁸ Embora de difícil visualização prática, também é possível, teoricamente, a prática de desacato mediante dolo direto de segundo grau, desde que o agente conheça a consumação do desacato como consequência necessária da conduta efetivamente desejada.

entendimento desta pesquisa, dependeria de prova da incapacidade volitiva decorrente da embriaguez.

O desacato não é punido a título culposo, pois, nos termos do art. 18, parágrafo único, do Código Penal, o crime culposo demanda expressa autorização em lei.

1.3.6. Consumação e Tentativa

O delito de desacato é formal e se consuma no momento em que proferidos os atos humilhantes ou ofensivos (HUNGRIA, 1977). É indiferente que o ofendido se sinta efetivamente humilhado pelo ato, pois o bem jurídico protegido não é de natureza pessoal ou individual, mas diz respeito à própria regularidade do funcionamento administrativo.

Por essa razão, não se pode concordar com a visão de SANCHES (2016), que afirma ser o crime formal, mas se consumar no momento em que o funcionário público toma conhecimento da ofensa. Se o crime é formal, pouco importa o momento em que o sujeito passivo percebe a ofensa, pois a consumação já ocorreu quando o agente praticou o ato (NORONHA, 1988).

Em aparte a este entendimento, BITENCOURT (2018) e NUCCI (2014) observam que é possível que o funcionário público demonstre total indiferença à ofensa proferida. Nessas situações, os autores defendem que o fato deve ser considerado atípico, pois não houve abalo à regularidade ou prestígio das funções públicas. Deveria ser aplicado, então, o princípio da insignificância⁸⁹.

Para esta pesquisa, o crime se consuma no momento em que a ofensa é proferida; qualquer alteração psicológica produzida no funcionário público ofendido deve ser considerada exaurimento da conduta, não fazendo parte do *iter criminis*.

Não é necessário recorrer à percepção do ofendido para excluir do âmbito de aplicação os atos inofensivos ou insignificantes; caso contrário, passaria a ser exigido resultado material em todas as ocasiões. Na realidade, os atos sem importância sequer se amoldam ao núcleo “desacatar”, devendo tal colocação ser solucionada de forma objetiva independente da forma como recebida pelo ofendido. Portanto, apesar de o crime ser formal, a ofensa deve ter potencialidade lesiva, ou seja, deve ser idônea para ofender e vulnerar o bem jurídico.

⁸⁹ Este entendimento toca em ponto extremamente controvertido na doutrina: a aplicabilidade do princípio da insignificância aos crimes contra a administração pública. Do ponto de vista jurisprudencial, após longo debate, o Superior Tribunal de Justiça buscou sedimentar seu entendimento na Súmula nº 599, que afirma: “o princípio da insignificância é inaplicável aos crimes contra a administração pública”.

A doutrina se controverte quanto à possibilidade de tentativa. Uma vez que a doutrina exige a presença do ofendido, não parece factível a existência de crime tentado. Magalhães NORONHA (1988) afirma que o crime é unissubsistente quando se tratar de ofensa oral, mas que seria possível a tentativa nas demais formas de execução, como quando alguém é impedido de agredir o servidor, por exemplo. Também BITENCOURT (2018) e GRECO (2017) admitem, em tese, a tentativa.

Todavia, o posicionamento mais correto nos parece aquele defendido por Damásio de JESUS (2012) no sentido da impossibilidade da tentativa. A lei pune a conduta do agente, que pode inclusive ser um simples gesto. Dessa forma, ainda que a execução seja interrompida, o crime de desacato já estará consumado com o primeiro gesto de início do *iter criminis*⁹⁰. No mesmo sentido, MONTEIRO (2010).

1.3.7. Desacato e Crimes contra a Honra

O desacato se assemelha em diversos aspectos aos crimes contra a honra; separá-lo da forma majorada de injúria, calúnia e difamação é uma tarefa árdua e que, sob inúmeros aspectos, não convence.

Os crimes contra a honra estão previstos no capítulo V do Título I da Parte Especial do Código Penal, englobando os crimes de calúnia, injúria e difamação, bem como disposições comuns (arts. 138 e 145).

O crime de calúnia (art. 138) se configura quando é falsamente imputado a alguém fato definido como crime, sendo admitida a prova da verdade salvo nas hipóteses do § 3º do mesmo artigo⁹¹. A difamação (art. 139), por sua vez, constitui na imputação de fato que seja ofensivo à reputação do ofendido; aqui, insere-se o conceito de honra objetiva, que consiste na imagem que as outras pessoas ou a sociedade formam do indivíduo. A injúria (art. 140), por fim, consiste na ofensa da dignidade ou do decoro, a chamada honra subjetiva. Não se exige a imputação de qualquer fato (como exigem os tipos de calúnia e difamação), mas a simples ofensa ao conceito que o ofendido tem de si mesmo.

⁹⁰ Os defensores da possibilidade de tentativa exemplificam com as situações em que o agente é interrompido no momento de início de uma agressão física ou quando pretende atirar imundície no funcionário. Todavia, o gesto de ameaçar uma agressão ou de simples arremesso na direção do funcionário já configuram atos de menosprezo ou humilhação, estando o crime plenamente consumado.

⁹¹ Art. 138. [...]

§ 3º - Admite-se a prova da verdade, salvo:

I - se, constituindo o fato imputado crime de ação privada, o ofendido não foi condenado por sentença irrecorrível;

II - se o fato é imputado a qualquer das pessoas indicadas no nº I do art. 141;

III - se do crime imputado, embora de ação pública, o ofendido foi absolvido por sentença irrecorrível.

Interpretando-se o Código Penal de maneira sistemática, verifica-se que os crimes dos arts. 138 a 140 protegem a honra pessoal do ofendido, tanto do ponto de vista objetivo quanto subjetivo. O desacato é crime contra a administração pública, sendo que a ofensa se dirige à honra profissional ínsita ao cargo público, enquanto elemento indispensável ao regular funcionamento da administração. Os crimes se distinguiriam desde o plano do bem jurídico.

O desacato se afasta dos crimes contra a honra ainda sob os seguintes aspectos: a) o objeto do crime de desacato é a honra profissional ínsita à função pública, enquanto o objeto dos crimes contra a honra é a honra pessoal e individual; b) o ofendido no crime de desacato é sempre funcionário público; e c) o crime de desacato exige elemento subjetivo específico, consistente no dolo de humilhar ou desprestigiar a função pública exercida.

Não há distinção, todavia, no plano da execução do delito. O ato injurioso, calunioso ou difamatório irá configurar desacato sempre que o ofendido for funcionário público e ficar provado o dolo específico. Dessa maneira, xingar o médico de hospital particular de “incompetente e mau caráter” é difamação; proferir a mesma ofensa contra médico funcionário público em serviço configura, em tese, desacato, que absorve a difamação em razão de ser apenado mais gravemente. Nos dois exemplos, a ofensa teve natureza objetiva e direcionada ao trabalho; a diferença é que no último o ofendido integra os quadros do Estado, fazendo com que a punição do agente seja duas vezes mais grave⁹².

No caso da calúnia, a situação se agrava. Sendo as penas dos dois crimes idênticas, deve incidir a regra do concurso formal de crimes (art. 70 do Código Penal). Na situação mais favorável, o agente seria condenado à pena de detenção de seis meses a dois anos, aumentada de pelo menos um terço, somente em razão da qualidade do ofendido⁹³.

As diferenças se tornam ainda menos claras quando se observa a causa de aumento de pena do art. 141, inciso II do Código Penal. Segundo o dispositivo, as penas de calúnia, injúria ou difamação aumentam-se de um terço se o crime for cometido “contra funcionário público, em razão de suas funções”. Aqui está presente a qualidade especial do sujeito passivo e o nexo funcional. Qual seria a diferença entre este crime aumentado e o tipo penal do desacato?

Como já exposto na introdução histórica, a injúria qualificada é a forma clássica de punição ao ofensor da honra dos representantes do Estado. O desacato como crime específico surgiu posteriormente no ordenamento francês e foi absorvido por outras legislações

⁹² A pena para o crime de difamação do art. 139 é detenção, de três meses a um ano, e multa. A pena do crime de desacato é de seis meses a dois anos, ou multa.

⁹³ O delito de calúnia admite a chamada “exceção da verdade”, tornando possível a isenção da pena caso o fato imputado seja verdadeiro. Na hipótese do desacato, entretanto, a doutrina majoritária entende inaplicável a exceção da verdade (HUNGRIA, 1977).

posteriores, como é o caso da brasileira. No entanto, quando da promulgação do Código Penal de 1890, nossa legislação já punia a injúria qualificada e manteve sua previsão. Resultante de um equívoco consolidado pelo tempo, a acumulação das duas previsões é ilógica, desproporcional e dificulta a coesão do sistema normativo.

As tentativas doutrinárias de explicar essa coexistência e a incidência de cada um dos dispositivos não convencem. Como visto, a doutrina exige a presença do ofendido para a configuração do desacato; caso contrário, entende que ocorre apenas o crime contra a honra majorado, como nos exemplos da ofensa por carta ou telefone (HUNGRIA, 1977; JESUS, 2012). Esse critério, todavia, não se extrai do tipo objetivo. Além disso, não seria suficiente para justificar a existência de dois tipos penais com penas diferentes; bastaria a colocação de ambas as condutas no mesmo tipo penal.

Poderia ser argumentado que a causa de aumento do art. 141, inciso II, não exige o dolo específico de humilhar ou desprestigiar a função pública, mas apenas o nexó funcional. No entanto, é inconcebível qualquer situação fática em que seja proferida ofensa motivada pelo exercício da função pública e ao mesmo tempo a ela não se refira: o nexó funcional demanda a presença do elemento subjetivo específico.

Não existe justificativa dogmática para a coexistência dos crimes. Na prática, porém, o crime contra a honra majorado possui pena menor que a do desacato (exceto na hipótese de calúnia) e a ação penal é pública condicionada à representação do ofendido. No entendimento desta pesquisa, o mesmo fato típico se enquadra nos dois dispositivos e pode ser processado e punido de maneira mais ou menos gravosa, ao alvedrio dos órgãos de justiça.

A confusão instaurada com as duas previsões reitera a já debatida ausência de solidez do bem jurídico antecedente ao tipo de desacato. Torna-se ainda mais evidente que o crime constitui mais uma proteção extra à honra de determinados indivíduos (ocupantes de uma função pública) do que efetiva proteção à regularidade das atividades da Administração Pública, de interesse coletivo.

Conforme a lição de QUINTERO OLIVARES (1987), as instituições não gozam de atributos tão pessoais como dignidade e honra, e sua atribuição de maneira abstrata não é suscetível de ofensa⁹⁴. Portanto, afirma o autor que a existência do desacato serve apenas para

⁹⁴ É discutível o argumento de que um eventual insulto a pessoa física concreta transcenderia necessariamente a função que desempenha, pois as instituições estatais não são dotadas automaticamente de atributos como honra e dignidade, já que estes envolvem dimensões da pessoa física ausentes em um simples órgão estatal. Para QUINTERO OLIVARES (1987), tal tipo de explicação se acomoda facilmente em um sistema autoritário, mas não pode ser aceita em um Estado Democrático de Direito.

conferir maior proteção a alguns cidadãos simplesmente por serem o que são, em flagrante violação ao princípio da igualdade.

Em um ambiente democrático, portanto, não há razão para a existência do crime de desacato do ponto de vista da antijuridicidade material, já que seu conteúdo seria o mesmo inserido nos delitos contra a honra (DIAZ, 1992).

Em sentido semelhante, Manuel Jaén VALLEJO (1992) defende que o desacato já está suficientemente contido nos crimes contra a honra, uma vez que a proteção da honra de autoridades e funcionários deve ser a mesma conferida aos particulares. Acrescenta, ainda, que deveriam suportar um risco maior de ataques a sua honra, dado o interesse público de se controlar e criticar as atividades estatais⁹⁵.

Em face do primado da intervenção mínima do direito penal, não se pode admitir sua incidência em área que já se encontra protegida por outro instrumento. No caso, o próprio direito penal já consagra a proteção da honra dos indivíduos, não havendo necessidade de se criar critério diferenciador para justificar a existência de um tipo penal autônomo⁹⁶.

Ademais, existem diversos ilícitos graves que são coibidos e sancionados de forma suficiente na esfera administrativa sem que ocorra necessariamente uma correspondência penal (a improbidade administrativa, por exemplo). Parece um contrassenso, em comparação, que ofensas e xingamentos demandem resposta penal, em flagrante violação ao princípio da fragmentariedade.

1.3.8. Desacato, Desobediência e Resistência

Antes de encerrar a análise dogmática do crime, é relevante destacar as diferenças entre o crime de desacato e os tipos de desobediência e resistência, todos inseridos no Capítulo II do Título XI da Parte Especial do Código Penal.

A resistência está prevista no art. 329⁹⁷ e consiste no ato de oposição à execução de ato legal com uso de violência ou ameaça ao funcionário ou a quem lhe auxilie. Em primeiro lugar,

⁹⁵ O autor admite, de maneira contraditória, que a ofensa a honra de funcionários públicos seja agravada, mediante a inclusão de agravante específica aos crimes contra a honra (VALLEJO, 1992). Todavia, se a proteção deve ser a mesma aplicável aos particulares, não haveria razão que justificasse o agravamento da pena da forma como defendida pelo autor.

⁹⁶ Não apenas a honra já se encontra adequadamente protegida pela lei, como também o regular funcionamento das atividades administrativas. O direito administrativo brasileiro já dispõe de inúmeros instrumentos e poderes que asseguram à administração a possibilidade de intervir na esfera privada a fim de garantir o regular desempenho das atividades.

⁹⁷ Art. 329 - Opor-se à execução de ato legal, mediante violência ou ameaça a funcionário competente para executá-lo ou a quem lhe esteja prestando auxílio:

se o indivíduo se opõe à execução de ordem ilegal não há crime⁹⁸. Em seguida, é necessário que utilize de violência ou ameaça para furtar-se à execução do ato.

Embora a violência e a ameaça possam configurar também o crime de desacato, o traço distintivo das condutas é o dolo específico. No desacato, o elemento subjetivo especial é a humilhação ou desmerecimento da função pública; na resistência, a finalidade é opor-se à execução do ato legal.

A desobediência, prevista no art. 300 do Código Penal⁹⁹, também possui a finalidade específica de evitar o cumprimento da ordem legal. Diferencia-se da resistência sob dois aspectos principais: a) pressupõe uma ordem legal direcionada a um indivíduo específico; e b) encarta uma oposição passiva, sem a utilização de violência ou de ameaça (BELTRÃO, 1971).

Portanto, a diferença central entre os crimes consiste no dolo específico, ainda que o meio de execução venha a ser semelhante. Na realidade, o desacato se aproxima, dogmaticamente, mais dos crimes contra a honra do que de seus vizinhos.

Pena - detenção, de dois meses a dois anos.

§ 1º - Se o ato, em razão da resistência, não se executa:

Pena - reclusão, de um a três anos.

§ 2º - As penas deste artigo são aplicáveis sem prejuízo das correspondentes à violência.

⁹⁸ Aqui é possível fazer um paralelo, inclusive, com o chamado “direito à resistência”, figura controversa na literatura e que consistiria no direito de o cidadão se opor à opressão, inclusive por meios violentos, para assegurar suas liberdades e afastar governo autoritário.

⁹⁹ Art. 330 - Desobedecer a ordem legal de funcionário público:

Pena - detenção, de quinze dias a seis meses, e multa.

2. O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E A ESTRUTURA DO TIPO

No capítulo anterior, foi traçado breve panorama histórico sobre a criação do tipo penal de desacato e a sua implantação no direito brasileiro, bem como o discurso hierarquizante a ele subjacente. Ademais, foram verificadas algumas condições que possibilitaram a atualização desse discurso e a consequente manutenção do crime. Por fim, foram tecidos breves comentários sobre a atual utilização do desacato.

Em seguida, focamos na análise dogmática do delito, nos moldes realizados pela doutrina tradicional e pelos manuais de direito penal. Para tanto, foram esmiuçados os principais elementos do tipo penal, como as categorias de sujeito ativo e passivo, elemento subjetivo e conduta típica, comparando-se os entendimentos doutrinários a fim de observar pontos de convergência e divergência. Buscou-se também a fundamentação do crime de desacato sob a teoria do bem jurídico e as diferenças para crimes próximos.

Neste capítulo, a pesquisa irá aprofundar a análise dogmática do tipo a partir do princípio da legalidade penal, observando a definição do conteúdo do crime – em especial do núcleo “desacatar” – e a sua conformação a um modelo de legislação racional e determinado. Primeiramente, será definido o princípio da legalidade penal, sua origem e finalidade, entendendo seus elementos componentes. Em seguida, será destacado o subprincípio da taxatividade e da determinação para verificar sua relação com a racionalidade e a previsibilidade do sistema penal. Por fim, será analisado se o tipo do art. 331 do Código Penal se amolda aos requisitos de taxatividade e determinação dos tipos penais, concluindo se é possível ou não sua conformação ao texto constitucional.

2.1. O Princípio da Legalidade Penal

A legalidade é considerada uma pauta axial de todo o sistema jurídico, que se conecta essencialmente à divisão de poderes e ao princípio democrático. Do ponto de vista jurídico-político, é tanto uma consequência do Estado de Direito como um de seus elementos constitutivos (MONTIEL, 2012).

Em perspectiva ampla, a legalidade é uma garantia de liberdade, segundo a qual ninguém pode ser obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei¹⁰⁰. É uma limitação ao exercício do poder político, da forma como consagrado no art. 5º, inciso II, da Constituição Federal de 1988.

O princípio da legalidade está para o direito assim como as leis naturais estão para o mundo natural. No primeiro, a lei é responsável por estabelecer a relação de imputação entre o ato e sua consequência, enquanto a lei natural estabelece a relação de causalidade entre os fatos (MONTES, 2009).

Portanto, o ato público, de qualquer autoridade, somente é válido caso cumpra os requisitos do ordenamento jurídico a que está sujeito; apenas assim é possível a intervenção na esfera do governado. A este consectário da relação de imputação FERRAJOLI (1995) chama de “garantia política da fidelidade dos poderes públicos”¹⁰¹.

Do ponto de vista penal, assume contornos mais específicos. Nosso texto constitucional contém o enunciado da legalidade penal nos seguintes termos: “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal” (art. 5º, inciso XXXIX, CF/88).

Doutrinariamente, a legalidade penal é definida sob o brocardo latino *nulla poena sine lege, nulla poena sine crimine, nullum crimen sine poena legalis*. Sua implicação clássica é de que a lei é a única fonte que pode criar delitos e penas (CÁRDENAS RIOSECO, 2009). Todavia, o próprio alcance da legalidade vem sendo expandido pela doutrina moderna, a fim de atualizar os conceitos e ampliar seu âmbito de aplicação¹⁰².

Não há dúvidas de que a legalidade penal surgiu como garantia individual e como tal é utilizada ainda hoje. Todavia, cada vez mais se discute a plausibilidade da observância da legalidade e de seus componentes como regras absolutas, principalmente de seu ponto de vista material¹⁰³. Para alguns pontos de vista críticos, a legalidade deveria ser encarada como

¹⁰⁰ A “reserva de lei” é conceito diverso e pode ser entendido como decorrência do princípio da legalidade. A reserva legal significa que determinada matéria apenas pode ser regulada por declaração formal do Poder Legislativo (MATEU, 1996).

¹⁰¹ A garantia de fidelidade dos poderes públicos consiste no respeito, por parte destes, da legalidade constitucional, agindo estritamente em sua ordem de atribuições constitucional e legalmente atribuídas. Portanto, se todo ato deve se ajustar à ordem legal como requisito de existência da relação de imputação, justifica-se a presunção de legalidade e veracidade dos atos administrativos (MONTES, 2009).

¹⁰² Um exemplo pode ser encontrado na teoria do garantismo penal proposta por Luigi FERRAJOLI (1995). O autor traz o conceito de “estrita legalidade” como forma de legitimação do sistema penal, o que abrangeria não apenas a legalidade do ponto de vista da reserva legal, mas a necessidade de que todas as formulações legais tenham precisão empírica.

¹⁰³ Acerca dos componentes formais e materiais da legalidade penal, veja-se o tópico 1.2, *infra*.

“princípio”, no sentido utilizado pela teoria da argumentação¹⁰⁴. Assim, tratado o princípio da legalidade como “mandamento de otimização”¹⁰⁵, deve ser observado de acordo com a razoabilidade e com as demais finalidades legítimas em colisão¹⁰⁶ (KUHLEN, 2012b)

Primeiramente, analisaremos a origem e a finalidade da legalidade penal, bem como sua forma de interpretação e os seus componentes. Em sequência, focaremos na taxatividade e previsibilidade das leis, observando de que modo tais exigências podem entrar em confronto com outras finalidades do sistema penal.

2.1.1. A origem e a finalidade da garantia

Apesar do brocardo latino, o princípio da legalidade da forma como aplicado tecnicamente é uma construção moderna, fruto do pensamento iluminista e das teorias do contrato social.

Luigi FERRAJOLI (1995) destaca que a “mera legalidade” (exigência de lei para dispor sobre crimes) pode ser observada desde o direito romano, para determinado tipo de procedimento. Todavia, não se pode falar em taxatividade ou legalidade estrita.

De maneira semelhante, pode ser encontrado o embrião da legalidade na Magna Carta de 1215, especificamente em seu art. 39, que colocava ênfase no devido processo legal e na legalidade como pressupostos para o aprisionamento¹⁰⁷.

No entanto, o motivo histórico mais relevante para o desenvolvimento do princípio foi a desenvolvimento do liberalismo político e dos ideais revolucionários.

No período da Ilustração, o princípio da legalidade penal advém como reação contra o *ius incertum* e contra a arbitrariedade do Antigo Regime. Aliado à separação dos poderes e ao pensamento contratualista, a legalidade logo se transformou em garantia política e assegurou a supremacia do Poder Legislativo (MARTÍNEZ, 2004).

¹⁰⁴ O debate acerca do conceito de princípio dentro da teoria da argumentação é extenso e desnecessário para o objeto desta pesquisa. Para maior aprofundamento, deve-se compreender o embate travado entre as ideias de DWORKIN (2002) e ALEXY (2008).

¹⁰⁵ Enquanto ordens de otimização, os princípios não possuem aplicação obrigatória em todos os casos, ao contrário das regras. Os princípios devem ser ponderados com os demais direitos fundamentais envolvidos no caso concreto, de forma a se garantir a maior eficácia possível a todos eles, ou seja, a sua aplicação “otimizada” (ALEXY, 2008).

¹⁰⁶ Para Lothar KUHLEN (2012), é possível que a legalidade entre em conflito com finalidades como a justiça do caso concreto ou a necessidade de ajustar a técnica legislativa às transformações vertiginosas de juízos de valor, técnica e economia, por exemplo.

¹⁰⁷ Para MARTÍNEZ (2004), a Carta Magna se relaciona de maneira mais direta com o surgimento do “*rule of law*” do direito anglo-saxão e do devido processo legal, enquanto garantias jurisdicionais, do que com o desenvolvimento do princípio da legalidade propriamente dito.

Em especial, as lições de Montesquieu sobre a separação de poderes consagraram o Poder Judiciário como a simples “boca da lei”, cabendo aos juízes apenas aplicar uma lei prévia sem a possibilidade de criar ou aplicar outra lei. Com esse fundamento, afirma BECCARIA (2004) que o magistrado não pode decretar sua vontade contra outro cidadão, mas apenas a vontade materializada na lei.

A sistematização da conhecida fórmula latina surge alguns anos depois da Revolução Francesa pela lição de Feuerbach. Com esteio no entendimento de Kant acerca da infringência de lei pública como pressuposto da aplicação da pena, Feuerbach formula a proposição inicial *nulla poena sine lege* (HRUSCHKA, 2012). Na realidade, embora influenciado pela obra de Kant, o princípio da legalidade deriva diretamente da sua teoria da coação psicológica¹⁰⁸, que demanda leis prévias com crimes e penas publicamente definidos.

A propositura inicial do célebre brocardo buscava ressaltar a ligação entre conteúdo e forma da lei penal. Para Feuerbach, a coação psicológica só tem lugar quando é possível verificar a correspondência entre um injusto grave e a forma adequada de sanção, de modo que é descabida a ideia de lei penal que seja irrelevante ou injusta por faltar seu próprio pressuposto de constituição (NAUCKE, 2006). A exigência da legalidade surge como ferramenta de um sistema apolítico de justiça penal e, por isso mesmo, limitador de sua abusiva utilização política.

Ernst Beling, quase cem anos depois, iria prosseguir no desenvolvimento do princípio da legalidade formulado pela filosofia iluminista, agregando que não haveria delito sem tipicidade.

Não obstante, a formulação ilustrada do princípio da legalidade revelou-se frágil do ponto de vista teórico. A concepção de uma lei penal sempre precisa, metódica e aplicável de imediato por um juiz *bouche de la loi* não se concilia com a teoria moderna do direito nem com a realidade prática do sistema político e criminal (KUHLEN, 2012b).

Tal fragilidade não impediu a difusão do princípio da legalidade, inclusive com sua consagração legal e constitucional no decorrer do século XIX, com base em seus três fundamentos ideológicos predominantes: i) separação dos poderes; ii) prevenção geral negativa; e iii) liberdade privada.

Os ataques realizados pela escola positiva italiana a favor do arbítrio judicial e da sentença indeterminada (CÁRDENAS RIOSECO, 2009), bem como a ascensão dos regimes totalitários no século XX, levaram o princípio da legalidade à sua grande crise. Não apenas as

¹⁰⁸ A teoria da coação psicológica afirma que a pena exerce função preventiva de delitos, pois sua ameaça desestimula a prática criminosa (MONTIEL, 2012). Dessa forma, para que a pena surta esse efeito, é necessário que exista lei anterior que descreva a conduta criminosa de forma determinada e atribua pena certa.

normas penais passaram a ser aplicadas retroativamente, também foram criados crimes indeterminados e autorizada a utilização de analogia *in malam partem*¹⁰⁹.

Após a Segunda Guerra Mundial, o princípio da legalidade é reafirmado de maneira solene, tanto do ponto de vista científico quanto político. Ao mesmo tempo, o direito penal torna-se o instrumento de excelência para fins de controle social, acumulando uma legislação com formulações equívocas e obscuras (FERRAJOLI, 1995).

Ao par, o princípio da legalidade passa a ter seu fundamento inicial degenerado pelo positivismo politizado, com a inflação das áreas de uso do direito penal, sem o respectivo desenvolvimento teórico, e a relativização arbitrária do conteúdo da lei penal (NAUCKE, 2006).

Essa nova realidade traz inequívocos desafios ao princípio da legalidade, que demandam sua reestruturação científica. Dentre os fundamentos contemporâneos do princípio da legalidade, deve-se citar, primeiramente, seu fundamento democrático-representativo¹¹⁰, que visualiza a lei como a legítima medida constitucional de expressão da vontade popular. Adicionalmente, mantém-se a discussão sobre a presença do fundamento político-criminal, representado pela teoria da coação psicológica. ZAPATERO (1983) refuta, entretanto, a colocação do princípio da culpabilidade como fundamento da legalidade, por compreender que a culpabilidade é afeta à conduta e não a seu veículo de formalização¹¹¹.

Mantém-se, ademais, a finalidade ínsita ao princípio da legalidade desde a sua origem: a limitação do poder punitivo. Embora já se tenha argumentado pela finalidade de coação psicológica (Feuerbach), esta é de difícil demonstração¹¹². O objetivo primordial da legalidade continua sendo a garantia da liberdade.

¹⁰⁹ Como ressalta FERRAJOLI (1995), a Alemanha nazista enunciou o princípio da legalidade penal como: “será castigado quem cometa um fato que a lei declare punível ou que seja merecedor de castigo segundo o conceito fundamental de uma lei penal ou segundo o são sentimento do povo”.

¹¹⁰ Na realidade, o princípio democrático já servia como fundamento político da legalidade desde a Ilustração, com os apontamentos da teoria da divisão de poderes e da legitimidade representativa do Poder Legislativo para representar a vontade geral. Todavia, contemporaneamente, este fundamento é redimensionado como parte da estrutura constitucional do Estado Democrático.

¹¹¹ O autor defende, ainda, que a segurança jurídica não poderia ser considerada fundamento autônomo para o princípio da legalidade, pois estaria contida nas considerações de ordem democrática e representativa (ZAPATERO, 1983). No entanto, essa pesquisa entende que a segurança jurídica constitui também fundamento ao princípio da legalidade na medida em que configura garantia fundamental da ordem democrática, que ultrapassa a barreira de simples legitimação representativa e adquire feição contra-majoritária.

¹¹² Na realidade, esta pesquisa entende que a situação é justamente oposta. No caso de lei indeterminada, em que o tipo contém conceitos incertos ou discricionários, a coação psicológica é ainda maior, pois há o risco constante de que toda e qualquer conduta possa vir a ser enquadrada no tipo penal. Todavia, esta crítica não pode ser aplicada diretamente ao pensamento de Feuerbach, pois para o autor o pressuposto da lei penal (e consequentemente da coação psicológica) é a ligação entre injusto grave e sanção adequada (NAUCKE, 2006).

2.1.2. Os componentes da legalidade penal

O princípio da legalidade é habitualmente separado em quatro enunciados: a) necessidade de lei escrita (*lex scripta*); b) irretroatividade da lei penal (*lex praevia*); c) proibição de analogia (*lex stricta*); e d) mandamento de taxatividade ou determinação (*lex certa*). Essa visão quadripartida é predominante na doutrina alemã¹¹³, conforme se extrai de KUHLEN (2012b).

Juan Carlos MATEU (1996) acrescenta, ainda, a necessidade de um juízo justo e legal¹¹⁴, a execução da pena de acordo com leis e regulamentos e a máxima *non bis in idem*. Todavia, os dois primeiros têm natureza processual e estariam diretamente relacionados ao devido processo legal. A vedação ao *bis in idem*, para esta pesquisa, embora seja também uma limitação ao poder punitivo, é uma decorrência do subprincípio da taxatividade¹¹⁵.

Rosário de Vicente MARTÍNEZ (2004) afirma que o “teor literal” do princípio da legalidade consiste na reserva de lei. No entanto, o chamado “significado essencial” do conceito comporta um mandamento de taxatividade, de natureza material, e quatro vedações: proibição de retroatividade das leis desfavoráveis, proibição de regulação da matéria penal por normas do Poder Executivo, proibição de analogia e proibição de regulação penal por normas consuetudinárias.

O mandamento de taxatividade e determinação se refere ao conteúdo da descrição da conduta delitiva e sua pena correspondente. A reserva legal, irretroatividade e vedação à analogia dizem respeito, por outro lado, ao aspecto formal do princípio da legalidade.

Segundo o componente da reserva legal (*lex scripta*), apenas lei formal poderia criar crimes ou penas. Foi excluído, portanto, o costume¹¹⁶ como fonte do direito penal ou a criminalização com base em princípios gerais do direito. Isso não quer dizer que o costume não tem relevância no direito penal. Pelo contrário, ele é critério de interpretação principalmente para os crimes em que o tipo faz remissão expressa (crimes contra os costumes).

Além da exclusão do direito não escrito, a reserva legal exige lei em sentido estrito, ato geral emanado do Poder Legislativo em conformidade com o procedimento estabelecido na

¹¹³ A doutrina italiana, por sua vez, entende que a vedação da analogia é decorrência dos demais subprincípios. Dessa forma, o princípio da legalidade teria apenas três componentes: irretroatividade, reserva legal e taxatividade (GARCÍA RIVAS, 1992).

¹¹⁴ Também Raúl CÁRDENAS RIOSECO (2009) e Rosario MARTÍNEZ (2004) incluem a garantia da legalidade processual e da execução como decorrência direta do princípio da legalidade.

¹¹⁵ A doutrina espanhola tradicional, todavia, inclui a vedação ao *bis in idem* como subprincípio autônomo do princípio da legalidade. Acerca do subprincípio da taxatividade, consulte-se o tópico 2.1, *infra*.

¹¹⁶ A exclusão da criminalização por costumes foi um ato político da revolução burguesa, já que o sistema feudal se assentava em direito consuetudinário

Constituição¹¹⁷. É importante destacar que não somente o crime deve estar definido em lei, mas também a pena a ele cominada.

O subprincípio da *lex praevia* exige que a lei formal seja anterior aos fatos que se pretende punir, não sendo possível aplicar lei incriminadora de forma retroativa. Uma lei que pretende atingir casos anteriores é um fantasma do Estado policial (HASSEMER, 2005).

A Constituição Federal de 1988 acolheu esse subprincípio de maneira expressa e em dispositivo separado do princípio da legalidade, no art. 5º, inciso XL: “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”.

Embora a irretroatividade da lei penal pareça afirmação óbvia, não o foi em todos os momentos e para todas as linhas do pensamento jurídico. Parte do movimento positivista, por exemplo, entende que não há óbice à aplicação retroativa de lei nova, já que esta é presumidamente a que mais se adequa às exigências atuais de defesa social (MARTÍNEZ, 2004).

Não obstante, a irretroatividade da lei penal é a única forma de preservar o princípio da culpabilidade do agente e de possibilitar ao cidadão pautar sua conduta de acordo com as ordens e proibições legais.

A exceção fica por conta das leis penais favoráveis ao réu, seja por *abolitio criminis* ou por redução da pena anterior, que devem retroagir segundo disposição expressa do texto constitucional. SILVA SÁNCHEZ (2015) destaca que, ao contrário da irretroatividade, o fundamento aqui não é de legalidade. Para o autor, trata-se de evitar o excesso, ou seja, deixar de aplicar pena que, segundo o ordenamento, não é mais necessária.

A vedação da analogia (*lex stricta*) pode ser considerada uma decorrência do subprincípio da reserva legal. Ora, se a definição de crime e a previsão de pena só podem ser feitas por lei em sentido estrito, não pode o intérprete entender como crime uma conduta que, não prevista no tipo, a este seja similar. Nessa situação, o juiz ou intérprete agiria como legislador, em clara afronta à separação dos poderes – um dos fundamentos do princípio da legalidade.

Quando o juiz, na aplicação do tipo penal, extrapolar as interpretações possíveis do texto, está-se diante de vedada analogia. Além disso, a interpretação, ainda que dentro da

¹¹⁷ Não se pode olvidar, contudo, que o papel central ocupado pela lei em sentido estrito vem sendo questionado, em razão da notável transformação das fontes de criação do direito e do papel preponderante assumido pelo Poder Judiciário e os Tribunais Constitucionais (DÍEZ RIPOLLÉS, 2016). Esta crise pode levar a uma revisão do postulado da reserva legal.

literalidade, não pode ir além do que permite a finalidade e o contexto da norma, caso em que ultrapassará seu sentido implícito.

No entanto, para esta pesquisa não deve existir óbice à utilização da analogia *in bonam partem*, porque a vedação se assenta na garantia da liberdade do indivíduo. Se a integração for benéfica, não há excesso a ser decotado pela legalidade. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça aplica a analogia em favor do réu não apenas em questões de direito processual, mas também material¹¹⁸.

O mandamento de taxatividade ou determinação, por fim, exige que o texto da norma sancionadora descreva com suficiente precisão as condutas que estão sendo proibidas e quais sanções serão aplicadas a quem nelas incorrer. A lei incerta, além de negar ao cidadão o conhecimento do que está sendo proibido, não o protege da arbitrariedade, pois transfere ao juiz a possibilidade de delimitar a conduta ilícita. A problemática da determinação será desenvolvida com maior precisão no tópico 2.1, *infra*.

Tradicionalmente, entende-se que a taxatividade e a irretroatividade da lei são dirigidas ao legislador. Dessa forma, no processo de elaboração da lei penal, não poderia direcionar os crimes e as penas a fatos anteriores; além disso, deveria descrever com a maior precisão possível as condutas criminosas e respectivas sanções. Por outro lado, a vedação à analogia e a exigência de lei em sentido estrito seriam voltadas ao aplicador da lei, que não poderia condenar com base em analogia ou norma consuetudinária¹¹⁹.

Não obstante, nos parece acertada a posição de KUHLEN (2012b), segundo o qual todos os subprincípios da legalidade se dirigem direta e primeiramente ao juiz, uma vez que este não pode condenar alguém com base em crime incerto, lei posterior, analogia ou costume¹²⁰. Isso gera novos desafios, pois demanda que o juiz identifique normas que não se adequem ao subprincípio da determinação e saiba tomar a decisão correta em face da situação.

Para ZAPATERO (1983), o fundamento democrático-representativo da legalidade penal justifica o componente da legalidade estrita, mas não é suficiente para explicitar a exigência da taxatividade. O legislador pode entender politicamente razoável a construção de

¹¹⁸ Como exemplo: HC 414.879/SP, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 24/05/2018. No caso, aplicou-se analogicamente a causa de extinção de punibilidade prevista nos arts. 34 da Lei n. 9.249/1995 e 9º, § 2º, da Lei n. 10.684/2003 ao crime tipificado no art. 293, § 1º, III, b, do Código Penal.

¹¹⁹ A vedação da analogia e das fontes não legais não pode, por óbvio, se estender ao legislador. A partir do momento em que faz uso de costume ou de analogia, o legislador acaba por inseri-las em lei em sentido estrito, não havendo violação à legalidade. Ainda que o legislador autorize a aplicação do crime a normas semelhantes, não se trata de analogia, mas de interpretação analógica. A analogia vedada pressupõe a existência de lacuna normativa, o que é manifestamente incompatível com a atividade do legislador.

¹²⁰ Por “costume” aqui se faz referência a qualquer fonte do direito diversa da lei em sentido estrito, conforme exposto alhures.

um tipo penal baseado em cláusulas gerais e elementos indeterminados sem que isso afaste, por si só, sua face representativa.

O alicerce da exigência de taxatividade reside em considerações de segurança jurídica e, em menor medida, em razões de política criminal¹²¹. Todavia, com maior razão se justifica a taxatividade como o fator de aglutinação entre a legitimidade representativa e os princípios da ordem constitucional e a concretização dos direitos fundamentais. Sem o cumprimento do mandamento de determinação, a legitimidade democrática se torna vazia em face das garantias individuais previstas na Constituição Federal.

2.2. A determinação e a previsibilidade do discurso penal

O mandamento de taxatividade constitui a face material do princípio da legalidade, pois diz respeito à conformação interna do conteúdo normativo. Embora sua análise seja interna, sua finalidade é externa. Ou seja, a exigência de taxatividade ou determinação do tipo penal não é uma formalidade *per se*, mas se dirige à construção de um sistema penal racional e previsível, em que os indivíduos possam decidir como atuar e organizar suas vidas com liberdade.

Por essa razão, Luigi FERRAJOLI (1995) entende que a taxatividade penal e a vedação à analogia constituem a chamada “estrita legalidade”, configurando núcleo essencial de um sistema penal que preserva as garantias individuais.

Um sistema penal “cognoscitivo” é justamente aquele em que o indivíduo conhece as regras e pautas de comportamento. Tal esquema não pode de forma alguma dispensar a previsibilidade das normas e das reações penais aplicáveis à determinada conduta. Caso contrário, é o juiz que irá integrar *post factum* a previsão típica, por meio de discricionariedade insuscetível de controle.

A base de um direito penal calcado na culpabilidade é a própria cognoscibilidade do seu alcance. A existência de um tipo penal que pode ser aplicado a tudo e simultaneamente a nada implica a dispensa do elemento subjetivo em prol de um direito penal de exceção, pois, independentemente da conduta e da vontade do agente, o fato pode e será considerado crime.

A meta de todo o processo legislativo é um sistema jurídico livre de contradições (DÍEZ RIPOLLES, 2016), se revelando extremamente problemática a coexistência de um sistema de

¹²¹ Nos termos da criticada teoria da coação psicológica, a precisa determinação da conduta típica seria necessária para que o indivíduo conhecesse as vedações da ordem jurídica e, com isso, pautasse sua conduta de maneira a evitar sanções. Uma lei indeterminada não acarreta o efeito psicológico necessário para coagir o cidadão a não delinquir.

imputação penal e leis vagas e sem determinação, que deleguem ao intérprete a definição de seu alcance.

Não podemos olvidar a lição de Iñigo Ortiz GIMENO (2012), no sentido de que a precisão da norma não é suficiente para garantir a previsibilidade na aplicação do direito. Todavia, esta se torna ainda mais inalcançável com a total ausência de taxatividade.

2.2.1. O subprincípio da taxatividade ou determinação

Repetindo a lição da doutrina tradicional, o subprincípio da taxatividade exige que os tipos penais descrevam com precisão suficiente as condutas proibidas, de forma que a conduta típica possa ser conhecida pelo cidadão médio destinatário da proibição (MARTÍNEZ, 2004).

Do ponto de vista constitucional, a taxatividade está prevista no verbo utilizado pelo art. 5º, inciso XXXIX: “não há crime sem lei anterior que o defina”¹²².

Embora a definição doutrinária pareça simples, traz em si a necessidade de utilização pelo legislador de uma técnica de redação que cumpra os propósitos de: a) eximir o leitor de dúvidas; e b) garantir que a aplicação não ultrapassará os limites do que foi inicial e claramente compreendido por meio de simples leitura do texto.

Os tipos penais abertos ou indeterminados, portanto, seriam incompatíveis com o subprincípio da taxatividade, principalmente quando constatada a utilização de expressões abstratas e subjetivas, como “periculosidade”, “nocividade”, “enganosa” ou “forma prejudicial ou abusiva” (BARBOSA, 1993).

Ademais, seria manifestamente imprópria a utilização, pela legislação penal, das chamadas cláusulas gerais¹²³ (“cometer adultério”, por exemplo) e também de requisitos normativos que tenham caráter ético-social, como o antigo conceito de “mulher honrada” e a definição de “ato obsceno” (GOMES, 2001).

Parte da doutrina espanhola radicaliza a interpretação do subprincípio, afirmando que a vontade do legislador deve ser de tal natureza que “permita ao cidadão conhecer com grau máximo de certeza o âmbito e alcance das normas penais” (MATEU, 1996, p. 127). Tal interpretação retoma as pretensões iluministas de que o juiz fosse apenas a boca da lei, exigindo do legislador uma tarefa impossível.

¹²² O verbo “definir” transmite o significado de “determinar” ou “delimitar”, sentido diverso do que se verificaria caso o constituinte originário tivesse utilizado verbo com outra denotação, como “citar” ou “instituir”.

¹²³ Sobre a definição de cláusula geral e a diferença para os conceitos jurídicos indeterminados, veja-se o tópico 2.2.3, *infra*.

Na realidade, afirmar que a taxatividade exige precisão e determinação não explica muito. Usa-se uma frase indeterminada para exigir determinação.

Para ROXIN (1997), os princípios de interpretação no direito penal indicam que uma norma será suficientemente precisa e determinada quando, a partir dela, se possa deduzir claramente a finalidade de proteção estabelecida pelo legislador e que, de todo modo, o teor literal siga marcando limites a uma extensão arbitrária da interpretação. De todo modo, um dos primeiros elementos constitutivos da taxatividade é a existência de um fim de proteção precisamente delimitado.

Adicionalmente, para que o tipo penal seja determinado e cognoscível, é necessário que todos os verbos da conduta criminosa sejam expressamente previstos no texto de forma apreensível; ou seja, demanda-se a utilização de verbos aptos a serem compreendidos na totalidade de seu sentido pelo leitor. A utilização de verbos que não definem a conduta ou que não tenham significado comum para o destinatário não cumpre com o primado da determinação.

Além disso, as formulações legais devem ser dotadas de verificabilidade empírica, ou seja, consistir em comportamentos reais determinados, constatáveis ontologicamente e não apenas fenomenológica ou axiologicamente. Dessa maneira, fenômenos da consciência, conceitos abstratos ou valores não possuem a carga de determinação exigida pelo princípio da taxatividade.

Luigi FERRAJOLI (1995), em sua teoria do garantismo penal, apresenta fórmula semelhante, defendendo que as fórmulas acusatórias devem ser dotadas de verificabilidade ou refutabilidade¹²⁴. Também Luiz Flávio GOMES (2001), em sua interpretação da doutrina clássica de Feuerbach, exige que os fatos criminalizados sejam passíveis de comprovação em juízo, ou seja, dotados de fenomenologia empírica comprovável pelas máximas da experiência ou das leis científicas.

Em quarto lugar, o campo de aplicação do tipo deve ser descrito de maneira exaustiva e exclusiva, vedando-se proposições contraditórias em outros delitos. Encaixa-se aqui a vedação ao *bis in idem*, pois a previsão simultânea da mesma conduta em mais de um tipo acarreta a indeterminação do alcance de ambos¹²⁵.

¹²⁴ Para o autor, é necessário que se garanta a prova empírica do fato criminoso dentre de procedimentos que garantam a possibilidade de refutação. Portanto, se misturam aqui os conceitos de estrita legalidade e estrita jurisdição (FERRAJOLI, 1995).

¹²⁵ A vedação ao *bis in idem* se justifica sob diversos pontos de vista além deste expresso na pesquisa. A proporcionalidade e a razoabilidade, por exemplo, implicam igualmente na impossibilidade de se punir de maneira excessiva o mesmo ato.

Em quinto lugar, o tipo penal deve fazer referência a fatos e não a pessoas. Fatos pressupõem conduta, lesividade e culpabilidade, enquanto a referência a pessoas determinadas já na redação do tipo se assenta em juízo de valor. Luigi FERRAJOLI (1995) explora tal distinção entre o que chama de “norma regulativa” e “norma constitutiva”, afirmando que esta última estabelece efeitos imediatos, sem mediação de uma ação, apenas em razão de determinada qualidade.

Na realidade, as normas “constituem”, em sentido amplo, tipos penais. No entanto, a referência aqui feita se dirige às normas penais que criam ou constituem distinções no plano fático que não preexistem à norma, mas que são criadas com o objetivo de criminalizar apenas parte de um contexto fático, por razões político-criminais.

Assim, formam parte do conjunto de normas constitutivas “todas as normas ou segmentos de normas que elevam o *status* racial, social, político, religioso ou jurídico de uma pessoa à categoria de elemento constitutivo do delito e/ou de uma eximente, agravante ou atenuante” (FERRAJOLI, 1995, p. 506).

Tais normas constitutivas, que se referem a pessoas, não preenchem o requisito de taxatividade. Na realidade, elas não abarcam situações, mas qualificações, o que representa claro juízo de valor entre pessoas e consequente desigualdade e discriminação.

Adicionalmente, deve ser afastada a utilização de conceitos valorativos de natureza moral (GOMES, 2001), por pressupor a errônea interpretação de que são compreendidos de maneira unívoca pelo destinatário da norma. As noções de prestígio e respeito, por exemplo, envolvem profunda carga axiológica que não é universalmente compartilhada, pois o que é “falta de educação” para um pode ser conduta indiferente para outros.

Não se ignora o posicionamento doutrinário no sentido de que poderiam ser incluídos na lei aqueles “conceitos valorativos geralmente admitidos”¹²⁶ (JESCHECK, 1981). Ainda assim, o fato de determinado conceito ser geralmente admitido não impede a conclusão de que se transfere a interpretação de seu alcance da seara legislativa ao arbítrio da moralidade do julgador.

Raúl CERVINI (2004) afirma que a taxatividade deve impedir a criminalização com base em avaliações pessoais independentes da lei, ou seja, evitar que o intérprete possa

¹²⁶ Tal conceito se refere aos espaços morais que poderiam ser considerados universais ou, ao menos, representativos da maioria do grupo. Todavia, a questão esbarra em duas dificuldades. Primeiramente, é impossível delimitar objetivamente o conceito moral adotado pela maioria, tendo em vista as nuances próprias de toda avaliação moral. Em segundo lugar, a aplicação prática poderia significar a imposição da ditadura da opinião da maioria sobre os modos de vida de minorias, o que se revela, de plano, inadmissível em um Estado Democrático de Direito. Portanto, a tentativa de JESCHECK (1981) de resguardar a utilização de conceitos morais na norma penal não se compatibiliza com a visão de Direito Penal integrado à Constituição.

incorporar no alcance da lei seus valores subjetivos, insondáveis, imprevisíveis e, conseqüentemente, arbitrários¹²⁷.

Essas orientações buscam auxiliar na formação de tipos penais determinados e taxativos, com preservação do princípio maior da legalidade. A proteção da taxatividade da forma proposta é necessária para garantir a previsibilidade do sistema penal e a sua cognoscibilidade. Como já exposto, a previsibilidade e a cognoscibilidade são pressupostos necessários para que o sistema de leis se coadune com a teoria do crime centrada na noção de culpabilidade¹²⁸.

Além disso, o subprincípio da taxatividade se conecta ainda com as noções de legitimidade democrática e promoção da igualdade (GIMENO, 2012). O Poder Legislativo possui maior legitimidade democrática para definir o real alcance do tipo penal do que os órgãos do Poder Judiciário, o que diminui também a possibilidade de interpretações divergentes que violem a igualdade.

No entanto, ainda que sejam aplicados parâmetros de determinação ao tipo penal, é impossível que apenas sejam utilizados conceitos absolutamente determinados no mundo do Direito. Conforme assinala HASSEMER (2005), a maior ameaça surge da própria incapacidade do legislador de determinar os elementos utilizados, já que o legislador não pode se fechar a exigências utilitárias¹²⁹.

A própria pretensão iluminista do caráter único e racional da lei já se demonstrou falha e insuficiente. José Luíz DÍEZ RIPOLLÉS (2016) alerta que desde o Estado de Direito positivista observa-se o deslocamento da razão do momento da criação para o momento da aplicação do direito. A crise da lei se agrava ainda pela transformação nas fontes do direito, pela vinculação dos juízes aos princípios e pelo desenvolvimento das teorias da argumentação jurídica.

¹²⁷ A utilização de categorias morais pelo legislador, segundo o autor, equivale ao traslado da competência legislativa ao magistrado, pois caberia apenas a esse a análise axiológica dos termos incluídos pelo legislador. As chamadas “pautas valorativas” (CERVINI, 2004) seriam as responsáveis por determinar o alcance da criminalização, razão pela qual sua utilização significaria a própria abdicação, pelo legislador, de sua competência constitucional.

¹²⁸ Conforme o art. 18, I, do Código Penal, o dolo prescinde da consciência ou conhecimento da antijuridicidade. Todavia, o dolo não pode dispensar o conhecimento de todos os elementos que compõem o tipo objetivo (PIERANGELI, ZAFFARONI, 2015).

¹²⁹ Dessa maneira, o legislador deve conciliar duas tarefas diferentes contrárias entre si: deixar as normas abertas o suficiente para se adaptar a casos futuros ainda não conhecidos, mas que virão a ser, e por outro lado formular os tipos de forma suficientemente fechada para que sejam inaplicáveis aos casos para os quais não foram pensados (HASSEMER, 2005).

Embora no direito penal essa debilitação da lei seja menos evidente, pode-se observar que a legislação penal se encontra cada vez mais imprecisa, com abundância de leis penais em branco¹³⁰ e de tipos de perigo¹³¹ sem clara delimitação de seu objeto de aplicação.

Conforme a lição de BITENCOURT (2018), normas penais em branco são as de conteúdo vago e incompleto, que necessitam de complemento por outras normas, geralmente de natureza extrapenal. O exemplo mais comum é o crime de tráfico ilícito de entorpecentes (art. 33 da Lei nº 11.343/2006), que depende de norma que defina “entorpecente”.

Conquanto as leis penais em branco relativizem o princípio da legalidade sob o componente da taxatividade, são encaradas como um mal necessário, em razão dos seguintes aspectos: a) possibilitam que a definição criminosa tenha caráter mais técnico; b) atualizam o direito penal de maneira mais rápida; e c) pune condutas para as quais a taxatividade em seu sentido estrito se demonstrou insuficiente (SANTANA VEGA, 2000).

A principal controvérsia surge quando o preceito complementar se encontra em ato diverso da lei em sentido estrito, como decretos ou atos administrativos. Para resolver tais situações, parte da doutrina propõe como solução o sistema de cláusula de remissão inversa, segundo o qual as normas complementadoras devem advertir que sua infração pode dar lugar a uma sanção penal (MARTÍNEZ, 2004).

Não obstante, é complexo evitar que a lei penal em branco não configure o que se chama de delegação legislativa constitucionalmente proibida, fenômeno que ocorre quando a norma complementar advém de órgão sem autoridade legiferante penal. A situação torna-se preocupante em razão da proliferação das leis penais indeterminadas e da banalização e administrativização do direito penal, pois o legislador renuncia a sua função programadora da criminalização primária em prol de funcionários e órgãos do Poder Executivo que realizam a complementação normativa (ZAFFARONI, 2003).

O fato é que a exigência de taxatividade e determinação, embora necessária e orientada por padrões de criminalização e de redação legislativa, deve ser interpretada de forma realista. Não se pode exigir precisão completa para os destinatários da norma, pois é evidente que, com frequência, os próprios juristas divergem se determinadas ações se enquadram ou não no tipo.

¹³⁰ DÍEZ RIPOLLÉS (2016) destaca ainda o constante desenvolvimento de categorias intermediárias no direito comunitário que obrigam o legislador a adaptar o Código Penal a decisões que não vem de órgãos legislativos da União. Também CEREZO MIR (1996) destaca como as alterações na legislação autonômica repercutem diretamente nos conteúdos penais espanhóis, dada a proliferação das leis penais em branco.

¹³¹ Os tipos de perigo não podem ser considerados imprecisos *per se*. Todavia, os tipos de perigo abstrato apresentam maior tendência de indeterminação, pois muitas vezes presumem o perigo à toda a sociedade de maneira abstrata sem destinação definida, como sói acontecer com a tipificação do crime de posse de munição, ainda que desacompanhada da arma apta ao lançamento dos projéteis.

Reforça-se o caráter da taxatividade como “mandamento de otimização”, que deve ser aplicado e interpretado de forma proporcional e razoável, evitando tanto a lei totalmente imprecisa quanto a lei engessada e ineficaz.

É inarredável a conclusão de que o mandamento de taxatividade e determinação se aplica também ao intérprete e julgador, não mais apenas ao legislador. Nesse sentido, Silva Sánchez observa a nova dimensão da concretização da legalidade:

En las últimas décadas, los propios Tribunales constitucionales han reconocido la inevitable vaguedad del lenguaje ordinario así como la legitimidad del recurso del legislador penal a términos porosos, con la finalidad de lograr la adaptación de las leyes formales a circunstancias cambiantes o a las exigencias de justicia del caso concreto. La protección de la garantía de seguridad jurídica no vendría dada, entonces, por la ley penal en sí misma, sino por la estabilidad de las interpretaciones judiciales. Dicha estabilidad – previsibilidad – habría de ser garantizada, en última instancia, por el respectivo Tribunal constitucional (SILVA SÁNCHEZ, 2015, p. 30).

Portanto, para o autor a exigência de legalidade penal aludiria basicamente a uma nova pretensão de interação entre Legislativo e Judiciário que resulte na produção de interpretações judiciais legítimas e estáveis. A noção de legalidade estaria sendo substituída pela noção mais ampla de “juridicidade” (SILVA SÁNCHEZ, 2015).

Em sentido contrário, Lothar KUHLEN (2012b) reconhece a legitimidade da utilização de conceitos jurídicos indeterminados pelo legislador. Todavia, afirma que a jurisprudência sustenta que a indeterminação congênita da lei não pode ser sanada totalmente por sua concreção judicial¹³².

2.2.3. Conceitos jurídicos indeterminados, discricionariedade e papel do julgador

Como já referido, é cada vez mais frequente que o legislador recorra ao emprego de cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados na definição de tipos penais, a despeito de toda a crítica tecida pela doutrina.

As cláusulas gerais, consideradas pela maioria da doutrina como incompatíveis com o direito penal no Estado Democrático de Direito (MARTÍNEZ, 2004), são afirmações praticamente desprovidas de conteúdo, em razão de sua vagueza e indeterminação quanto às suas consequências.

¹³² Acerca da possibilidade de corrigir a indeterminação legal mediante a aplicação da interpretação conforme a Constituição confira-se o tópico 2.3.3., *infra*.

Os conceitos jurídicos indeterminados, por sua vez, são conceitos pouco precisos, mas passivos de determinação pela interpretação judicial. Aqui, a indeterminação ocorre no pressuposto da norma, pois as expressões utilizadas possuem significado que causa dúvida ou vagueza. O conseqüente, por sua vez, já está exposto na norma. Como exemplos, podem ser citados os conceitos de “ato obsceno” e, como não poderia deixar de ser, “desacato”.

A utilização de conceitos jurídicos indeterminados não pode ser considerada constitucionalmente vedada (principalmente pela prévia determinação do conseqüente), desde que sua interpretação literal permita conhecer, antecipadamente, se determinada conduta concreta se enquadra ou não em seu sentido. No entanto, seu reconhecimento efetivo se dará em sede judicial, após interpretação do magistrado com base em valores envolvidos no caso.

Por essa razão, afirma Luigi FERRAJOLI (1995) que existe um poder discricionário de disposição do juiz, que é chamado a integrar o alcance da norma após o fato por meio de valorações ético-políticas acerca da expressão semanticamente aberta utilizada pelo legislador.

De fato, pode-se vislumbrar a “ilegitimidade” inerente a este poder de disposição, tanto do ponto de vista político quanto jurídico, em razão da inobservância da separação de poderes e de pouca ou nenhuma forma de controlá-lo além das vias recursais¹³³.

Primeiramente, existe o problema da já referida delegação legislativa proibida, quando a lei penal deixa a determinação do alcance do tipo ao alvedrio de regulamentações pelo Poder Executivo.

Por outro lado, revela-se também inviável conceder ao juiz poder discricionário absoluto para integrar a norma imprecisa e indeterminada, pois esta capacidade ilimitada é incompatível com o Estado Democrático de Direito. Conseqüentemente, também não se pode admitir que a concreção conferida por sentença judicial convalide o vício da lei em si incerta, como parece sugerir SILVA SÁNCHEZ (2015)¹³⁴, pois equivaleria a retirar os limites da discricionariedade judicial.

Restam, então, dois problemas à frente do intérprete de uma norma indeterminada: a) o que significa dizer que o juiz está submetido ao subprincípio da determinação se não é possível ao Judiciário delimitar de maneira absoluta o conteúdo de uma norma incerta?; e b) como deve agir o poder Judiciário no momento de aplicar uma lei violadora do subprincípio?

¹³³ Por essa razão, afirma FERRAJOLI (1995) que essa pecha de ilegitimidade é variável, pois depende do grau de insegurança jurídica gerado pela indeterminação semântica da linguagem, mas depende também do grau de efetividade das garantias jurisdicionais que permitem o controle da discricionariedade do exercício do poder punitivo.

¹³⁴ Conforme referido no tópico 2.1, *supra*, SILVA SÁNCHEZ (2015) afirma que a legalidade, atualmente, aludiria à situação em que a interação entre Legislativo e Judiciário produza interpretações judiciais legítimas e estáveis.

Quanto ao primeiro problema, o afastamento da discricionariedade absoluta não exonera o magistrado de observar o mandamento de taxatividade. Uma das interpretações trazidas por Lothar KUHLEN (2012b), com esteio na jurisprudência alemã, impõe ao juiz um dever de “interpretação legal determinada”. Este postulado pode ser considerado uma evolução jurídica do princípio da determinação das leis e proíbe que a interpretação seja obscura ou que o entendimento judicial não ofereça contornos nítidos à norma que está sendo aplicada.

O dever de interpretação legal determinada é particularmente relevante para os crimes em que, dentro da medida aceitável, são dotados de conceitos indeterminados. Por outro lado, se a norma for, em si mesma, vaga e indeterminada, adentramos o segundo problema.

De acordo com o raciocínio mais simplório, havendo violação ao princípio constitucional da legalidade (no componente da taxatividade), as leis dotadas de conteúdo vago ou indeterminado deveriam ser consideradas inconstitucionais e extirpadas do ordenamento. Todavia, adotada a concepção do princípio da legalidade como um mandamento de otimização, esta solução radical não se revela correta nem adequada¹³⁵.

Não pode ser admitida, em conclusão, uma norma indeterminada que claramente poderia ter sido regulada de maneira mais precisa sem maiores dificuldades. Por outro lado, deve ser válida a norma que atingiu o maior grau de precisão possível, sem violar outras finalidades igualmente legítimas.

As normas devem, ainda, ser interpretadas de acordo com os princípios e garantias fundamentais do sistema político, encartados na Constituição Federal. De acordo com FERRAJOLI (1995), as liberdades individuais e os princípios gerais do direito devem servir como limitadores da aplicação da norma indeterminada, devendo ser excluídas as orientações tendentes a agredi-los¹³⁶.

2.3. A (In)Determinação Legal do Tipo de Desacato

¹³⁵ A solução radical pela inconstitucionalidade implicaria não apenas na anulação das leis penais fundamentadas em cláusulas gerais, mas de todas as leis penais em branco e de todos os tipos penais que contêm conceitos jurídicos indeterminados; ou seja, grande parte das leis penais. Além de desproporcional, tal solução revelaria-se insustentável do ponto de vista da segurança jurídica.

¹³⁶ Conforme FERRAJOLI (1995), a discricionariedade judicial para a integração das normas vagas deve ter como limite expresso os princípios constitucionais. Uma vez que a discricionariedade é sempre pautada em valores, sua verificabilidade depende da utilização de valores sancionados constitucionalmente, como forma de evitar o subjetivismo e assegurar que mesmo as análises discricionárias não se distanciem do eixo axiológico fundante do sistema constitucional. A função dos princípios gerais do direito seria justamente a de orientar politicamente as decisões a fim de permitir o controle.

A compreensão adequada dos fundamentos do princípio da legalidade, em especial sob a ótica do subprincípio da taxatividade, é um passo necessário para que se possa analisar a conformidade do tipo penal de desacato descrito no art. 331 com o mandamento insculpido no art. 5º, inciso XXXIX, da Constituição Federal.

Não há necessidade de que se prolongue a análise do crime de desacato sob cada um dos componentes expostos no tópico anterior. Primeiramente, está claro que o desacato não viola o postulado da *lex scripta*, já que se encontra positivado em nosso Código Penal (lei formal).

Da mesma forma, não apresenta relevância a discussão sobre a *lex praevia*. Conforme exposto no capítulo 1, o crime de desacato existe no Brasil desde 1890 e não existe sequer a possibilidade jurídica de discussão de sua aplicação a fatos anteriores.

Por fim, a vedação à analogia é dirigida exclusivamente ao juiz e seu cumprimento somente pode ser verificado no caso concreto, escapando, por conseguinte, ao objeto desta pesquisa.

Os demais elementos apontados por parte da doutrina como componentes do princípio da legalidade, como aqueles referentes às garantias da jurisdição, não integram a compreensão da legalidade para as finalidades aqui propostas.

A hipótese central deste capítulo, na realidade, consiste na inadequação do crime de desacato ao subprincípio da determinação (*lex certa*). Para verificar a validade da hipótese formulada, deve-se conferir se a conduta típica¹³⁷ do crime de desacato se amolda ao modelo de determinação exposto no tópico anterior.

2.3.1. O verbo desacatar e os elementos do tipo

Retomando a análise dogmática realizada no capítulo anterior, o art. 331 do Código Penal define o crime de desacato como “desacatar funcionário público no exercício da função ou em razão dela”. Portanto, os elementos centrais que definiriam o crime são: i) conduta de “desacatar”; ii) funcionário público como ofendido; e iii) nexo funcional.

A doutrina entende que a conduta criminosa seria, portanto, qualquer ato ou palavra que implique em desrespeito ou humilhação. No entanto, qual é o significado do verbo nuclear

¹³⁷ Embora o subprincípio da determinação se aplique também à previsão da pena, não há justificativa para a análise no caso do desacato, uma vez que os limites mínimo e máximo da pena encontram-se suficientemente delimitados no tipo penal.

“desacatar”? E, adicionalmente, qual seria o conceito fundamental de respeito e humilhação que deveria ser aplicado pelo julgador no caso concreto?

Segundo o dicionário HOUAISS da Língua Portuguesa, desacatar é antônimo do verbo acatar e teria dois significados principais: 1) não guardar o respeito devido a, tratar com indelicadeza ou irreverência¹³⁸; ou então 2) não fazer caso de, desobedecer¹³⁹.

O verbo acatar, que expressa a ação oposta, possui os mesmos significados principais: 1) demonstrar consideração por, honrar, reverenciar, respeitar; ou 2) obedecer, cumprir (ordem, regulamento, etc.).

Como se conclui, o significado comum do verbo nuclear pode, de fato, descrever a ação de desrespeitar ou tratar com indelicadeza. Todavia, descreve igualmente a conduta de simples desobediência ou descumprimento de uma ordem. Esse não é um significado “culto” para a palavra, mas um dos sentidos de seu uso comum.

Ocorre que a conduta de “desobedecer” a ordem legal de funcionário público encontra-se tipificada em apartado no art. 330 do Código Penal. Conforme a semântica cotidiana de nossa língua, os verbos nucleares do desacato e da desobediência poderiam ser considerados sinônimos em determinado contexto de ação. Esse simples fato de nossa língua já seria suficiente para demonstrar que a redação legal do art. 331 não apresenta determinação suficiente para o fim a que supostamente se destina¹⁴⁰.

No tópico anterior, foram colacionadas lições da doutrina no intuito de propor um modelo de taxatividade do tipo penal. Segundo o sistema proposto, existem seis requisitos de redação que reforçam a determinação da norma: 1) a delimitação precisa da finalidade de proteção antecedente à norma; 2) a utilização de verbos típicos apreensíveis, ou seja, de sentido determinável; 3) formulações legais dotadas de verificabilidade empírica, ou seja, constatáveis ontologicamente e não apenas fenomenológica ou axiologicamente; 4) o campo de aplicação descrito de maneira exaustiva e exclusiva, vedando-se proposições contraditórias em outros delitos; 5) regulação de fatos e situações sem referência a pessoas ou qualificações (vedação de normas constitutivas) e 6) vedação de utilização de conceitos imbuídos de avaliação moral e carga axiológica.

Primeiramente, já se demonstrou a celeuma quanto ao bem jurídico que antecede o tipo penal de desacato (se é que ele existe). Reforçando, o conhecimento sobre a finalidade de

¹³⁸ O exemplo citado é justamente o desacato a autoridade.

¹³⁹ Aqui, o sentido é de desobedecer a preceitos, usos ou ordens.

¹⁴⁰ Caso o legislador pretendesse determinar o sentido de interpretação do crime, poderia ter utilizado outros verbos, como “desrespeitar” ou “humilhar”, com significados menos dúbios. No entanto, utilizou verbo cujo sentido deixa margem para interpretações vagas e confusas dentro do ordenamento penal.

proteção é necessário para que o indivíduo possa pautar sua conduta, evitando causar danos aos bens efetivamente considerados pela norma penal. No caso do desacato, a partir do momento em que não se pode delimitar o objeto de proteção, a conduta reprimida se torna indeterminada do ponto de vista do destinatário.

Quanto ao segundo requisito, já ficou demonstrado que o verbo utilizado pelo legislador não tem significado único determinável. Pelo significado do verbo, não se sabe se o desacato pressupõe desrespeito ou mera desobediência, nem de que forma exata cada uma das condutas será punida.

Entretanto, sob o terceiro aspecto o tipo penal se torna ainda mais questionável. A determinação exige que os elementos do tipo sejam dotados de verificabilidade e refutabilidade, o que não pode ser alcançado caso a sua constatação dependa exclusivamente de fenômenos da consciência ou de valores.

De acordo com a definição comum do crime, constitui desacato qualquer ato, gesto ou palavra que importe em desrespeito ou humilhação. Todavia, o conceito de humilhação é constatável apenas fenomenologicamente, sem correlação ontológica. Da mesma forma, o conceito de desrespeito liga-se apenas a valores éticos.

Isso não quer dizer que o direito deva abdicar totalmente de valores ou estados de consciência (como a humilhação ou a autoestima). Caso contrário, se tornaria impossível a integral proteção penal da honra¹⁴¹. No crime de desacato, no entanto, além de ausente a verificabilidade é impossível a refutabilidade: a existência de “desrespeito” ou “humilhação” se sujeita quase que exclusivamente à avaliação subjetiva do servidor público ofendido e da forma como este reage à ofensa.

O quarto aspecto exige que a redação da norma seja exaustiva e exclusiva, ou seja, que não se confunda com outras proposições. Neste aspecto, é importante lembrar a já citada insuficiência do verbo “desacatar” em face de sua acepção comum e confusão com o verbo de outro tipo penal.

Além disso, o crime de desacato se confunde em inúmeros aspectos com o crime contra a honra agravado na forma do art. 141, inciso II, do Código Penal. Em ambas as disposições, os três elementos centrais são: o ato desrespeitoso ou humilhante, a condição de funcionário público do ofendido e o nexó funcional.

¹⁴¹ Vale lembrar que o crime de injúria se refere à honra subjetiva, conceito de natureza muito semelhante aos estados de consciência como aquele decorrente da humilhação, no caso do desacato. Por outro lado, a calúnia e a difamação são verificáveis também de forma ontológica, uma vez que não se referem exclusivamente a análises subjetivas ou valorativas.

Não existe, na redação do tipo, qualquer elemento de exaustão de seu sentido possível nem indicação que exclua a outra proposição penal. Portanto, o alcance dos dois tipos revela-se indeterminado, em contrariedade ao princípio da legalidade e da vedação ao *bis in idem*.

O quinto requisito do modelo proposto é a vedação a normas constitutivas, ou seja, a exigência de que a norma penal regule fatos e não pessoas. Em pronta análise, percebe-se que o crime de desacato extrapola a regulação de fatos, uma vez que um dos seus elementos centrais é a qualificação de funcionário público. Este é, aliás, um dos principais traços que distinguem o desacato dos crimes contra a honra.

A criminalização do desacato cumpre com a função de garantir maior proteção jurídica à determinada classe de pessoas em razão de seu *status*¹⁴². Portanto, não “regula” violação penal diferenciada, apenas “constitui”, *per se*, uma nova classe de violação. Dessa forma, o conjunto de funcionários públicos é separado do restante dos indivíduos, protegidos pelos crimes contra a honra, para configurar delito autônomo. A proposição diferencia o tipo de delito e a quantidade de pena não com base nos fatos e circunstâncias, mas com base no sujeito ofendido, em flagrante violação ao princípio da igualdade (VIZCAYA, 1993).

Por fim, mas não menos importante, a definição de desacato não prescinde da avaliação moral do fato, visto que remete a categorias éticas que não podem ser consideradas universais: prestígio, respeito ou educação¹⁴³. Assim, a análise da configuração do crime não se foca, de início, no desvalor da conduta, pois deve passar primeiro pelo exame axiológico do significado da ofensa proferida.

Não se pode afirmar que os conceitos de desrespeito ou humilhação sejam “geralmente admitidos”, conforme propõe o modelo de JESCHECK (1981). Primeiramente, porque o conceito de algo “geralmente admitido” é metodologicamente equivocado, pois extrai a função de uma maioria supostamente homogênea de impor pautas de conduta a toda a sociedade. Além disso, é carente de demonstração empírica a homogeneidade dos conceitos, como sói acontecer com a maioria das pautas valorativas¹⁴⁴.

Na realidade, retoma-se a já afirmada conclusão: prevalecerá sempre em juízo a palavra do funcionário público alegadamente ofendido. Afinal de contas, compete quase que

¹⁴² Na linha do quanto já exposto no tópico 3.7 do capítulo 1, *supra*, trata-se de diferenciação incompatível com o Estado Democrático de Direito e com o princípio da isonomia.

¹⁴³ Acerca das controvertidas noções de prestígio e respeito e sua relação com o bem jurídico protegido pelo crime de desacato, leia-se o capítulo 1, *supra*.

¹⁴⁴ Para determinadas pessoas, o simples exercício de determinado emprego ou função social é considerado humilhante, enquanto para outros falar de boca aberta é considerado falta de respeito para com o ouvinte. As situações que podem ser enquadradas no conceito de humilhação ou desrespeito são inúmeras, sendo descabido tratá-los como conceitos uniformes.

exclusivamente ao magistrado preencher o sentido da expressão “desacatar”, e o julgador, ao fim e ao cabo, também é funcionário público.

Portanto, o crime de desacato revela-se indeterminado e incerto em face dos requisitos propostos pelo modelo de taxatividade explorado nesta pesquisa.

2.3.2. A discricionariedade do tipo penal e sua constitucionalidade

O desacato constitui, da forma como exposto no item anterior, carta em branco nas mãos não apenas do juiz, mas também do funcionalismo público, que pode se afirmar humilhado e desrespeitado, em avaliação subjetiva e insondável. O ato responsável pela vexação ou pelo ultraje é indiferente, uma vez que o tipo não o define nem se preocupa em excluí-lo do confronto com outras proposições.

Em sentido semelhante, Luigi Ferrajoli:

Comportamientos como el acto obsceno o el desacato, por ejemplo, corresponden a figuras delictivas, por así decirlo, “en blanco”, cuya identificación judicial, debido a la indeterminación de sus definiciones legales, se remite, mucho más que a pruebas, a valoraciones del juez inevitablemente discrecionales que de hecho convierten em vana tanto el principio formalista de la legalidad como ele empirista de la factualidad de la desviación punible (FERRAJOLI, 1995, p. 36).

A configuração do “desacato”, enquanto delito contra a respeitabilidade da função pública, depende da realização de juízo de valor que não se encontra em lei, razão pela qual não se pode assegurar que esse juízo não seja realizado de forma discricionária¹⁴⁵. Por essa razão, FERRAJOLI (1995, p. 171) é enfático ao afirmar que a acusação de desacato equivale a uma “caixa vazia” a ser preenchida de forma potestativa pelo juiz conforme sua livre avaliação.

Firmado o entendimento de que o subprincípio da taxatividade possui caráter de ordem de otimização, faz-se necessário verificar se era possível exigir do tipo penal maior determinação sem a vulneração de outras finalidades legítimas da norma. Além disso, cumpre

¹⁴⁵ Toda expressão tachada de desacato constitui, na realidade, exercício da liberdade de expressão e manifestação garantida constitucionalmente, de maneira preferencial (confira-se capítulo 3, *infra*). Dizer que a liberdade de expressão não pode ser exercida de forma crua e grosseira, sob pena de configuração de desacato, constitui juízo de valor discricionário, sem previsão na norma penal e sem possibilidade de controle de sua veracidade (refutabilidade). Portanto, toda imputação de desacato é um afastamento da liberdade de expressão constitucional com base em uma avaliação axiológica do que constitui humilhação ou desrespeito naquele contexto; quem irá realizar esta avaliação é o funcionário público (norma constitutiva) e o juiz.

analisar se a falta de clareza da norma implica ou autoriza violação frontal a garantia fundamental de natureza constitucional.

Em primeiro lugar, é perfeitamente possível que o tipo penal de desacato traga maior determinação à conduta considerada criminosa. Na realidade, o Código Penal brasileiro, dentre todos os que foram consultados, é o menos claro acerca do que se entende por desacato. Mesmo a legislação já revogada de vários países definia o crime com maior precisão. Vejam-se alguns exemplos:

CÓDIGO PENAL ESPANHOL¹⁴⁶

Artículo 240

Cometen desacato los que, hallándose un Ministro o una Autoridad en el ejercicio de sus funciones o con ocasión de ellas, los calumniaren, injuriaren, insultaren o amenazaren de hecho o de palabra, en su presencia o en escrito que les dirijan.

Si la calumnia, la injuria, el insulto o la amenaza fueren graves, se impondrán las penas de prisión menor y multa de 100.000 a 500.000 pesetas, y si no lo fueren, las de arresto mayor y multa de 100.000 a 200.000 pesetas.

Si el culpable fuere funcionario público, jerárquicamente subordinado al ofendido, se le impondrán las penas superiores en grado a las señaladas en el párrafo anterior, y si no existiera subordinación jerárquica, se impondrán en su grado máximo aquellas penas.

CÓDIGO PENAL ARGENTINO¹⁴⁷

Artículo 244

Será reprimido con prisión de quince días a seis meses, el que provocare a duelo, amenazare, injuriare o de cualquier modo ofendiere en su dignidad o decoro a un funcionario público, a causa del ejercicio de sus funciones o al tiempo de practicarlas. La prisión de un mes a un año, si el ofendido fuere el presidente de la Nación, un miembro del congreso, un gobernador de provincia, un ministro nacional o provincial, un miembro de las legislaturas provinciales o un juez.

CÓDIGO PENAL CHILENO¹⁴⁸

Artículo 264

Cometen desacato contra la autoridad:

1° Los que perturban gravemente el orden de las sesiones de los cuerpos colegisladores y los que injurian o amenazan em los mismos actos a algún diputado o senador.

2° Los que perturban gravemente el orden em las audiencias de los tribunales de justicia y los que injurian o amenazan em los mismos actos a un miembro de dichos tribunales.

3° Los que injurian o amenazan: *Primero*: A un senador o diputado por las opiniones manifestadas em el Congreso. *Segundo*: A un miembro de un tribunal de justicia por los fallos que hubiere dado. *Tercero*: A los ministros de Estado u otra autoridad em el ejercicio de sus cargos. *Cuarto*: A un superior suyo con ocasión de sus funciones.

Em todos estos casos la provocación a duelo, aunque sea privada o embozada, se reputará amenaza grave para los efectos del presente artículo.

CÓDIGO PENAL URUGUAIO

Artículo 173

Se comete desacato menoscabando la autoridad de los funcionarios públicos de alguna de las siguientes maneras:

¹⁴⁶ Decreto nº 3.096/1973. O art. 240, que punia o desacato, foi revogado pela reforma de 1995.

¹⁴⁷ O artigo 244 do Código Penal argentino foi revogado pela Ley 24.198 de 1993.

¹⁴⁸ O crime de desacato no Chile foi revogado pela Lei 20.048 de 2005.

- 1) Por medio de ofensas reales ejecutadas en presencia del funcionario o en el lugar en que éste ejerciera sus funciones.
 - 2) Por medio de la desobediencia abierta al mandato legítimo de un funcionario público.
- El delito se castiga con tres a dieciocho meses de prisión.
Nadie será castigado por manifestar su discrepancia con el mandato de la autoridad.

O simples fato de os textos legais serem mais extensos não significa, automaticamente, que sejam mais determinados. Pelo contrário, percebe-se que todos os textos citados também falham na descrição precisa, principalmente pela marca presente de valores abstratos como perturbação de ordem, dignidade ou decoro.

No entanto, a diferença na compreensão dos verbos típicos se manifesta de plano, visto que em nenhuma das redações foi utilizado o verbo “desacatar”. Pelo contrário, descreveram ações específicas que ensejariam o desrespeito e a humilhação, além de, em alguns casos, esclarecerem as situações fáticas específicas para o cometimento da conduta¹⁴⁹.

As referidas redações servem para demonstrar que a norma penal brasileira poderia, de fato, conter elementos mais determinados e dispor a conduta criminosa de maneira menos dúbia e incerta, embora os modelos utilizados também não sigam o modelo de taxatividade proposto por esta pesquisa.

Antes de se concluir definitivamente sobre a inconstitucionalidade do dispositivo, cabe trazer uma discussão de relevo sobre a aplicabilidade do princípio da legalidade e a possibilidade de “relaxar” o postulado de vinculação do juiz à lei.

2.3.3. A (im)possibilidade de interpretação conforme a Constituição do tipo de desacato

A segurança jurídica revela a necessidade de conservação das normas jurídicas e preservação de seu sentido, razão pela qual surge a interpretação conforme a Constituição como mecanismo para evitar a retirada precoce de normas do ordenamento jurídico. A técnica tem cabimento, *a priori*, nas situações em que a norma jurídica possui mais de uma interpretação, mas nem todas elas são compatíveis com a Constituição. Em face disso, devem ser excluídas

¹⁴⁹ Nesse sentido, os elementos de “audiencias de los tribunais de justicia” e “sesiones de los cuerpos colegisladores” extraídos da antiga previsão do desacato no Código Penal chileno. Deve-se citar, ainda, a previsão do Código Penal uruguaio no sentido de encaixar o desrespeito e a desobediência em um único tipo penal.

as interpretações inconstitucionais e assegurar que a norma seja interpretada e aplicada apenas na forma que não viola o texto da Lei Maior¹⁵⁰.

Para CANOTILHO (1992), a interpretação conforme demanda alguns princípios para sua correta aplicação, dentre eles: a) o princípio da prevalência da Constituição; b) princípio da conservação das normas jurídicas; e c) princípio da exclusão da interpretação conforme a Constituição, mas *contra legem*.

Havendo a possibilidade de se interpretar a norma de acordo com a Constituição, entende-se que ela deve ser preservada e não declarada inconstitucional. Todavia, não se pode trazer interpretação compatível com a Constituição, mas que seja contrária à letra e ao sentido da lei interpretada.

Portanto, incumbe perquirir se é possível interpretar a norma legal que criminaliza o desacato de maneira concorde à Constituição Federal, evitando sua declaração total de inconstitucionalidade e preservando sua vigência.

De acordo com as conclusões até aqui expostas, o tipo do art. 331 do Código Penal padece do vício da indeterminação, em razão dos diversos fatores que implicam a perda de sua vinculação ao bem jurídico, a indeterminação da conduta, a desigualdade da imputação e a predominância da arbitrariedade axiológica, dentre outros fatores. Essa indeterminação viola o art. 5º, inciso XXXIX da Constituição Federal.

A interpretação conforme do dispositivo demandaria, portanto, que o intérprete definisse e determinasse o alcance da incriminação, indicando a interpretação e a aplicação consideradas constitucionais. Seria possível que o juiz ou o Supremo Tribunal Federal determinasse que o crime de desacato somente se aplica às situações de abordagem policial ou então fixar que esse crime apenas não se aplica às hipóteses de atividade jornalística?

A possibilidade de interpretação conforme a Constituição da lei penal é debate crescente na doutrina, que levanta vozes de ambos os lados, principalmente quando o vício de inconstitucionalidade decorre de aspecto formal, como a observância do mandamento de determinação.

¹⁵⁰ Gilmar MENDES (1996) entende que a interpretação conforme a Constituição deve ser diferenciada da técnica de controle de constitucionalidade chamada de “declaração de nulidade sem redução de texto”. Esta última, segundo o autor, se verifica quando há a expressa exclusão, por inconstitucionalidade, de determinadas hipóteses de aplicação da lei sem que se produza alteração no texto legal. Todavia, para esta pesquisa tal diferenciação é inócua, pois os dois institutos seriam apenas duas faces da mesma moeda. Sempre que o órgão julgador define uma interpretação conforme a Constituição, ele exclui, automaticamente, a interpretação e aplicação da lei para situações opostas. Ou seja, sempre que se define uma interpretação conforme, declara-se também a nulidade sem redução de texto de outras interpretações.

Segundo Lothar KUHLEN (2012a), toda vez que se conserva a lei penal indeterminada em conformidade à Constituição, se confirma que existe interpretação admissível e formalmente constitucional, ainda que não decorra diretamente da lei¹⁵¹. Em face dessa corroboração, deve-se questionar qual seria o limite que a interpretação poderia alcançar para buscar conferir à lei um sentido compatível com a Constituição, ou seja, se é plenamente possível a “complementação judicial do tipo penal”.

A aplicação às leis penais da técnica da interpretação conforme carrega inerente contradição entre o princípio da conservação da norma jurídica, de um lado, e o postulado da vinculação do juiz à lei, de outro. Ante essa contradição, KUHLEN (2012a) indica os riscos e as consequências de cada posicionamento:

Desde luego, la contradicción con la que esto amenaza no se puede evitar estableciendo *diferentes* exigencias de conformidad formal con la constitución en el rechazo de determinadas interpretaciones de la norma y en el reconocimiento de otras interpretaciones que conservan la norma. Quien quiere las ventajas de argumentación que ofrece una fundamentación formal de la inconstitucionalidad de leyes o de interpretaciones de la ley tiene que concebir la determinación y la vinculación a la ley necesarias de manera exigente y pagar el precio de que, de este modo, se restringe el ámbito de la conservación de la norma de conformidad con la Constitución. Quien, a la inversa, quiera agotar las posibilidades de tal conservación de la norma puede lograrlo reduciendo las exigencias de determinación de las interpretaciones judiciales de la ley y, sobre todo, las exigencias de vinculación del juez a la ley (y su acentuación mediante la prohibición de analogía del art. 103, párr. 2 GG). Ahora bien, con ello también se restringe la posibilidad de rechazar interpretaciones de la ley como formalmente inconstitucionales. Además, resultará más difícil calificar a las mismas leyes penales como demasiado indeterminadas, porque mediante la relajación de la vinculación a la ley se aumentan las posibilidades de compensar mediante precisiones judiciales la determinación que le falta a la ley (KUHLEN, 2012a, p. 133)

O autor se posiciona favoravelmente às interpretações que ultrapassem o sentido natural possível da lei, desde que se produzam em benefício do indivíduo e se aceitem as consequências metodológicas supracitadas¹⁵² (KUHLEN, 2012a).

¹⁵¹ Para o autor, são cada vez mais comuns as situações em que a “certificação” de constitucionalidade se refere a variantes interpretativas que são muito remotas dentro do sentido literal da legislação. A esse respeito, o autor cita diversos julgados do Tribunal Constitucional Federal alemão em que, na tentativa de conservar a norma jurídica, o julgador teria assegurado interpretação remota, que não decorre sequer diretamente do texto legal. Na visão do autor, não há irregularidade neste tipo de interpretação, apenas um tipo de aplicação jurisprudencial que relaxa o postulado de vinculação do juiz à lei (KUHLEN, 2012a).

¹⁵² O autor reconhece que a situação jurídica atual e parte da doutrina não admitem tal interpretação, mas entende que a relativização é necessária para que não se leve o mandamento da determinação a níveis tão drásticos a ponto de não restar nada no ordenamento penal. Na jurisprudência alemã, embora a Corte Federal de Justiça (*Gerichtshof*) tenha assentado formalmente a impossibilidade de que o juiz melhore uma lei penal indeterminada, a prática demonstra relativa contradição, pois em diversos momentos o Poder Judiciário alemão teria optado por conservar a vigência da lei pela aplicação da interpretação conforme, naquilo que o autor convencionou denominar de “melhora judicial das leis” (KUHLEN, 2012a).

Segundo o entendimento desta pesquisa, a conclusão do autor poderia ser válida no máximo para situações específicas em que o grau de indeterminação da lei penal fosse menor. Seria possível, à guisa de exemplo, que o julgador estabelecesse um “vetor” axiológico para a interpretação conforme a Constituição de conceitos valorativos (como ato obsceno, por exemplo). No entanto, é inimaginável autorizar a “complementação judicial” do crime de desacato de forma a sanar todos os aspectos de sua indeterminação, em especial do ponto de vista de sua finalidade de proteção e da vedação das normas constitutivas¹⁵³.

Na realidade, o pressuposto de que a interpretação conforme a Constituição seja feita apenas em benefício do indivíduo é insuficiente como parâmetro de controle da aplicação da técnica, pois não elimina o conflito de interesses subjacente. A interpretação conforme da lei penal é favorável apenas aos interesses daqueles indivíduos que são excluídos da sua aplicação; para aqueles contra os quais a norma tem sua vigência conservada não pode ser considerada favorável. Afinal, a favor de qual indivíduo deve ser interpretada a norma indeterminada?

Não basta que a interpretação seja conforme a Constituição se for contrária à lei (CANOTILHO, 1992). Outrossim, a interpretação que desborde do sentido natural da norma também não pode ser admitida, por conferir poderes arbitrários ao julgador, mormente considerada a multiplicidade de valores inseridos no texto de nossa Constituição Federal¹⁵⁴.

A visão defendida por KUHLEN (2012a) não contrapõe a conservação das normas apenas ao princípio da vinculação do juiz à lei. Quando defrontamos casos extremos como o presente, visualizamos que a interpretação conforme das leis penais se choca também com o postulado da interpretação estrita do crime e dos seus elementos.

A aplicação da lei penal demanda, na realidade, que seu teor literal marque os limites à extensão arbitrária de sua interpretação (ROXIN, 1997). Aceitar que qualquer interpretação compatível com a Constituição seja judicialmente “inserida” no tipo penal equivale a permitir a manipulação do desacato para qualquer sentido.

Obviamente, o irracional apego à lei não se coaduna com a atividade do Poder Judiciário, encarregado também de desenvolver o direito por intermédio de sua jurisprudência.

¹⁵³ Em face dos vários elementos utilizados por esta pesquisa para analisar o mandamento de taxatividade, revela-se preocupante a tarefa de atribuir ao julgador a possibilidade de melhorar o crime de desacato. A definição do objeto de proteção encontra dificuldades inclusive doutrinárias, complicando a tentativa de se resolver o problema judicialmente. Também do ponto de vista da vedação das normas constitutivas é questionável a complementação judicial, pois o problema reside não na redação legal, mas na própria ideação do crime.

¹⁵⁴ Se o crime de desacato é genérico e a Constituição Federal, por sua vez, abarca diversos valores em seus 250 artigos, exigir interpretação conforme não é suficiente. O julgador poderia utilizar quaisquer dos elementos contidos na Constituição, de maneira aleatória e arbitrária, utilizando-o para justificar a conservação do art. 331 do Código Penal. Contra tal escolha sequer poderia haver insurgência, pois a generalidade do dispositivo não se opõe a esta manipulação.

Por outro lado, o simples capricho em sua aplicação não é compatível com o princípio da legalidade (MONTES, 2009).

Admitir a interpretação conforme a Constituição para o crime de desacato é, na verdade, um paradoxo: conservar a lei mediante a violação do princípio da legalidade.

Por essa razão, se conclui que a deficiência da descrição típica do art. 331 do Código Penal deveria ser sanada, caso necessário, pela via da legislação e não propriamente da jurisdição¹⁵⁵, evitando a outorga genérica do poder de extensão pela via da interpretação.

Todo o esforço de interpretação, na tentativa de adaptar aos valores do Estado Democrático de Direito um tipo penal tão anacrônico e com deficiente configuração típica, deveria na realidade conduzir o jurista à sua descriminalização (VIZCAYA, 1993).

Em adição à irregularidade formal¹⁵⁶ da lei, por sua manifesta contrariedade ao mandamento de taxatividade, o crime de desacato entra também em contraste frontal com a garantia da liberdade de expressão. Essa problemática será desenvolvida no próximo capítulo.

¹⁵⁵ Maite VIZCAYA (1993) chega a conclusão semelhante, apontando que as deficiências técnicas e a interpretação anacrônica do tipo vigente à época demandaria uma regulação sob parâmetros radicalmente diferentes. Para a autora, caso se considere necessária a manutenção do crime, este deveria ser remodelado para se direcionar a proteger apenas os órgãos constitucionalmente relevantes e os agentes de autoridade, além de exigir a publicidade da ofensa ou a presença de terceiros para sua consumação (relativizando seu caráter formal). Além disso, defende a limitação à penalidade pecuniária como meio suficiente para alcançar o efeito desejado.

¹⁵⁶ Por irregularidade formal da lei faz-se referência, neste contexto, aos problemas em sua redação e delimitação em contraste ao conteúdo da norma. A expressão não é utilizada para representar a inconstitucionalidade formal da lei, que decorreria da desobediência às regras constitucionais do processo legislativo.

3. A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E A PUNIÇÃO DA CRÍTICA

A liberdade de expressão é uma das garantias fundamentais de importância mais cara ao nosso regime constitucional e ao sistema democrático. Fruto do liberalismo político, é considerada uma das liberdades naturais do indivíduo oponíveis ao Estado (direito fundamental de primeira geração).

Em sua evolução conceitual, a liberdade de expressão passa a ser considerada um direito humano fundamental, inerente a toda pessoa. Além disso, é interpretada como princípio estruturante do sistema político e jurídico, devendo ser observada como mandamento de otimização da liberdade no maior grau possível.

Mesmo assumindo essas novas características, a liberdade de expressão mantém ainda acentuada natureza de garantia individual, que impõe ao Estado dever de abstenção. As restrições ou limitações a liberdade de expressão somente se justificam quando necessárias à proteção de outro direito ou garantia de natureza fundamental e desde que seja preservado o seu núcleo essencial.

Dentro desse núcleo, não se pode considerar que a liberdade de expressão abranja apenas as informações inofensivas, indiferentes ou favoráveis. Faz parte da liberdade de expressão também a crítica e a informação inquietante, capazes de gerar transtornos e resistência (MORAES, 2017).

O caráter multifacetado da liberdade de opinião e de expressão demonstra a complexidade de sua manipulação de maneira técnica. Não obstante, este capítulo se propõe a verificar se as restrições à liberdade de expressão impostas pela criminalização do desacato se justificam do ponto de vista constitucional e dos direitos humanos.

Para tanto, primeiro se buscará demonstrar o papel instrumental da liberdade de expressão para o regime democrático e seu consequente *status* preferencial atribuído não apenas pela doutrina, mas também pela jurisprudência mais recente. Em seguida, será exposta a forma como o mito da superioridade ética do Estado justifica a punição da liberdade de expressão desfavorável (crítica), em um discurso contraditório com a própria instrumentalidade democrática da garantia.

Após, será feita uma introdução à teoria do controle de convencionalidade e ao entendimento do sistema interamericano de direitos humanos acerca da liberdade de expressão e do desacato. Será exposta, ainda, a forma como a jurisprudência do STF e do STJ aplica as referidas premissas no caso da análise da convencionalidade do art. 331 do Código Penal.

Ao final, será posta a prova a hipótese de que o crime de desacato é inconstitucional e inconveniente do ponto de vista da preservação da liberdade de expressão.

3.1. A Garantia da Liberdade de Expressão e o Regime Democrático

A Constituição Federal de 1988 traz um plexo de normas que consagram a proteção à liberdade de expressão e ao acesso à informação, bem como veda a censura de qualquer natureza:

Art. 5º. (...)

IV – é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

(...)

IX – é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica ou de comunicação, independentemente de censura ou licença;

(...)

XIV – é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;

Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

§ 1º Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV.

§ 2º É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.

A liberdade de expressão garante a toda pessoa o direito de difundir, receber ou buscar ideias, opiniões ou informações de toda índole. Dessa definição se extrai que a liberdade de expressão possui uma dimensão individual e uma dimensão social ou coletiva.

Pela dimensão individual, entende-se como o direito de a pessoa emitir suas opiniões por qualquer maneira escolhida. A dimensão social, por sua vez, é o direito de qualquer pessoa a conhecer as opiniões e informações de outras pessoas e de estar bem informada (AGUIRRE, *et.al*, 2012).

Quando se restringe de maneira indevida a manifestação de pensamento de determinada pessoa, não é apenas o direito individual que está sendo violado, mas o direito coletivo a receber informações e conhecer opiniões alheias.

Disso resulta que tanto a dimensão individual quanto a dimensão coletiva são dotadas de caráter marcadamente instrumental para o exercício de outros direitos. Em primeiro lugar, o direito a difundir e buscar opiniões ou informações é essencial para que a concretização do direito à autonomia individual e ao livre desenvolvimento da personalidade. Em segundo lugar,

é essencial para a concretização do pluralismo político (fundamento de nosso Estado Democrático de Direito¹⁵⁷) e, conseqüentemente, da democracia.

A liberdade de expressão, exteriorizada mediante o discurso, possibilita que os homens possam agir em conjunto, não apenas no falar, mas no ouvir. Esse confronto é justamente o que torna vivo o pluralismo da vida em comunidade, permitindo que o novo seja constantemente instituído (MASCARENHAS, 2014). A liberdade de expressão é o pressuposto essencial para o pluralismo político e a conseqüente inserção de novas ideias não apenas no debate político, mas nas instituições estatais.

De fato, quanto maior é o fluxo de informações e ideias, principalmente sobre questões de interesse público, mais sólida e bem fundamentada se torna a opinião pública e a possibilidade de controle das instituições democráticas. Nessa linha, afirma GARGARELLO (2008) que nenhuma supressão de opinião é benéfica. Se a opinião for verdadeira, é necessário o seu conhecimento; se falsa, a refutação demanda a defesa das convicções por meio de razões fundamentadas, incentivando a troca de informações¹⁵⁸.

Portanto, todos os discursos sobre assuntos de interesse público mereceriam proteção especial, em razão de sua importância crítica para o funcionamento da democracia. Especialmente em um regime político como o brasileiro, em que a participação política por meio do voto é obrigatória, não se pode criminalizar o discurso crítico, ainda que possa ofender ou chocar pessoas determinadas.

A legislação penal deveria minimizar as possibilidades de sanção por exercício desse direito e, nos casos de opiniões sobre serviços, órgãos e funções públicas, não deveria existir sanção nenhuma. Apenas assim seria possível sonhar em alcançar o ideal de cidadão pensante e participativo, em que não impera o medo de sanção na discussão da coisa pública.

Por essa razão, com esteio na jurisprudência do Tribunal Federal Constitucional Alemão¹⁵⁹, Gilmar MENDES (2012) afirma que a liberdade de expressão assume não apenas o

¹⁵⁷ Art. 1º, inciso V, da Constituição Federal de 1988.

¹⁵⁸ Não se ignora, por óbvio, os efeitos nefastos que a proliferação de informações falsas acarretam a democracia – as chamadas *fake news*. Em um ambiente democrático ideal, a divulgação de informações falsas se encontra albergada pela liberdade de expressão, cabendo ao “cidadão deliberante” a crítica e a seleção racional de suas informações. No entanto, este é um modelo ideal que não encontra correspondência com a prática política brasileira, onde existem restrições à liberdade de expressão e não se verifica a presença do “cidadão deliberante”. Neste momento, a divulgação de *fake news* torna-se ameaçadora, já que os participantes do jogo democrático não tem as condições estruturais para balancear tal proliferação. Em face dos princípios da igualdade, torna-se legítima a intervenção razoável do Estado para controlar a proliferação de *fake news*.

¹⁵⁹ Um dos julgados mais importantes sobre o assunto é o caso *Lüth*, julgado em 1958. No caso, o TFC assegurou a liberdade de expressão do crítico de cinema Erich Lüth, defensor do boicote de um filme dirigido por cineasta anteriormente ligado à propaganda nazista. O Tribunal afirmou que a livre expressão do pensamento é essencial para a democracia, por possibilitar a discussão intelectual e a disputa entre opiniões.

caráter de direito subjetivo, mas um elemento institucional fundamental da ordem constitucional objetiva.

Por auxiliar na formação da base jurídica do Estado Democrático, a liberdade de expressão é alçada à condição de genuína garantia institucional da democracia.

3.1.1. Liberdade de expressão como direito fundamental preferencial

A estatura transindividual da liberdade de expressão, considerada como estandar político do regime democrático, faz com que se defenda seu caráter preferencial em comparação a outros direitos e garantias fundamentais.

Karl POPPER (1974) parte da noção da falibilidade do ser humano para afirmar que todos devem conhecer suas limitações a fim de aprender com as próprias falhas. A crítica, portanto, não apenas é bem-vinda, como necessária. Com o Estado não ocorre de forma diversa.

A noção de “sociedade aberta” (POPPER, 1974) se assenta no raciocínio de que apenas a sociedade capaz de tolerar e aceitar diversos pontos de vista pode avançar. A intolerância apenas pode ser dirigida contra aqueles que desejam impor suas ideias pela força¹⁶⁰. A sociedade aberta demanda a liberdade de expressão, a tolerância à crítica e o reconhecimento das falhas. Se o Estado democrático não velar pelos fins da sociedade aberta, o cidadão tem o direito e o dever de, mais uma vez, exercer o dissenso¹⁶¹.

Portanto, a liberdade de expressão, além de ser em si uma garantia, cumpre também o papel de garantia das demais garantias, tendo em vista sua relação com a manutenção e desenvolvimento da democracia.

Essa justificativa democrática faz com que parcela da doutrina confira à liberdade de expressão um *plus*, outorgando a ela o *status* de direito fundamental preferencial quando envolvida matéria de interesse público¹⁶² (CHEQUER, 2017). Segundo essa visão, toda vez que

¹⁶⁰ O limite da liberdade de expressão seria o uso da violência. Qualquer opinião manifestada de forma democrática, mediante crítica, deveria ser respeitada e escutada. O terrorismo e a agressão, por outra via, são meios impositivos e antidemocráticos, o que os exclui do alcance da liberdade de expressão (FALCÓN, 2014).

¹⁶¹ Este seria mais um argumento a favor da admissibilidade das manifestações a favor de tolerância, como a Marcha da Maconha, por exemplo.

¹⁶² Cláudio CHEQUER (2017) entende a preferência da liberdade de expressão sob duas premissas: o direito de o povo ter acesso a informações de interesse público e o dever dos órgãos de comunicação de informar a respeito desses temas. A função da mídia passa a ser vista não mais apenas como um direito, mas como um dever institucional. Portanto, a própria conformação jurídica e social do papel do jornalismo passa a ser diverso, devendo ser assegurado o arcabouço jurídico necessário para que esse dever seja cumprido pelos órgãos de comunicação de forma robusta e desinibida, evitando o chamado *chilling effect*.

o intérprete tiver de resolver um conflito entre direitos fundamentais, deverá atribuir um peso inicial maior à liberdade de expressão.

O Supremo Tribunal Federal adota linha de pensamento muito semelhante, evoluindo sua jurisprudência para afirmar expressamente o caráter preferencial e admitir o cabimento direto de reclamação constitucional contra decisão judicial que determinar a retirada de matéria jornalística:

Direito Constitucional. Agravo regimental em reclamação. Liberdade de expressão. Decisão judicial que determinou a retirada de matéria jornalística de sítio eletrônico. Afronta ao julgado na ADPF 130. Procedência. 1. O Supremo Tribunal Federal tem sido mais flexível na admissão de reclamação em matéria de liberdade de expressão, em razão da persistente vulneração desse direito na cultura brasileira, inclusive por via judicial. 2. No julgamento da ADPF 130, o STF proibiu enfaticamente a censura de publicações jornalísticas, bem como tornou excepcional qualquer tipo de intervenção estatal na divulgação de notícias e de opiniões. 3. A liberdade de expressão desfruta de uma posição preferencial no Estado democrático brasileiro, por ser uma pré-condição para o exercício esclarecido dos demais direitos e liberdades. 4. Eventual uso abusivo da liberdade de expressão deve ser reparado, preferencialmente, por meio de retificação, direito de resposta ou indenização. Ao determinar a retirada de matéria jornalística de sítio eletrônico de meio de comunicação, a decisão reclamada violou essa orientação. 5. Reclamação julgada procedente. (Rcl nº 22328/RJ, rel. Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, julgado em 06/03/2018, publicado em 10/05/2018)

Além da função essencial que desempenha para a democracia, a Corte indica que o caráter preferencial deriva também da dignidade humana, da busca da verdade, da função instrumental e da preservação da cultura e da história da sociedade.

Deve-se ressaltar que essa posição preferencial não cria uma hierarquia entre princípios fundamentais, apenas um peso maior à liberdade de expressão na realização de um juízo de ponderação. Nesse sentido, o voto do Ministro Roberto Barroso:

(...) Assim, embora não haja hierarquia entre direitos fundamentais, tais liberdades possuem uma posição preferencial (*preferred position*), o que significa dizer que seu afastamento é excepcional, e o ônus argumentativo é de quem sustenta o direito oposto. Consequentemente, deve haver forte suspeição e necessidade de escrutínio rigoroso de todas as medidas restritivas de liberdade de expressão (STF, Rcl nº 22328/RJ, p. 11).

Como explicitado, a posição preferencial não significa que a liberdade de expressão é ilimitada e sempre irá prevalecer em caso de conflito, pelo contrário, o juízo de ponderação pode afastar a garantia no caso concreto, desde que seja necessário, como demonstrado, para a proteção de outro direito fundamental.

O caso mais famoso e unânime de afastamento da liberdade de expressão consiste no “discurso de ódio”. No julgamento do HC nº 82.424 (caso Ellwanger), em 2003, o Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento de que a liberdade de expressão não abrange a intolerância racial e o estímulo à violência. Em caso recente, a Suprema Corte ampliou o seu entendimento anterior para afirmar que a incitação ao ódio público contra qualquer denominação religiosa também não se encontra protegida pela liberdade de expressão¹⁶³ (RHC nº 146303/RJ, rel. Min. Edson Fachin, red. p/ o ac. Min. Dias Toffoli, Segunda Turma, julgamento em 06.03.2018, publicado no Informativo 893).

De forma semelhante, o discurso discriminatório, a propaganda de guerra e a incitação pública ao genocídio não poderiam ser protegidas pela liberdade de expressão (AGUIRRE, *et. al.*, 2012).

Em sentido oposto, no julgamento da ADI nº 4439/DF – ensino religioso confessional nas escolas públicas –, a Corte Constitucional entendeu que a liberdade de expressão deve proteger não somente as informações inofensivas ou favoráveis, “mas também as que possam causar transtornos, resistência, inquietar pessoas” (ADI nº 4439, rel. Min. Roberto Barroso, red. p/o ac. Min. Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, julgado em 27/09/2017, publicado em 21/06/2018).

Também deve ser abrangido pela liberdade religiosa e de expressão o proselitismo religioso, ainda que se sustente certa hierarquização e animosidade entre as religiões comparadas pelo interlocutor (RHC nº 134682, rel. Min. Edson Fachin, Primeira Turma, julgado em 29/11/2016, publicado em 29/08/2017).

Por fim, o STF também já se manifestou no sentido de que não ocorrem os crimes dos arts. 325 e 326 do Código Eleitoral quando as expressões tidas por ofensivas se situam no limite das críticas toleráveis no jogo político (Pet nº 4979, rel. Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, julgado em 23/06/2015, publicado em 17/09/2015).

As restrições a direitos fundamentais devem, necessariamente, respeitar alguns limites na sua criação, dentre eles a reserva de lei, a proporcionalidade e a preservação do núcleo essencial do direito fundamental mitigado (MENDES, 2012).

Aplicando-se tais pressupostos ao caso da liberdade de expressão, entendemos que a restrição apenas será legítima quando: a) estejam fixadas por lei; b) sejam necessárias e

¹⁶³ No caso concreto, líder religioso incitou a intolerância contra diversas religiões e imputou fatos criminosos e ofensivos a seus devotos e sacerdotes, por meio da internet. O STF negou provimento ao Recurso Ordinário em Habeas Corpus que postulava o trancamento da ação penal pela prática do crime de racismo (art. 20 da Lei nº 7.716/1989).

adequadas para a proteção de um direito fundamental (proporcionalidade); e c) que não instituem censura prévia vedada pelo art. 220, § 2º, da Constituição Federal¹⁶⁴.

Será que o regular funcionamento da administração pública constitui direito constitucional fundamental para justificar a criminalização do desacato? Será que esta criminalização é necessária e adequada para a proteção do funcionamento harmônico da administração a ponto de justificar a sobreposição à liberdade de expressão?

3.1.2. Superioridade ética do Estado e punição da crítica

Como já exposto alhures, a premissa inserta no crime de desacato assevera que qualquer afronta à função pública gera instabilidade no funcionamento da administração. Essa conclusão somente faz sentido dentro de uma lógica absolutista, em que o Estado se afirma em posição eticamente superior aos seus subordinados.

Conforme a noção contratualista, os indivíduos abrem mão de seu poder em prol do Estado, como forma de abandonar o estado de natureza. O ente estatal, do alto de sua soberania, concedida por seus súditos, é infalível na tarefa de alcançar o bem comum. Se o Estado não pode errar, conseqüentemente não pode ser criticado.

Por essa razão, HOBBS (2003) contempla o Estado como um monstro, cuja soberania implica a renúncia dos indivíduos aos seus direitos. A crítica ou o desrespeito aos representantes do Estado significa violação do contrato social, justificando a resposta penal para proteger a existência do próprio ente estatal¹⁶⁵.

Essa mentalidade é tão presente que, até hoje, se constata a tendência natural do cidadão à obediência ao Estado e ao acatamento de suas ordens (FROMM, 1984).

Ocorre que essa tese da infalibilidade do Estado, ainda que atraente, já se demonstrou plenamente equivocada. A superioridade estatal não se coaduna com o Estado de Direito (OLIVERA, OLIVEIRA, 2010).

A despeito do longo movimento no sentido da contenção do poder estatal, ainda existem normas ultrapassadas que reiteram o hiato Estado-particular, como é o caso do desacato.

Ora, não é de hoje que se reconhece a manifesta ineficiência e falibilidade do aparato estatal, ao contrário do pensamento absolutista. O direito administrativo teve que caminhar ao

¹⁶⁴ A vedação à censura pode ser considerada como parte do núcleo essencial da liberdade de expressão, razão pela qual tal mandamento expresso não poderia ser relativizado nem limitado.

¹⁶⁵ A rigor, como a violação ao Estado quebraria o contrato social, HOBBS (2003) entende que o violador se colocaria fora da sociedade civil. As normas de direito penal poderiam, portanto, ser relativizadas na persecução do agente, legitimando as ideias iniciais do direito penal do inimigo.

longo dos séculos no sentido da implantação de normas que disciplinassem o funcionamento interno de seus órgãos (MELLO, 1979). Mesmo hoje, as demandas por eficiência apontam a necessidade de absorção de normas de governança, administração corporativa e prestação de contas, no intuito de garantir que a atividade seja prestada. O direito administrativo brasileiro moderno se ocupa, ainda, em coibir a apropriação da coisa pública pelos próprios agentes públicos e partes relacionadas¹⁶⁶.

A despeito de todo esse cenário, temos que conviver com a presunção de que a regularidade da atividade administrativa é violada pela falta de respeito a um funcionário público.

Ainda hoje, o art. 331 nos informa que os representantes do Estado não erram e buscam sempre o bem comum, razão pela qual a crítica ou a falta de respeito não podem ser admitidas. A ideia é ainda mais assombrosa quando pensamos que, na realidade, o Estado é que deveria sofrer maior ingerência e controle por parte da sociedade civil.

Nem se argumente, como faz a doutrina majoritária (veja-se o capítulo 1), que o desacato exclui os casos em que o agente apenas tece críticas ao funcionamento da administração. Em primeiro lugar, tendo em vista que o tipo penal exige o nexó funcional (“no exercício da função, ou em razão dela”), é inconcebível que o ato de desacato não faça referência ao serviço supostamente prestado pelo ofendido. A crítica é visível em todas as dimensões; o que mudaria é apenas a forma como a crítica é dirigida (de maneira agressiva ou acintosa¹⁶⁷).

Em segundo lugar, ainda que se entenda que o desrespeito ou humilhação não contém crítica, estão protegidos pelos crimes contra a honra. Não é exagero repetir a lição de VALLEJO (1992) que, há 26 anos atrás, já defendia que os funcionários públicos devem estar mais sujeitos a violações à sua honra, tendo em vista a necessidade de crítica para a democracia.

Vivendo em uma sociedade aberta, o Estado deve reconhecer sua falibilidade e tolerar as críticas, ainda que veementes e vexatórias. O que torna um sistema político forte não é sua rigidez, mas a flexibilidade e a possibilidade de o governo se expor às contradições e de aceitar as críticas. “Un sistema débil intenta evitar la crítica y escapar a la contradicción” (POPPER, 2008, p. 27).

¹⁶⁶ São inúmeras previsões legais e construções doutrinárias: princípio da moralidade, vedação ao nepotismo, improbidade administrativa, etc.

¹⁶⁷ Nesse momento nos lembramos que a doutrina e a jurisprudência do STF entendem que a liberdade de expressão não abarca apenas as afirmações inofensivas, mas também aquelas que possam causar transtorno, resistência ou inquietar pessoas.

Sob o argumento de proteger a atividade do Estado, a doutrina sobrepõe o art. 331 à liberdade de expressão. Se esquece, todavia, que a proteção ao Estado Democrático se encontra no caminho oposto.

3.2. Sistema Interamericano de Direitos Humanos e Controle de Convencionalidade

Como visto, a relação entre o crime de desacato e a liberdade de expressão é extremamente controversa do ponto de vista constitucional. Ainda assim, há outra questão de relevo que foi debatida pelo Superior Tribunal de Justiça e, mais recentemente, pelo Supremo Tribunal Federal, consistente na admissibilidade ou não do controle de convencionalidade das leis internas e, conseqüentemente, do crime de desacato.

Como já destacado anteriormente, a liberdade de expressão é considerada também um direito humano fundamental, desde a sua previsão na Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789). Como tal, está prevista em uma série de tratados internacionais.

A título de exemplo, observamos que a liberdade de expressão está consagrada em três importantes tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil nos seguintes termos:

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DE DIREITOS HUMANOS

Artigo 19º

Todo o indivíduo tem direito à liberdade de opinião e de expressão, o que implica o direito de não ser inquietado pelas suas opiniões e o de procurar, receber e difundir, sem consideração de fronteiras, informações e ideias por qualquer meio de expressão.

PACTO INTERNACIONAL SOBRE DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS (DECRETO Nº 592/1992)

Artigo 19

1. ninguém poderá ser molestado por suas opiniões.

2. Toda pessoa terá direito à liberdade de expressão; esse direito incluirá a liberdade de procurar, receber e difundir informações e ideias de qualquer natureza, independentemente de considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro meio de sua escolha.

3. O exercício do direito previsto no parágrafo 2 do presente artigo implicará deveres e responsabilidades especiais. Conseqüentemente, poderá estar sujeito a certas restrições, que devem, entretanto, ser expressamente previstas em lei e que se façam necessárias para:

- a) assegurar o respeito dos direitos e da reputação das demais pessoas;
- b) proteger a segurança nacional, a ordem, a saúde ou a moral públicas.

CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

Artigo 13. Liberdade de pensamento e de expressão

1. Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito compreende a liberdade de buscar, receber e difundir informações e ideias de toda

natureza, sem consideração de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro processo de sua escolha.

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

a. o respeito aos direitos ou à reputação das demais pessoas; ou

b. a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas.

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

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

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

Como se percebe, a Convenção Americana de Direitos Humanos (a partir de agora, CADH) possui uma redação detalhada sobre o alcance da liberdade de expressão e alguns de seus limites. Esse arcabouço é complementado pela interpretação realizada pelos órgãos do sistema interamericano de direitos humanos: Tribunal Interamericano de Direito Humanos (TIDH) e Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH).

A questão que se põe é se o crime de desacato é compatível com a liberdade de expressão, da forma como consagrada no sistema interamericano de direitos humanos. Para esse fim, primeiro serão discutidos os fundamentos teóricos da teoria do controle de convencionalidade. Em seguida, será exposta a forma como a liberdade de expressão e as leis de desacato são tratadas pelo sistema. Depois, será realizada breve análise sobre o controle de convencionalidade do desacato na jurisprudência do STJ e do STF.

3.2.1. A teoria do controle de convencionalidade e a dupla compatibilidade vertical material

O controle de convencionalidade é o juízo de adequação entre a legislação interna de um país e os seus compromissos assumidos internacionalmente, sob a forma de tratado ou convenção, bilateral ou multilateral. A par da Constituição, as Convenções também passam a constituir parâmetro de controle das leis, permitindo o afastamento da aplicação de determinada norma que não seja adequada ao feixe axiológico dos tratados internacionais dos quais participa o Estado.

O surgimento do controle de convencionalidade teria ocorrido no sistema comunitário europeu, com base na jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia (SALDANHA, VIEIRA, 2013). A discussão se aprofundou no Brasil a partir da Emenda Constitucional nº 45/2004, que inseriu no texto constitucional a possibilidade de que os tratados internacionais de direitos humanos sejam internalizados com o *status* constitucional, desde que aprovados por cada Casa do Congresso Nacional pelo quórum de 3/5 dos seus membros, mediante dois turnos de votação (procedimento das emendas constitucionais)¹⁶⁸.

Em face dessa disposição e dos §§ 1º e 2º do art. 5º da Constituição Federal¹⁶⁹ – que expõem o caráter aberto e a aplicação imediata das normas definidoras de direitos fundamentais –, alcançou-se a compreensão de que os tratados internacionais de direitos humanos ostentam caráter no mínimo diferenciado dentro da estrutura normativa nacional.

Para MAZZUOLI (2011), todas as normas internacionais de direitos humanos já ostentam caráter materialmente constitucional, tendo em vista a cláusula de abertura do art. 5º, § 2º, da Constituição Federal¹⁷⁰. No mesmo sentido, a lição de ABBOUD, SCAVUZZI e FERNANDES (2017). Portanto, tais normas podem e devem servir de parâmetro de controle das normas infraconstitucionais. Os demais tratados internacionais, que tratam de outros temas, ostentariam natureza “supralegal”, tendo em vista dispositivo da Convenção de Viena do Direito dos Tratados¹⁷¹.

Dessa maneira, conforme a proposta de MAZZUOLI (2009), a validade da lei pressupõe a dupla compatibilidade material: a) com a Constituição Federal; e b) com os tratados dos quais o Brasil seja signatário, sejam de direitos humanos (caráter materialmente constitucional) ou não (caráter supralegal)¹⁷².

¹⁶⁸ Constituição Federal: Art. 5º. [...]

§ 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

§ 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais (incluído pela EC nº 45/2004).

¹⁶⁹ Texto dos dispositivos na nota I.

¹⁷⁰ Para o autor, o procedimento previsto no § 3º do art. 5º serviria apenas para conferir o *status* formalmente constitucional ao tratado ou convenção, que passará a integrar formalmente o “bloco de constitucionalidade” (MAZZUOLI, 2009).

¹⁷¹ A prolapada natureza supralegal dos tratados internacionais em geral fundamentar-se-ia no art. 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, que afirma que uma parte não pode invocar as disposições de direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado internacional. Ademais, o art. 98 do Código Tributário Nacional afirma que os tratados e convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna e devem ser observados por leis posteriores, indicando uma superioridade dos tratados sobre as leis ordinárias.

¹⁷² Segundo a teoria, existem quatro níveis de controle de normas no ordenamento jurídico brasileiro. O primeiro, controle de legalidade, incide quando uma norma infralegal (decretos e resoluções, por exemplo) é controlada pelo teor da legislação que lhe fundamenta. O controle de supralegalidade, por sua vez, ocorre quando a lei ordinária é

Consequentemente, nem toda norma vigente e conforme a Constituição será válida, pois ela pode ser contrária a tratado de direitos humanos. Quebra-se a correspondência kelseniana entre vigência e validade¹⁷³ (KELSEN, 1999).

Mais ainda, o pensamento positivista não compreende os problemas jurídicos comuns a diversas Constituições e que perpassam seus ordenamentos internos, batizadas de questões transconstitucionais (NEVES, 2014), bem como ignora as soluções postas por sistemas internacionais na tentativa de criação de uma ordem supranacional para consolidação de direitos humanos.

KELSEN (1999) entendia que a contrariedade da norma ao direito internacional não pode retirar sua validade do ponto de vista interno – em razão da soberania – ou externo, pois o direito internacional não seria dotado de mecanismos de controle¹⁷⁴.

Todavia, a ordem jurídica internacional é incontestável no contexto pós-positivista, necessitando de criação de mecanismos para a conciliação das diversas ordens jurídicas. Portanto, além de partir do princípio *pro homine*¹⁷⁵, o controle de convencionalidade se alimenta da teoria do diálogo das fontes, cunhada visionariamente por Erik JAYME (1999), demandando que não seja aplicado apenas o direito interno em detrimento da ordem internacional¹⁷⁶.

De qualquer modo, essa nova visão supera a tradicional pirâmide kelseniana¹⁷⁷ e se aproxima do entendimento de FERRAJOLI (2002), afirmando que a norma pode ser vigente e ao mesmo tempo inválida, por ser contrária a um tratado de *status* constitucional ou supralegal.

comparada com um tratado internacional dotado de status de supralegalidade. O controle de convencionalidade consistiria na verificação da compatibilidade entre as leis internas e os tratados de direitos humanos, pois estes possuem pelo menos o status materialmente constitucional. Por fim, o controle de constitucionalidade é o tradicional controle da compatibilidade das normas com a Constituição Formal.

¹⁷³ Para KELSEN (1999), a Constituição no sentido lógico-jurídico é o fundamento transcendental da validade da Constituição e, consequentemente, das demais normas jurídicas. Portanto, se a norma estiver vigente conforme os parâmetros constitucionais de processo legislativo, ela será automaticamente considerada válida. O plano de validade da norma é decorrência de sua vigência.

¹⁷⁴ Tal afirmação do jurista sequer era presente no momento em que escreveu sua obra. Basta verificar a efervescência do direito internacional e seus mecanismos no contexto da criação da Organização das Nações Unidas (ONU), bem como os inúmeros instrumentos colocados à disposição da organização para executar sua missão internacional.

¹⁷⁵ O princípio *pro homine* assegura, no conflito de normas, prevaleça aquela que garanta em maior grau os direitos e garantias fundamentais da pessoa humana.

¹⁷⁶ Erik JAYME (1999) ressalta que a necessidade de diálogo das fontes e as formas de interpretação das colidências já se encontram na maior parte dos tratados internacionais e, consequentemente, fazem parte da ordem jurídica internalizada pelo Estado. Portanto, fazendo parte dos tratados, a própria necessidade de diálogo entre as fontes tem estatuto constitucional ou, pelo menos, supralegal.

¹⁷⁷ O escalonamento kelseniano das normas coloca a Constituição no topo, enquanto fundamento lógico-jurídico da ordem legal, as leis logo abaixo da Constituição e, no estrato de base da pirâmide, os provimentos infralegais.

Para MAC-GREGOR (2013), o controle concentrado de convencionalidade seria apenas aquele exercido pelo TIDH, refutando a possibilidade de controle concentrado no âmbito interno. Segundo a lição de MAZZUOLI (2011), no entanto, este entendimento não pode ser a todo momento acatado no direito brasileiro. Para o autor, sempre que o tratado internacional tiver sido internalizado da forma prevista no art. 5º, § 3º, da Constituição Federal, ostentará a vestimenta formalmente constitucional, o que leva à possibilidade de que seja realizado o controle concentrado de convencionalidade pelo Supremo Tribunal Federal¹⁷⁸.

Além disso, competiria a cada juiz realizar o controle difuso de convencionalidade da norma a ser aplicada ao caso concreto, afastando sua validade quando for descumprida a dupla compatibilidade vertical material¹⁷⁹. Isso seria aplicado tanto para os tratados de direitos humanos que não obedeceram ao procedimento previsto no art. 5º, § 3º, da Constituição, quanto para os tratados e convenções de temas diversos.

O parâmetro de controle de convencionalidade pode e deve ser aplicado, segundo a doutrina majoritária, desde o momento da ratificação do tratado ou convenção, ou seja, quando se inicia a sua vigência internacional, ainda que não se tenha efetivado o procedimento que garante a vigência interna da norma internacional¹⁸⁰, pois se trata de paradigma externo de controle (CONCCI, 2014).

Apesar da posição majoritária da doutrina defender o caráter materialmente constitucional das convenções de direitos humanos, conforme exposto, o posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal é teoricamente divergente¹⁸¹. O *status* constitucional

¹⁷⁸ Na realidade, este entendimento de MAZZUOLI (2011) é de ser criticado, uma vez que o STF não realiza controle concentrado de convencionalidade. Tratando-se de tratado com *status* equivalente a emenda constitucional, a Suprema Corte realiza legítimo controle concentrado de constitucionalidade, não havendo necessidade de rebatizar instituto já existente.

¹⁷⁹ CONCCI (2014) indica alguns princípios que devem orientar a atividade do controle de convencionalidade de cada magistrado, no modelo difuso: a) efeito útil, segundo o qual a legislação interna considerada inconveniente deve ser interpretada de forma a extrair o maior efeito útil possível sem violação do direito internacional; b) pro homine, que determina a prevalência da interpretação que proteja de forma mais ampla a pessoa humana; c) *pacta sunt servanda*, que determina a vedação de interpretações que possam levar ao descumprimento do tratado. CHORRES (2012) acrescenta o princípio da supremacia das convenções de direitos humanos. É interessante notar que, como decorrência do princípio do efeito útil, nem sempre o controle de convencionalidade levará ao total afastamento da norma considerada inconveniente ou à sua expulsão do ordenamento (HITTERS, 2015). Na realidade, são diversas as técnicas interpretativas ao alcance do magistrado, como a interpretação corretiva da lei inconveniente ou neutralizadora de determinada disposição, por exemplo (ALCALÁ, 2013).

¹⁸⁰ Tal colocação só faz sentido em sistemas jurídicos dualistas, como o brasileiro, que separam a vigência interna e externa da norma internacional. Dessa forma, embora o tratado esteja internacionalmente vigente com a ratificação e depósito do instrumento, a vigência interna apenas se inicia após a aprovação de Decreto Legislativo pelo Congresso Nacional.

¹⁸¹ Os efeitos práticos dessa divergência teórica, todavia, não são muitos, pois permanece a possibilidade de controle das leis internas tendo como parâmetro a norma internacional.

dos tratados internacionais de direitos humanos já foi rejeitado diversas vezes pelo Supremo Tribunal Federal, mas ainda assim a jurisprudência se mostra oscilante e contraditória.

A discussão mais célebre sobre o assunto no âmbito da Corte ocorreu no julgamento do RE nº 466343/SP¹⁸², que tratava da prisão civil do depositário infiel. Prevaleceu, na ocasião, o voto do Ministro Gilmar Mendes que, interpretando o Pacto de San José da Costa Rica, entendeu que não é admissível a prisão civil do depositário infiel. Para o Ministro, em razão do inequívoco caráter especial dos tratados internacionais de direitos humanos, sua internalização tem o condão de paralisar a eficácia jurídica dos dispositivos infralegais com eles incompatíveis. Contudo, não se pode considerar revogado o art. 5º, inciso LXVII, da Constituição Federal (dispositivo que autoriza a prisão do depositário infiel), pois o Pacto de San José da Costa Rica não possui estatura constitucional.

A Corte fixou o entendimento de que a envergadura constitucional se estende apenas aos tratados que tenham sido aprovados na forma do art. 5º, § 3º, da Constituição Federal. Os demais, como no caso da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, ostentariam natureza supralegal, em razão de sua particular colocação constitucional. Os tratados internacionais que tratam de assuntos gerais, a despeito das elucubrações doutrinárias, estão no mesmo patamar que as leis ordinárias.

O raciocínio do precedente não se apresenta de forma lógica e satisfatória. Na medida em que o Pacto de San José da Costa Rica paralisa os efeitos de toda legislação ordinária que venha a regulamentar a prisão civil do depositário infiel, o que se paralisa, de maneira transversa, é a própria eficácia do texto constitucional que autoriza essa prisão. Embora a Corte não admita, tal precedente faz com que sempre prevaleça, em última instância, a previsão do tratado internacional em detrimento do texto constitucional¹⁸³ (CALDAS, 2013).

Da mesma forma, não é razoável o STF exigir o procedimento do art. 5º, § 3º, da Constituição Federal no caso, uma vez que o Pacto de San José da Costa Rica foi internalizado em momento anterior à Emenda Constitucional nº 45/2004¹⁸⁴.

¹⁸² RE 466343/SP, Relator Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 03/12/2008. Publicado no DJe de 05/06/2009.

¹⁸³ Sob o pretexto de paralisar os dispositivos acerca da prisão civil, o Supremo Tribunal Federal paralisou uma expressa autorização constitucional sob a falácia de que constitui uma norma que depende de regulamentação. Não há uma mudança formal do *status* do Pacto de San José da Costa Rica, mas transversalmente revela-se uma genuína limitação constitucional. Tudo leva a crer que, do ponto de vista da lógica argumentativa, deveria a Corte Constitucional ter afirmado, de maneira definitiva, o caráter materialmente constitucional do Pacto de San José.

¹⁸⁴ A exigência de aprovação mediante quórum qualificada para a atribuição de caráter constitucional somente surgiu em 2004. Dessa forma, os tratados ratificados em momento anterior deveriam ter esse caráter automaticamente reconhecido, tendo em vista a cláusula de abertura do art. 5º, § 2º, da Constituição Federal.

Embora a posição da Corte ainda não permita reconhecer o caráter constitucional dos tratados, a atribuição de *status* supralegal não altera os efeitos práticos do que foi exposto até aqui. Mesmo que não detenham estatura constitucional, os tratados se encontram acima da legislação comum, devendo ser afastada a aplicação da legislação interna com eles incompatíveis ainda que não exista expressa determinação internacional para tanto¹⁸⁵ (MAZZUOLI, 2009).

Qualquer que seja a posição que se adote, seja a jurisprudencial¹⁸⁶ ou a doutrinária, o efeito é o reconhecimento de que o Pacto de San José da Costa Rica se encontra acima das leis e códigos comuns, devendo servir de parâmetro para paralisar, invalidar ou interpretar os dispositivos com ele incompatíveis.

No sistema interamericano, a expressão “controle de convencionalidade” teria sido utilizada pela primeira vez no caso *Mirna Mack vs. Guatemala*, julgado em 25/11/2003¹⁸⁷. O conceito passou a ser desenvolvido com maior técnica após o caso *Almonacid Arellano vs. Chile*, julgado em 26/09/2006¹⁸⁸. Na ocasião, assentou-se que os Estados deveriam realizar o controle de suas leis internas com a Convenção; e, o mais importante, não apenas com o texto em si, mas com a interpretação dada ao texto pelo Tribunal Interamericano. Esse foi o primeiro passo dado pelo sistema interamericano no sentido de um “dever estatal” de controle, uniformizado pela interpretação do próprio Tribunal.

No caso *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y Otros) vs. Peru*¹⁸⁹, meses depois, foi assentado que esse controle deveria ser realizado *ex officio* pelos magistrados nacionais, ou seja, independente de alegação das partes:

128. Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de

¹⁸⁵ A atribuição de caráter constitucional aos tratados internacionais de direitos humanos foi seguida, no julgamento, pelo Ministro Celso de Mello, que ficou vencido quanto ao ponto. A diferença prática é que o que a doutrina chama de controle de convencionalidade difuso é considerado, pela jurisprudência, como simples controle de supralegalidade. A diferença entre as posições é que a doutrina e o Ministro Celso de Mello estão em um tom maior do que o Ministro Gilmar Mendes e a jurisprudência majoritária, embora a música tocada seja a mesma.

¹⁸⁶ O entendimento jurisprudencial foi expressamente reiterado na Rcl 18.183/DF, julgada em 10/02/2015. Na ocasião, a reclamante alegava que a suspensão dos direitos políticos em razão da prática de ato de improbidade administrativa é contrária ao texto do Pacto de San José e ao entendimento do TIDH (de fato contraria o art. 23 da Convenção). No entanto, o STF afirmou que a Convenção não possui caráter constitucional, razão pela qual não afasta a previsão do art. 15, inciso V, da CF/88.

¹⁸⁷ O inteiro teor da sentença proferida no caso pode ser acessado no endereço: < http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_101_esp.pdf>. Acesso em em 06/06/2018.

¹⁸⁸ Inteiro teor da sentença em: < http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf>. Acesso em 06/06/2018.

¹⁸⁹ Inteiro teor da sentença em: < http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_158_esp.pdf>. Acesso em 06/06/2018.

leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también “de convencionalidad” ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes (Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú, p. 47).

No caso *Cabrera García y Montiel Flores vs México*¹⁹⁰, julgado no final de 2010, a Corte deixou expreso que “*en esta tarea, los jueces y órganos judiciales vinculados a la administración de justicia deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana*” (p. 86).

ROJAS (2013) destaca, portanto, que no controle de convencionalidade no sistema interamericano, as decisões pretéritas do TIDH são determinantes, pois as pautas interpretativas definidas pelo órgão legítimo são o guia para que o agente interno cumpra sua função. Também ALCALÁ (2013) entende que o controle de convencionalidade pressupõe que o *holding* ou *ratio decidendi* de todos os casos deve ser objetivamente observado por todos os países, uma vez que se trata de interpretação fidedigna do intérprete final da Convenção, para além do Estado obrigado mediante a dicção do art. 68 da CADH¹⁹¹.

Na realidade, poderia se interpretar como uma adaptação do chamado bloco de constitucionalidade, considerando que a interpretação da Corte, em conjunto com os termos da Convenção, formaria um “bloco de convencionalidade”.

A necessidade de observância dos precedentes da Corte Interamericana cumpre ainda o propósito de evitar que o mesmo texto internacional seja interpretado de maneiras diversas, quebrando a unidade do diploma normativo. Nesse sentido:

parece intuitivo que, (1) se o devido processo convencional é a síntese normativa da multiplicidade de direitos humanos processuais específicos e (2) se estes direitos estão previstos em convenções internacionais, a interpretação que se deve conferir na aplicação desses direitos precisa ser aquela realizada pelas cortes internacionais, sob pena de não se aplicar os direitos humanos segundo eles são pela ordem jurídica internacional, mas sim o que os tribunais nacionais entendem que eles são, o que é o mesmo que permitir (1) o descumprimento do compromisso internacional e (2) o fracionamento da ordem jurídica internacional, que perderia unidade, considerando o mosaico de interpretações possíveis oriundas dos Estados signatários (SILVA, 2016, p. 65-66)

¹⁹⁰ Inteiro teor da sentença em: < http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_220_esp.pdf> . Acesso em 06/06/2018.

¹⁹¹ Artigo 68 - 1. Os Estados-partes na Convenção comprometem-se a cumprir a decisão da Corte em todo caso em que forem partes.

2. A parte da sentença que determinar indenização compensatória poderá ser executada no país respectivo pelo processo interno vigente para a execução de sentenças contra o Estado.

Não se desconhece, por outro lado, que os países latino americanos possuem realidades muito diversas, que podem não apenas justificar, mas até mesmo demandar que cada Estado adapte os precedentes da Corte à sua realidade social ou normativa. Nesse sentido, surge a teoria da margem de apreciação nacional, postulando a possibilidade de que o Estado avalie a melhor forma de aplicar determinada interpretação convencional.

Todavia, as interpretações relacionadas a direitos humanos não podem ser feitas de forma de forma a restringir ou limitar sua aplicação, sob pena de se negar a sua inerente pretensão universalizante. Por essa razão, a Corte Interamericana entende que a margem de interpretação ou apreciação nacional existirá apenas para favorecer a interpretação nacional que amplifique ou potencialize a efetividade da norma constitucional:

En ese sentido, existe un “margen interpretativo nacional” que pueden realizar las autoridades para favorecer con la interpretación nacional la efectividad del derecho o libertad fundamental, siempre y cuando sea para potencializar la efectividad de la norma convencional; circunstancia que no aplica cuando un Estado fue “parte material” en el proceso internacional, quedando vinculado de manera íntegra al fallo en todos sus aspectos, debido a los alcances de la autoridad de la cosa juzgada internacional (Corte IDH: *Gelman vs. Uruguay*, Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, p. 62)¹⁹².

A margem de apreciação nacional não comporta interpretações que acabem, em último caso, na anulação do direito humano reconhecido pela Convenção ou pela Corte, pois interpretação desse porte implicaria descumprimento da obrigação internacional.

A Suprema Corte Mexicana determinou já em 2011 que os juízes internos deixem de aplicar, no caso concreto, as disposições legais que violem não somente a Constituição, mas também os tratados internacionais de direitos humanos ou a jurisprudência da Corte Interamericana (CHORRES, 2012). O mesmo tipo de interpretação já é aplicado há quase dez anos também na Colômbia e na Costa Rica.

Por fim, ROJAS (2013) adverte que o dever de realizar o controle de convencionalidade não se confunde com a obrigação de cumprir a sentença da Corte em um caso determinado, pois vai muito além. A obrigatoriedade de cumprir a sentença está no art. 68 da CADH e decorre do princípio *pacta sunt servanda*. O controle de convencionalidade, por sua vez, serviria como uma garantia de não repetição do fato violador que gerou a condenação.

¹⁹² Para acesso ao inteiro teor da supervisão do cumprimento de sentença no caso *Gelman vs. Uruguay*, acesse o link: < http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/gelman_20_03_13.pdf > Acesso em 06/06/2018.

Estabelecidas as premissas sobre o controle de convencionalidade, deve ser analisado como o sistema interamericano de direitos humanos trata a liberdade de expressão e o crime de desacato, como forma de definir os parâmetros de controle.

3.2.2. A liberdade de expressão na Convenção Americana de Direitos Humanos

A liberdade de expressão está garantida no art. 13 da CADH, compreendendo o direito de toda a pessoa buscar, receber e difundir informações e ideias de qualquer natureza. De maneira semelhante ao que já foi exposto, o texto da Convenção exclui expressamente de sua proteção a propaganda a favor da guerra e o discurso de ódio nacional, racial ou religioso que incite discriminação, hostilidade, crime ou violência.

O primeiro ponto relevante a se destacar é que o sistema interamericano de direitos corrobora a essencialidade da liberdade de expressão para um sistema democrático, pois dela depende não apenas a formação da opinião pública, mas também o funcionamento dos partidos políticos e de todos que desejam influir na coletividade. Portanto, o nível de respeito à liberdade de expressão permite qualificar um Estado como democrático (GUERRERO, 2002).

Dessa forma, a liberdade de expressão deve ser compreendida de forma mais ampla possível, sob dois aspectos fundamentais: a liberdade de expressar pensamentos e ideias e também a liberdade de procurá-los e recebê-los. A garantia não admite, portanto, a restrição por meios diretos ou indiretos fora dos limites expressamente descritos.

Na Convenção Americana, a vedação da censura prévia possui natureza absoluta, ou seja, qualquer medida preventiva que atue contra a liberdade de expressão é proibida (CÁCERES, 2009). Nesse sentido, o princípio 5 da Declaração de Princípios sobre a Liberdade de Expressão, da CIDH, afirma que:

5. La censura previa, interferencia o presión directa o indirecta sobre cualquier expresión, opinión o información difundida a través de cualquier medio de comunicación oral, escrito, artístico, visual o electrónico, debe estar prohibida por la ley. Las restricciones en la circulación libre de ideas y opiniones, como así también la imposición arbitraria de información y la creación de obstáculos al libre flujo informativo, violan el derecho a la libertad de expresión¹⁹³.

Essa vedação não se aplica apenas às autoridades administrativas, mas a todas as autoridades estatais. Segundo a orientação firmada pelo TIDH no caso “La Última Tentación

¹⁹³ Texto completo disponível: < <https://www.cidh.oas.org/basicos/declaracion.htm> >. Acesso em 06/06/2018.

de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile¹⁹⁴, julgado em 05/02/2001, a responsabilização ulterior depende do cumprimento dos seguintes requisitos: a) previsão em lei; b) proteção de algum dos fins contidos no inciso 13.2; e c) proporcional ao fim de proteção.

Como se extrai do julgado, os requisitos exigidos pela CADH e pelo TIDH são muito semelhantes àqueles expostos no tópico 1.1, *supra*, como forma de limitar as restrições à liberdade de expressão no âmbito interno. A diferença, de fundamental importância, é que o sistema interamericano de direitos humanos apenas admite a limitação para proteger algum dos fins contidos no inciso 13.2, quais sejam: a) respeito aos direitos ou à reputação das demais pessoas; ou b) proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas.

A primeira finalidade legítima de restrição abarca o direito à honra e à intimidade, permitindo que as normas legais proíbam a difamação, a injúria e a calúnia. A proteção da segurança nacional, por sua vez, fundamenta graus de sigilo no acesso à informação que diga respeito à ameaça política ou militar direta contra o país, por exemplo.

A proteção da ordem pública, sem dúvida, é o limite mais abstrato contido no inciso 13.2 da CADH. Segundo o TIDH, “uma aceção possível da ordem pública dentro do marco da Convenção seria a referência às condições que asseguram o funcionamento harmônico e normal das instituições, sobre a base de um sistema coerente de valores e princípios”¹⁹⁵. Sem dúvidas, o próprio Tribunal reconhece o caráter extremamente vago desse conceito; por essa razão, afirma que a sua interpretação deve se limitar às justas exigências de uma sociedade democrática, que tenha em conta o equilíbrio entre os distintos interesses em jogo e a necessidade de preservar o objeto e a finalidade da Convenção¹⁹⁶. Com base nessa interpretação, a Corte concluiu que viola a liberdade de expressão a exigência de colegialidade de jornalistas e exigência de diploma universitário específico¹⁹⁷.

A proteção da saúde pública, por sua vez, permite restringir a publicidade de produtos que possam afetar a saúde, como cigarros e produtos tóxicos, por exemplo.

¹⁹⁴ Inteiro teor da sentença em: < http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_73_esp.pdf>. Acesso em 06/06/2018.

¹⁹⁵ Tribunal Interamericano de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-5/85, parágrafo 64. Documento disponível em: < http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_05_esp.pdf >. Acesso em 06/06/2018.

¹⁹⁶ Tribunal Interamericano de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-5/85, parágrafo 67. Documento disponível em: < http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_05_esp.pdf >. Acesso em 06/06/2018.

¹⁹⁷ Em entendimento semelhante, o Supremo Tribunal Federal entendeu, em 2009, que é inconstitucional a exigência de diploma universitário para o exercício do jornalismo, por violação à liberdade de expressão (RE 511961).

É importante ressaltar, por fim, que o fato de a opinião manifestada ofender, chocar ou perturbar não é fundamento suficiente para limitar a possibilidade de expressá-la¹⁹⁸. Aderindo à já referida posição de POPPER (1974) acerca da relação entre crítica e desenvolvimento democrático, a CIDH ressalta que a plena e livre discussão evita que a sociedade seja paralisada e a prepara para as tensões e atritos que podem destruir as civilizações¹⁹⁹.

O Estado possui o dever, segundo o TIDH, de prevenir, investigar, punir e reparar todas as violações à liberdade de expressão. Portanto, todas as violações deveriam ser, efetivamente, tratadas como fatos ilícitos²⁰⁰. A renúncia de um Estado ao dever de investigar e punir as violações à garantia da expressão exerce efeito amedrontador sobre as pessoas, limitando o exercício da liberdade (GUERRERO, 2002).

3.2.3. Leis de desacato no sistema interamericano de direitos humanos

O sistema interamericano de direitos humanos não tolera as leis de desacato, conforme diversos documentos produzidos pelos órgãos integrantes do sistema e julgados do TIDH. Dentre os requisitos para limitação à liberdade de expressão, contidos na CADH, as leis de desacato cumprem com apenas o primeiro deles – previsão em lei –, mas não se prestam à proteção de nenhum dos fins da Convenção e configuram restrição desproporcional à liberdade de expressão enquanto elemento de cidadania.

O julgamento paradigmático para esta análise foi o caso *Verbitsky*, em que a justiça argentina havia condenado o jornalista Horácio Verbitsky por desacato por ter chamado um Ministro da Corte Suprema de “asqueroso”. O caso foi submetido à Comissão Interamericana e terminou em solução amistosa, com a recomendação da Comissão pela retirada da figura do desacato do ordenamento jurídico argentino (GOMES, GONÇALVES, 2016).

¹⁹⁸ O mesmo entendimento é adotado no sistema europeu de direitos humanos, conforme pode ser extraído do célebre caso *Castells v. Spain*, julgado pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos em 23/04/1992 (íntegra do julgamento disponível em: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57772>; acesso em 17/12/2018). Na ocasião, o Tribunal destacou que a opinião ofensiva, chocante ou perturbadora está incluída na liberdade de expressão, como exigência de pluralismo e abertura mental necessários à sociedade democrática. Em sentido semelhante opinou o Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas no caso *Hertzberg v. Finland*, em 02/04/1982, ressaltando que as limitações à liberdade de expressão não podem perpetuar preconceitos ou promover a intolerância, pois a garantia protege também as opiniões minoritárias, incluindo as que ofendem, chocam ou perturbam a maioria (documento disponível em: <http://juris.ohchr.org/Search/Details/337>; acesso em 17/12/2018).

¹⁹⁹ Esta é a opinião manifestada pela CIDH no “Informe Sobre a Compatibilidade entre as Leis de Desacato e a Convenção Americana de Direitos Humanos”, referido adiante na pesquisa. O Informe completo encontra-se disponível no site da CIDH, através do link: < <https://www.cidh.oas.org/annualrep/94span/cap.V.htm#CAPITULO%20V:%C2%A0> > . Acesso em 17/12/2018.

²⁰⁰ Caso *Velázquez Rodríguez vs. Honduras*, julgado em 29 de julho de 1988. Inteiro teor da sentença em: < http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_04_esp.pdf > . Acesso em 06/06/2018.

Em 1994, pouco após a solução do caso *Verbitsky*, a CIDH publicou o “Informe Sobre a Compatibilidade entre as Leis de Desacato e a Convenção Americana de Direitos Humanos”²⁰¹. No referido documento, a Comissão concluiu que as leis de desacato são incompatíveis com o art. 13 da CADH, porque reprimem a liberdade de expressão. Em primeiro lugar, o documento considera que a punição do desacato outorga aos funcionários públicos uma proteção que não se estende aos demais membros da sociedade, invertendo o princípio de “controlabilidade” do governo²⁰². Em segundo lugar, o crime de desacato não é necessário e adequado para assegurar a ordem pública, pois a criminalização não é o meio menos gravoso para assegurar o funcionamento das funções públicas. Por outro lado, não é possível conceber a proteção da honra do servidor nesse contexto sem que se restrinja, conseqüentemente, a crítica à administração pública. Portanto, o crime de desacato seria um meio injustificado de limitar o direito de expressão que já se encontra limitado pela legislação que se aplica a todos os indivíduos.

A Declaração de Princípios sobre a Liberdade de Expressão²⁰³, elaborada pela CIDH, contém dois princípios que são explícitos sobre o assunto:

10. Las leyes de privacidad no deben inhibir ni restringir la investigación y difusión de información de interés público. La protección a la reputación debe estar garantizada sólo a través de sanciones civiles, en los casos en que la persona ofendida sea un funcionario público o persona pública o particular que se haya involucrado voluntariamente en asuntos de interés público. Además, en estos casos, debe probarse que en la difusión de las noticias el comunicador tuvo intención de infligir daño o pleno conocimiento de que se estaba difundiendo noticias falsas o se condujo con manifiesta negligencia en la búsqueda de la verdad o falsedad de las mismas.

11. Los funcionarios públicos están sujetos a un mayor escrutinio por parte de la sociedad. Las leyes que penalizan la expresión ofensiva dirigida a funcionarios públicos generalmente conocidas como “leyes de desacato” atentan contra la libertad de expresión y el derecho a la información.

Conforme o primeiro dos dois princípios, a proteção à reputação deve estar garantida apenas por sanções cíveis, no caso de servidor público, pessoa pública ou particular que se envolva em assunto de interesse público. A atuação do direito penal, portanto, recuará em face do interesse público que circunda a figura do servidor público e da burocracia estatal. O

²⁰¹ O Informe completo encontra-se disponível no site da CIDH, através do link: < <https://www.cidh.oas.org/annualrep/94span/cap.V.htm#CAPITULO%20V:%C2%A0> > . Acesso em 17/12/2018.

²⁰² Segundo as premissas expostas no documento, é princípio fundamental da ordem democrática a possibilidade de controle dos atos do governo, para prevenir e reprimir o abuso de poder. Quando se considera que os funcionários públicos são, para todos os efeitos, o governo, deveria ser inerente à função pública a possibilidade de criticar e escrutinar as ações e atitudes destes funcionários.

²⁰³ Veja-se a referência na nota 193.

princípio 11, em sequência, afirma que as leis penais de desacato atentam contra a liberdade de expressão e o direito à informação, concluindo o raciocínio exposto.

Da mesma forma, todos os Informes Anuais da Relatoria para a Liberdade de Expressão²⁰⁴, entre 1998 e 2017, recomendaram a erradicação dos crimes de desacato e a adequação da legislação interna dos países integrantes do bloco, ressaltando a incompatibilidade do tipo penal com a garantia fundamental e o longo histórico de decisões e recomendações expedidas pelos órgãos do sistema quanto ao ponto.

Além de todos os documentos citados, a CIDH²⁰⁵ e o TIDH analisaram a compatibilidade das leis de desacato em diversos casos concretos submetidos a sua jurisdição, apresentando o mesmo entendimento em todos eles: *Herrera Ulloa vs. Costa Rica* (julgado em 02/07/2004)²⁰⁶; *Palamara Iribarne vs. Chile* (julgado em 22/11/2005)²⁰⁷; *Ricardo Canese vs. Paraguai* (julgado em 31/08/2004)²⁰⁸; *Kimel vs. Argentina* (julgado em 02/05/2008)²⁰⁹; *Usón Ramírez vs. Venezuela* (julgado em 20/11/2009)²¹⁰.

Não é possível argumentar que todos os julgados do TIDH até o momento se referem à situação específica em que repórteres, jornalistas ou escritores tiveram sua liberdade de expressão limitada de maneira injusta.

O caso *Usón Ramírez vs. Venezuela*, por exemplo, tratou da situação específica em que o General de Brigada Usón Ramírez, inativo, foi convidado a participar de programa de televisão, ocasião em que explicou o funcionamento de lança-chamas e os procedimentos para utilizá-lo, sendo posteriormente condenado pelo delito de “injúria contra as Forças Armadas”. No julgamento, a Corte identificou, mais uma vez, a violação à garantia da liberdade de expressão e a necessidade de adequação da legislação venezuelana aos parâmetros internacionais²¹¹. O caso também demonstra, de forma clara, como tais condutas criminosas são

²⁰⁴ Os Informes da Relatoria Especial para a Liberdade de Expressão da CIDH são elaborados anualmente e podem ser acessados no link: <http://oas.org/es/cidh/expresion/informes/anuales.asp>. Acesso em 17/12/2018.

²⁰⁵ Vários casos sobre o tema foram resolvidos pela CIDH, sem envio à Corte, ou ainda não foram julgados definitivamente pelo TIDH. Dentre eles: *Robles vs. Peru*; *Pablo López Ulacio vs. Venezuela*; *Carlos Singares Campbell vs. Panamá*; *Santander Tristán Donoso vs. Panamá*; etc.

²⁰⁶ Texto completo disponível: < http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_107_esp.pdf >. Acesso em 06/06/2018.

²⁰⁷ Texto completo disponível: < http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_135_esp.pdf >. Acesso em 06/06/2018.

²⁰⁸ Texto completo disponível: < http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_111_esp.pdf >. Acesso em 06/06/2018.

²⁰⁹ Texto completo disponível: < http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_177_esp.pdf >. Acesso em 17/12/2018.

²¹⁰ Texto completo disponível: < http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_207_esp.pdf >. Acesso em 17/12/2018.

²¹¹ Na realidade, nas conclusões do julgamento o Tribunal Interamericano entendeu que os argumentos acerca da incompatibilidade das normas de desacato extrapolavam o âmbito do caso concreto. No entanto, esta conclusão ocorreu em razão de aspectos puramente formais, por ter o Tribunal considerado que Usón Ramírez fora condenado

descritas de maneira insuficiente, permitindo a criminalização de condutas de outra forma insignificantes.

Também o caso *Palamara Iribarne vs. Chile* deve ser mencionado quanto ao ponto. Humberto Antonio Palamara Iribarne era assessor técnico das Forças Armadas e escreveu um livro sobre ética e serviços de inteligência. A publicação da obra foi proibida pelas Forças Armadas e, em razão da negativa do autor, foi instaurada ação penal por desobediência e descumprimento dos deveres militares. Posteriormente, o escritor convocou conferência de imprensa em sua residência, ocasião em que afirmou que sua liberdade de expressão estava sendo tolhida e que existiam razões para acreditar que a acusação estava falsificando documentos e mentindo em juízo. Em razão dessas declarações, Palamara Iribarne foi processado pela prática de desacato. O TIDH concluiu que a aplicação do delito de desacato foi desproporcional e desnecessária, porque privou o acusado do seu direito à liberdade de pensamento e de expressão. Além disso, afirmou expressamente que a sanção da crítica, no caso, suprime o debate essencial para a o funcionamento do sistema democrático²¹².

Como se percebe, os intérpretes diretos da Convenção Interamericana não possuem dúvidas: as leis de desacato são incompatíveis com a liberdade de expressão.

Aplicando a teoria do controle de convencionalidade da maneira como descrita no tópico 2.1, não restaria dúvidas de que o crime de desacato previsto no art. 331 do Código Penal padece de vício de inconventionalidade. Essa não foi, todavia, a conclusão alcançada, até o momento, pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Supremo Tribunal Federal.

3.2.4. A jurisprudência brasileira sobre a convencionalidade do desacato

Os tribunais superiores ainda são resistentes à aplicação da teoria do controle de convencionalidade, possivelmente por se tratar de assunto relativamente novo em nossa técnica jurídica. Quando defrontam o tema, muitas vezes é analisado superficialmente ou, até mesmo, de maneira vacilante ou equivocada.

O caso mais importante analisado pelo Judiciário brasileiro acerca do controle de convencionalidade foi justamente a questão da compatibilidade do crime de desacato com a

por tipo penal diverso, que não se incluía formalmente entre os tipos de desacato da legislação venezuelana. Não obstante, os fundamentos são idênticos, ou seja, assentados na violação à liberdade de expressão e na configuração de tipificação ampla, vaga e ambígua, que não delimita a conduta delituosa, o bem protegido nem o sujeito passivo. Os fundamentos, portanto, são os mesmos que são defendidos nesta pesquisa, desde o capítulo 1, acerca da configuração do crime de desacato.

²¹² Corte Interamericana de Derechos Humanos: Caso *Palamara Iribarne vs. Chile*, Serie C No. 135. Fondo, Reparaciones y Costas, 22 de novembro de 2005, pág. 61.

ordem constitucional e convencional vigente. Refletindo a complexidade do tema, a questão acabou por ter duas soluções opostas em um prazo de seis meses.

Inicialmente, em 15/12/2016, a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça julgou o Respe nº 1.640.084/SP e chegou à conclusão de que o tipo penal do art. 331 do CP é incompatível com a Convenção Interamericana. Assim restou ementado o julgado, nos pontos que interessam ao debate:

DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. ROUBO, DESACATO E RESISTÊNCIA. APELAÇÃO CRIMINAL. EFEITO DEVOLUTIVO AMPLO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. NÃO OCORRÊNCIA. ROUBO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. DESCLASSIFICAÇÃO DO CRIME DE ROUBO PARA O DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. SÚMULA 284/STF. TEMA NÃO PREQUESTIONADO. SÚMULAS 282 E 356 DO STF. DESACATO. INCOMPATIBILIDADE DO TIPO PENAL COM A CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE.

(...)

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

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

6. Decidiu-se, no precedente repetitivo, que, "no plano material, as regras provindas da Convenção Americana de Direitos Humanos, em relação às normas internas, são ampliativas do exercício do direito fundamental à liberdade, razão pela qual paralisam a eficácia normativa da regra interna em sentido contrário, haja vista que não se trata aqui de revogação, mas de invalidade."

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

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

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

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

11. A adesão ao Pacto de São José significa a transposição, para a ordem jurídica interna, de critérios recíprocos de interpretação, sob pena de negação da

universalidade dos valores insertos nos direitos fundamentais internacionalmente reconhecidos. Assim, o método hermenêutico mais adequado à concretização da liberdade de expressão reside no postulado pro homine, composto de dois princípios de proteção de direitos: a dignidade da pessoa humana e a prevalência dos direitos humanos.

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

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

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

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

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

(Respe nº 1640084/SP, rel. Min. Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 15/12/2016, *DJe* de 1º/02/2017)

Dentre as razões do julgado, podemos destacar os seguintes pontos frisados pelo relator:

- a) o caráter supralegal dos tratados de direitos humanos, concluindo que as leis a eles antagônicas devem ser destituídas de validade, conforme decidido pelo Supremo Tribunal Federal no RE nº 466343/SP²¹³;
- b) a obrigatoriedade da realização do juízo de convencionalidade na análise dos casos concretos submetidos ao Poder Judiciário interno, nos termos da jurisprudência do Tribunal Interamericano de Direitos Humanos;
- c) as reiteradas manifestações da CIDH contrariamente às leis de desacato, revelando a necessidade de se estabelecer diálogo entre o ordenamento interno e o internacional; e
- d) a desigualdade inerente à criminalização do desacato, porque ressalta a preponderância do Estado e de seus agentes sobre o indivíduo.

Esse entendimento, que corresponde em grande parte ao entendimento desta pesquisa, não chegou a vigorar por muito tempo. Em 24/05/2017 (seis meses depois), a questão foi submetida por meio do HC nº 379269/MS à Terceira Seção do STJ (órgão colegiado hierarquicamente superior à Quinta Turma), que firmou entendimento em sentido diametralmente oposto. Mais uma vez, confira-se a ementa:

²¹³ Acerca do referido julgado e da posição do Supremo Tribunal Federal sobre o caráter supralegal dos tratados de direitos humanos, confira-se o tópico 3.2.1, *supra*.

HABEAS CORPUS. RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. VIOLAÇÃO DO ART. 306 DO CÓDIGO DE TRÂNSITO E DOS ARTS. 330 E 331 DO CÓDIGO PENAL. PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. MANUTENÇÃO DA TIPIFICAÇÃO DO CRIME DE DESACATO NO ORDENAMENTO JURÍDICO. DIREITOS HUMANOS. PACTO DE SÃO JOSÉ DA COSTA RICA (PSJCR). DIREITO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO QUE NÃO SE REVELA ABSOLUTO. CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE. INEXISTÊNCIA DE DECISÃO PROFERIDA PELA CORTE (IDH). ATOS EXPEDIDOS PELA COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CIDH). AUSÊNCIA DE FORÇA VINCULANTE. TESTE TRIPARTITE. VETORES DE HERMENÊUTICA DOS DIREITOS TUTELADOS NA CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. POSSIBILIDADE DE RESTRIÇÃO. PREENCHIMENTO DAS CONDIÇÕES ANTEVISTAS NO ART. 13.2. DO PSJCR. SOBERANIA DO ESTADO. TEORIA DA MARGEM DE APRECIACÃO NACIONAL (MARGIN OF APPRECIATION). INCOLUMIDADE DO CRIME DE DESACATO PELO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO, NOS TERMOS EM QUE ENTALHADO NO ART. 331 DO CÓDIGO PENAL. INAPLICABILIDADE, IN CASU, DO PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO TÃO LOGO QUANDO DO RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. WRIT NÃO CONHECIDO.

1. O Brasil é signatário da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), denominada Pacto de São José da Costa Rica, sendo promulgada por intermédio do Decreto n. 678/1992, passando, desde então, a figurar com observância obrigatória e integral do Estado.

2. Quanto à natureza jurídica das regras decorrentes de tratados de direitos humanos, firmou-se o entendimento de que, ao serem incorporadas antes da Emenda Constitucional n. 45/2004, portanto, sem a observância do rito estabelecido pelo art. 5º, § 3º, da CRFB, exprimem status de norma supralegal, o que, a rigor, produz efeito paralisante sobre as demais normas que compõem o ordenamento jurídico, à exceção da Magna Carta. Precedentes.

3. De acordo com o art. 41 do Pacto de São José da Costa Rica, as funções da Comissão Interamericana de Direitos Humanos não ostentam caráter decisório, mas tão somente instrutório ou cooperativo. Desta feita, depreende-se que a CIDH não possui função jurisdicional.

4. A Corte Internacional de Direitos Humanos (IDH), por sua vez, é uma instituição judiciária autônoma cujo objetivo é a aplicação e a interpretação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, possuindo atribuição jurisdicional e consultiva, de acordo com o art. 2º do seu respectivo Estatuto.

5. As deliberações internacionais de direitos humanos decorrentes dos processos de responsabilidade internacional do Estado podem resultar em: recomendação; decisões quase judiciais e decisão judicial. A primeira revela-se ausente de qualquer caráter vinculante, ostentando mero caráter "moral", podendo resultar dos mais diversos órgãos internacionais. Os demais institutos, porém, situam-se no âmbito do controle, propriamente dito, da observância dos direitos humanos.

6. Com efeito, as recomendações expedidas pela CIDH não possuem força vinculante, mas tão somente "poder de embaraço" ou "mobilização da vergonha".

7. Embora a Comissão Interamericana de Direitos Humanos já tenha se pronunciado sobre o tema "leis de desacato", não há precedente da Corte relacionada ao crime de desacato atrelado ao Brasil.

8. Ademais, a Corte Interamericana de Direitos Humanos se posicionou acerca da liberdade de expressão, rechaçando tratar-se de direito absoluto, como demonstrado no Marco Jurídico Interamericano sobre o Direito à Liberdade de Expressão.

9. Teste tripartite. Exige-se o preenchimento cumulativo de específicas condições emanadas do art. 13.2. da CADH, para que se admita eventual restrição do direito à liberdade de expressão. Em se tratando de limitação oriunda da norma penal, soma-se a este rol a estrita observância do princípio da legalidade.

10. Os vetores de hermenêutica dos Direitos tutelados na CADH encontram assento no art. 29 do Pacto de São José da Costa Rica, ao passo que o alcance das restrições se situa no dispositivo subsequente. Sob o prisma de ambos instrumentos de interpretação, não se vislumbra qualquer transgressão do Direito à Liberdade de Expressão pelo teor do art. 331 do Código Penal.

11. Norma que incorpora o preenchimento de todos os requisitos exigidos para que se admita a restrição ao direito de liberdade de expressão, tendo em vista que, além ser objeto de previsão legal com aceção precisa e clara, revela-se essencial, proporcional e idônea a resguardar a moral pública e, por conseguinte, a própria ordem pública.

12. A CIDH e a Corte Interamericana têm perfilhado o entendimento de que o exercício dos direitos humanos deve ser feito em respeito aos demais direitos, de modo que, no processo de harmonização, o Estado desempenha um papel crucial mediante o estabelecimento das responsabilidades ulteriores necessárias para alcançar tal equilíbrio exercendo o juízo de entre a liberdade de expressão manifestada e o direito eventualmente em conflito.

13. Controle de convencionalidade, que, na espécie, revela-se difuso, tendo por finalidade, de acordo com a doutrina, "compatibilizar verticalmente as normas domésticas (as espécies de leis, lato sensu, vigentes no país) com os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Estado e em vigor no território nacional."

14. Para que a produção normativa doméstica possa ter validade e, por conseguinte, eficácia, exige-se uma dupla compatibilidade vertical material.

15. 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 que é inerente ao Estado. Aplicação da Teoria da Margem de Apreciação Nacional (margin of appreciation).

16. O desacato é especial forma de injúria, caracterizado como uma ofensa à honra e ao prestígio dos órgãos que integram a Administração Pública. Apontamentos da doutrina alienígena.

17. O processo de circunspeção evolutiva da norma penal teve por fim seu efetivo e concreto ajuste à proteção da condição de funcionário público e, por via reflexa, em seu maior espectro, a honra *lato sensu* da Administração Pública.

18. Preenchimento das condições antevistas no art. 13.2. do Pacto de São José da Costa Rica, de modo a acolher, de forma patente e em sua plenitude, a incolumidade do crime de desacato pelo ordenamento jurídico pátrio, nos termos em que entalhado no art. 331 do Código Penal.

19. Voltando-se às nuances que deram ensejo à impetração, deve ser mantido o acórdão vergastado em sua integralidade, visto que inaplicável o princípio da consunção tão logo quando do recebimento da denúncia, considerando que os delitos apontados foram, primo *ictu oculi*, violadores de tipos penais distintos e originários de condutas autônomas.

20. Habeas Corpus não conhecido.

(HC nº 379.269/MS, rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, rel. P/ Acórdão Min. Antônio Saldanha Palheiro, Terceira Seção, julgado em 24/05/2017, DJe de 30/06/2017)

Esse acórdão da Terceira Seção veio a suplantiar o entendimento anterior. O novo entendimento mantém a correção ao rememorar o *status* supralegal da Convenção Interamericana, bem como ao ressaltar a necessidade de realização do controle de convencionalidade. Todavia, o restante do voto vencedor se fundamenta em argumentos que não se adéquam, do ponto de vista técnico, aos lindes de teoria do controle de convencionalidade, conforme exposto nesta pesquisa e definidos doutrinária e jurisprudencialmente, demonstrando que a dificuldade do tema é suficiente para causar decisões conflitantes em curto período de tempo, mesmo em uma das mais altas Cortes do país.

Em primeiro lugar, assentou o relator que as manifestações da Comissão Interamericana não ostentam caráter decisório e que as decisões do Tribunal Interamericano não possuem

caráter vinculante, ou seja, seria mero *soft law*²¹⁴. Tal premissa se apresenta deveras reducionista. As manifestações da Comissão revelam inegável parâmetro interpretativo que deve orientar o trabalho dos juízes internos. Retirar a força das normas consideradas *soft law* equivale a negar os inúmeros avanços jurídicos trazidos por tais formas convencionais de direito.

Fernando da Silva GREGÓRIO (2016) explica que não se pode resumir os instrumentos de *soft law* à dicotomia entre vinculativos ou não vinculativos, mas que devem ser aplicados como instrumentos eficazes para a resolução de problemas jurídicos e que contribuíram e vêm contribuindo para a evolução do direito²¹⁵.

Por sua vez, o caráter vinculante dos precedentes da Corte Interamericana resulta não apenas da natureza da atividade exercida pelo órgão, mas também do art. 62 da Convenção Americana de Direitos Humanos. Trata-se, portanto, de *hard law*, por ser texto convencional de observância obrigatória pelos Estados-parte.

Dessa forma, não se sustenta o argumento de que o entendimento dos órgãos do sistema interamericano não é de observância obrigatória.

O julgado apresenta, ainda, uma utilização confusa da teoria da margem de apreciação nacional. Além de interpretar erroneamente a finalidade da teoria, a decisão incide em omissão quanto à completude do próprio argumento. Segundo o acórdão, a margem de interpretação nacional permite que o Brasil adote entendimento diverso daquele aplicado pelo TIDH a outros países, ou seja, justificaria que o desacato fosse mantido em nosso sistema penal em razão de peculiaridades nacionais. Todavia (e aí reside a falha argumentativa), o voto do relator não explica, nem mesmo de forma sucinta, qual situação particular brasileira justifica a adoção de solução diversa. Qual seria o fundamento para crer que as soluções aplicadas ao Chile, à Argentina e a diversos outros países latino-americanos não são cabíveis no Brasil?

Na realidade, a margem de apreciação nacional parece ser utilizada pelo relator como salvo-conduto para não adotar as conclusões do Tribunal Interamericano, embora reconheça de

²¹⁴ *Soft Law* se refere ao conceito de norma internacional branda, que seria destituída de caráter vinculante, em oposição ao *Hard Law*, vocábulo referente às normas internacionais vinculantes e coercitivas. GREGÓRIO (2016) identifica a grande dificuldade teórica para a definição do instituto e a multiplicidade de entendimentos doutrinários, mas destaca que *soft law* se refere a normas exortatórias, cuja expectativa de cumprimento se assenta mais na boa-fé do que na força vinculante.

²¹⁵ O autor destaca que os instrumentos são úteis em razão de sua facilidade de aprovação em comparação com tratados e seu poder argumentativo; conseqüentemente, conferem maior flexibilidade aos compromissos assumidos perante a ordem jurídica internacional. Ademais, torna-se valioso e inovador meio de solução de conflitos (GREGÓRIO, 2016). No que releva a esta pesquisa, o *soft law* encarnado nas recomendações da CIDH é importante instrumento para o desenvolvimento e a atualização dos direitos humanos em âmbito regional, evitando que causas relativas aos direitos individuais sejam judicializadas perante o TIDH.

maneira retórica a necessidade do controle de convencionalidade. Esse é o erro principal: a margem de interpretação nacional serve apenas para ampliar, nunca para restringir direitos humanos²¹⁶.

Indo além, desenvolve-se o argumento de que a norma que prevê o desacato cumpre todos os requisitos dispostos no inciso 13.2 da Convenção Interamericana. Segundo o relator do voto vencedor:

o citado dispositivo legal preenche de forma plena todos os requisitos exigidos para que se admita a restrição ao direito de liberdade de expressão, tendo em vista que, além de ser objeto de previsão legal com aceção precisa e clara, revela-se essencial, proporcional e idônea a resguardar a moral pública e, por conseguinte, a própria ordem pública (HC nº 379.269/MS, Min. Antônio Saldanha Palheiro, p. 15)

Como se extrai da argumentação expendida, o Ministro vencedor não apenas entendeu que o desacato é um tipo penal preciso e claro, como declarou sua essencialidade e proporcionalidade para resguardar a ordem pública. No entanto, mais uma vez, o voto é omissivo: não elucida de que forma a criminalização do desacato efetivamente serve ao resguardo da ordem pública, muito menos apura a existência de medida menos gravosa à liberdade de expressão.

Sem atentar ao dever constitucional de motivação, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça afastou os fundamentos técnicos apontados pela doutrina especializada e utilizados há mais de 20 anos pelos órgãos integrantes sistema interamericano de direitos humanos.

Em março de 2018 (menos de um ano depois), matéria semelhante foi submetida ao crivo da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, dessa vez analisando a constitucionalidade e convencionalidade do crime de desacato a militar (art. 299 do Código Penal Militar). No julgamento do HC nº 141949/DF, assim decidiu a Corte Suprema:

Habeas corpus. 2. Crime de desacato a militar (art. 299 do Código Penal Militar). 3. Controle de constitucionalidade (arts. 1º; 5º, incisos IV, V e IX, e 220 da Constituição Federal) e de convencionalidade (art. 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica). 4. Alegada ofensa à liberdade de expressão e do pensamento que se rejeita. 5. Criminalização do desacato que se mostra compatível com o Estado Democrático de Direito. 6. Ordem denegada. (HC nº 141949/DF, rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 13/03/2018, publicado em 23/04/2018)

²¹⁶ Acerca da pretensão universalizante e da correta forma de utilização da teoria da margem de interpretação nacional, veja o tópico 2.1, *supra*.

De fato, a matéria versava sobre o crime específico de desacato a militar e não acerca do tipo padrão adotado para esta pesquisa (art. 331 do Código Penal comum). No entanto, os fundamentos são semelhantes, conforme já ressaltado anteriormente. Segundo o relator, ministro Gilmar Mendes, a norma do art. 13 da Convenção Interamericana “repcionou” o crime de desacato. Essa argumentação, todavia, não se conforma aos limites da interpretação do art. 13 traçados pelos órgãos do sistema interamericano (Comissão e Corte), intérpretes primários do texto convencional.

O entendimento esposado pelo STF fundamenta a admissibilidade do crime em face da proteção da reputação, e não propriamente da garantia da ordem pública, como fez o Superior Tribunal de Justiça. De fato, a proteção da reputação é um dos fins legítimos de limitação à liberdade de expressão contidos no art. 13.2 da Convenção. Ainda assim, conforme a Declaração de Princípios Sobre a Liberdade de Expressão, tal resguardo deve ocorrer por meio de sanções cíveis, sendo desnecessária a intervenção fragmentária do Direito Penal.

Por fim, o STF cita o caso *Ricardo Canese vs. Paraguai*²¹⁷ para defender que a liberdade de expressão não pode ser exercida de forma abusiva. Todavia, o caso trata de situação diametralmente oposta. Ricardo Canese foi candidato à presidência do Paraguai em 1992, ocasião em que teria proferido acusações contra o candidato de sua oposição, Juan Carlos Wasmosy (que se sagrou vencedor do pleito), sobre supostos repasses de dividendos da empresa CONEMPA (dirigida por Wasmosy e responsável por obras da usina hidrelétrica de Itaipu) para o ex-ditador paraguaio Alfredo Stroessner. Em razão de tais acusações, Canese foi denunciado por calúnia e foi impedido de deixar o país. O Tribunal Interamericano de Direitos Humanos, ao analisar o caso, entendeu que Ricardo Canese agiu dentro dos limites de sua liberdade de expressão, considerada a especial circunstância de se tratar de campanha política em que as matérias de interesse público devem ser tratadas de maneira ainda mais aberta. Em esparsas linhas, o TIDH reconheceu que o Estado Paraguaio violou a liberdade de Ricardo Canese.

Causa no mínimo estranhamento que o Supremo Tribunal Federal use caso tão emblemático na defesa da liberdade de expressão em campanhas eleitorais²¹⁸ para justificar a manutenção do crime de desacato a militar. Em primeiro lugar, em razão da absoluta

²¹⁷ Veja-se nota 208 para acesso ao inteiro teor do julgado.

²¹⁸ Diz-se emblemático em razão do significado que traz este julgamento para o trato da liberdade de expressão no contexto das campanhas eleitorais. No Brasil, a questão deve ser analisada com ainda mais cuidado, porque os crimes de injúria, difamação e calúnia são punidos de maneira mais gravosa quando cometidos no contexto eleitoral, com penas maiores e a atribuição de ação penal pública incondicionada. Esta sistemática está na contramão do entendimento fixado pelo sistema interamericano de direitos humanos no caso em análise, em que se prega maior liberdade no contexto das campanhas políticas quando se trata de assunto de interesse público. Portanto, é ainda mais estranho que tal caso seja usado para justificar a manutenção do crime de desacato.

diversidade dos contextos fáticos envolvidos nos casos. Em segundo, porque o TIDH reconheceu a prevalência da liberdade de expressão e o seu entendimento agora é usado de maneira indevida para limitá-la, em uma ginástica interpretativa difícil de acompanhar.

Não obstante, a questão do controle de convencionalidade do crime de desacato tenha sido submetida ao crivo dos tribunais superiores, a situação gerou decisões contraditórias e a aplicação equivocada de institutos consolidados pela doutrina e pela jurisprudência. Alguns dos entendimentos mais consagrados no âmbito do sistema interamericano de direitos humanos foram ignorados e as decisões da Corte Interamericana foram utilizadas sem o respaldo técnico para a utilização do precedente. Só resta a expectativa de que, quando a questão seja debatida novamente, as imprecisões sejam corrigidas.

3.3. A Inconstitucionalidade e Inconvencionalidade da Criminalização do Desacato

Diante do quanto foi exposto neste capítulo, confirma-se a hipótese principal de que o crime de desacato não se conforma aos parâmetros constitucionais e convencionais da liberdade de expressão.

Sob o pretexto de proteger a regularidade dos serviços públicos e da atividade estatal em geral, o crime de desacato, ao cabo, serve como limitador da liberdade de expressão, vedando as informações chocantes ou ofensivas sobre os representantes dos órgãos estatais. Todavia, a equação idealizada pelo legislador penal do início de nossa república encontra-se invertida: na realidade, a existência do Estado Democrático de Direito (consequentemente, a regularidade dos serviços públicos) é ameaçada em grau muito maior pela imposição de restrições à liberdade de expressão dos cidadãos submetidos ao poder estatal.

A inibição da crítica serve para reforçar o mito da superioridade ética do Estado; a suposta infalibilidade dos Estados e dos servidores, por sua vez, distantes do debate público e da liberdade de manifestação de opinião e crítica, acaba por inibir o avanço da democracia e o desenvolvimento das instituições (FALCÓN, 2014; POPPER, 1974).

A forma mais adequada de se assegurar o regular funcionamento das atividades estatais é por intermédio da preservação da liberdade de expressão, ainda que isso signifique a sujeição dos funcionários públicos a maior escrutínio.

Na realidade, não há mais como sustentar, do ponto de vista técnico, a presunção de superioridade ética do Estado. Pelo contrário, a sujeição dos servidores públicos a maior controle – não somente dos órgãos públicos de controle interno e externo, mas de toda a

sociedade – decorre diretamente do ordenamento constitucional e dos princípios constituintes da república.

Do ponto de vista da convencionalidade, restou demonstrado que as restrições à liberdade de expressão dentro da ordem internacional interamericana são limitadas a situações específicas e pontuais, dando-se preferência à resolução de eventuais conflitos na esfera cível antes de se buscar a criminalização. Com esse pensamento, a Comissão e a Corte Interamericana de Direitos Humanos já rejeitaram em incontáveis oportunidades as leis que criminalizam o desacato e continuam apontando em seus relatórios a mora da legislação brasileira em revogar o art. 331 do Código Penal.

Embora o Superior Tribunal de Justiça diga o contrário (sem fundamentá-lo)²¹⁹, a criminalização do desacato não serve à finalidade de proteger a ordem pública, pois vulnera justamente um dos princípios instrumentais da democracia. Da mesma forma, embora o Supremo Tribunal Federal diga o contrário, a reputação dos servidores públicos não necessita de tutela penal, muito menos demanda que esta seja feita por meio de tipo penal específico e gravoso, violando o princípio da igualdade e da fragmentariedade do direito penal.

Independentemente de se tratar de constitucionalidade ou de convencionalidade, o tipo de desacato não respeita a vedação à censura. A simples existência do crime acarreta efeito atemorizador (CÁCERES, 2009), que esmorece o interesse dos cidadãos em expressar suas opiniões sobre assuntos de interesse público²²⁰. Indo além, considerando que uma das funções tradicionais da pena é dissuadir outras pessoas da prática do mesmo delito (prevenção geral negativa), a finalidade do desacato passa a ser, pura e simplesmente, a censura.

Não existe fundamento que justifique a manutenção do crime, mormente considerados os inúmeros argumentos que a ele se opõem. A força normativa da Constituição e da garantia da liberdade de expressão por ela privilegiada depende da real obediência aos seus preceitos, evitando a utilização de ginásticas interpretativas tendentes à manutenção de privilégios já ultrapassados.

²¹⁹ Sobre a jurisprudência do STJ e a divergência de fundamento com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, consulte-se o tópico 2.3, *supra*.

²²⁰ Ainda que se argumente que a crítica de boa-fé possa excluir a tipicidade do crime, como faz a doutrina majoritária, inevitavelmente haverá inibição do fluxo de ideias e opiniões. Isso porque o simples ônus de provar a finalidade de crítica já é uma carga ao cidadão, especialmente no campo político, onde o embate se realiza primordialmente em juízos de valor e não em fatos.

CONCLUSÕES

A pesquisa se propôs a contribuir para uma nova análise do crime de desacato, especialmente em razão dos debates que vêm sendo recentemente travados acerca da constitucionalidade e da convencionalidade do tipo penal, nos campos doutrinário e principalmente jurisprudencial.

A pesquisa histórica, embora breve, mostrou-se útil para a compreensão do discurso hierarquizante subjacente ao crime de desacato. Esse discurso, além de se assentar na superioridade do Estado, implica também a distinção de cidadãos – aqueles que merecem respeito e aqueles que podem apenas desrespeitar. Revelou-se, também, o período marcadamente autoritário e cerceador da liberdade de expressão da história brasileira em que o crime de desacato foi transplantado, bem como as formas como o discurso foi sendo adaptado ao longo de períodos ditatoriais ou democráticos com diversas finalidades de controle social.

A prática atual não destoia do desenvolvimento histórico exposto. Mesmo após a Constituição de 1988 e as rupturas por ela trazidas, é facilmente observável a imputação do desacato com maior afinco em zonas de conflito ou regiões periféricas. Destaque especial deve ser dado às quase unânimes ocorrências relacionadas às atividades policiais ou às apresentações artísticas com teor crítico. A seletividade de sua utilização desbanca a tese da proteção à ordem pública.

A dogmática penal tenta explicar a razão da existência do crime, mas a tarefa é árdua e os resultados são frágeis. A identificação de um bem jurídico antecedente ao tipo penal não justifica sua existência: não é possível verificar a relação entre o desacato e a proteção da ordem pública. Também não se observa nenhum vínculo de acumulação entre o desacato e o prejuízo da regularidade das atividades do Estado. A dignidade e o prestígio das funções públicas são discursos que não encontram respaldo constitucional.

Na realidade, confere-se um privilégio maior aos funcionários públicos e, em contrapartida, atribui-se ao criminoso uma pena maior do que aquela cominada aos crimes contra a honra em geral. Tal sistemática não subsiste a uma interpretação de acordo com os princípios constitucionais e republicanos.

A análise do princípio da legalidade foi necessária para que a construção do tipo penal fosse esmiuçada, em especial do ponto de vista do subprincípio da taxatividade. A taxatividade, enquanto mandamento de otimização, não demanda que o crime seja sempre totalmente delimitado, mas que seja descrito da forma mais precisa possível. Nesse sentido, a pesquisa

propôs um modelo de análise do subprincípio, composto por seis elementos principais: a delimitação da finalidade de proteção, a utilização de verbos de sentido determinável, a verificabilidade empírica, a vedação de proposições contraditórias, a vedação de normas constitutivas e a vedação de conceitos morais e axiológicos. O tipo penal do art. 331 do Código Penal, embora formalmente previsto em lei, não preenche os requisitos de precisão e determinação necessários a uma aplicação regular da lei penal.

Especialmente do ponto de vista da vedação de normas constitutivas, o que se conclui é que o desacato não criminaliza situação prévia, pelo contrário, a norma é que constitui a situação a fim de conceder proteção especial aos funcionários públicos. Essa situação é agravada pela utilização de conceitos vagos e de elevada carga axiológica a ser preenchida por autoridades policiais e por magistrados, que são, ao fim e ao cabo, funcionários públicos tendentes a defender suas prerrogativas.

Por óbvio, não há voz nem participação de quem praticou o fato. O fato é considerado criminoso justamente como forma de restringir a liberdade de expressão e a possibilidade de criticar o funcionamento do aparato público.

O discurso de “você sabe com quem está falando?” criminalizado no desacato cumpre na esfera formal-jurídica o mesmo que se verifica na prática: proteção maior a um grupo determinado de pessoas; ausência de determinação do tipo penal, facilitando a sua aplicação a uma diversidade de situações; e limitação à liberdade de expressão, restritiva da participação política.

A relativa unanimidade na doutrina sobre os elementos do crime evidencia a necessidade de análise mais crítica sobre um crime que está há mais de um século acomodado em nossos códigos. A análise deve ir além dos convencionais elementos dogmáticos do delito, que apenas auxiliam na sua aplicação, para que ele seja efetivamente pensado e justificado antes de ser aplicado.

A análise da legalidade revelou, ainda, que o crime de desacato peca por não ser definido onde poderia e deveria ter sido, como foi possível verificar na legislação de diversos países por simples comparação. Dessa forma, a lei penal empurra ao intérprete a atividade de delimitar o crime com base em seu juízo de valor, tarefa que cabia originariamente ao legislador. Semelhante realidade rechaça a possibilidade de interpretação conforme à Constituição do art. 331 do Código Penal, pois o seu teor literal não indica os limites da atividade, sendo inadmissível a pura e simples complementação judicial da descrição típica.

Por fim, conclui-se que o desacato é também uma limitação inconstitucional à liberdade de expressão. Em aversão à concretização do princípio instrumental da democracia, o desacato

pune a manifestação de opinião relacionada às atividades administrativas, a despeito do notório interesse público, acabando por coibir a crítica e o desenvolvimento das instituições. Trata-se de um claro exemplo da forma como a sensação de maior proteção decorrente da criminalização esconde um caminho retrógrado para o objeto protegido.

Não se pode limitar a liberdade de expressão às manifestações favoráveis e agradáveis ao destinatário; pelo contrário, ela abrange também as opiniões desfavoráveis, chocantes e ofensivas. Assumir que o Estado se encontra em posição eticamente superior e que não pode ser alvo de opinião diversa ou alarmante é uma visão ultrapassada da administração pública, que a coloca a salvo de erros, em violação ao paradigma de controlabilidade.

O desacato é também rechaçado pelo sistema interamericano de direitos humanos, integrado pelo Brasil. Dentre as diversas manifestações da Comissão e da Corte Interamericana de Direitos Humanos destacadas nesta pesquisa, observa-se uma constante: as recomendações pela revogação das leis de desacato e pela utilização de sanções exclusivamente civis para a proteção da reputação.

Embora reconheçam a obrigação de realização de controle de convencionalidade, o Superior Tribunal de Justiça visualizou a dificuldade do tema ao proferir decisões contraditórias em curto período de tempo e ao adotar de maneira equivocada alguns institutos com o fito de manter a validade do tipo penal. Da mesma forma, o Supremo Tribunal Federal justificou de maneira equivocada a manutenção do crime de desacato contra militar. O tema é complexo e deve receber tratamento mais profundo pelos Tribunais Superiores no futuro.

O desacato deixa de ser crime no projeto de novo Código Penal, PLS nº 236/2012, de autoria de José Sarney e no momento em tramitação no Senado Federal.

Além disso, a Ordem dos Advogados do Brasil ajuizou Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) impugnando a validade do art. 331 do Código Penal. Além da violação à liberdade de expressão pelo impedimento da crítica, sustenta o ente da advocacia que a conduta não é adequadamente descrita no tipo, sujeito a arbitrariedade do julgador. Assevera, ainda, que há inversão da lógica democrática com quebra da igualdade, pois o funcionário público, que deveria estar sujeito a maior nível de crítica, está na realidade sendo mais protegido pela lei penal, em detrimento do particular. A ADPF nº 496 foi distribuída ao Ministro Roberto Barroso e atualmente encontra-se em fase de instrução²²¹.

²²¹ Andamento do processo disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5300439>. Acesso em 28/12/2018.

Os argumentos do órgão coincidem em grande parte com as conclusões alcançadas nesta pesquisa, razão pela qual defendemos e acreditamos que a ADPF será provida pelo Supremo Tribunal Federal, finalmente extirpando o art. 331 do Código Penal de nosso sistema jurídico.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBOUD, Georges; SCAVUZZI, Maira Bianca; FERNANDES, Ricardo Yamin. Controle de Convencionalidade e Direitos Fundamentais. **Revista de Processo**. Vol. 268, pp. 569-584, jun./2017.

AGUIRRE, Xavier Flores, *et.al.* **La Inconstitucionalidad del Desacato y el Derecho a la Libertad de Expresión**. Ecuador: Universidad Andina Simón Bolívar, 2012.

ALCALÁ, Humberto Nogueira. Diálogo Interjurisdiccional y Control de Convencionalidad entre los Tribunales Nacionales y la Corte Interamericana de Derechos Humanos em Chile. In: STEINER, Christian (editor). **Anuario de Derecho Constitucional Latino Americano 2013**. Bogotá: Konrad-Adenauer, 2013, pp. 511-555.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALVES, Waldir. As Manifestações Públicas e as Liberdades de Expressão e de Reunião. **Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional**. São Paulo: vol. 8, pp. 847-892, ago. 2015.

BARBOSA, Marcelo Fortes. **Garantias Constitucionais de Direito Penal e de Processo Penal na Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 1993.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e Das Penas**. Tradução de Lucia Guidicini e Alessandro Bertì Contessa. 3ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

BELTRÃO, Jorge. **Desacato, Desobediência e Resistência**. Pouso Alegre/MG: Juriscredi, 1971.

BELLI, Benoni. **Violência, Tolerância Zero e Democracia no Brasil: Paradoxos da Década de 90**. 220 págs. Tese – UnB, 2003.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte especial 5**. 12ª Ed. rev., ampl. São Paulo: Saraiva, 2018.

BOFF, Leonardo. Inquisição: um espírito que continua a existir. In: EYMERICH, Nicolau. **Manual dos Inquisidores**. 2ª Ed. Brasília: Fundação Universidade de Brasília, 1993.

BONES, Elmar. **A espada de Floriano**. Porto Alegre: Já Editores, 2000.

BOSI, Alfredo. **Dialética da Colonização**. São Paulo: Companhia das Letras, 1992.

BRUNO, Aníbal. **Direito Penal. v. I. tomo 1**. São Paulo: Ed. Forense, 1984.

BUSTOS, Juan. **Manual de Derecho Penal. Parte Especial**. Barcelona: Ariel, 2000.

CÁCERES, Maria Virginia. **Derecho Internacional versus derecho interno en el sistema interamericano de derechos humanos: la figura del desacato**. Córdoba: Universidad Nacional de Córdoba, 2009.

CALDAS, Roberto de Figueiredo. O Controle de Constitucionalidade e o Controle de Convencionalidade no Brasil. In: STEINER, Christian (editor). **Anuario de Derecho Constitucional Latino Americano 2013**. Bogotá: Konrad-Adenauer, 2013, pp. 395-416.

CALHAU, Lelio Braga. **Desacato**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 5ª Ed. Coimbra: Almedina, 1992.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. Vol. 3. 10ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CÁRDENAS RIOSECO, Raúl F. **El Principio de Legalidad Penal**. México: Editorial Porrúa, 2009.

CARVALHO, José Murilo de. **Os bestializados: o Rio de Janeiro e a República que não foi**. 3ª Ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

CASTRO, Celso. **Os militares e a República: um estudo sobre cultura e ação política**. São Paulo: ZAHAR, 1995.

CEREZO MIR, José. **Curso de Derecho Penal Español. Parte General, I. Introducción**. 5ª Ed. Madrid: Tecnos, 1996.

CERVINI, Raúl. El Principio de Legalidad y la Imprescindible Determinación Suficiente de la Conducta Incriminada en los Crímenes Contra el Sistema Financiero (art. 4º da la Ley 7.492/86). **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Vol. 12, nº 48, págs. 164-178, maio/jun. 2004.

CHEQUER, Claudio. **A Liberdade de Expressão como Direito Fundamental Preferencial Prima Facie**. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

CHEVALIER, Jean-Jacques. **As grandes obras políticas de Maquiavel aos nossos dias**. Rio de Janeiro: Livraria Agir Editora, 1966.

CHORRES, Hesbert Benavente. El Juez de Control como Garante de La Convencionalidad de las Normas en el Nuevo Proceso Penal Mexicano. **Estudios Constitucionales**, ano 10, nº 1, pp. 145-200, 2012.

CONCCI, Luiz Guilherme Arcaro. O Controle de Convencionalidade como Parte de um Constitucionalismo Transnacional Fundado na Dignidade da Pessoa Humana. **Revista de Processo**. Vol. 232, pp. 363-390, jun./2014.

CÓRDOBA RODA, Juan. **Comentarios al Código Penal. Tomo III**. Barcelo: Editorial Ariel, 1978.

CUELLO CALON, Eugenio. **Derecho Penal. Tomo II, vol. 1**. 14ª Ed. Barcelona: Bosch, 1980.

DA MATTA, Roberto. **Carnavais, Malandros e Heróis: para uma sociologia do dilema brasileiro**. Rio de Janeiro: Rocco, 1997.

DAL RI JÚNIOR, Arno. Debates Doutriniais Sobre o Crime Contra o Estado no *Ancien Régime*. In: DAL RI JUNIOR, Arno; SONTAG, Ricardo (org.). **História do Direito Penal entre Medieval e Modernidade**. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

DIAZ, María José Jiménez. **Los Delitos de Desacato en el Código Penal Español**. Madrid: EDERSA, 1993.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. **A Racionalidade das Leis Penais: teoria e prática**. Tradução de Luiz Regis Prado. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

DUARTE, Evandro C. Piza. **Criminologia & Racismo. Introdução à Criminologia Brasileira**. Curitiba: Juruá, 2002.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FALCÓN, María José. “La Sociedad Abierta” de Karl R. Popper como Precedente de La Doctrina de la “Posición Preferente”. *In*: TENORIO SÁNCHEZ, Pedro J. **La Libertad de Expresión. Su posición preferente en un entorno multicultural**. Madrid: Fundación Wolters Kluwer, 2014.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. Tradução de Ana Paula Zomer Sica e outros. 3ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. **Derecho y Razón: teoría del garantismo penal**. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez e outros. Madrid: Editorial Trotta, 1995.

FONSECA, Ricardo Marcelo. A história no direito e a verdade no processo: o argumento de Michel Foucault. **Gênesis: Revista de Direito Processual Civil**, 2000.

FOUCAULT, Michel. **Microfísica do Poder**. Tradução de Roberto Machado. 7ª Ed. São Paulo: Paz E Terra, 2014.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal**. Rio De janeiro: Forense, 1986.

FREYRE, Gilberto. **Ordem e Progresso**. 6ª Ed. São Paulo: Ed. Global, 2004.

FROMM, Erich. **On Disobedience and Other Essays**. London: Routledge and Kegan Paul, 1984.

GARCIA, Maria. **Desobediência Civil: direito fundamental**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1994.

GARCÍA RIVAS, Nicolás. **El principio de determinación del hecho punible e la doctrina del Tribunal Constitucional**. Madrid: Ministerio de Justicia, 1992.

GARGARELLA, Roberto. Constitucionalismo y libertad de expresión. *In*: GARGARELLA, Roberto (coord.) **Teoría y crítica del derecho constitucional, Tomo II**. Buenos Aires: Editorial Abeledo-Perrot, 2008.

GIMENO, Iñigo Ortiz de Urbina. *¿Leyes Taxativas Interpretadas Libérrimamente? Principio de Legalidad e Interpretación del Derecho Penal.* In: MONTIEL, Juan Pablo (ed.). **La Crisis del Principio de Legalidad en el Nuevo Derecho Penal: ¿decadencia o evolución?** Madrid: Marcial Pons, 2012.

GOMES, Eduardo Biacchi; GONÇALVES, Ane Elise Brandalise. O Controle de Convencionalidade, a Convenção Americana de Direitos Humanos e o Crime de Desacato. **Revista Jurídica da Presidência**, Brasília, vol. 18, n. 114, pp. 73-96, fev./maio 2016.

GOMES, Laurentino. **1808: como um imperador cansado, um marechal vaidoso e um professor injustiçado contribuíram para o fim da monarquia e a proclamação da República no Brasil.** São Paulo: Globo, 2013.

GOMES, Luiz Flávio. El Principio de Legalidad Penal y sus Garantías Mínimas: una Contribución al Estudio de La Garantía de La “Lex Populi”. In: ZAPATERO, Luis Arroyo; BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, Ignacio (org.). **Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos in memoriam.** Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha: Universidad de Salamanca, 2001.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte especial. Volume 3.** 14ª Ed. Niterói/RJ: Impetus, 2017.

GREGÓRIO, Fernando da Silva. Consequências Sistêmicas da Soft Law para a Evolução do Direito Internacional e Reforço da Regulação Global. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, vol. 95, pp. 299-320, abr./jun. 2016.

GROSSI, Paolo. O Ponto e a Linha: história do direito e o direito positivo na formação do jurista do nosso tempo. **Revista Sequência**, nº 51, pp. 31-45, dez. 2005. Tradução de Mônica Sol Glik.

GUERRERO, Luis Alberto Huerta. **Libertad de expresión y acceso a la información pública.** Lima: Comisión Andina de Juristas, 2002.

GUIMARÃES, Bruna Vieira; FRANCO, Lincoln. A censura na propaganda ideológica nos impressos no início da República. In: QUEIROZ, Adolpho; GONZALES, Lucilene (org.). **Sotaques Regionais da Propaganda.** São Paulo: Arte e Ciência, 2006.

HASSEMER, Winfried. **Introdução aos Fundamentos do Direito Penal.** Tradução de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2005.

HEFENDEHL, Roland. El Bien Jurídico como Eje Material de la Norma Penal. *In*: HEFENDEHL, Roland; HIRSCH, Andrew von; WOHLERS, Wolfgang. **La Teoría del Bien Jurídico: ¿Fundamento de legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmático?** Tradução de Rafael Alcácer Guirao e outros. Madrid: Marcial Pons, 2016.

HESPANHA, Antônio. **História do Direito na História Social**. Lisboa: Livros Horizonte, 1982.

HIRSCH, Andrew von. El Concepto de Bien Jurídico y el “principio del daño”. *In*: HEFENDEHL, Roland; HIRSCH, Andrew von; WOHLERS, Wolfgang. **La Teoría del Bien Jurídico: ¿Fundamento de legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmático?** Tradução de Rafael Alcácer Guirao e outros. Madrid: Marcial Pons, 2016.

HITTERS, Juan Carlos. Control de Convencionalidad. **Revista de Proceso**. Vol. 242, pp. 483-521, ago./2015.

HOBBS, Thomas. **Leviatã**. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

HRUSCHKA, Joachim. Kant, Feuerbach y Los Fundamentos del Derecho Penal. *In*: MONTIEL, Juan Pablo (ed.). **La Crisis del Principio de Legalidad en el Nuevo Derecho Penal: ¿decadencia o evolución?** Tradução de Mateo G. Bermejo e outros. Madrid: Marcial Pons, 2012.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal. Vol. IX**. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

HUNT, Lynn. **A Invenção dos Direitos Humanos**. Tradução de Rosaura Eichenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

JAEN VALLEJO, Manuel. **Libertad de expresión y delitos contra el honor**. Madrid: Ed. Colex, 1992.

JAKOBS, Günther. **Tratado de Direito Penal: teoria do injusto penal e culpabilidade**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

JAYME, Erik. Visões para uma teoria pós-moderna do direito comparado. **Revista dos Tribunais**, v. 759. Tradução de Cláudia Lima Marques. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan. 1999, p. 24 et seq.

JESCHECK, Hans Heinrich. **Tratado de Derecho Penal. Parte General.** Tomo 1. Tradução de Muñoz Conde e Mir Puig. Barcelona: Bosch, 1981.

JESUS, Damásio de. **Direito Penal: parte especial. Volume 4.** 17ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito.** Tradução de João Baptista Machado. 6ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

KUHLEN, Lothar. **La Interpretación Conforme a la Constitución de las Leyes Penales.** Tradução de Nuria Pastor Muñoz. Madrid: Marcial Pons, 2012.

_____. Sobre la Relación entre el Mandato de Certeza y la Prohibición de la Analogía. *In:* MONTIEL, Juan Pablo (ed.). **La Crisis del Principio de Legalidad en el Nuevo Derecho Penal: ¿decadencia o evolución?** Tradução de Mateo G. Bermejo e outros. Madrid: Marcial Pons, 2012.

LEMOS, Alessandra Prezepiorski. Afasta de Mim esse Cale-se: pelo fim do crime de desacato. **Monografia de graduação.** Curitiba: UFPR, 2014.

LOBÃO, Célio. **Direito penal militar.** Brasília: Brasília Jurídica, 2006.

LYRA, Roberto. **Introdução ao Estudo do Direito Criminal.** Rio de Janeiro: Nacional de Direito, 1946.

MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. Eficacia de la Sentencia Interamericana y La Cosa Juzgada Internacional: vinculación directa hacia las partes (res judicata) e indirecta hacia los Estados parte de la Convención Americana. *In:* STEINER, Christian (editor). **Anuario de Derecho Constitucional Latino Americano 2013.** Bogotá: Konrad-Adenauer, 2013, pp. 607-638.

MARTÍNEZ, Rosario de Vicente. **El Principio de Legalidad Penal.** Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.

_____. El Principio de legalidad penal: ¿en periodo de rebajas? *In:* SERRANO, Nicolás González-Cuéllar; CRESPO, Eduardo Demetrio. **Legalidad y Defensa: garantías constitucionales del Derecho y la Justicia Penal.** Madrid: Castillo de Luna, 2015.

MASCARENHAS, Diego Fonseca. **Liberdade de Expressão e Lei de Imprensa: a tensão e a fragilidade na democracia sob a ótica de Hannah Arendt a partir da ADPF 130**. Curitiba: Juruá, 2014.

MATEU, Juan Carlos Carbonell. **Derecho Penal: concepto y principios constitucionales**. 2ª Ed. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1996.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. O Controle Jurisdicional Da Convencionalidade Das Leis: O Novo Modelo De Controle Da Produção Normativa Doméstica Sob A Ótica Do “Diálogo Das Fontes”. **Revista Argumenta**, nº 15, pp. 77-114, 2011.

_____. Podem Os Tratados de Direitos Humanos não Equivalentes às Emendas Constitucionais servir de Paradigma ao Controle Concentrado de Convencionalidade? **Revista da Defensoria Pública da União**, nº 68, pp. 222-229, jul.-ago./2015.

_____. **O Controle Jurisdicional da Convencionalidade das Leis**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MELLO, Oswaldo Aranha. **Princípios gerais de direito administrativo. Volume I**. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MISSE, Michel (org.) **O Inquérito Policial no Brasil: uma pesquisa empírica**. Rio de Janeiro: NECVU/IFCS/UFRJ; Booklink, 2010.

MONTEIRO, Washington de Barros. O Crime de Desacato. **Doutrinas Essenciais de Direito Penal**, vol. 6, pp. 443-450, out. 2010.

MONTES, Roberto Islas. Sobre el Principio de Legalidad. **Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2009**. Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, Ano XV, págs. 97-108, 2009.

MONTIEL, Juan Pablo (ed.). **La Crisis del Principio de Legalidad en el Nuevo Derecho Penal: ¿decadencia o evolución?** Madrid: Marcial Pons, 2012.

MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais: teoria geral**. 11ª Ed. São Paulo: Atlas, 2017.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **Derecho Penal. Parte Especial**. 7ª Ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 1988.

NAUCKE, Wolfgang. La Progresiva Pérdida de Contenido del Principio de Legalidad Penal Como Consecuencia de un Positivismo Relativista e Politizado. Tradução de Pablo Sánchez-Ostiz Gutiérrez. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 61, jul./ago. 2006, págs. 122-146.

NEVES, Cicero Robson Coimbra; STREIFINGER, Marcelo. **Manual de Direito Penal Militar**. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

NEVES, Marcelo. (Não) Solucionando Problemas Constitucionais: transconstitucionalismo além de colisões. São Paulo: **Lua Nova**, nº 93, 2014, págs. 201-232.

NINO, Carlos. **Juicio al mal absoluto. ¿Hasta dónde debe llegar la justicia retroactiva en casos de violaciones masivas de los derechos humanos?** Buenos Aires: Siglo XXI, 2015.

NOHARA, Irene Patrícia. Direito à memória e reparação: da inclusão jurídica das pessoas perseguidas e torturadas na ditadura militar brasileira. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, vol. 67, p. 125-161, abr./jun., 2009.

NORONHA, E. Magalhães. **Direito penal. Volume 3**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 10ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

OLIVEIRA, Andrea Vaz; OLIVEIRA, Steevan Tadeu Soares de. *Abolitio Criminis* do Desacato: um olhar sobre a relação entre autoridade pública e o particular na América Latina. **Revista do CAAP**, número especial: I Jornada de Estudos Jurídicos da UFMG, pp. 15-35, jul./dez. 2010.

PEDROSO, Fernando de Almeida. Crimes contra a Honra. **Revista dos Tribunais**, vol. 836, pp. 693-730, jun. 2005.

PEDROSO, Regina Célia. **Estado autoritário e ideologia policial**. São Paulo: Associação Editorial Humanitas, Fapesp, 2005.

PIERANGELI, José Henrique; ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Manual de Direito Penal Brasileiro: parte geral**. 11ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

POPPER, Karl. **A Sociedade Aberta e os Seus Inimigos**. Tradução de Milton Amado. São Paulo: Universidade de São Paulo, 1974, 2v.

_____. **Sociedad abierta, universo abierto. Conversación con Frank Kreuzer**. Tradução de Salvador Mas Torres e Angeles Jiménez Perona. 5ª Ed. Madrid: Tecnos, 2008.

PRADO, Geraldo. et. al. Aspectos Contemporâneos da Criminalização de Movimentos Sociais no Brasil. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Vol. 112, págs. 245-259, jan./fev. 2015.

PRADO, Luiz Regis. **Tratado de Direito Penal Brasileiro**. Volume 4. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

QUERALT, Joan. **Derecho Penal Español. Parte Especial**. 7ª Ed. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2015.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. Sobre la pervivencia del delito de desacato. **Revista de la Facultad de Derecho de Granada. Homenaje al Prof. Sáins Cantero**, vol. II, n. 13, 1987 (2º trimestre), pag. 183.

RODRIGUES, Vicente Arruda Câmara. Lenta, Gradual e Segura? A Comissão Nacional da Verdade e a Lei de Acesso a Informações na Construção da Justiça de Transição no Brasil. **Revista Acervo**. vol. 27, n. 1, p. 183. Rio de Janeiro: Arquivo Nacional, jan./jun. 2014.

RODRIGUES DEVESA, Jose Maria. **Derecho Penal Español. Parte Especial**. 11ª Ed. Madrid: Dykinson, 1988.

ROJAS, Claudio Nash. Control de Convencionalidad. Precisiones Conceptuales y Desafíos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. In: STEINER, Christian (editor). **Anuario de Derecho Constitucional Latino Americano 2013**. Bogotá: Konrad-Adenauer, 2013, pp. 498-510.

ROMEIRO, Jorge Alberto. **Curso de direito penal militar: parte geral**. São Paulo: Saraiva, 1994.

ROXIN, Claus. **A Proteção de Bens Jurídicos como Função do Direito Penal**. Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 2ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. **Derecho Penal. Parte General: tomo I, fundamentos. La estructura de la teoría Del delito**. Tradução de Diego-Manuel Luzon Peña, Miguel Diaz y Garcia Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Editorial Civitas, 1997.

SALDANHA, Jânia Maria Lopes; VIEIRA, Lucas Pacheco. Controle Jurisdicional de Convencionalidade e Reenvio Prejudicial Interamericano: um diálogo de ferramentas processuais em favor do direito internacional dos direitos humanos. In: STEINER, Christian (editor). **Anuario de Derecho Constitucional Latino Americano 2013**. Bogotá: Konrad-Adenauer, 2013, pp. 435-466.

SANCHES, Rogério. **Manual de Direito Penal: parte especial. Volume Único**. 8ª Ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

SANTANA VEGA, Dulce María. **El Concepto de ley penal en blanco**. Buenos Aires: Ad Hoc, 2000.

SILVA, Hélio. **1889: a República não esperou o amanhecer**. São Paulo: L & PM, 2005.

SILVA, Ticiano Alves e. O Devido Processo Convencional: Levando à Sério os Direitos Humanos Processuais. **Revista de Processo**. Vol. 259, pp. 55-78, set/2016.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **Legalidad y Responsabilidad en el Derecho Penal Contemporáneo**. Lima: Ideas Solución Editorial, 2015.

TAGLIARINI, Francesco. **Il concetto di pubblica amministrazione nel codice penale**. Milão: Imprenta, 1973.

VIZCAYA, Maite Álvarez. **Libertad de Expresión y Principio de Autoridad: el delito de desacato**. Barcelona: J.M. Bosch, 1993.

ZAFFARONI, E. Raul et al. **Direito Penal Brasileiro: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renavan, 2003

_____. **O inimigo no direito penal**. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2014.

ZAPATERO, Luis Arroyo. Principio de Legalidad y Reserva de Ley em Materia Penal. **Revista Española de Derecho Constitucional**. Ano 3, número 2, pp. 9-46, maio/ago., 1983.