



PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE GOIÁS
ESCOLA DE DIREITO E RELAÇÕES INTERNACIONAIS
NÚCLEO DE PRÁTICA JURÍDICA
COORDENAÇÃO ADJUNTA DE TRABALHO DE CURSO
PROJETO DE TRABALHO DE CURSO I

**A DESCRIMINALIZAÇÃO DO CRIME DE DESACATO NO ESTADO
DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

ORIENTANDO (A) – IARA CRISTINA ROGÉRIO GUIMARÃES
ORIENTADORA – PROFA. Ms. FÁTIMA DE PAULA FERREIRA

GOIÂNIA
2021

Iara Cristina Rogério Guimarães

**A DESCRIMINALIZAÇÃO DO CRIME DE DESACATO NO ESTADO
DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

Projeto de Artigo Científico (ou Monografia Jurídica) apresentado à disciplina Trabalho de Curso I, da Escola de Direito e Relações Internacionais, Curso de Direito, da Pontifícia Universidade Católica de Goiás (PUCGOIÁS).

Profa. Orientadora - Ms. Fátima de Paula Ferreira

GOIÂNIA
2021

IARA CRISTINA ROGÉRIO GUIMARÃES

**A DESCRIMINALIZAÇÃO DO CRIME DE DESACATO NO ESTADO
DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

Data da Defesa: 28 de Março de 2021.

BANCA EXAMINADORA

Orientador (a): Prof. (a) : Ms. Fátima de Paula ferreira Nota

Examinador (a) Convidado (a): Prof. (a): Mr. Silvia Maria Lacerda Nota

AGRADECIMENTOS

A Deus, pela minha vida, e por me permitir ultrapassar todos os obstáculos encontrados. Aos meus pais, irmã e familiares, que me incentivaram nos momentos difíceis e compreenderam a minha ausência enquanto eu me dedicava à realização deste trabalho. Aos amigos, que sempre estiveram ao meu lado, pela amizade incondicional e pelo apoio demonstrado ao longo de todo o período de tempo em que me dediquei a construção dessa monografia.

RESUMO

Discorrer sobre a **descriminalização** do **crime de desacato** no **Estado democrático de direito**. Tendo em vista que se trata de um tema muito discutido e com entendimentos diversos nos Tribunais Superiores. Analisar as características do Estado democrático de Direito, bem como conceito, origem e classificação do crime de desacato. Pesquisar os **controles de convencionalidade** ensaia a descriminalização do desacato, o sistema internacional de proteção aos direitos humanos e o ponto de vista da **terceira e quinta turma do STJ**. Auxiliar as tratativas no legislativo e as alterações que se apresentam para a descriminalização do desacato, conhecer projetos de lei, aplicação e repercussão que tratam sobre o desacato.

Palavras Chaves : Descriminalização, crime de desacato, Estado democrático de direito, controles de convencionalidade, terceira e quinta turma do STJ.

SUMÁRIO

RESUMO

INTRODUÇÃO _____7

CAPÍTULO I CARACTERÍSTICAS DE ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO, ORIGEM E CONCEITOS DOS CRIMES DE DESACATO. _____9

1.1 FORMAÇÕES DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO _____9

1.1.1 Elementos e Princípios norteadores do Estado democrático de direito _____10

1.2 LIBERDADES: LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DO PENSAMENTO _____11

1.3 - Origem e Classificação do Crime de desacato _____13

CAPÍTULO II – OS CONTROLES DE CONVENCIONALIDADE ENSAIAM A DESCRIMINALIZAÇÃO DO DESACATO _____18

2.1. O SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS _____18

2.2 O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE E SUA APLICAÇÃO _____19

2.3 QUINTA TURMA DO STJ DECIDE PELA DESCRIMINALIZAÇÃO DO CRIME _____21

2.4 TERCEIRA SEÇÃO DO STJ DEFINE QUE DESACATO CONTINUA A SER CRIME. _____23

CAPÍTULO III – AS TRATATIVAS NO LEGISLATIVO E AS ALTERAÇÕES QUE SE APRESENTAM PARA A DESCRIMINALIZAÇÃO DO DESACATO. _____27

3.1 PROJETOS DE LEI QUE TRATAM SOBRE O DESACATO _____27

3.2 DA AMPLIAÇÃO A FIGURA DO DESACATO Á DESCRIMINALIZAÇÃO E SUA REPERCUSSÃO NA PROTEÇÃO AO FUNCIONÁRIO PÚBLICO_____29

CONCLUSÃO_____32

REFERÊNCIAS_____36

INTRODUÇÃO

O Tema “A descriminalização do crime de desacato no Estado democrático de direito”, foi escolhido primeiramente por tratar de uma discussão atual e com grandes discordâncias nas Turmas do STF e entre alguns autores. O Segundo motivo é a tratativa de matérias apaixonantes como Direito Penal, Constitucional e Internacional, sem contar a relevância social que o assunto engloba.

O crime de desacato está elencado no art. 331 do código penal brasileiro, seu conceito é resguardar o respeito e prestígio da função pública, assegurando, por conseguinte, o regular andamento das atividades administrativas. Este delito tem como conduta típica o desacatar que em síntese, achincalhar, menosprezar, humilhar, desrespeitar o servidor, seja por meio de gestos, palavras ou escritas.

O crime em questão teve sua origem no Direito Antigo, mas exato no Direito Romano, quando se puniam as injúrias apresentadas contra magistrados no exercer de suas funções. A injúria dita contra um magistrado era classificada como *iniuria atrox*, sujeitando o agente a pena capital, quando pertencente à classe dos *humiliores*. A forma majorada e a decisão de tipificação do crime elencado foi o jeito mais eficaz para manter o prestígio e o exercício da função dos representantes do Estado, desta maneira não teriam seus status abalados perante a sociedade. (ARNO, 2006 p. 32).

Outro tema a ser trabalhado será o Estado Democrático de Direito que esta totalmente ligada à problemática desta monografia. A melhor forma de conceituar esse termo é explicando o que é democracia. Democracia nada mais é que governo em que o povo exerce a soberania. Já o Estado de Direito é pautado por leis criadas e cumpridas pelo próprio Estado. Quando juntamos os termos acima elencados, surge a Denominação Estado Democrático de Direito, terminologia a qual o Estado brasileiro é regimentado, ou seja, o Brasil tem em sua Constituição Federal de 1988 no Art. 1º a concretização do Estado Democrático de Direito, ao trazer suas principais características à soberania popular; da democracia representativa e participativa; um Estado Constitucional, ou seja, que possui uma constituição que emanou da vontade do povo; e um sistema de garantia dos direitos humanos.

A eventual pesquisa terá como objetivo a resolução da problemática quanto aos desentendimentos da 3ª Turma do STF e a 5ª Turma do STF, perante a Descriminalização do que hoje é considerado crime de Desacato. Para embasamento das teorias, serão utilizadas a legislação, as decisões controversas dos Tribunais Superiores, a doutrina de Rogério Sanches, o referido Termo do Estado Democrático de Direito como justificativa dessa descriminalização, bem como o Pacto de São José da Costa Rica.

A intenção é dividir o trabalho em três Capítulos com subtópico, são eles: características de Estado Democrático de Direito, origem e conceitos dos crimes de Desacato, a Internalização do Pacto de São José da Costa Rica e o controle de Convencionalidade ensaiam a descriminalização do desacato e por fim o objetivo final, as tratativas no legislativo e as alterações que se apresentam para a descriminalização do Desacato.

CAPITULO I

CARACTERÍSTICAS DE ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO, ORIGEM E CONCEITOS DOS CRIMES DE DESACATO.

1.1 FORMAÇÕES DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Para melhor compreensão, o primeiro passo é conhecer o conceito de cada termo para depois realizar a junção do significado da terminologia “Estado Democrático de Direito”. Estado é a situação definitiva de convivência da sociedade política, termo de origem do latim e que teve sua primeira aparência no livro “O Príncipe” de Nicolau Maquiavel, no ano de 1513, na Itália. Já Democrático é o poder de escolha do povo, ou seja, soberania popular, onde a maioria vence. Direito é o elenco de condições as quais estamos sujeito a escolhas de cada um, advindo do princípio da Liberdade.

Estado é, na justa definição de Balladore Pallieri, uma ordenação que se tem por fim específico e essencial à regulamentação global das relações sociais entre os membros de uma dada população sobre um dado território, na qual a palavra ordenação expressa a idéia de poder soberano, institucionalizado. O Estado, como se nota, constitui-se de quatro elementos essenciais: um poder soberano de um povo situado num território com certas finalidades. E a constituição, como dissemos antes, é o conjunto de normas que organizam estes elementos constitutivos do Estado: povo, território, poder e fins (SILVA, 2005, p.97).

Ao fazer a junção dos conceitos acima exposto, conclui que Estado democrático de Direito é a forma de governo de um Estado, onde a maioria da população exerce seu direito a liberdade, um grande exemplo é a Constituição Federal de 1988 em seu artigo 1º:

A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais e da livre iniciativa.

A formação do Estado Democrático de Direito teve início na passagem da Idade média para a Idade Moderna. Na idade antiga os estados eram governados no modelo escravista e patriarcal.

Ao narrar o processamento de formação do Estado democrático de direito, Silva (2006 p. 32) discorre que na idade moderna veio à implementação do Feudalismo instituições econômicas, sociais e políticas relativamente autônomas, chefiadas por senhores feudais. Os mesmos mantinham entre si relações

hierárquicas de nobreza e de clero, como: reis, duques, condes, marqueses, papas, bispos, etc. Em regra, o senhor feudal mandava pelo “poder da terra”, isto é, governava o que se passava em suas terras, exercendo o domínio sobre elas. A pirâmide social estabelecia os suseranos e os vassallos. Os suseranos eram os senhores feudais, duques, condes, papas, ou seja, aqueles que estavam no topo da pirâmide social. Por sua vez, os vassallos eram os camponeses e aldeões.

Atualmente, a concepção de Estado Democrática de Direito, segundo Streck e Moraes (2006, p. 104) “a atuação do Estado passa a ter um conteúdo de transformação do status quo, a lei aparecendo como um instrumento de transformação por incorporar um papel simbólico prospectivo de manutenção do espaço vital da humanidade”, assim: Dessa forma, os mecanismos utilizados aprofundam aprioristicamente seu papel promocional, multando-o em transformador das relações comunitárias. O ator principal passa a serem coletividades difusas a partir da compreensão da partilha comum de destinos, (STRECK e MORAIS, 2006, p. 104).

1.1.2 Elementos e Princípios norteadores do Estado Democrático de Direito

O Estado democrático de direito é composto por três elementos fundamentais, são eles: o povo, soberania e Território. O povo e o território são considerados os elementos materiais do Estado, enquanto soberania é o elemento formal.

O povo são todos os integrantes que morram, residem e operam no Estado, é o elemento base de um Estado democrático de direito, o qual sem ele não á Estado. Conforme expressa Dallari (2003, p. 95) “é unânime a aceitação da necessidade do elemento pessoal para a constituição e a existência do Estado, uma vez que sem ele não é possível haver Estado e, é para ele que o Estado se forma”.

Outro elemento material é o território, é a local, ou melhor, limitação onde o povo vive e o Estado exerce a soberania. Segundo Silva (2005, p. 98) “território é o limite espacial dentro do qual o Estado exerce de modo efetivo e exclusivo o poder de império sobre pessoas e bens”.

Por ultimo mais não menos importante a Soberania é o elemento formal capaz de denominar a modificação de normas de um estado, sendo eles direitos ou deveres, mas com o passar dos tempos o conceito de soberania em sendo atualizado por conta da criação das organizações mundiais. De acordo com Moraes

(2002, p. 59) a soberania “é a capacidade de editar normas, sua própria ordem jurídica (ao começar pela Lei Magna), de tal modo que qualquer regra heterônoma só possa valer nos casos e nos termos admitidos pela própria Constituição”.

Dentre os principais princípios norteadores de um Estado democrático de Direito está: Constitucionalidade; Organização Democrática da Sociedade; Sistema de direitos fundamentais individuais e coletivos; Justiça Social; Igualdade; Divisão dos poderes; Legalidade; Segurança e certeza jurídicas.

Atualmente os Estados estão incorporando ao seu ordenamento jurídico também os princípios e regras jurídicas internacionais é como se pode ver na transcrição a seguir:

Hoje, os limites jurídicos impostos ao Estado advêm também, em medida crescente, de princípios e regras jurídicas internacionais. Estes princípios e regras estão, em grande número, recebidos ou incorporados no direito interno fazendo parte of the law of the land (CRP, artigo 8º/1 e 2). Nenhum Estado pode permanecer out, isto é, fora da comunidade internacional. Por isso, ele deve submeter-se às normas de direito internacional quer nas relações internacionais quer no próprio actuar interno. A doutrina mais recente acentua mesmo a amizade e a abertura ao direito internacional como umas das dimensões caracterizadoras do Estado de direito (CANOTILHO, 2002, p. 232).

Os princípios são os reguladores da justiça dentro do Estado Democrático de Direito, assim sendo qualquer norma que venha contra eles deverá ser considerada inaplicável, pois senão estaria esta, abalando os pilares que regem este Estado Democrático de Direito.

1.2 LIBERDADES: DE EXPRESSÃO E DO PENSAMENTO

Liberdade de expressão é a forma de manifestar a opinião, seja ela em grupo ou individual das pessoas. Sempre de forma respeitosa e amparada por informações verídicas. Esse Direito de liberdade de Expressão é assegurado na Declaração Universal de Direitos Humanos. O limitar da circulação de ideias e o proibir da liberdade de expressão é um direito retirado das pessoas em regimes totalitários.

A troca de ideias, das discussões e do diálogo encoraja a sociedade à mudança. Além disso, a liberdade de expressão limita o abuso de poder. Deste modo, os regimes autoritários são os primeiros a censurar os meios de comunicação e vigiar os locais de produção de ideias como universidades e escolas.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos contempla o direito à liberdade de expressão, considerando que a mesma seja uma peça fundamental da democracia.

Artigo 19.º Todo o indivíduo tem direito à liberdade de opinião e de expressão, este direito implica a liberdade de manter as suas próprias opiniões sem interferência e de procurar, receber e difundir informações e ideias por qualquer meio de expressão independentemente das fronteiras.

A liberdade de expressão, historicamente, surge com o liberalismo político. No Brasil teve início nas três primeiras constituições até a constituição de 1937, aonde chegou ao fim com o Governo Vargas com a chegada da censura aos meios de comunicação e comportamental.

Na Constituição de 1946, volta a reforçar os direitos e a liberdade individual dos cidadãos. Na Constituição de 1967, a democracia volta a perder o seu lugar para o autoritarismo e a centralização do poder iniciado com o Golpe de 1964. A censura dos meios de comunicação é uma das medidas que integram o AI 5 - Ato Institucional n.º 5 decretado em 1968. Já Constituição de 1988, o direito à liberdade de expressão foi reintegrado. É após o fim da ditadura, que a censura foi banida, conforme pode ser lido no parágrafo 2.º do artigo 220: “É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.”

A doutrina entre em discussão quanto à nomenclatura do termo Liberdade de Pensamento, apesar da grande maioria da doutrina a dotar o sentido literal do termo que a própria constituição utiliza em seu texto no artigo 5º, inciso VI da constituição de 1988:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias.

Neste contexto, a liberdade de pensamento, ou melhor, liberdade de manifestação de pensamento como grande parte da doutrina defende por transcrever o termo expresso no artigo 5º, inciso VI da constituição de 1988, assegurando os direitos fundamentais de cada indivíduo e principalmente o direito a escolha e exercício de sua crença.

1.3 Origem e Classificação do Crime de desacato

A origem do delito prende-se ao fato de se considerarem qualificadas as injúrias e ofensas irrogadas contra certa categoria de pessoas, como acontecia em Roma, quando as respectivas penas eram majoradas se cometidas contra magistrados.

Segundo a doutrina de Hungria e Sanches, tal conduta pode manifestar-se por palavras, gritos, gestos, escritos ou vias de fato quando presente o funcionário público. O crime atingiria não apenas a dignidade do servidor, mas também o prestígio funcional e da própria Administração Pública. A doutrina brasileira tradicional tipifica o crime de desacato como o ato de desrespeitar, ofender ou menoscar o funcionário público no exercício da função ou em razão dela.

O crime de desacato teve origem no Direito antigo, inclusive no Direito romano, quando se reprimiam as injúrias perpetradas contra magistrados no exercício de suas funções como injúrias agravadas. Assim, a injúria proferida contra um magistrado era classificada de *iniuria atrox*, sujeitando o agente a *pena capital*, quando pertencente à classe dos *humiliores*. Embazado na relevância desse apanhado histórico pode-se observar o fundamento do crime de desacato, como hoje é conhecido. (ARNO, 2006 p. 32).

Em verdade, o crime surgiu (não com esse nome) em razão das pessoas que sofriam determinadas ofensas. Estas, por sua vez, tornavam-se agravadas se proferidas contra uma sorte de cidadãos em razão da sua classe ou função, o que implicava gravemente, num aumento de pena para quem perpetrasse injúrias contra uma autoridade tutelada por esse crime. Portanto, a origem do crime de desacato repousa na mais profunda consideração e respeito que determinadas autoridades gozavam na Roma antiga. Por desempenharem funções públicas, de proeminência, abraçadas eram Estado, que os protegia e os diferenciava dos demais concidadãos.

O crime de Desacato está elencado no artigo 331 do código penal brasileiro diz:

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

A classificação doutrinária majoritária, como a de Sanches, diz que se trata de crime comum aquele que pode ser praticado por qualquer pessoa, unissubsistente quando realizado com um só ato ou

plurissubsistente quando realizado por meio de vários atos, comissivo decorre de uma atividade positiva do agente, pois o verbo "desacatar" implica em ação e, excepcionalmente, comissivo por omissão quando o resultado deveria ser impedido pelas garantias do art. 13, § 2º, do código penal, de forma livre pode ser cometido por qualquer meio de execução, formal se consuma sem a produção do resultado naturalístico, consistente no efetivo desprestígio da função pública, instantâneo a consumação não se prolonga no tempo, monossujeito pode ser praticado por um único agente, doloso não há previsão de modalidade culposa, transeunte praticado de forma que não deixa vestígios de ordem material.

Segundo Rogério Sanches Cunha (2018, p.331) "O dispositivo em estudo visa resguarda (e prestígio) da função pública, assegurando, por conseguinte, o regular andamento das atividades administrativas." Quanto ao objeto jurídico do crime de desacato é a Administração Pública, especialmente em relação à dignidade, o prestígio e o respeito devido ao funcionário público no exercício de sua função. Objeto material é o funcionário público desacatado no exercício de sua função ou em razão dela, sobre o qual recai a conduta criminosa. Segundo Rogério Sanches Cunha "O dispositivo em estudo visa resguarda (e prestígio) da função pública, assegurando, por conseguinte, o regular andamento das atividades administrativas."

Por se tratar de um crime comum, o sujeito ativo pode ser qualquer pessoa, independentemente de qualquer qualidade ou condição especial. Em relação ao desacato praticado por funcionário público, por muito tempo, dividia-se a doutrina e a jurisprudência. Existiam então três correntes:

A primeira vertente redigida por JTACrim, 70/372 diz que o funcionário público jamais responde por desacato, simplesmente não comete crime de desacato quando estiver no exercício da função, considerando que o delito está inserido no capítulo "dos crimes praticados por particular contra a Administração em geral". Neste sentido: "O funcionário público também pode ser sujeito ativo de desacato, desde que despido dessa qualidade ou fora de sua própria função".

A Segunda vertente afirma que o funcionário público somente responde por desacato quando ofende seu superior hierárquico, mas não caracteriza desacato quando o agente é superior ou exerce função de igual categoria. Este entendimento nos parece violar o princípio da isonomia (CF, art. 5º, caput), pois o

legislador incriminou o desacato a qualquer função pública e não somente o "desacato à autoridade";

E por último a vertente que a jurisprudência e doutrina atual utilizam e é consolidada, onde o funcionário público pode sempre responder por desacato, seja ele da mesma categoria ou de categoria diversa do ofendido, uma vez que o bem jurídico tutelado é o prestígio da função pública e o devido respeito ao funcionário público no exercício de sua função.

No artigo 7º, parágrafo 2º, do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, tornar o advogado, no exercício da sua função (em juízo ou fora dele), imune aos crimes de injúria, difamação e desacato. No entanto, em 17.05.2006, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade 1127/DF, suspendeu a eficácia da expressão "ou desacato" do dispositivo legal supracitado, declarando sua inconstitucionalidade razão pela qual o advogado, mesmo que no exercício de sua profissão, ainda que em juízo ou fora dele, não poderá menoscabar a Administração Pública e, desta forma, o advogado pode ser sujeito ativo do crime de desacato.

Rogério Sanches afirma que:

Não apenas o Estado, mas também o servidor ofendido será vítima (secundária) do crime de desacato, vez que maculado na sua honra profissional. Lembramos, porém, que funcionário público vítima é somente aquele assim considerado pelo art. 327, caput, do CP, não abrangendo o equiparado. (SANCHES, 2018, p.874)

Sujeito passivo é o Estado e, secundariamente, o funcionário público desacatado no exercício de sua função ou em razão dela.

É possível que, em um mesmo contexto fático, o agente desacate vários funcionários públicos simultaneamente, sendo possível a pluralidade de funcionários ofendidos. Neste caso, há crime único de desacato, porém, na dosimetria da pena, o magistrado deverá levar em consideração o número de funcionários públicos desacatados.

O núcleo do tipo penal está representado pelo verbo desacatar, menosprezar, humilhar, desrespeitar, desprestigiar, tendo como objeto material o funcionário público no exercício de sua função ou em razão dela. A conduta típica consiste em desacatar o funcionário público com a finalidade de ofender a dignidade e o prestígio da Administração Pública.

Trata-se de crime de forma livre que pode ser cometido por qualquer meio de execução, tais como: palavras, gestos, ameaça, vias de fato, agressão física com lesão corporal, bem como qualquer outro meio indicativo da finalidade de desacatar o funcionário público.

A conduta deve ser realizada contra o funcionário público no exercício de sua função (quando está realizando um ato de ofício, dentro ou fora da repartição pública) ou em razão dela (simplesmente, quando relacionada com o exercício da função, sem que esteja sendo realizado qualquer ato de ofício).

É necessário, para a configuração do desacato, que as ofensas sejam proferidas na presença do funcionário público, pois, na sua ausência, poderá caracterizar o crime de injúria, com pena aumentada por ter sido o crime cometido contra funcionário público, em razão de suas funções (CP, art. 140, caput, c/c o art. 141, II). Desta forma, não há desacato se a ofensa é feita, por exemplo, por meio de carta, telefone ou qualquer outra espécie de mensagem, podendo subsistir crime contra a honra (calúnia, difamação e injúria).

No entanto, a conduta praticada na presença do funcionário não significa que o agente e o funcionário público estejam face a face. Assim, haverá o desacato se estiverem mesmo em salas separadas, com portas abertas, e o agente falar algo pra o funcionário público ouvir, com a finalidade de ofender a dignidade, o prestígio e o respeito devidos ao mesmo no exercício de sua função ou em razão dela.

O delito em estudo, em regra, é praticado de forma comissiva (decorrente de uma atividade positiva do agente), mas, excepcionalmente, pode ser praticado de forma comissiva por omissão, quando o agente gozando do status de garantidor (art. 13, § 2º, do Código Penal), a exemplo de um policial que, percebendo que alguém iria desacatar um funcionário público no exercício de sua função, dolosamente, nada faz para impedir a prática da conduta criminosa. Neste caso, o agente responde também pelo delito de desacato, pois, dolosamente, se omitiu quando devia e podia agir para impedir o resultado.

O desacato é crime formal, classifica (ou de consumação antecipada) que se consuma sem a produção do resultado naturalístico, consistente no efetivo desprestígio da função pública. Consuma-se, portanto, no momento em que o agente pratica qualquer ato por meio de palavras, gestos, ameaça, vias de fato, agressão física com lesão corporal, bem como qualquer outro meio indicativo da

finalidade de desacatar o funcionário público no exercício da função ou em razão dela. (HUNDRIA ,1959, p.424).

A tentativa não é possível na forma unissubsistente (quando o delito é praticado com um só ato, a exemplo do desacato praticado de forma verbal). No entanto, a tentativa, embora de difícil configuração, é teoricamente possível na forma plurissubsistente (quando o delito é realizado por meio de vários atos), permitindo o fracionamento do *iter criminis*.

O desacato absorve as infrações penais de menor gravidade vias de fato, lesão corporal leve, difamação e injúria. Incide o princípio da consunção e o agente responde somente pelo crime-fim (desacato), que absorve o crime-meio, que funciona como *antefactum* impunível, para afastar a dupla incriminação (*bis in idem*) de uma mesma conduta. No entanto, se em razão do desacato, houver também infração penal mais grave, a exemplo da lesão corporal de natureza grave, haverá o concurso formal entre o desacato e a lesão grave (CP, art. 70, *caput*).

A pena cominada ao delito de desacato é alternativa: detenção, de seis meses a dois anos, ou multa. Em razão da pena máxima cominada não ser superior a dois anos, o delito é considerado de menor potencial ofensivo, sendo possível a transação penal (Lei 9.099/1995, arts. 61 e 76). A ação penal é pública incondicionada, cujo oferecimento da denúncia para iniciar a ação penal não depende de qualquer condição de procedibilidade.

CAPÍTULO II – OS CONTROLES DE CONVENCIONALIDADE ENSAIAM A DESCRIMINALIZAÇÃO DO DESACATO.

2.1. O SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS

A Corte Interamericana exerce uma função contenciosa, dentro da qual se encontra a resolução de casos contenciosos e o mecanismo de supervisão de sentenças; uma função consultiva; e a função de ditar medidas provisórias.

Qualquer pessoa ou grupo de pessoas, ou entidade não-governamental legalmente reconhecida em um ou mais Estados membros da Organização pode apresentar à Comissão petições em seu próprio nome ou no de terceiras pessoas, sobre supostas violações dos direitos humanos reconhecidos, conforme o caso, na Declaração Americana .

Na condição de sujeitos de direito internacional, cabe aos indivíduos o acionamento direto de mecanismos internacionais, como é o caso da petição ou comunicação individual, mediante a qual um indivíduo, grupos de indivíduos ou, por vezes, entidades não governamentais, podem submeter aos órgãos internacionais.

Rio de Janeiro: REVAN, 2009. DECISÃO DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. ... Direitos Fundamentais e o Direito Penal: garantismo, deveres de proteção, princípio da proporcionalidade, jurisprudência constitucional penal, jurisprudência dos tribunais de direitos humanos.

A Corte tem competência litigiosa para conhecer de qualquer caso relativo à interpretação e aplicação das disposições da Convenção Americana de Direitos Humanos a que lhe seja submetida apreciação, sempre os Estados signatários reconheçam esta competência, por declaração ou convenções especiais.

O sistema global de proteção dos direitos humanos, da ONU, contém normas de alcance geral e de alcance especial. As normas de alcance geral e destinadas a todos os indivíduos, genérica e abstratamente, são os Pactos Internacionais de Direitos Cívicos e Políticos e o de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Qualquer pessoa, em representação pessoal ou de terceiros, pode apresentar petição à Comissão com finalidade de denunciar uma violação aos direitos humanos. Também podem apresentar queixas as Organizações Não-Governamentais (ONGs).

DECRETO Nº 4.463, DE 8 DE NOVEMBRO DE 2002.

Promulga a Declaração de Reconhecimento da Competência Obrigatória da **Corte**

Interamericana de Direitos Humanos, sob reserva de reciprocidade, em consonância com o art. 62 da Convenção Americana sobre **Direitos Humanos** (Pacto de São José), de 22 de novembro de 1969.

Qualquer pessoa, em representação pessoal ou de terceiros, pode apresentar petição à Comissão com finalidade de denunciar uma violação aos direitos humanos. Também podem apresentar queixas as Organizações Não-Governamentais (ONGs).

2.2 O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE E SUA APLICAÇÃO

O controle de convencionalidade constitui um instituto do Direito Internacional que visa analisar a compatibilidade vertical das normas internas de um Estado com os tratados internacionais ratificados no país.

Nesse sentido, imperioso é se analisar se uma norma doméstica é ou não compatível com a ordem internacional, funcionando o controle de convencionalidade como um instrumento viabilizador de cumprimento das normas internacionais, garantindo-se, em consequência, a eficácia prática dos preceitos de direitos humanos assumidos pelo país.

No caso do crime de desacato, para se proteger a liberdade de expressão já trazida como inviolável na Convenção Americana de Direitos Humanos, o intérprete da lei se vale do controle de convencionalidade para afastar aquelas normas que estão em dissonância com aquilo estabelecido por estes tratados. Assim, ao decidir uma causa que envolva direitos humanos, os juízes e tribunais brasileiros deverão embasar-se não apenas nas normas constitucionais, mas, sobretudo, nos tratados internacionais ratificados pelo país.

No crime em análise, o controle de convencionalidade permite que o magistrado possa julgar de acordo com a compatibilidade entre leis internas e externas, afastando aquelas que estão em confronto com os ordenamentos internacionais, já que a partir da vigência da Emenda Constitucional nº 45/2004, os tratados internacionais de direitos humanos de que o Brasil é parte tornam-se parâmetro para controle de compatibilidade vertical difuso ou concentrado.(Emenda Constitucional 45/2004)

A constitucionalidade e inconstitucionalidade de leis designam conceitos de relação das leis com a Constituição vigente, isto é, se uma lei está ou não

conforme a constituição, se com ela é ou não compatível, se cabe ou não no seu sentido, numa relação de caráter normativo e valorativo. Assim, pode se afirmar a obrigatoriedade do texto constitucional e a ineficácia de todo e qualquer ato normativo que a viole. O controle de constitucionalidade, assim, relaciona-se com o exercício da jurisdição constitucional, baseando-se na análise de compatibilidade entre uma lei ou ato normativo e o texto constitucional, asseverando a supremacia e a rigidez das normas constitucionais diante da sua posição hierárquica no ordenamento jurídico, sendo o fundamento de validade das demais normas que não subsistirão. Conforme menciona Bernardo Gonçalves Fernandes:

O controle de constitucionalidade visa garantir a supremacia e a defesa das normas constitucionais (explícitas ou implícitas), frente a possíveis usurpações, devendo ser entendido como a verificação da compatibilidade (ou adequação) de leis ou atos normativos em relação a uma Constituição, no que tange ao preenchimento de requisitos formais e materiais que as leis ou atos normativos devem necessariamente observar (FERNANDES, 2014, P. 1081).

O controle de constitucionalidade difuso é aquele que ocorre num caso concreto, via de exceção e de modo incidental. Assim, existindo a dúvida ou controvérsia sobre a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de uma norma jurídica que envolve um caso concreto, o juiz então decidirá sobre a constitucionalidade ou não da norma e, com isso, enfrentará a questão, decidindo a questão fundamental do caso. Já o controle de constitucionalidade concentrado, realizado pelo Supremo Tribunal Federal, via ações diretas de inconstitucionalidades, visa a declaração da inconstitucionalidade de leis ou atos normativos federais ou estaduais que contrariem a Constituição da República de 1988.

Mas o controle de constitucionalidade das leis no Brasil passa pela evolução do direito constitucional brasileiro, o que não se viu na Constituição de 1824, pois esta não contemplava qualquer sistema assemelhado aos modelos atuais de controle de constitucionalidade. Cabia ao poder legislativo a atribuição de elaborar as leis, interpretá-las, suspendê-las e também revogá-las, bem como velar a Constituição. Era a consagração de dogma da soberania do Parlamento. (MENDES, 2004).

O regime republicano inaugura uma nova concepção na Constituição de 1890, consolidando o modelo difuso de controle de constitucionalidade das leis. O Decreto n. 848, de 11 de outubro de 1890, estabeleceu que a guarda e a aplicação da Constituição e das leis nacionais, cabia a magistratura federal, só intervindo por

provocação das partes. Estabelecia, assim, o controle incidental da constitucionalidade, permitindo ao Supremo Tribunal Federal a revisão das sentenças das justiças dos Estados que contrariassem a validade ou aplicação das leis. Destaca Gilmar Ferreira Mendes: A Constituição de 1891 incorporou essas disposições, reconhecendo a competência do Supremo Tribunal Federal para rever sentenças das Justiças dos Estados, em última instância, quando se questionasse a validade ou a aplicação de tratados e leis federais e a decisão do tribunal fosse contra ela, ou quando se contestasse a validade de leis ou atos federais, em face da Constituição ou das leis federais, e a decisão do Tribunal considerasse válidos esses atos ou leis impugnadas (art. 59, § 1º, a e b). (MENDES, 2004, p. 191)

A Constituição de 1934 determinou que a declaração de inconstitucionalidade das leis somente poderia ser realizada pela maioria da totalidade de membros dos tribunais, evitando-se, com isso, a insegurança jurídica decorrente de divergências de entendimentos nos tribunais. Consagrou, por outro lado, a competência do Senado Federal para suspender a execução, total ou parcial, de lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando hajam sido declarados inconstitucionais pelo poder judiciário, atribuindo efeito erga omnes à decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal.

A mudança mais significativa se referia à chamada representação interventiva, confiada ao Procurador-Geral da República, no intuito de declarar a inconstitucionalidade das leis nas hipóteses de ofensas aos princípios consagrados por esta Constituição (art. 7º, I, a a h), condicionando a eficácia de lei interventiva, de iniciativa do Senado, à declaração da sua constitucionalidade pelo Supremo Tribunal (MENDES, 2004).

2.3 QUINTA TURMA DO STJ DECIDE PELA DESCRIMINALIZAÇÃO DO CRIME

A Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) descriminalizou a conduta tipificada como crime de desacato a autoridade, por entender que a tipificação é incompatível com o artigo 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica). (DANTAS Ribeiro, relator)

O ministro relator do recurso no STJ, Ribeiro Dantas, ratificou os argumentos apresentados pelo Ministério Público Federal (MPF) de que os funcionários públicos estão mais sujeitos ao escrutínio da sociedade, e que as “leis

de desacato” existentes em países como o Brasil atentam contra a liberdade de expressão e o direito à informação.

A decisão, unânime na Quinta Turma, ressaltou que o Supremo Tribunal Federal (STF) já firmou entendimento de que os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil têm natureza supralegal. Para a turma, a condenação por desacato, baseada em lei federal, é incompatível com o tratado do qual o Brasil é signatário.

Ao apresentar seu voto, o ministro Ribeiro Dantas destacou que a decisão não invade o controle de constitucionalidade reservado ao STF, já que se trata de adequação de norma legal brasileira a um tratado internacional, o que pode ser feito na análise de um recurso especial, a exemplo do que ocorreu no julgamento da Quinta Turma.

O controle de convencionalidade não se confunde com o controle de constitucionalidade, uma vez que a posição supralegal do tratado de direitos humanos é bastante para superar a lei ou ato normativo interno que lhe for contrária, abrindo ensejo a recurso especial, como, aliás, já fez esta corte superior ao entender pela inconvencionalidade da prisão civil do depositário infiel, explicou Ribeiro Dantas.

O ministro lembrou que o objetivo das leis de desacato é dar uma proteção maior aos agentes públicos frente à crítica, em comparação com os demais, algo contrário aos princípios democráticos e igualitários que regem o país.

“A criminalização do desacato está na contramão do humanismo, porque ressalta a preponderância do Estado – personificado em seus agentes – sobre o indivíduo”, destacou o ministro.

O magistrado apontou que a descriminalização da conduta não significa liberdade para as agressões verbais ilimitadas, já que o agente pode ser responsabilizado de outras formas pela agressão. O que foi alterado é a impossibilidade de condenar alguém, em âmbito de ação penal, por desacato a autoridade.

No caso submetido a julgamento, um homem havia sido condenado a cinco anos e cinco meses de reclusão por roubar uma garrafa de bebida avaliada em R\$ 9,00, por desacatar os policiais que o prenderam e por resistir à prisão. Os ministros afastaram a condenação por desacato.

Não há dúvida de que a criminalização do desacato está na contramão do humanismo, porque ressalta a preponderância do Estado - personificado em seus agentes - sobre o indivíduo. Afinal, é da Doutrina o conceito de que "todo funcionário público, desde o mais graduado ao mais humilde, é instrumento da soberana vontade e atuação do Estado", daí a especial proteção que lhe consagra a lei penal (HUNGRIA, 1959, p. 420).

A continuar dessa forma, o funcionário público que se sentir vitimado por qualquer desaire tem direito de invocar a cláusula absolutista e dizer, sem exagero, *L'État c'est moi*, porquanto com respaldo no art. 331 do CP. Com todas as vênias, a existência de tal normativo em nosso ordenamento jurídico é anacrônica, pois traduz desigualdade entre funcionários e particulares, o que é inaceitável no Estado Democrático de Direito preconizado pela CF/88 e pela Convenção Americana de Direitos Humanos. Ademais, a punição do uso de linguagem e atitudes ofensivas contra agentes estatais é medida capaz de fazer com que as pessoas se abstenham de usufruir o direito à liberdade de expressão, por temor de sanções penais, sendo esta uma das razões pelas quais a CIDH estabeleceu a recomendação de que os países aderentes ao Pacto de São José abolissem suas respectivas leis de desacato.

2.4 TERCEIRA SEÇÃO DO STJ DEFINE QUE DESACATO CONTINUA A SER CRIME.

Por maioria, os ministros da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça (STJ), o ministro Antônio Saldanha Palheiro decidiram que desacatar funcionário público no exercício da função ou em razão dela continua a ser crime, conforme previsto no artigo 331 do Código Penal.

Após uma decisão da Quinta Turma de dezembro de 2016 pela descriminalização da conduta, o colegiado afetou um habeas corpus para que a

seção (que reúne as duas turmas de direito penal do STJ) pacificasse definitivamente a questão.

Segundo o ministro Antônio Saldanha Palheiro, autor do voto vencedor, a tipificação do desacato como crime é uma proteção adicional ao agente público contra possíveis “ofensas sem limites”.

Para o magistrado, a figura penal do desacato não prejudica a liberdade de expressão, pois não impede o cidadão de se manifestar, “desde que o faça com civilidade e educação”.

O ministro destacou que a responsabilização penal por desacato existe para inibir excessos e constitui uma salvaguarda para os agentes públicos, expostos a todo tipo de ofensa no exercício de suas funções.

Com outros fundamentos, o ministro Rogerio Schietti Cruz acompanhou o voto vencedor e disse que a exclusão do desacato como tipo penal não traria benefício concreto para o julgamento dos casos de ofensas dirigidas a agentes públicos.

Ele explicou que, com o fim do crime de desacato, as ofensas a agentes públicos passariam a ser tratadas pelos tribunais como injúria, crime para o qual a lei já prevê um acréscimo de pena quando a vítima é servidor público.

Schietti lembrou que, apesar da posição da Comissão Interamericana de Direitos Humanos ser contrária à criminalização do desacato, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, órgão que efetivamente julga os casos envolvendo indivíduos e estados, já deixou claro em mais de um julgamento que o direito penal pode responder a eventuais excessos na liberdade de expressão.

Acrescentou, por outro lado, que o Poder Judiciário brasileiro deve continuar a repudiar reações arbitrárias eventualmente adotadas por agentes públicos, punindo pelo crime de abuso de autoridade quem, no exercício de sua função, reagir de modo autoritário a críticas e opiniões que não constituam excesso intolerável do direito de livre manifestação do pensamento.

O relator do caso, ministro Reynaldo Soares da Fonseca, que ficou vencido no julgamento, votou pela concessão do habeas corpus para afastar a imputação penal por desacato. O magistrado destacou que o Brasil assinou em 1992 a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José) e que a tipificação do desacato como tipo penal seria contrária ao pacto por afrontar a liberdade de expressão.

Para o ministro, eventuais abusos gestuais ou verbais contra agentes públicos poderiam ser penalmente responsabilizados de outra forma, e a descriminalização do desacato não significaria impunidade.

Ao acompanhar o relator, o ministro Ribeiro Dantas – que foi relator do caso julgado em dezembro pela Quinta Turma – afirmou que não se deve impor uma blindagem aos agentes públicos no trato com os particulares. Ele disse que o Judiciário gasta muito tempo e dinheiro para julgar ações por desacato, muitas vezes decorrentes do abuso do agente público que considera como ofensa a opinião negativa do cidadão.

A decisão tomada foi a de que “desacatar funcionário público no exercício da função ou em razão dela continua a ser crime, conforme previsto no artigo 331 do Código Penal”. O recente entendimento da 3ª Seção do STJ, que reúne as duas turmas de Direito Penal do STJ, foi motivada por uma decisão anterior, dada pela 5ª Turma do mesmo órgão em dezembro de 2016, que descriminalizava a conduta.

O crime de desacato é definido por ser praticado por particular contra a administração pública. Segundo o artigo 331, o delito é configurado por “desacatar funcionário público no exercício da função ou em razão dela”, sendo que a pena é de detenção de seis meses a dois anos, ou multa.

De acordo com o ministro Antônio Saldanha Palheiro, autor do voto vencedor no julgamento do HC 379269/MS, a tipificação do desacato como crime é uma proteção adicional ao agente público contra possíveis “ofensas sem limites”.

A figura penal do desacato, segundo Palheiro, não prejudica a liberdade de expressão, pois não impede o cidadão de se manifestar, “desde que o faça com civilidade e educação”. O ministro destacou ainda que a responsabilização penal por

desacato existe para inibir excessos e constitui uma salvaguarda para os agentes públicos, expostos a todo tipo de ofensa no exercício de suas funções.

Relator do caso, o ministro Reynaldo Soares da Fonseca ficou vencido no julgamento ao votar que a imputação penal por desacato deve ser afastada. Para ele, enxergar o desacato como tipo penal contraria o Pacto de San José – Convenção Americana sobre Direitos Humanos, assinada pelo Brasil em 1992 – por afrontar a liberdade de expressão.

Fonseca apontou que eventuais abusos gestuais ou verbais contra agentes públicos poderiam ser penalmente responsabilizados de outra forma, e a descriminalização do desacato não significaria impunidade.

Relator do caso julgado em dezembro pela 5ª Turma, o ministro Marcelo Navarro Ribeiro Dantas afirmou que não se deve impor uma blindagem aos agentes públicos no trato com os particulares. Ao acompanhar o voto de Fonseca, disse que o Judiciário gasta muito tempo e dinheiro para julgar ações por desacato, muitas vezes decorrentes do abuso do agente público que considera como ofensa a opinião negativa do cidadão.

Votaram pela manutenção do desacato como crime os ministros Felix Fischer, Maria Thereza de Assis Moura, Jorge Mussi, Rogerio Schietti e Nefi Cordeiro.

CAPÍTULO III – AS TRATATIVAS NO LEGISLATIVO E AS ALTERAÇÕES QUE SE APRESENTAM PARA A DESCRIMINALIZAÇÃO DO DESACATO.

3.1 PROJETOS DE LEI QUE TRATAM SOBRE O DESACATO

As discrepâncias em torno da criminalização do desacato não ocupam apenas orla do judiciário, mas também do legislativo. Enquanto há projetos de lei buscando a revogação do delito, há outros que buscam o aumento de pena. Vejamos o que alguns dos projetos lei, em tramitação, inferem sobre a matéria. O projeto de lei nº 1.768 de 2011 visa acrescentar parágrafo único ao artigo 331, Código Penal, aumentando a pena do crime de desacato quando praticado contra policiais civis e militares e guardas civis, onde a pena prevista seria: “reclusão, de dois a quatro anos, e multa” (BRASIL, 2011).

A justificativa contida no referido projeto sugere que classificação do delito de desacato como crime de menor potencial ofensivo tenha acarretado sérias dificuldades ao exercício das atribuições dos profissionais da área da segurança pública, deixando-os privados de um “importante instrumento de controle, o auto de prisão em flagrante, normalmente, utilizado para conter pessoas exaltadas e descontroladas”. Sustenta o projeto, a alegação que a “escalada alarmante da violência e criminalidade e a falta de controle da ordem pública demonstram a necessidade de alteração legislativa, no sentido de aumentar a pena do delito de desacato”, quando deixando de ser crime de menor potencial ofensivo, recuperaria seu “efeito intimidativo” (BRASIL, 2011).

Também em tramitação na Câmara, está o projeto de lei nº 602 de 2015, em que pese buscar a revogação art. 331, não nos parece prosperar, pois carece de uma justificativa adequada, de tal modo que sua ênfase se resume a tratar de um caso específico, sem fazer qualquer menção às recomendações da CIDH e a violação do direito à liberdade de expressão e manifestação do pensamento (BRASIL, 2015).

Quanto ao projeto lei do Senado nº 236 de 2012 (reforma do código penal brasileiro), observamos o crime de desacato não mais consta em seu novo texto (BRASIL, 2012a). Não por acaso, mas depois de profundo debate acerca do tema, a comissão responsável pela elaboração do anteprojeto do novo código, presidida pelo ministro do STJ Gilson Dipp, optou por revogar o desacato fazendo referência à cobertura já dada pelo crime de injúria praticada contra funcionário público.

Importante destacar que a escolha levou em consideração vários pontos, dentre eles, debates em audiências públicas, as ponderações apresentadas por órgãos policiais, a falta de cobertura ao bem jurídico administração pública, o status supralegal da CADH, a questão da 49 incompatibilidade com a artigo 13 da CADH, os precedentes em outros países que compõem a OEA, o uso do desacato para cometimento de abusos, a preocupação em manter protegido o funcionário público, os relatórios da CIDH, as garantias que advém de um Estado Democrático de Direito e o fato de se estarem “legislando para o futuro” (BRASIL, 2012b).

3.2 DA AMPLIAÇÃO A FIGURA DO DESACATO À DESCRIMINALIZAÇÃO E SUA REPERCUSSÃO NA PROTEÇÃO AO FUNCIONÁRIO PÚBLICO.

Ainda que haja projetos leis que se inclinam à descriminalização, seu contorno está indefinido. Identificamos alguns pontos a respeito, ainda que nem todos façam parte das discussões no legislativo e no judiciário, os quais acreditamos contribuir para uma solução adequada. A elasticidade que ao longo dos anos foi dada ao crime de desacato passou a ser percebida e questionada. O advento da CADH está tendo papel preponderante nesse sentido, pois é a partir de sua implementação que se passou a questionar tal criminalização.

“A consumação do delito se perfaz com a prática do ultraje, consubstanciado na injúria, calúnia, difamação, lesão corporal, não se perquirindo, in casu, se funcionário sentiu-se ou não ofendido, já que a tutela recai diretamente sobre a dignidade e o prestígio do cargo ou da função por n ele exercida” (PRADO, 2006).

Enquanto a calúnia e difamação protegem a honra objetiva das pessoas e a injúria a honra subjetiva, o bem jurídico protegido pelo desacato é a dignidade o prestígio o respeito devido a função pública, e tão somente indiretamente, a honra do funcionário público. Não nos parece razoável suprimir a hierarquia de importância que o próprio legislador atribuiu aos referidos crimes. É perspicaz que os crimes contra a pessoa tenham precedência de proteção em relação aos crimes contra a administração pública. Disso resulta, por exemplo, não ser prudente transfigurar os crimes de calúnia, difamação e injúria, quando contra funcionário público, em desacato. A proteção destinada ao funcionário público não deve se sobrepor ao direito personalíssimo à honra.

Da análise que Ferrajoli faz ao princípio da lesividade, expõe que “o princípio da lesividade permite considerar ‘bens’ somente aqueles cuja lesão se concretiza em um ataque lesivo a outras pessoas de carne e osso” (FERRAJOLI, 2010 p. 439). Segue sua crítica aos delitos contra a personalidade do Estado:

À medida que que o Estado, num ordenamento democrático, não constitui um bem ou um valor enquanto tal, esses delitos – descritos normalmente em termos vagos e valorativos e, por isso, opostos ao princípio de estrita legalidade – resultam, na maior parte dos casos, sem objeto, perdendo sua razão de ser. Alguns, como os delitos de [...] desacatos, são apenas formas agravadas de outros delitos ou tentativas dos

denominados delitos 'comuns'; outros como os ultrajes e todos os delitos de opinião, dirigem-se a tutelar privilégios ou imunidades que contradizem os princípios de liberdade e democracia e que, mais ainda, não constituem bem algum para ninguém e muito menos para o cidadão comum (FERRAJOLI, 2010, p. 439).

Apropriando-nos da produção de Baratta, entendemos ser crível um olhar ao princípio da primazia da vítima. Baratta defendia ser injustificável a pretensão do sistema penal de proteger bens jurídicos que extrapolem o interesse da própria vítima. A interferência do Estado em um conflito que na verdade é entre vítima e autor retira o poder de a vítima de resolver o conflito segundo seus interesses (NASPOLINI SANCHES, 2002).

Consultar previamente as partes, em nome do princípio constitucional do contraditório, acerca da possível reclassificação do fato (a exemplo "del plantamiento de la tesis" do sistema espanhol); b) Intimar as partes, após a emendatio para que em nome do contraditório, conheçam e se manifestem sobre a nova classificação jurídica do fato (LOPES Jr e ROSA, 2015, p. 85).

É providente lembrar que enquanto a ação penal do crime de desacato é pública incondicionada, o delito de injúria majorada é de ação penal pública condicionada, problema este que também poderá ser sanado após a emendatio, com a intimação dos interessados. Atentamos também para observância devida ao legislador ao princípio da taxatividade.

Quando tratamos de sanções penais não são admitidas "expressões vagas, equívocas ou ambíguas" (BITENCOURT, 2009, p. 11). A esse respeito, Claus Roxin apud Bitencourt (2009, p. 11), afirma que "uma lei indeterminada e imprecisa e, por isso mesmo, pouco clara não pode proteger o cidadão da arbitrariedade, porque não implica uma autolimitação do ius puniendi estatal, ao qual se possa recorrer".

No mesmo sentido, Nilo Batista (2007, p. 78) afirma que a função de garantia individual exercida pelo princípio da legalidade estaria comprometida se as normas, ao definir os crimes, não dispusessem de clareza denotativa na significação de seus elementos, que fosse inteligível por todos. Ainda, segundo Batista, ter tipos penais genéricos ou ambíguos é sempre perigoso, não por acaso, em épocas e países diversos, legislações penais escolheram esse caminho para permitir a "perseguição judicial de opositores do governo" (BATISTA, 2007, p. 78).

É possível perceber que o verbo desacatar tem tomado dimensão que fere a taxatividade que se exige da lei penal em um Estado Democrático de Direito. As condutas que o tipificam, estão em constante ampliação, ao ponto de vermos o verbo desacatar despossuir-se da precisão que possuía em sua origem linguística. Consoante ao que afirmou Zaffaroni (2011, p. 203), “um tipo penal não é um instrumento para que o poder surpreenda os cidadãos com sua arbitrariedade”

Diante da constatação de que o crime de desacato está em constante transfiguração, vemos a necessidade de apreciação mais depurada quer em plano legislativo, enquanto discute os projetos de lei, quer em âmbito do judiciário nos casos in concreto que estejam sob sua apreciação, ainda que esta última não seja uma solução definitiva. Nesse quesito, entendemos que a aplicação da injúria comprime as condutas dignas de tutela penal sem obstruir a livre manifestação de pensamento e liberdade de expressão.

CONCLUSÃO

A partir da escolha do tema, a considerações sobre o desacato no Estado Democrático de Direito, não pude deixar de tratar da formação deste. Eis que no capítulo I, apresenta uma noção de como se deu sua formação.

Vimos que é condição sine qua non para um Estado Democrático de Direito a existência e prevalência de um rol de direitos fundamentais. Há uma relação de interdependência entre estes, em que um não se concretiza sem o outro. É num Estado constitucional que é possível a concretização de princípios da dignidade humana.

Mencionamos que o sentido universalizante dos direitos humanos tiveram origens em declarações internacionais em momentos muito ríspidos da história, como resposta a abusos e atrocidades que os antecederam.

Vimos que esses direitos emplacaram também em nossas constituições, tendo seu ápice, na Constituição de 1988. Nela estão inseridos, composto rol de direitos humanos, os quais tomam nome de direitos fundamentais. Das liberdades garantidas na CF de 1988, está a que consideramos um dos direitos fundamentais mais importante, direito à liberdade.

Direito à liberdade que se desdobra em várias liberdades, nosso enfoque se deu na livre manifestação de pensamento e liberdade de expressão. Estas são liberdades basilares para concretização de um Estado Democrático de Direito.

Tratamos da origem do desacato quando constatamos que sua existência remonta a um Estado autoritário.

No capítulo II, falamos da internalização do Pacto de São José da Costa Rica, após várias discussões sobre tal Convenção, viu-se que foi reconhecido seu caráter supralegal. A CADH, é um dos principais documentos internacionais de proteção aos direitos humanos nos países que compõem a OEA. A discussão acerca da compatibilidade da Convenção com o nosso ordenamento interno surgiu pela existência do artigo da Convenção, que, por sua vez, trata exatamente sobre a liberdade de expressão e informação. A CIDH, é o principal órgão de proteção a

esses direitos e responsável por criar mecanismos de proteção. Assim como a CIDH, outros de seus órgãos têm expedido relatórios anuais solicitando aos países que ainda possuem vigentes em suas legislações o crime de desacato para que o revoguem. Identificamos que ao Estado brasileiro foi enviado documento específico solicitando a revogação do crime de desacato aproveitado o momento de tramitação do novo Código Penal.

Em seguida trouxemos a ideia de controle de convencionalidade das leis. Observamos que, mesmo de forma singular, tal controle passa a ser invocado como medida para deixar de criminalizar o desacato frente à observância daquele tratado internacional sobre direitos humanos. Elencamos duas decisões advindas do STJ que trataram de discutir a compatibilidade do crime de desacato com os direitos a livre manifestação de pensamento e expressão. Enquanto acreditávamos que a primeira decidida por uma das Turmas – no sentido de aplicação da CADH – se tornaria precedente para os magistrados de todo Brasil, eis que surge a segunda decisão, quando na votação em Seção, o posicionamento foi diametralmente oposto à anterior.

No capítulo III buscamos avaliar como a questão vem sendo tratada em âmbito legislativo. Entre muitos projetos de lei que buscavam a descriminalização do desacato e se encontram arquivados, há outros em tramitação, porém, não só para descriminalizar, e sim buscando aumento de pena. Da análise que fizemos de suas justificativas, não nos parecem prosperar. Há que se fazer referenciar a producente discussão feita pela comissão responsável pela elaboração do projeto do novo código penal, a PLS nº 236 de 2012, quando decidiu por não incluir o desacato como crime.

Ao final da pesquisa, tentamos emplacar nossas considerações, apresentando alternativas para o desacato enquanto figura penal. Vimos durante a pesquisa que a doutrina e jurisprudência tem considerado perfeitamente aplicável o princípio da consunção diante de condutas antecedidas por infrações penais como lesões corporais leves, ameaça e crimes contra a honra, quando fizemos nossa primeira crítica. Entendemos que essa é uma forma de criminalizar mais, pois, retira a faculdade do próprio funcionário público, na condição de vítima, de deixar de propor a ação penal ou de representar, ou mesmo da retratação, para alguns dos

casos. Defendemos nesse ponto a aplicação do princípio da primazia da vontade da vítima.

Quanto à ampliação que vem sendo dada às condutas que tipificam o desacato, a ponto de desconfiarmos que o legislador de 1940 tenha pretendido tanta indeterminação ao tipo. Porém, ao que constitui desacato atualmente, concordamos que viola o princípio da taxatividade. São dezenas de verbos, palavras, gestos, sujeitos a constituir o tipo penal, que a depender de como e contra quem forem usados, poderão ensejar crimes.

Concluimos, firmando entendimento de que o crime de desacato está subsumido pela injúria. Algumas razões nos levaram a essa conclusão, acreditamos que os direitos fundamentais à livre manifestação de pensamento e à liberdade de expressão – não importa se por já estarem contidos no rol do art. 5º da Constituição Federal ou advindos da Convenção Americana de Direitos Humanos – devem ser cuidadosamente protegidos, é o que se espera num Estado Democrático de Direito. Enquanto a criminalização pelo desacato e seu uso indevido tem servido para violações da livre manifestação de pensamento e de expressão – quer seja pelo temor que causa nas pessoas quer seja pela ampliação que lhe foi dada – enquanto na injúria, o leque de condutas que o configuram é estreitado consideravelmente.

Frisamos a diferença que há entre expressões que visam criticar, e as que visam ofender. Aquelas que visam a crítica, a busca de uma verdade e ou tornar pública uma opinião, recebem total proteção não podendo sofrer limitações. Já aquelas expressões que manifestadas com intuito estreito de ofender, atingirem a honra subjetiva do funcionário público, poderão ser criminalizadas. Deixamos claro que não estão protegidos os “melindres” e as “susceptibilidades” exageradas, pois é factível que num Estado Democrático de Direito, o funcionário público se sujeite a muito mais críticas que o particular.

Também nos preocupamos em responder se descriminalização pelo crime de desacato tornaria vulnerável o funcionamento da administração pública e secundariamente deficiente a proteção ao funcionário público. Respondemos que num Estado Democrático de Direito é razoável que o “bem jurídico” administração pública não mereça tutela penal frente a um ataque a livre manifestação de

pensamento e a liberdade de expressão. Por outro lado, a proteção ao funcionário público será mantida pelo crime de injúria cometido contra funcionário público.

Evidenciada a incompatibilidade do crime de desacato com direitos fundamentados na Convenção Americana de Direitos Humanos e também com direitos fundamentais expressos na Constituição Federal de 1988, a descriminalização do desacato é medida necessária para o exercício pleno dos direitos fundamentais a livre manifestação de pensamento e a liberdade de expressão.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Notícias STJ. Terceira Seção define que *desacato continua a ser crime*, DF, 29 mai. 2017. Disponível em: . Acesso em: 31 mai. 2017. BRASIL. Código de Processo Penal Anotado. Organização dos textos por Damásio E. de Jesus. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- BRITO, Jean Pierry. *Uma análise da (in)compatibilidade do crime de desacato com a Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/54844/uma-analise-da-in-compatibilidade-do-crime-de-desacato-com-a-convencao-americana-sobre-direitos-humanos>. Acesso em 02 set.2020.
- CADH. Convenção Americana de Direitos Humanos, (Assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969. Disponível em: Acesso em: 09. Abr. 2017. CIDH. Comissão Interamericana de Direitos Humanos, mandato e funções, O que é a CIDH, 1959. Disponível em: . Acesso em: 09 abr. 2017.
- CUNHA, Rogério Sanches. *Manual de Direito Penal: Parte Especial* (arts.121 ao 361). ed.rev., ampl. E atual. – Salvador: JusPODIVM, 2018.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos da Teoria Geral do Estado*. 24 ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2003.
- GOMES, Luiz Flávio. MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos: pacto de San José da Costa Rica*. 3.ed. ver., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.
- HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código penal: (Decreto-lei n.2848, de 7 de dezembro de 1940)*. 4. ed. v. 9. Rio de Janeiro: Forense, 1958.
- HUNGRIA, Nélon. *Comentários ao Código Penal*. v. 9. Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 420.
- NASPOLINI SANCHES, Samyra. H D. F. Os direitos humanos como fundamento do Minimalismo Penal de Alessandro Baratta. In: Vera Regina Pereira de Andrade. (Org.). *Verso e Reverso do Controle Penal: (des) aprisionando a sociedade da cultura punitiva*. 1ed.Florianópolis: Fundação Boiteux, 2002, v. 2, p. 15-31.

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

NORONHA, E. Magalhães (Edgard Magalhães). *Direito penal*. 28. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 1996.

PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro*. 2. ed. rev., atual., ampl. e compl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

PLANALTO, Presidência da República. *Entenda o que é o Estado Democrático de Direito*. Disponível em: <http://www2.planalto.gov.br/mandatomicheltemer/acompanheplanalto/noticias/2018/10/entenda-o-que-e-o-estado-democratico-de-direito>. Acesso em: 23 ago.2020.

SILVA, José Afonso da, *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

SOARES, Claudio Leal. *O crime de desacato e a honra funcional como bem jurídico*. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2157/O-crime-de-desacato-e-a-honrafuncionalcomobemjuridico>. Acesso em: 23 ago.2020.

RAFALOSKI, Joel José. *Considerações sobre o crime de desacato no Estado democrático de direito*. 2017. Trabalho de conclusão do curso de Bacharelado de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Santa Catarina, 2017.

