



Mudança de desacato para injúria majorada gera reflexos processuais

O ato consistente em ofender funcionário público em razão de suas funções pode ensejar diversos enquadramentos legais, a depender de algumas variáveis. As tipificações penais mais costumeiras são os crimes de desacato (artigo 331 do CP) ou injúria majorada (artigos 140 combinado com 141, II do CP). De início, é preciso destacar as diferenças fundamentais entre tais delitos.

Sabe-se que o crime de desacato alcança a função pública exercida por determinada pessoa. Incide quando a ofensa ao funcionário público tem a finalidade de humilhar o prestígio da atividade pública. Por isso, é imprescindível que a ofensa seja proferida na presença do funcionário público, pois somente assim estará demonstrada a finalidade de inferiorizar a função pública.^[1] Portanto, somente se admite o desacato imediato.

Já o crime de injúria atinge a honra subjetiva. Logo, o delito se consuma quando a ofensa à dignidade ou ao decoro chega ao conhecimento da vítima (arranhando o conceito que tem de si mesma) ^[2], sendo irrelevante que a tenha sido proferida na presença da vítima (injúria imediata) ou que tenha chegado ao seu conhecimento por intermédio de terceira pessoa (injúria mediata). Quanto praticada contra funcionário público, incide causa de aumento de pena.

Noutro giro, debate interessante diz respeito à inconveniência do desacato. Exercendo controle de convencionalidade em caso concreto, decidiu a Corte da Cidadania^[3] que o delito de desacato fere o artigo 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), que garante a liberdade de pensamento e de expressão. Vale lembrar que o tratado internacional de direitos humanos tem status supralegal e deve prevalecer frente à lei federal.^[4] O tribunal seguiu o posicionamento da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, rechaçando a proteção adicional a funcionários públicos contra críticas agressivas (comparativamente à proteção a cidadãos em geral), pois (a) inverte os parâmetros democráticos em que o Governo deve estar submetido ao controle popular e não o contrário (os funcionários públicos devem se submeter a um maior escrutínio por parte da sociedade), (b) inibe as críticas, pelo temor do cidadão de que venha receber sanções, e (c) desconsidera que existem outras formas menos restritivas de o Governo defender a sua reputação diante de ataques infundados.

Nesse sentido, após o oferecimento da denúncia por desacato, pode o juiz (a) perceber que na verdade a conduta não foi praticada na presença do funcionário público, o que impõe a mudança da capitulação legal para injúria majorada; ou (b) entender pela inconveniência do desacato, o que também acarreta a mudança da tipificação penal para injúria com causa de aumento de pena.

Sabe-se que o acusado se defende de fatos, e não da capitulação legal, que é dotada de caráter provisório.^[5] Daí a pertinência do instituto da *emendatio libelli*; segundo o artigo 383 do CPP, o juiz sem modificar a descrição do fato contida na acusação, pode atribuir-lhe definição jurídica diversa, ainda que tenha de aplicar pena mais grave. Dessa forma, sendo o fato narrado e explorado em instrução, problema nenhum há na utilização de outra definição jurídica no momento da prolação da sentença.

O problema é que, enquanto a ação penal do crime de desacato é pública incondicionada (artigo 100, *caput* e §1º do CP), o delito de injúria majorada é de ação penal pública condicionada (artigo 145, parágrafo único do CP). Em algumas situações, a representação até pode ter sido ofertada, pois se sabe



que não é preciso qualquer formalismo, bastando a narração minuciosa do fato ao delegado de polícia.^[6] Ocorre que, em grande parte dos casos, a representação não terá sido apresentada (pois não exigida do ofendido pela Polícia Judiciária ou Ministério Público, que tipificaram a conduta como desacato, que não precisa dessa manifestação de vontade). E se sabe que o prazo decadencial para ofertar a representação é de 6 meses (artigo 38 do CPP).

As principais dúvidas que surgem dessa questão são o prazo para a vítima representar, e o momento em que o juiz deve realizar a *emendatio libelli* e intimar o ofendido para se manifestar.

Quanto ao prazo que a vítima terá para se pronunciar, vislumbramos basicamente quatro correntes.

Alguns sustentam que, transcorridos mais de seis meses do conhecimento da autoria, a vítima perde o direito de representar. Não parece o entendimento correto, pois a representação do ofendido deixa de ser condição de procedibilidade (para autorizar o início da ação penal) e passa a ser uma condição específica de prosseguibilidade (para permitir o prosseguimento da ação penal). Deve o ofendido, portanto, ser intimado para manifestar sua vontade. A questão se resolve com raciocínio semelhante à mudança da ação penal dos crimes sexuais (Lei 12.015/09) e em alguns crimes de lesão corporal (Lei 9.099/95). De mais a mais, ofendido não manifestou sua vontade porque não foi exigida dos órgãos persecutórios (já que a Polícia Judiciária e o Ministério Público tipificaram a conduta como desacato), e não por simples omissão. Não pode a vítima ser prejudicada por mera divergência de interpretação entre as instituições que atuam na persecução penal.

Para outra corrente, a vítima deve apresentar a representação de imediato, não havendo novo prazo de 6 meses para tanto.

Entendimento diferente sustenta que deve haver a integral restituição do prazo de seis meses do artigo 38 do CPP.

Todavia, pensamos ser mais correta a posição segundo a qual o prazo deverá ser de 30 dias, em analogia ao artigo 91 da Lei 9.099/95 (que estipulou esse prazo diante da mudança da ação penal para crimes de lesão corporal).

Com relação ao momento da *emendatio libelli*, é consabido que, em regra, deve ocorrer por ocasião da sentença.^[7] Todavia, excepcionalmente pode ser feita pelo Judiciário a alteração da classificação jurídica do crime antes da sentença para beneficiar o réu e permitir a concessão de benefício, ou corrigir o procedimento.^[8] Também deve admitir essa exceção a colheita de condição de prosseguibilidade, sem a qual o processo sequer pode chegar à fase de sentença.

Destarte, caso o magistrado se depare, no processo penal em curso iniciado com denúncia pelo delito de desacato, que a ofensa contra o funcionário público não foi proferida na sua presença, ou entender o juiz pela inconveniência do artigo 331 do CP, deve imediatamente (antes mesmo da sentença) alterar a capitulação jurídica para o crime de injúria majorada, intimando a vítima para que, em 30 dias, manifeste se deseja ofertar representação (como condição superveniente da ação penal). Sem verificar a presença dessa condição de prosseguibilidade, sequer se pode chegar à fase de sentença.

Por fim, uma providência de resguardo que pode ser tomada pela autoridade de Polícia Judiciária em



ocorrências envolvendo ofensa a funcionário público é colher a representação da vítima, ainda que tipifique a conduta como desacato. Assim, dada a possibilidade de alteração ulterior da capitulação jurídica para delito de injúria qualificada (de ação penal pública condicionada), evita-se a necessidade de *emendatio libelli* e desnecessários tumultos processuais.

[1](#) MASSON, Cleber. Direito penal esquematizado. v. 3. São Paulo: Método, 2014, p. 744.

[2](#) NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de direito penal. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 557.

[3](#) STJ, REsp 1.640.084, Rel. Min. Ribeiro Dantas, DJ 15/12/2016.

[4](#) STF, RE 466.343, Rel. Min. Cezar Peluso, DJe 05/06/2009

[5](#) STJ, HC 378663, Rel. Min. Jorge Mussi, DJ 16/02/2017.

[6](#) STF, RHC 65.549, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 22/03/1988; STJ, HC 89.475, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJ 28/08/2008.

[7](#) STF, HC 87.324, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJ 10/04/2007; STJ, RHC 27.628, Min. Jorge Mussi, DJ 13/11/2012.

[8](#) STJ, HC 103.763, Rel. Min. Felix Fischer, DJ 17/02/2009.

Date Created

29/03/2017