

Mensagem nº 517

Senhora Presidente do Supremo Tribunal Federal,

Para instruir o julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 496, tenho a honra de encaminhar a Vossa Excelência as informações em anexo, elaboradas pela Advocacia-Geral da União.

Brasília, 15 de dezembro de 2017.

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'M. G. S.', written in a cursive style.

PROCESSO Nº 00688.001005/2017-24

ORIGEM: STF – Ofício nº 27016/2017, de 30 de novembro de 2017.

RELATORA: MIN. ROBERTO BARROSO

ASSUNTO: Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 496

Despacho do Advogado-Geral da União Substituto

Adoto, nos termos do Despacho do Consultor-Geral da União, para os fins e efeitos do art. 4º, inciso V, da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, as anexas **INFORMAÇÕES Nº 00164/2017/CONSUNIÃO/CGU/AGU**, elaboradas pela Advogada da União Dra. **PRISCILA HELENA SOARES PIAU**.

Brasília, **14** de dezembro de 2017.


PAULO GUSTAVO MEDEIROS CARVALHO
Advogado-Geral da União Substituto



**ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO**

DESPACHO DO CONSULTOR-GERAL DA UNIÃO Nº 00890/2017

PROCESSO: 00688.001005/2017-24

ORIGEM: STF – Ofício nº 27016/2017, de 30 de novembro de 2017.

ASSUNTO: Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 496

Estou de acordo com as INFORMAÇÕES nº
00164/2017/CONSUNIÃO/CGU/AGU.

À elevada consideração de Sua Excelência a Senhora Advogada-Geral da União.

Brasília, **14** de dezembro de 2017.

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Marcelo Augusto Carmo de Vasconcellos', written in a cursive style.

MARCELO AUGUSTO CARMO DE VASCONCELLOS

Consultor-Geral da União



**ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO**

**INFORMAÇÕES Nº. 00164/2017/CONSUNIÃO/CGU/AGU
PROCESSO N.º 00688.001005/2017-24 (REF: 00129616-84.2017.1.00.0000)
AÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL Nº. 496
REQUERENTE: CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO
BRASIL - CFOAB
REQUERIDO: PRESIDENTE DA REPÚBLICA E OUTROS
RELATOR: MINISTRO ROBERTO BARROSO**

ASSUNTO: Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental – crime de desacato (art. 331 do Código Penal) – suposta vulneração aos preceitos fundamentais republicano, da liberdade de expressão, da legalidade, da igualdade e do Estado Democrático de Direito.

Senhor Consultor-Geral da União,

I. RELATÓRIO

1. Trata-se de Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental, com pedido liminar, proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil - CFOAB, objetivando o reconhecimento do fenômeno da não recepção pela Constituição da República do art. 331 do Código do Penal, cuja redação prevê a tipificação da conduta de “*desacatar funcionário público no exercício da função ou em razão dela*”.

2. O requerente alega que o crime de desacato impede o pleno exercício do direito à liberdade de expressão pelos cidadãos, que se sentem intimidados a não se manifestarem diante de condutas praticadas por agentes públicos por receio de incorrerem no referido tipo incriminador. Diante disso, sustenta que a norma viola os preceitos fundamentais republicano (art. 1º, parágrafo único), da liberdade de



**ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO**

expressão (arts. 5º, inc. IX e 200), da legalidade (art. 5º, inc. XXXIX), da igualdade (art. 5º, *caput*) e do Estado Democrático de Direito (art. 1º), todos insertos no texto constitucional.

3. De acordo com o Conselho Federal da OAB, o princípio da liberdade de expressão estaria vulnerado, haja vista a suposta incompatibilidade entre o que preconiza o art. 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos e as normas nacionais que tipificam o crime de desacato. Noutro passo, sustenta que o referido delito ao coibir a contestação às atitudes dos agentes estatais enfraqueceria a prerrogativa do cidadão de fiscalizar as atividades dos funcionários públicos, o que justificaria a alegada violação ao preceito republicano.

4. Quanto ao princípio da legalidade, assevera que este se encontra abalado, ante se tratar o crime de desacato de tipo penal aberto, dando azo a constantes arbitrariedades por partes dos agentes públicos. Ademais, no que se refere ao princípio da igualdade, aduz o requerente que o delito em comento “*tem atribuído aos funcionários públicos posição hierarquicamente vantajosa em detrimento dos demais cidadãos*”, situação a ensejar também afronta ao que determina a constituição do Estado Democrático de Direito.

5. Por fim, pede, em caráter liminar, seja afastada “*a aplicação do art. 331 do Código Penal, suspendendo-se investigações, inquéritos e ações penais nas quais haja imputação do delito de desacato*”. No mérito, pugnam pela procedência do pedido “*para que seja reconhecida a não recepção do art. 331 do CP pela Constituição Federal/1988, a fim de preservar os preceitos fundamentais da liberdade de expressão, republicano, da legalidade, da igualdade e do Estado Democrático de Direito*”.



**ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO**

6. Os autos foram distribuídos ao Ministro relator ROBERTO BARROSO, o qual, na data de 29/11/2017, proferiu despacho nos seguintes termos:

Em face da relevância da matéria e de seu especial significado para a ordem social e a segurança jurídica, aplico o rito do art. 12 da Lei nº 9.868/99, por analogia. Neste sentido: ADPF 285, Rel. Min. Luís Roberto Barroso; ADPF 181, Rel. Min. Marco Aurélio. Determino as seguintes providências: (i) solicitem-se informações ao Exmo. Sr. Presidente da República, no prazo de 10 dias; e (ii) ouçam-se, em seguida, a Advocacia-Geral da União e o Procurador-Geral da República, no prazo sucessivo de cinco dias. Publique-se. Intime-se.

7. A Consultoria Jurídica junto ao Ministério da Justiça e Segurança Pública apresentou subsídios jurídicos na forma das **Informações nº. 784/2017/CCJ/CGAE-CONJUR/CONJUR-MJ/AGU.**

8. É o relatório.

II. DO MÉRITO

9. Inicialmente, cumpre destacar que o crime de desacato se encontra previsto no Código Penal, especificamente no art. 331, e consiste na conduta de desacatar funcionário público no exercício da função ou em razão dela. Conforme esclarece Nélson Hungria, “a ofensiva constitutiva do desacato é qualquer palavra ou ato que redunde em vexame, humilhação, desprestígio ou irreverência ao funcionário¹”.

10. Ensina a doutrina que para a configuração do crime de desacato se faz imperiosa a presença do nexo funcional, ou seja, que a ofensa seja proferida contra funcionário no exercício da função ou em razão dela. No ponto, o escólio

¹ HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*, v. IX, p. 420 apud GRECO, Rogério. *Código penal comentado*. 11. ed. Niterói/RJ: Editora Impetus, 2017, p. 1698.



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO

doutrinário de Cezar Roberto Bitencourt oferece inestimável contribuição, ao lecionar:

Considerando que a finalidade da norma penal é tutelar a função pública e, por extensão, a Administração Pública; considerando que o tipo penal exige como elemento subjetivo especial o propósito de depreciar a função pública e, secundariamente, o próprio funcionário; e, ainda, considerando que o ofensor deve ter consciência da condição de funcionário do ofendido e de que se encontra no exercício da função (ou em razão dela), deve-se entender que “no exercício da função” significa que a ofensa irrogada necessita, obrigatoriamente, relacionar-se a fato inerente à função do ofendido, isto é, que a motivação do sujeito ativo represente sua insatisfação com a prática ou postura do ofendido no exercício de dita função pública. O nexo de causalidade, ao contrário do que entendia a velha doutrina, não pode ser simplificado em ocasional e causal: será sempre um nexo funcional — causal-circunstancial quando “no exercício da função”, e puramente causal quando for “em razão dela”. É sintomática a denominação de nexo funcional, mas será sempre funcional (nunca pessoal ou particular), tanto “no exercício” como “em razão da” função pública exercida. Chega às raias do absurdo a interpretação de que “em razão da função” deve existir um vínculo funcional, e que “no exercício da função” esse vínculo seja desnecessário. Ora, isso não resiste a um raciocínio lógico: protege-se o prestígio, o decoro e a dignidade da função pública, que é o bem jurídico tutelado; pretende-se evitar seu malferimento, essa é razão da reprovação da conduta: como, então, admitir que na hipótese alternativa, secundária e indireta — “em razão dela” — exija-se um vínculo causal, enquanto “no exercício da função” se dispense esse vínculo?! Onde está a logicidade do argumento?² (Destaque-se)

11. Ainda de acordo com o tipo penal em comento, tem-se que o sujeito passivo do delito é o Estado, e, em segundo plano, também o funcionário público³. Desse modo, por atingir a honra deste último e o prestígio da Administração Pública,

² BITENCOURT, Cezar Roberto. *Código penal comentado*. 9. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2015, p. 1448-1449.

³ GRECO, Rogério. *Código penal comentado*. 11. ed. Niterói/RJ: Editora Impetus, 2017. P.870



**ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO**

trata-se de delito pluriofensivo, que tem como bem jurídico tutelado o respeito à função pública e o regular andamento das atividades administrativas.

12. Nessa linha argumentativa, é insuperável a síntese de Magalhães Noronha, segundo o qual “o bem jurídico considerado é a dignidade, o prestígio, o respeito devido à função pública⁴”, de forma que é o Estado diretamente interessado em que o funcionário público seja protegido e tutelado, por ser inegável a sua indispensabilidade à atividade e ao bom funcionamento da Administração Pública.

13. Condutas, portanto, que ponham em xeque a credibilidade da atuação do agente estatal ou que se destinem a ofender, desprestigiar ou macular a honra do funcionário, no que se refere ao seu mister, devem ser prontamente reprimidas pelo ordenamento jurídico pátrio, notadamente por envolverem bens jurídicos de mais alta relevância para a sociedade, sobre os quais, de acordo com os princípios da fragmentariedade e da subsidiariedade, deve recair a tutela penal.

14. Nesse compasso, merece punição qualquer conduta que se subsuma ao comando do art. 331 do Código Penal, notadamente por restar demonstrado que a responsabilização penal pelo crime de desacato existe para inibir excessos e constitui uma salvaguarda para os agentes públicos expostos a todo tipo de ofensa no exercício de suas funções.

15. Ao contrário do que sustenta o requerente, **inexiste, na hipótese, qualquer violação ao preceito republicano e da liberdade de expressão.** Como sabido, a norma constitucional que consagra a liberdade de expressão não é absoluta,

⁴ NORONHA, Magalhães. *Direito penal*, v. 2, p. 317 apud BITENCOURT, Cezar Roberto. *Código penal comentado*. 9. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2015, p. 1447.



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO

comportando restrições as quais, na visão do Min. Gilmar Mendes⁵ e da doutrina de Canotilho⁶, podem ser estabelecidas em sede legal pelo legislador ordinário, desde que visem a promover outros valores e interesses constitucionais também relevantes e respeitem o princípio da proporcionalidade.

16. O crime de desacato, como salientado alhures, visa à proteção da condição de funcionário público e, por via reflexa, em seu maior espectro, a honra *lato sensu* da Administração Pública, valores e interesses claramente tutelados pela Constituição da República, razão pela qual se reveste de legitimidade e constitucionalidade a tipificação da conduta prevista no art. 331 do Código Penal.

17. Importante que fique claro que o delito em comento não impede a contestação dos cidadãos às atitudes dos funcionários públicos. Em verdade, o que se proíbe é que o particular aja com desprezo às funções estatais, maculando a figura do agente de Estado. Por isso que, com acerto, a doutrina tem sustentado não constituir crime de desacato “*a crítica irrogada pelo indivíduo, sem o propósito de ofender, relativamente ao serviço prestado pela Administração Pública*”⁷. Ao cidadão, por conseguinte, é reconhecido o direito de fiscalizar e de criticar a qualidade do serviço público prestado de forma insatisfatória, não incorrendo, por isso, em ofensa às normas penais.

⁵ STF, RE 511961, Relator: Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 17/06/2009, DJe-213 Divulg 12-11-2009 Public 13-11-2009 Ement Vol-02382-04 PP-00692 RTJ VOL-00213-01 PP-00605.

⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Editora Saraiva, 2013, p. 257.

⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Código penal comentado*. 9. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2015, p. 1450.



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO

18. Nessa linha, manifestou-se a Consultoria Jurídica junto ao Ministério da Justiça e Segurança Pública, na forma das Informações nº. 784/2017/CCJ/CGAE-CONJUR/CONJUR-MJ/AGU:

84. A existência do tipo penal previsto no art. 331 não retira do cidadão o direito de censurar ou criticar o comportamento de qualquer funcionário público, exigindo-lhe o cumprimento dos princípios da Administração Pública, constitucionalmente previstos, a exemplo da Eficiência (art. 37, caput, CF/88). O que se exige é que o faça com polidez, respeito e educação, assim como se exige tal postura do funcionário público.

85. Nesse entendimento ensina Fernando Henrique Mendes de Almeida, verbis:

*“**Simples censura, ou desabafo, em termos queixosos, mas sem tom insólito, não pode constituir desacato.** Nem importa que o fato não tenha tido a publicidade que o agravasse, especialmente. Importa, unicamente, que ele tenha dado, de modo a não deixar dúvida, com o objetivo de acinte e de reação indevida ao livre exercício da função pública. (...) No que toca às palavras oralmente pronunciadas, importam o tom acre e a inflexão dada à voz, quando as testemunhas possam, ao depor sobre o fato, auxiliar na prova de que a configuração do desacato é ou pode ser concluída como inegável” (in *Dos crimes contra a Administração Pública*, p. 209). (Destaque-se)*

19. Dessa forma, não remanescem razões jurídicas aptas à defesa do argumento de se tratar o crime de desacato em tipo penal incongruente com o princípio da liberdade de expressão, haja vista restar integralmente resguardado o núcleo essencial deste direito.

20. Especificamente quanto à alegação de incompatibilidade entre o delito em apreço e o previsto no art. 13 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto São José da Costa Rica), cumpre destacar que tal argumentação, por si só, não serve de justificativa para o que almeja o autor da ação, notadamente por se exigir, em sede de controle concentrado, que a violação seja direta às normas constitucionais, e não meramente reflexa a demandar o reexame prévio de norma com *status* supralegal.



**ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO**

21. Nesse ponto, como reforço argumentativo, não custa lembrar que, recentemente, ao se deparar com o debate, o Superior Tribunal de Justiça, quando do julgamento pela Terceira Seção do Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* nº. 379.269⁸, sedimentou a tese de se tratar o crime de desacato de delito harmônico com o ditame inserto na CADH.

22. Naquela oportunidade, ficou assentado, conforme entendimento da Corte Interamericana de Direitos Humanos, não se tratar a liberdade de expressão de direito absoluto, de forma a ser possível sua limitação, desde que preenchidas as específicas condições emanadas pelo próprio art. 13 do referido Pacto, senão vejamos:

Conforme foi interpretado pela jurisprudência interamericana, o artigo 13.2. da Convenção Americana exige o cumprimento das três seguintes condições básicas para que uma restrição do direito à liberdade de expressão seja admissível: (1) a restrição deve ter sido definida de forma precisa e clara por meio de uma lei formal e material, (2) a restrição deve se orientar à realização de objetivos imperiosos autorizados pela Convenção Americana, e (3) a restrição deve ser necessária em uma sociedade democrática para o sucesso dos imperiosos fins buscados; estritamente proporcional à finalidade buscada; e idônea para alcançar o imperioso objetivo que procura realizar. (Destaque-se)

23. A par dos requisitos alinhavados, concluiu o Ministro relator no sentido de o crime de desacato ser perfeitamente compatível ao direito à liberdade de expressão, já que, “além de ser objeto de previsão legal com acepção clara e precisa, revela-se essencial, proporcional e idôneo a resguardar a moral pública e, por conseguinte, a própria ordem pública”. Nesse sentido, também se manifestou o Min. Rogério Schietti, segundo o qual:

⁸ STJ, HC 379.269/MS, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Rel. p/ Acórdão Ministro Antônio Saldanha Palheiro, Terceira Seção, julgado em 24/05/2017, DJe 30/06/2017.



**ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO**

A manutenção do crime de desacato no ordenamento jurídico pelo Brasil não implica o descumprimento do art. 13 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e do respectivo princípio da liberdade de expressão.

(...)

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

(...)

A Corte Interamericana, ao tratar de casos concretos sobre o conflito entre o direito à liberdade de expressão e o direito à honra, propõe analisar, segundo as circunstâncias de cada hipótese, se a aplicação desses tipos penais (difamação, injúria, calúnia ou desacato) enseja contrariedade à Convenção Americana ao impor penas desnecessárias e desproporcionais.

Essa compreensão assemelha-se, aliás, ao entendimento esposado pela homóloga Corte Europeia de Direitos Humanos:

[...] o valor preponderante da liberdade de expressão, especialmente em questões de interesse público, não pode prevalecer sempre em todos os casos sobre a necessidade de proteger a honra e a reputação de outros, seja de pessoas privadas ou de funcionários públicos. (Caso Mamère v. France, n. 12697, § 27).

[...] permanece aberta a possibilidade para as autoridades competentes do Estado de adotar, em sua condição de garantes da ordem pública, medidas, ainda que de natureza penal, destinadas a reagir de maneira adequada e não excessiva frente a imputações difamatórias desprovidas de fundamento ou formuladas de má-fé (Caso Castells v. Spain, 23/4/1992, n. 236, § 46)⁹. (Destaque-se)

24. Também não há que se falar em violação ao princípio da legalidade. Ainda que se considerasse o crime de desacato como tipo penal aberto, tal enquadramento não seria suficiente, por si só, para o reconhecimento de abalo ao

⁹ STJ, HC 379.269/MS, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Rel. p/ Acórdão Ministro Antônio Saldanha Palheiro, Terceira Seção, julgado em 24/05/2017, DJe 30/06/2017.



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO

primado da legalidade, já que a circunstância de o Código Penal não haver discriminado, objetivamente, os diversos meios de execução dessa modalidade criminosa não significa que deixou de tipificar adequadamente o delito de desacato, cuja existência jurídica – inclusive em função do princípio constitucional da tipicidade penal (art. 5º, inc. XXXIX, da Constituição Federal), decorre da previsão normativa de “*desacatar funcionário público no exercício da função ou em razão dela*”¹⁰.

25. Impõe-se ressaltar, nesse aspecto, que o tipo penal aberto é passível de complementação, bastando para esse efeito que o aplicador da norma proceda à integração do preceito primário incriminador mediante utilização dos meios postos à sua disposição¹¹. Isto se deve, principalmente, ante a impossibilidade de o legislador prever e descrever todas as condutas possíveis de ocorrer em determinadas hipóteses.

26. Noutro giro, **não há que se cogitar ainda em afronta ao princípio da igualdade e ao que determina o Estado Democrático de Direito**, uma vez que o bem jurídico tutelado pelo crime de desacato não se confunde com a honra pessoal do servidor público.

27. Mostra-se descabida, portanto, a pretensão de transferir a punição de eventuais ofensas a título de desacato para os crimes contra a honra, pois, se assim fosse, estar-se-ia deixando de fora situações nas quais a conduta e o

¹⁰ Esse entendimento foi firmado no bojo do julgamento do Habeas Corpus nº. 70.389, pelo Ministro Celso de Mello: HC 70389, Relator: Min. Sydney Sanches, Relator p/ Acórdão: Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 23/06/1994, DJ 10-08-2001 PP-00003 EMENT VOL-02038-02 PP-00186.

¹¹ HC 70389, Relator: Min. Sydney Sanches, Relator p/ Acórdão: Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 23/06/1994, DJ 10-08-2001 PP-00003 EMENT VOL-02038-02 PP-00186.



**ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO**

comportamento ilícito não se dirigem, necessariamente, à honra da pessoa e, conseqüentemente, deixando de reprimir condutas flagrantemente amparadas pelo Direito Penal. Soma-se a isso o fato de que eventual acolhimento da pretensão implicaria perda de garantias processuais penais, notadamente pelo fato de que eventual desonra dirigida ao servidor exigiria deste, quando ofendido no exercício ou em decorrência da função pública, a representação para postulação de seu direito, ante o caráter condicionado da ação penal pertinente (art. 145, *caput*).

28. Demais disso, é juridicamente legítimo o estabelecimento de *discrímen* entre a figura do funcionário público e o particular, sem que ocorra abalo ao primado da igualdade. Tanto isso é verdade que o próprio Código Penal já o faz em outras ocasiões. Veja que, nos próprios crimes contra a honra, se prevê o agravamento da pena (art. 141, II) e a forma de ação pública condicionada, em vez de ação penal privada, quando se trate de ofensa ao funcionário público (art. 145, parágrafo único). Resta certo, pois, que o **funcionário público – que suporta o ônus decorrente de estatuto próprio – deve ser tratado de modo diferente em relação a quem não exerce a função pública, tanto quando é agente, como também quando é vítima de um crime.**

29. Ora, conforme destacado pelo Min. Rogério Schietti, “*o servidor, ao agir nessa qualidade, carrega uma diversidade de deveres funcionais e responsabilidades que o oneram sobremodo em relação ao particular. Não se trata de conceder privilégio ao servidor público e inferiorizar o particular em relação àqueles¹²”.*

¹² STJ, HC 379.269/MS, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Rel. p/ Acórdão Ministro Antônio Saldanha Palheiro, Terceira Seção, julgado em 24/05/2017, DJe 30/06/2017.



**ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO**

30. Na realidade, **o tratamento destinado aos deslizes do servidor desafia punições muito mais severas do que ao particular, atraindo a simetria em sua proteção quando no exercício da função pública.** De forma exemplificativa, cite-se o crime de furto, que possui pena de reclusão de um a quatro anos, ao passo que o peculato tem previsão de pena de reclusão, de dois a doze anos, e multa. Noutro exemplo, enquanto a inação dos deveres inerentes ao cargo na esfera particular não resulta em nenhuma consequência de ordem penal, o servidor público tem sua conduta amoldada ao crime de prevaricação (art. 319, Código Penal), cuja pena de detenção pode ser estipulada entre três meses e um ano, além de multa.

31. Com essas considerações, resta evidente a compatibilidade do crime de desacato com os preceitos fundamentais aventados pelo requerente na exordial, haja vista ser claramente admissível que o Estado adote, em sua condição de garante da ordem pública, medidas de natureza penal com o fito de punir condutas que se dirijam ao abalo da dignidade, do prestígio e do respeito devido à função pública. Apresenta-se, portanto, acertada a tipificação do crime de desacato, mormente este se destinar à proteção do Estado e de seus agentes no cumprimento da finalidade pública¹³.

¹³ De mais a mais, com vistas a reforçar a plena harmonia do dispositivo em comento com o texto republicano, tem-se que outros Países também tipificam essa conduta, tal como demonstrado por Magalhães Noronha em sua obra: “o Código Frances de 1810 (art. 222) foi seguido pelo toscano (art. 144). Era o delito denominado ultraje e considerava como vítimas os magistrados e certos funcionários, no exercício das funções ou por ocasião destas. Diversas, hoje, as leis que adotam a mesma fórmula, no tocante ao momento do delito: Códigos de Luxemburgo (art. 276), Bélgica (art. 276), Dinamarca (art. 119), Groenlândia (art. 16), Espanha (art. 240), Islândia (art. 108). Outros já aludem ao exercício da função, ou em razão desta: código português (art. 181) italiano (art. 341), argentino (art. 244). Finalmente, há ainda os que só se referem ao exercício da função: Polônia (art. 132, §1º) (Noronha, E. Magalhães. Direito Penal. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 313-315).



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO

III. DA AUSÊNCIA DOS REQUISITOS NECESSÁRIOS AO
IMPLEMENTO DA MEDIDA LIMINAR

32. Por fim, é necessário registrar que a análise da situação ora apresentada revela que os requisitos para concessão de medida liminar, quais sejam, o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, não estão presentes.

33. Quanto à probabilidade do direito, como visto, tem-se por ausente este pressuposto, diante da cabal demonstração acima realizada de que não houve qualquer afronta aos preceitos fundamentais destacados pelo requerente na inicial.

34. De igual modo, o *periculum in mora* também não se faz presente, já que a concessão da cautelar implicará estado de anomia legislativa no que toca ao crime de desacato, tipo penal este que tutela bem jurídico da mais alta relevância para a sociedade.

35. Ademais, cumpre registrar que o ajuizamento da presente ação se deu após o transcurso de significativo lapso de tempo, eis que o Código Penal data de 1940, descaracterizando-se assim, mais uma vez, o *periculum in mora*. Neste sentido é assente a jurisprudência dessa Excelsa Corte, da qual é exemplificativo o r. acórdão proferido por ocasião do julgamento da ADI – MC nº 1.923/DF.

MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI N. 9.637, DE 15 DE MAIO DE 1.998. QUALIFICAÇÃO DE ENTIDADES COMO ORGANIZAÇÕES SOCIAIS. INCISO XXIV DO ARTIGO 24 DA LEI N. 8.666, DE 21 DE JUNHO DE 1.993, COM A REDAÇÃO CONFERIDA PELA LEI N. 9.648, DE 27 DE MAIO DE 1.998. DISPENSA DE LICITAÇÃO. ALEGAÇÃO DE AFRONTA AO DISPOSTO NOS ARTIGOS 5º; 22; 23; 37; 40; 49; 70; 71; 74, § 1º E 2º; 129; 169, § 1º; 175, CAPUT; 194; 196; 197; 199, § 1º; 205; 206; 208, § 1º E 2º; 211, § 1º; 213; 215, CAPUT; 216; 218, §§ 1º, 2º, 3º E 5º; 225, § 1º, E 209. INDEFERIMENTO DA MEDIDA CAUTELAR EM RAZÃO DE DESCARACTERIZAÇÃO DO PERICULUM IN MORA. 2.



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO

Afastamento, no caso, em sede de medida cautelar, do exame das razões atinentes ao fumus boni iuris. O periculum in mora não resulta no caso caracterizado, seja mercê do transcurso do tempo --- os atos normativos impugnados foram publicados em 1.998 --- seja porque no exame do mérito poder-se-á modular efeitos do que vier a ser decidido, inclusive com a definição de sentença aditiva. (Destacou-se)

36. Finalmente, quanto ao pedido de submissão da cautelar ao juízo monocrático do Relator, entende-se estar o pleito desprovido de embasamento legal, haja vista que o comando inserto no *caput* e no § 1º do art. 5º é claro no sentido de que, não se tratando de extrema de urgência ou perigo de lesão grave, ou ainda, em período de recesso, deve ser a liminar apreciada pelo Tribunal Pleno.

37. Por essas razões, demonstrada está a impossibilidade de concessão da medida cautelar no presente caso.

IV. CONCLUSÕES

38. Diante do exposto, conclui-se pela improcedência do pedido de medida cautelar formulado pelo requerente, ante a ausência dos pressupostos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*; e, no mérito, pela total compatibilidade do crime de desacato com o texto da Constituição da República.

Brasília, 12 de dezembro de 2017.

Priscila Helena Soares Piau
Priscila Helena Soares Piau
Advogada da União

De acordo,

Rodrigo Pereira Martins Ribeiro
Rodrigo Pereira Martins Ribeiro
Advogado da União
Consultor da União



**ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO**

DOCUMENTO ANEXO:

- Informações nº. 784/2017/CCJ/CGAE-CONJUR/CONJUR-MJ/AGU,
elaboradas pela Consultoria Jurídica junto ao Ministério da Justiça e Segurança Pública.



5459737



00688.001005/2017-24



**ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA JURÍDICA JUNTO AO MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA
PÚBLICA**

**INFORMAÇÃO
Nº**

784/2017/CCJ/CGAE-CONJUR/CONJUR-MJ/AGU

PROCESSO Nº

00688.001005/2017-24

**[Informe o tipo de
ação judicial] Nº**

Arguição de Descumprimento Fundamental n. 496

REQUERENTE:

**CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL -
CFOAB**

REQUERIDO:

-

ASSUNTO:

**Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Crime de
Desacato, art. 331 do CP. Alegação de violação à liberdade de
expressão, preceito fundamenta republicano (art. 1º, parágrafo único), da legalidade
(art. 5º, inc. XXXIX), da igualdade (art. 5º, caput) e do Estado Democrático de Direito
(art. 1º), todos previstos no texto constitucional.**

Ao Coordenador-Geral da Coordenação de Assuntos Estratégicos da Consultoria Jurídica
junto ao Ministério da Justiça e Segurança Pública,

RELATÓRIO

Trata-se de Arguição de Descumprimento Fundamental n. 496 ajuizada pelo CONSELHO
FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL - CFOAB, em face do art. 331, do Código
Penal, que tipifica a conduta de desacatar funcionário público no exercício da função ou em razão dela como
crime.

2. A ação de controle concentrado foi assim resumida na Informação encaminhada pela
Consultoria-Geral da União em anexo ao MEMORANDO n. 00148/2017/CONSUNIAO/CGU/AGU:

1. Trata-se de Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental, com pedido liminar, proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, objetivando o reconhecimento do fenômeno da não recepção pela Constituição da República do art. 331 do Código do Penal, cuja redação prevê a tipificação da conduta de “desacatar funcionário público no exercício da função ou em razão dela”, ante a incompatibilidade deste dispositivo com os preceitos fundamentais constitucionalmente previstos.
2. O requerente alega que o tipo penal de desacato impede o pleno exercício do direito à liberdade de expressão pelos cidadãos, que se sentem intimidados a não se manifestarem diante de condutas praticadas por agentes públicos por receio de incorrer no referido tipo incriminador. Diante disso, sustenta que a norma viola os preceitos fundamentais republicano (art. 1º, parágrafo único), da liberdade de expressão (arts. 5º. inc. IX e 200), da legalidade (art. 5º. inc. XXXIX), da igualdade (art. 5º, caput) e do Estado Democrático de Direito (art. 1º), todos previstos no texto constitucional.
3. Para o Conselho Federal, "as normas nacionais que tipificam o crime de desacato são incompatíveis com o art. 13 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, que tutela justamente a liberdade de expressão". Desse modo, enquanto signatário da Convenção Americana, o Estado brasileiro assumiu o compromisso de adotar medidas legislativas ou de outra natureza, com o fito de resolver eventuais antinomias normativas limitadoras de direitos fundamentais, panorama este a impor seja a tipificação do crime de desacato afastado do ordenamento jurídico pátrio.
4. Ainda conforme à peça inicial, o crime de desacato "ao coibir a contestação dos cidadãos às atitudes dos agentes estatais, mostra-se em dissonância com o princípio republicano, porquanto "enfraquece a prerrogativa do cidadão de fiscalizar as atividades dos agentes públicos", de forma a subverter "a titularidade do poder político em uma sociedade democrática"
5. A corroborar a tese de violação aos preceitos fundamentais, aduz o requerente, ademais, que o delito previsto no art. 331 do Código Penal tem atribuído aos funcionários públicos posição hierarquicamente vantajosa em detrimento dos demais cidadãos, sendo certo que a ausência de incriminação daquela conduta não impede a responsabilização do suposto agente por ofensa à honra do servidor, ante a existência dos tipos penais de injúria, difamação e calúnia.
6. Por fim, pede, em caráter liminar, seja afastada “a aplicação do art. 331 do Código Penal, suspendendo-se investigações, inquéritos e ações penais nas quais haja imputação do delito de desacato”. No mérito, pugnam pela procedência do pedido "para que seja reconhecida a não recepção do art. 331 do CP pela Constituição Federal/1988, a fim de preservar os preceitos fundamentais da liberdade de expressão, republicano, da legalidade, da igualdade e do Estado Democrático de Direito".

3. Solicitou a Advogada da União, PRISCILA HELENA SOARES PIAU, por intermédio do MEMORANDO n. 00148/2017/CONSUNIAO/CGU/AGU, de 01 de novembro de 2016, a manifestação dessa Consultoria Jurídica, acerca das alegações do Requerente, para o fim de subsidiar a elaboração das informações a serem prestadas ao STF pelo Excelentíssimo Senhor Presidente da República nos autos da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 496, consignando-se como prazo para o envio das informações o dia 17/11/2017.

4. Foram solicitadas informações ao Departamento de Polícia Federal, à Secretaria Nacional de Segurança Pública desta Pasta, bem como à Coordenação-Geral de Análise de Sanção e Veto desta Consultoria Jurídica junto ao Ministério da Justiça e Segurança Pública.

5. Em resposta, a Secretaria Nacional de Segurança Pública - SENASP encaminhou o

Memorando n. 650/2017/ASS-SENASP/SENASP informando que não dispõe de elementos suficientes de convicção que possam fundamentar a posição presidencial.

6. A Coordenação-Geral de Sanção e Veto desta CJ por intermédio do Memorando n. 00018/2017/CONJUR-MJ/CGU/AGU informou não dispor de subsídios que possam auxiliar a atuação da União no presente caso.

7. Informalmente consultada a Coordenação-Geral de Elaboração Normativa, por intermédio de mensagem eletrônica informou não ter localizado informações relativas ao crime de desacato nos arquivos da extinta Secretaria de Assuntos Legislativos – SAL. Outrossim, informou ter localizado informações acerca do tema no site da Câmara dos Deputados, relativas aos seguintes projetos de lei:

PL nº 2769/2015 - Revoga dispositivo do Código Penal e do Código Militar que trata do crime de desacato e a Lei de Segurança

Situação:

CSPCCO – parecer pela rejeição aprovado.

CCJ - Aguardando Parecer do Relator na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC)

PL nº 602/2015 - Estabelece o abuso de autoridade como um ato de improbidade administrativa e extingue o crime de desacato

Situação:

CTASP: Parecer do Relator, Dep. Cabo Sabino (PR-CE), pela aprovação deste e do PL 1328/15, apensado, na forma do substitutivo, e pela rejeição do PL 1143/15, apensado.

19/08/2015 12:00 Reunião Deliberativa Ordinária

Aprovado por Unanimidade o Parecer.

CCJ – Aguarda deliberação Parecer do Relator, Dep. Cabo Sabino (PR-CE), pela constitucionalidade, injuridicidade, má técnica legislativa e, no mérito, pela rejeição deste e do PL 1143/2015, apensado; pela constitucionalidade, injuridicidade, técnica legislativa, e, no mérito, pela rejeição do PL 1328/2015, apensado, e do Substitutivo da Comissão de Trabalho, de Administração e Serviço Público.

Projeto de Lei 6749/16 - aumenta em 1/3 as penas para os crimes contra a honra, de lesão corporal, de ameaça e de desacato, quando cometidos contra médicos e demais profissionais da área de saúde no exercício da profissão.

Situação: Aguardando Parecer do Relator na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC)

8. O Departamento de Polícia Federal, por sua vez, encaminhou o Ofício nº 346/2017-COGER/PF, disponibilizando acesso externo aos autos n. SEI 00688.001005/2017-24, em cujo bojo encontram-se as seguintes peças: PARECER Nº 426/2017-SELP/COGER, Despacho n. 4558814, Despacho n. 4559481.

9. O Parecer n. 426/2017 – SELP/COGER assim versou:

1. Trata-se de pedido de informação URGENTE (prazo: 09/11/2017) encaminhado pela

Advocacia-Geral da União, acerca da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 496, proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil.

2. O Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil objetiva, em síntese, que seja reconhecida a não recepção pela Constituição Federal de 1988 do artigo 331 do Código Penal, cuja redação prevê a tipificação da conduta de “desacatar funcionário público no exercício da função ou em razão dela” ante a sua incompatibilidade deste dispositivo com os preceitos fundamentais constitucionalmente previstos.

Passo a análise detida do mérito.

3. Inicialmente, cumpre destacar que, o crime de desacato, previsto no Código Penal brasileiro no Capítulo II “Dos Crimes praticados por particular contra a Administração em geral”, consiste no fato de o agente “desacatar funcionário público no exercício da função ou em razão dela” (CP, art. 331). São dois os elementos que integram o delito: (1) a conduta de desacatar funcionário público; (2) no exercício da função ou em razão dela.

4. O bem jurídico protegido é o respeito da função pública, o regular andamento das atividades administrativas. Tanto isso é verdade que a vítima primária deste delito é o Estado. O servidor ofendido é apenas o sujeito passivo secundário.

5. No intuito de contextualizar os entendimentos do tribunais superiores pátrios acerca do crime de desacato, é importante trazer à baila julgado de 15/12/2016, da 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) em que foi decidido que desacato a autoridade não pode ser considerado crime porque contraria leis internacionais de direitos humanos, porque a tipificação é incompatível com o artigo 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos, de 22 de novembro de 1969 (Pacto de San José da Costa Rica), que garante a qualquer pessoa o direito à liberdade de pensamento e de expressão.

6. Cabe salientar que essa decisão teve origem em um recurso especial da Defensoria Pública contra a condenação de um homem pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo a mais de cinco anos de prisão por roubar uma garrafa de conhaque, desacatar policiais militares e resistir à prisão. O STJ anulou a condenação por desacato.

7. O ministro relator, Ribeiro Dantas, ratificou os argumentos apresentados pelo Ministério Público Federal 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.

8. Ressaltou, ainda, que o 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.

9. Por fim, o relator observou que a descriminalização da conduta não significa que qualquer pessoa tenha liberdade para agredir verbalmente agentes públicos, ou seja, o afastamento da tipificação criminal do desacato não impede a responsabilidade ulterior, civil ou até mesmo de outra figura típica penal (calúnia, difamação, injúria – CP, arts. 138, 139 e 140), pela ocorrência de abuso na expressão verbal ou gestual ofensiva, utilizada perante o funcionário público.

10. Ocorre que em recente decisão proferida no HC 379.269/MS, datada de 24/05/2017, a 3ª Seção do STJ entendeu pela manutenção da conduta de desacatar como crime. Em suma, foram usados os seguintes argumentos:

a) Desacato não viola a liberdade de expressão:

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”.

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.

b) Descriminalizar o desacato não traria benefícios porque o fato constituiria injúria:

A exclusão do desacato como tipo penal não traria benefício concreto para o julgamento dos casos de ofensas dirigidas a agentes públicos. Isso porque com o fim do crime de desacato, as ofensas a agentes públicos passariam a ser tratadas pelos tribunais como injúria (art. 140 do CP), crime para o qual a lei já prevê um acréscimo de 1/3 da pena

quando a vítima é servidor público (art. 141, II).

c) Corte Interamericana de Direitos Humanos admite que excessos na liberdade de expressão seja punidos:

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 punir as condutas que representem excessos no exercício da liberdade de expressão.

Assim, 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.

11. A decisão da Terceira Seção do STJ, no sentido de afirmar que continua sendo crime a conduta de desacatar, parece ser a mais acertada, mormente porque o crime de desacato visa a proteção do Estado e de seus agentes no cumprimento da finalidade pública.

12. Faz-se necessário entender que a existência, no ordenamento jurídico, do crime de desacato, não retira, de modo algum, o direito à livre expressão e manifestação do pensamento do cidadão, cujo exercício de tal direito deverá ser exercido nos limites da lei e da própria Constituição Federal de 1988.

13. Há de se destacar que a dignidade, o prestígio e o respeito pela função pública são indispensáveis ao devido desempenho da Administração Pública.

14. Neste sentido, Nélson Hungria, observa que "Todo funcionário público, desde o mais graduado ao mais humilde, é instrumento da soberana vontade e atuação do Estado. Consagrando-lhe especial proteção, a lei penal visa a resguardar não somente a incolumidade a que tem direito qualquer cidadão, mas também o desempenho normal, a dignidade e o prestígio da função exercida em nome ou por delegação do Estado".

15. Feitas essas breves considerações, sugere-se a remessa do presente expediente ao interessado (e-mail:<cj.ccj@mj.gov.br>), em caráter URGENTÍSSIMO (prazo: 09/11/2017) com os subsídios para a manifestação da União na ADPF nº 496.

Encaminhe-se ao Exmo. Senhor Coordenador-Geral de Correições para ciência e após, ao Exmo. Senhor Corregedor-Geral, para apreciação.

Despacho n. 4558814

1. Conheço do expediente.

2. Ciente do teor do Parecer nº 426/2017-SELP/COGER/PF (SEI nº 4558635), sugiro seu acolhimento e a remessa do presente expediente ao interessado (e-mail:<cj.ccj@mj.gov.br>), em caráter URGENTÍSSIMO (prazo: 09/11/2017) com os subsídios para a manifestação da União na ADPF nº 496.

3. Encaminhe-se ao Exmo. Sr. Corregedor-Geral para decisão.

Despacho n. 4559481

1. Aprovo o Despacho CGCOR/COGER/PF (nº SEI 4558814), por seus fundamentos;

2. Disponibilize-se acesso externo a este expediente (SEI 00688.001005/2017-24), por 30 dias, ao interessado (e-mail:<cj.ccj@mj.gov.br>), em caráter URGENTÍSSIMO (prazo: 09/11/2017) com os subsídios para a manifestação da União na ADPF nº 496.

10. É o relatório.

DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO E LIVRE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO

- DOS LIMITES AOS QUAIS A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO ENCONTRA-SE SUBMETIDA

11. Entende-se por direito de opinião, o direito de manifestação do pensamento. A liberdade de pensamento, de acordo com Miguel Ángel Ekmekdjian, constitui aquele espaço interno que é o espírito. Nele o homem é soberano de suas idéias e o braço opressor de nenhum tirano jamais pode alcançar. O pensamento é um processo interno de reflexões, sendo, por isso, inapropriável, irregulamentável.

12. É ainda, de acordo com Sampaio Dória,

o direito de exprimir, por qualquer forma, o que se pense em ciência, religião, arte, ou o que for. Trata-se de liberdade de conteúdo intelectual e supõe o contato do indivíduo com seus semelhantes, pela qual o homem tenda, por exemplo, a participar a outros suas crenças, seus conhecimentos, sua concepção do mundo, suas opiniões políticas ou religiosas, seus trabalhos científicos. (José Afonso da Silva. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: 1998, p.244).

13. A opinião consiste na forma com que o pensamento é exteriorizado, ingressando no campo das relações sociais e, por conseguinte, no mundo jurídico. Pode-se dizer que resume a própria liberdade de pensamento, sendo por isso doutrinariamente considerada como liberdade primária e ponto de partida das demais. A liberdade de opinião consiste no direito não só de formular juízos, conceitos e convicções, mas também de externá-los livremente. Possui força por si mesma, não necessitando de norma jurídica que garanta sua existência.

14. De acordo com Miguel Ángel Ekmekdjian, a liberdade de expressão diz respeito à vontade de tornar públicos aqueles sentimentos que nascem na solidão do espírito. Pode e deve ser tutelada pelo direito na medida em que constitui um importante direito subjetivo.

15. A Magna Carta brasileira apresenta diversos dispositivos que protegem a liberdade de opinião, reconhecendo-a em duas dimensões – como pensamento íntimo na previsão da liberdade de consciência e de crença (art. 5º, VI) e como tomada de posição pública tal qual se verifica na liberdade de crença religiosa e de convicção filosófica ou política (art. 5º, VIII). Em uns dispositivos, assegurando-a em níveis genéricos, e em outros, cuida de assegurar um dos dois parâmetros com que é estabelecida.

16. Acerca da opinião, dispõe a Carta Maior, em seu artigo 5º, inciso IV, in verbis:

É livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato (Constituição da República Federativa do Brasil, artigo 5º, inciso IV (negrito)).

17. A liberdade de manifestação do pensamento constitui um dos aspectos externos da liberdade de opinião. O dispositivo acima não esgota a tutela constitucional da opinião, havendo outros que igualmente a protegem.

18. A tutela ao direito de opinião é finalizada com o artigo 220, caput, que contém a seguinte redação, in verbis:

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 (Constituição da República Federativa do Brasil, artigo 220, *caput*).

19. A liberdade de expressão encontra-se protegida pelos seguintes dispositivos constitucionais: artigo 5º, incisos VI e IX, artigo 220, *caput* e parágrafo 2º. Ambos os dispositivos tutelam a liberdade de expressão coibindo direta ou indiretamente a censura, por ser ela o meio de restringir a manifestação do referido direito.

20. A Convenção Americana de Direitos Humanos, em seu art. 13 assim disciplina:

Artigo 13. Liberdade de pensamento e de expressão

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

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

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

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

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

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

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

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

21. No início a liberdade de expressão e informação estava ligada à dimensão individualista da livre manifestação do pensamento e da opinião. Atualmente, a essa visão individualista acresceu-se uma dimensão de cunho coletivo em que a liberdade de expressão e informação contribuem na formação da opinião pública pluralista que se mostra essencial ao funcionamento dos regimes democráticos.

A liberdade de expressão e informação, acrescida dessa perspectiva de instituição que participa de forma decisiva na orientação da opinião pública na sociedade democrática, passa a ser estimada como um elemento condicionador da democracia pluralista e como premissa para o exercício de outros direitos fundamentais. Em consequência, no caso depugna com outros direitos fundamentais ou bens de estatura constitucional, os tribunais constitucionais têm decidido que, *prima facie*, a liberdade de expressão e informação goza de preferred position. (Edilson Pereira de Farias, *op. cit.*, 1996: 134/135)

22. No que concerne à liberdade de expressão, diz-se que

A livre comunicação do pensamento e da idéia supõe a liberdade de expressão, que se traduz na liberdade de se dizer o que pensa. (Pedro Frederico Caldas, op. cit., 1997: 63/64)

23. De acordo com Francis Balle, a liberdade de expressão pode ser conceituada como o direito de cada um utilizar livremente a mídia de sua escolha para exprimir seu pensamento na comunicação com os outros, ou para ter acesso à expressão do pensamento dos outros, qualquer que seja, nos dois casos, a forma ou a finalidade desta expressão.

24. Com arrimo em Jean Rivero, pode-se dizer que

a liberdade de expressão é um meio a serviço de outra liberdade mais fundamental: a possibilidade, do receptor, de formar uma opinião pessoal. E esta liberdade pressupõe uma outra que não apenas se limita a conhecer várias opiniões, mas implica conhecer a realidade sobre a qual tais opiniões se formaram. É o direito à informação. (Vera Maria de Oliveira Nusdeo Lopes, op. cit., 1997: 186/187).

25. Ambas as liberdades – de expressão e de informação - são deduzidas da liberdade de manifestação do pensamento, estando sempre unidas em razão do fato de que a liberdade de pensamento teria pequeno valor sem a possibilidade de expressar-se ou difundir-se.

26. Atualmente entende-se a liberdade de expressão e informação como sendo

um direito subjetivo fundamental assegurado a todos os indivíduos, consistindo na faculdade de manifestar livremente o próprio pensamento, idéias e opiniões através da palavra, escrito, imagem ou qualquer outro meio de difusão, bem como no direito de comunicar ou receber informação verdadeira, sem impedimentos nem discriminações. (Edilson Pereira de Farias, op. cit., 1996: 131)

27. A doutrina e a jurisprudência cuidam de fazer uma distinção entre liberdade de expressão e informação. Segundo tal distinção,

“o objeto da liberdade de expressão seria a expressão de pensamentos, idéias e opiniões, conceito amplo dentro do qual se deve incluir também as crenças e juízos de valor.” (Edilson Pereira de Farias, op. cit., 1996: 131)

28. Já a liberdade de informação englobaria

“o direito de comunicar e receber livremente informações sobre feitos, ou talvez mais restritivamente sobre feitos que podem ser considerados noticiáveis.” (Edilson Pereira

29. A referida distinção cumpre importante papel no que concerne à densificação do âmbito de proteção dos direitos em tela. Ressalta-se que a liberdade de expressão tem âmbito de proteção mais amplo que a liberdade de informação em razão do fato de não se sujeitar ao limite interno da veracidade que é aplicado à liberdade de informação.

30. A titularidade da liberdade de expressão é atribuída a todos os homens indistintamente.

31. A liberdade de expressão e informação, assim como os demais direitos e liberdades fundamentais, está sujeita a limites, pois nenhum direito é absoluto. Os limites podem ser justificados, no mínimo, pela necessidade de se possibilitar a convivência social.

A liberdade de expressão e informação é uma liberdade amplamente recortada em seu exercício por outras liberdades e conceitos limitadores. (Vera Maria de Oliveira Nusdeo Lopes, op. cit., p. 199.)

32. Acerca da existência de limites ao direito à Liberdade de Expressão, a Corte Interamericana de Direitos Humanos assim se posicionou:

"A liberdade de expressão não é um direito absoluto. O artigo 13 da Convenção Americana dispõe expressamente – em seus incisos 2, 4 e 5 – que ela pode estar sujeita a certas restrições e estabelece o marco geral das condições que tais restrições devem cumprir para serem legítimas. A regra geral está prevista no inciso 2, pelo qual “o exercício do direito previsto no inciso precedente não pode estar sujeito à censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente fixadas pela lei e ser necessárias para assegurar: (a) o respeito aos direitos e à reputação das demais pessoas; (b) a proteção da segurança nacional, da ordem pública ou da saúde ou da moral públicas”. Por sua vez, o inciso 4 dispõe que “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”. O inciso 5 prevê que “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”.

Ao interpretar esse artigo, a jurisprudência interamericana desenvolveu um teste tripartite para controlar a legitimidade das restrições, em virtude do qual estas devem cumprir com uma série de condições precisas para serem admissíveis sob a Convenção Americana. Essas condições são explicadas em detalhe a seguir. A CIDH e a Corte Interamericana também têm considerado: (a) que certas formas de restrição da liberdade de expressão são admissíveis, e (b) que alguns tipos de restrições, pelo tipo de discurso sobre o qual recaem, ou pelos meios que utilizam, devem se sujeitar a um exame mais estrito e exigente para serem válidas sob a Convenção Americana (...).

33. Como bem apontado por Gilmar Ferreira Mendes, a liberdade de expressão não é concebida na Constituição como um direito absoluto, mas sim como um direito sujeito a limites, a restrições. Tal entendimento coaduna-se com o disposto no artigo 220 da Constituição, que dispõe que “a manifestação

de pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.”

34. Vê-se que a Magna Carta não impediu que se limitasse a liberdade de expressão e informação. Tampouco a Convenção Interamericana de Direitos Humanos ou a Declaração Universal de Direitos Humanos contém previsão de direitos absolutos.

35. A Declaração Universal dos Direitos Humanos consagra em seu art. 19 que a liberdade de expressão representa “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”.

36. Conforme leciona Francis Balle, as limitações à liberdade de expressão e informação podem ser de duas espécies: técnicas ou de segurança, sempre que o exercício signifique uma ameaça ao exercício de outras liberdades fundamentais.

37. As limitações técnicas são provenientes da natureza de algumas das formas de comunicação da atualidade. As de segurança são decorrentes da necessidade de convivência entre os vários direitos assegurados aos indivíduos, bem como em razão de manutenção da ordem e da segurança pública.

38. Está sujeita a limites internos e externos, os quais manifestam-se, respectivamente, nas responsabilidades sociais e no compromisso com a verdade ora tratados, e nos limites de outros direitos igualmente fundamentais.

39. Já acerca dos limites externos, consubstanciados nos limites de outros direitos igualmente fundamentais, algumas considerações devem ser tecidas.

40. A existência dos limites externos deve-se ao caráter principiológico dos direitos fundamentais, que não se submetem à regra do tudo ou nada diante de conflitos. Pelo contrário, sujeitam-se à ponderação objetivando-se uma coexistência harmônica, a preservação do núcleo essencial e à máxima efetividade dos mesmos.

41. Nesse sentido, tem-se a intimidade e outros direitos fundamentais como limites externos da liberdade de expressão e informação.

42. A Constituição Federal estabelece uma limitação a que se sujeita a liberdade de expressão e informação, no parágrafo primeiro de seu artigo 220, que assim dispõe, in verbis:

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. (Constituição da República Federativa do Brasil, artigo 220, parágrafo 1º.)

43. Esse dispositivo assegura a plena liberdade de informação e ao mesmo tempo estabelece um limite a seu exercício, proclamando a inviolabilidade da vida privada e de outros direitos da personalidade.

44. O mencionado dispositivo constitucional constitui uma autorização para o legislador infraconstitucional disciplinar o exercício da liberdade em tela, isto é, complementar, precisar, definir o conteúdo de proteção do direito fundamental ou até mesmo atribuir-lhe uma disciplina jurídica.

Tem-se, pois, aqui expressa a reserva legal qualificada, que autoriza o estabelecimento de restrição à liberdade de imprensa com vistas a preservar outros direitos individuais, não menos significativos, como os direitos da personalidade em geral. (Gilmar Ferreira Mendes, op. cit., 1998: 87)

45. A liberdade de expressão e informação deve também respeito aos valores éticos e sociais da pessoa, da família e do Estado, sendo estes também um limite a ela imposto.

46. Limitações à liberdade de expressão e informação estão presentes não só na Constituição Federal, mas também em diversas fontes, tais como o Código Penal, o Código de Telecomunicações, Lei Eleitoral.

47. Toda restrição a direitos, liberdades e garantias deve ser tida no contexto da ordem constitucional; deve ser fundada na Constituição, devendo esta consenti-la.

48. Assim, a partir da leitura do dispositivo constitucional acerca da liberdade de expressão e informação, percebe-se que o âmbito de proteção da mesma consiste na proteção ao direito de veicular notícias e o pensamento – direito ao exame valorativo dos fatos e situações. A proteção à liberdade de opinião e expressão destina-se precipuamente a permitir uma adequada, autônoma e igualitária participação dos indivíduos na esfera pública.

49. No caso da liberdade de expressão e informação, sua previsão constitucional (art. 5º, IV, XIV, CF) conta com um status de constitucionalidade reforçada, não podendo ser objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a aboli-la (art. 60, 4º, IV, CF), constituindo-se em cláusula pétreia. A despeito disso, e conforme já se adiantou, tais direitos podem sofrer restrição legal desde que seja no intuito de salvaguardar outros direitos fundamentais. Assim é que a Lei Fundamental brasileira previu expressamente que

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. (Constituição da República Federativa do Brasil, artigo 220, *caput* (negrito)).

50. Evidenciado está o fato de que o exercício de tais direitos há de levar em conta as limitações delineadas no próprio texto constitucional (dentre as quais se insere o direito de resposta, assegurado proporcionalmente ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem). O artigo 5º, inciso V da CF prevê o direito de resposta, que é uma garantia de eficácia do direito à intimidade.

51. Numa outra cláusula constitucional, encontra-se a segunda hipótese acima mencionada, qual seja, a possibilidade de restrição de direito fundamental para salvaguardar outro direito fundamental – limite imanente. Trata-se da cláusula constante do parágrafo 1º, art. 220, do Texto Magno, segundo o qual

nenhuma lei conterà 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, XIV. (Constituição da República Federativa do Brasil, artigo 220, parágrafo 1º (negrito))

52. A constituição prevê, expressamente, reserva de lei restritiva, que muito bem poderá limitar o exercício da liberdade de expressão e de informação para salvaguardar outros direitos fundamentais.

53. Prevê a Constituição Federal no artigo 220, parágrafo 3º, limitações à liberdade de expressão e informação, de ordem infraconstitucional.

54. A liberdade de expressão e informação não é absoluta; como dissemos, é princípio constitucional e como tal pode ser objeto de restrições, objetivando sua harmonização com outros princípios igualmente fundamentais.

55. É verdade que a Constituição brasileira contém uma regra proibindo qualquer intervenção estatal na livre circulação das idéias e manifestação do pensamento, prevendo a responsabilização ulterior daqueles que exercitaram seu direito de forma abusiva. Essa proibição, entretanto, não é absoluta, mas sim uma proibição *prima facie*.

56. Destaca-se do julgamento ADPF 130 o seguinte trecho do voto do Ministro Ayres Brito:

"O art. 220 é de instantânea observância quanto ao desfrute das liberdades de pensamento, criação, expressão e informação que, de alguma forma, se veiculem pelos órgãos de comunicação social. Isto sem prejuízo da aplicabilidade dos seguintes incisos do art. 5º da mesma CF: vedação do anonimato (parte final do inciso IV); do direito de resposta (inciso V); direito a indenização por dano material ou moral à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas (inciso X); livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer (inciso XIII); direito ao resguardo do sigilo da fonte de informação, quando necessário ao exercício profissional (inciso XIV). Lógica diretamente constitucional de calibração temporal ou cronológica na empírica incidência desses dois blocos de dispositivos constitucionais (o art. 220 e os mencionados incisos do art. 5º). Noutros termos, primeiramente, assegura-se o gozo dos 'sobredireitos' de personalidade em que se traduz a 'livre' e 'plena' manifestação do pensamento, da criação e da informação. Somente depois é que se passa a cobrar do titular de tais situações jurídicas ativas um eventual desrespeito a direitos constitucionais alheios, ainda que também densificadores da personalidade humana. Determinação constitucional de momentânea paralisação à inviolabilidade de certas categorias de direitos subjetivos fundamentais, porquanto a cabeça do art. 220 da Constituição veda qualquer cerceio ou restrição à concreta manifestação do pensamento (vedado o anonimato), bem assim todo cerceio ou restrição que tenha por objeto a criação, a expressão e a informação, seja qual for a forma, o processo, ou o veículo de comunicação social. Com o que a Lei Fundamental do Brasil veicula o mais democrático e civilizado regime da livre e plena circulação das ideias e opiniões, assim como das notícias e informações, mas sem deixar de prescrever o direito de resposta e todo um regime de responsabilidades civis, penais e administrativas. Direito de resposta e responsabilidades que, mesmo atuando a posteriori, inftetem sobre as causas para inibir abusos no desfrute da plenitude de liberdade de imprensa. (...) Sem embargo, a excessividade indenizatória é, em si mesma, poderoso fator de inibição da liberdade de imprensa, em violação ao princípio constitucional da proporcionalidade. A relação de proporcionalidade entre o dano moral ou material sofrido por alguém e a indenização que lhe caiba receber (quanto maior o dano maior a indenização) opera é no âmbito interno da potencialidade da ofensa e da concreta situação do ofendido. Nada

tendo a ver com essa equação a circunstância em si da veiculação do agravo por órgão de imprensa, porque, senão, a liberdade de informação jornalística deixaria de ser um elemento de expansão e de robustez da liberdade de pensamento e de expressão lato sensu para se tornar um fator de contração e de esqualidez dessa liberdade. Em se tratando de agente público, ainda que injustamente ofendido em sua honra e imagem, subjaz à indenização uma imperiosa cláusula de modicidade. Isto porque todo agente público está sob permanente vigília da cidadania. E quando o agente estatal não prima por todas as aparências de legalidade e legitimidade no seu atuar oficial, atrai contra si mais fortes suspeitas de um comportamento antijurídico francamente sindicável pelos cidadãos. (...) Aplicam-se as normas da legislação comum, notadamente o CC, o CP, o CPC e o CPP às causas decorrentes das relações de imprensa. O direito de resposta, que se manifesta como ação de replicar ou de retificar matéria publicada é exercitável por parte daquele que se vê ofendido em sua honra objetiva, ou então subjetiva, conforme estampado no inciso V do art. 5º da CF. Norma, essa, 'de eficácia plena e de aplicabilidade imediata', conforme classificação de José Afonso da Silva. 'Norma de pronta aplicação', na linguagem de Celso Ribeiro Bastos e Carlos Ayres Britto, em obra doutrinária conjunta." (ADPF 130, rel. min. Ayres Britto, julgamento em 30-4-2009, Plenário, DJE de 6-11-2009.) Vide: ADI 4.451-MC-REF, rel. min. Ayres Britto, julgamento em 2-9-2010, Plenário, DJE de 24-8-2012.

57. Tal entendimento é manifesto no julgamento da ADPF 130:

Não obstante a cabeça do art. 220 da CF vede qualquer cerceio ou restrição à concreta manifestação do pensamento, bem assim todo cerceio ou restrição que tenha por objeto, a expressão e a informação, pouco importando a forma, o processo, ou o veículo de comunicação social, o exercício de tais liberdades não implica uma fuga do dever de observar todos os incisos igualmente constitucionais.

Num primeiro momento assegura-se o exercício da liberdade, num segundo momento passa-se a cobrar do titular de tais direitos à liberdade um eventual desrespeito a direitos constitucionais alheios, ainda que também densificadores da personalidade humana; ou seja, como exercer em plenitude o direito à manifestação do pensamento e de expressão em sentido geral (sobredireitos de personalidade, reitere-se a afirmativa), sem a possibilidade de contraditar, censurar, desagradar e até eventualmente chocar, vexar, denunciar terceiros.

Não há como garantir a livre manifestação do pensamento, tanto quanto o direito de expressão lato sensu (abrangendo, então, por efeito do caput do art. 220 da CF, a criação e a informação), senão em plenitude. Senão colocando em estado de momentânea paralisia a inviolabilidade de certas categorias de direitos subjetivos fundamentais, como, por exemplo, a intimidade, a vida privada, a imagem e a honra de terceiros. Tal inviolabilidade, aqui, ainda que referida a outros bens de personalidade (o entrechoque é entre direitos de personalidade), não pode significar mais que o direito de resposta, reparação pecuniária e persecução penal, quando cabíveis; não a traduzir um direito de precedência sobre a multicitada parilha de sobredireitos fundamentais: a manifestação do pensamento e a expressão em sentido geral. Sendo que, no plano civil, o direito à indenização será tanto mais expressivo quanto maior for o peso, o tamanho, o grau da ofensa pessoal. Donde a Constituição mesma falar de direito de resposta "proporcional ao agravo", sem distinguir entre o agravado agente público e o agravado agente privado. Proporcionalidade, essa, que há de se comunicar à reparação pecuniária, naturalmente. Mas sem que tal reparação financeira descambe jamais para a exacerbação, porquanto: primeiro, a excessividade indenizatória já é, em si mesma, poderoso fator de inibição da liberdade de imprensa; segundo, esse carregar nas cores da indenização pode levar até mesmo ao fechamento de pequenos e médios órgãos de comunicação social, o que é de todo impensável num regime de plenitude da liberdade de informação jornalística.

E esse querer objetivo da Constituição reside no juízo de que a relação de proporcionalidade entre o dano moral ou material sofrido por alguém e a indenização que lhe cabe receber (quanto maior o dano, maior a indenização) opera é no próprio interior da relação entre a potencialidade da ofensa e a concreta situação do ofendido. Nada tendo a ver com essa equação a circunstância em si da veiculação do agravo por órgão de

imprensa. Repito: nada tendo a ver com essa equação de Direito Civil a circunstância da veiculação da ofensa por órgão de imprensa, porque, senão, a liberdade de informação jornalística deixaria de ser um elemento de expansão e de robustez da liberdade de pensamento e de expressão lato sensu para se tornar um fator de contração e de esqualidez dessa liberdade. Até de nulificação, no limite.

81. Esse sistema próprio de equilíbrio entre a liberdade de comunicação e o respeito aos direitos da personalidade provoca imperativamente uma análise científica daquilo que se denomina processo de ponderação. Insere-se nesse processo de ponderação a preservação da dignidade da pessoa humana, que se reveste de limite possível ao exercício da liberdade de imprensa.

58. Ainda no que concerne aos limites ou restrições à liberdade de expressão, a Corte Interamericana de Direitos Humanos pontua:

Conforme foi interpretado pela jurisprudência interamericana, o artigo 13.2. da Convenção Americana exige o cumprimento das três seguintes condições básicas para que uma restrição do direito à liberdade de expressão seja admissível: (1) a restrição deve ter sido definida de forma precisa e clara por meio de uma lei formal e material, (2) a restrição deve se orientar à realização de objetivos imperiosos autorizados pela Convenção Americana, e (3) a restrição deve ser necessária em uma sociedade democrática para o sucesso dos imperiosos fins buscados; estritamente proporcional à finalidade buscada; e idônea para alcançar o imperioso objetivo que procura realizar.

59. Soma-se ao rol acima a observância do princípio da legalidade, tratando-se de norma penal.

60. Feitas tais considerações, passa-se à análise do tipo penal previsto no art. 331 do CP que prevê o crime de desacato.

61. O art. 331 do CP encontra-se assim redigido:

Art. 331. Desacatar funcionário público no exercício da função ou em razão dela:
Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, ou multa.

62. Busca o tipo penal tutelar a dignidade da Administração Pública, bem como o regular desempenho de suas funções. Assim, não tutela a honra da pessoa investida no cargo público, mas sim a dignidade da função, do próprio cargo.

63. Segundo Nelson Hungria, todo funcionário público, desde o mais graduado ao mais humilde, é um instrumento da soberana vontade e atuação do Estado, motivo por que o ataque moral contra ele dirigido, se refere – direta ou indiretamente – à função pública exercida.

Durante a Antiguidade, constituía crime dos mais graves qualquer ataque à integridade corporal ou moral da autoridade pública, notadamente quando se tratava de magistrados (considerada nesse caso injúria atrox), conotação que subsistiu na Idade Média. Ao tempo das codificações, notou-se divergência da maneira como o assunto passou a ser tratado, variando entre modelos que definem o ato como crime contra a honra agravado e outros em que constitui delito sui generis.

As Ordenações do Reino Português, vigentes no Brasil até 1830, incriminavam as injúrias

praticadas contra julgadores e seus oficiais. O Código Imperial tipificou o ato como calúnia ou injúria agravadas, diversamente do Código Penal de 1890, que a regulou com o nomen iuris atual, embora com definição diversa daquela adotada em 1940. (Estefam, André, Direito Penal, Parte Especial (arts. 235 a 359-H), 4ª edição, São Paulo, Ed. Saraiva, 2007, p. 650.)

64. A conduta penal tipificada dá-se com a imposição de ofensas ao funcionário em razão de seu ofício. O núcleo do tipo consiste no ato de desacatar, ou seja, ofender, humilhar, menoscular ou desprezar. Assim como na descrição típica do crime de desobediência, constitui elementar e, portanto, requisito essencial do crime, que a ofensa seja proferida contra “funcionário público”, termo que deve ser compreendido restritamente, de modo a abranger somente quem exerça cargo, emprego ou função pública, ainda que transitoriamente ou sem remuneração (art. 327, caput).

65. O elemento subjetivo do tipo, dolo engloba a vontade e a consciência de menoscular a função exercida, personificada no servidor que a desempenha, sendo indispensável para a configuração do tipo a ciência de que o destinatário da ofensa seja funcionário público (caso contrário haverá crime contra a honra – arts. 138 a 140 do CP).

66. Colhe-se das lições de André Estefam:

A doutrina costuma destacar as duas formas de se cometer o desacato, traduzidas nas elementares “no exercício da função” ou “em razão dela”, como indicativas, respectivamente, do nexos ocasional e do nexos causal. Significa que, no primeiro caso, basta que o funcionário encontre-se no regular desempenho de seus misteres, pouco importando, segundo majoritariamente se sustenta, os motivos da ofensa, que poderiam até ser de natureza privada (é dizer, completamente alheios ao exercício funcional). No segundo caso (nexos causal), o servidor não está no exercício de seus deveres legais, devendo então a ofensa vincular-se obrigatoriamente à função pública (se decorrente de motivos alheios, haverá crime contra a honra).

Bitencourt discorda desse ponto de vista e aduz que o essencial é, em qualquer caso, a existência do nexos funcional (ou seja, o ataque deve ser dirigido, direta ou indiretamente, à função pública). De acordo com o emitente tratadista: “Considerando que a finalidade da norma penal é tutelar a função pública, e, por extensão, a Administração Pública; considerando que o tipo penal exige como elemento subjetivo especial o propósito de depreciar a função pública e, secundariamente, o próprio funcionário; e, ainda, considerando que o ofensor deve ter consciência da condição de funcionário do ofendido e de que se encontra no exercício da função (ou em razão dela), deve-se entender que “no exercício da função” significa que a ofensa irrogada necessita, obrigatoriamente, relacionar-se a fato inerente à função do ofendido, isto é, que a motivação do sujeito ativo represente sua insatisfação com a prática ou postura do ofendido no exercício de dita função pública. (...) Por isso, mesmo que o ofensor moralmente, por razões particulares, sem qualquer vínculo com a sua função, ainda que no exercício dela se encontre, com a vênua devida, o crime será contra a honra, jamais de desacato, pois o propósito de ofender é pessoal, e não funcional.

A objeção ao pensamento dominante nos parece justa. Não é possível dar-se ao tipo do desacato alargamento maior do que aquele que cabe dentro de sua esfera de proteção, circunscrita à dignidade da Administração Pública. A objetividade jurídica deve sempre servir de elemento interpretativo para se conhecer o verdadeiro alcance da norma, o que, no presente caso, faz com que dele se exclua toda e qualquer ofensa que não ocorra propter officium, deslocando-a para a classe dos delitos contra a honra.

Deve-se frisar, ainda, que só existe desacato quando a conduta é praticada na presença do funcionário público. Não é preciso que estejam face a face o agente e o ofendido, mas devem se encontrar próximos, de modo a que o intraneus possa captar com clareza, seja ouvindo ou vendo, o ato do extraneus. (Estefam, André, Direito Penal, Parte Especial (arts. 235 a 359-H), 4ª edição, São Paulo, Ed. Saraiva, 2007)

67. Consoante Magalhães Noronha, origina-se no fato de se considerarem qualificadas as injúrias e ofensas para certa categoria de pessoa, tal qual acontecia em Roma, quando as respectivas penas eram majoradas caso praticadas contra magistrados.

68. Por certo que o desacato é especial forma de injúria, caracterizado como uma ofensa à honra e ao prestígio dos órgãos que integram a Administração Pública.

69. A razão para a tutela especial deve-se ao fato de ser o funcionário público portador de um interesse público, desempenhando papel de relevo no Estado.

70. Colhe-se do voto condutor do aresto proferido pelo. E. STJ no julgamento do HC 379269, por intermédio do qual a Corte Superior modificou o pensamento no que concerne ao crime de desacato:

...

Em continuidade, reportando-se aos seus próprios dizeres em "Oltraggio a um pubblico ufficiale" (Enciclopédia jurídica, v. 21, Roma, 1990, p. 2), Antonio Pagliaro assevera:

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

Diversas as razões dessa particular tutela.

De um lado, se uma pessoa física age por conta da administração pública, é lógico que o Estado, que dela solicitou que agisse em seu nome, assuma a tarefa de tutelá-la das ofensas que ela venha a padecer no exercício ou por causa de suas funções.

De outro lado, a turbção psicológica que poderá apossar-se do funcionário quando ofendido em suas funções ou em razão delas eventualmente alterará seu processo decisório, fazendo-o assumir decisões errôneas ou tornando sua ação hesitante ou incerta. Em suma, a ofensa à honra do funcionário poderá acarretar dano ao bom andamento da Administração Pública.

Por derradeiro, a ofensa ao funcionário atinge o prestígio da Administração Pública. E o prestígio é um dos elementos com os quais a Administração deverá contar se pretende operar com eficácia" (Op. Cit. p. 185).

Nesse plano, ainda devem ser reverberados os dizeres cirúrgicos de Magalhães Noronha:

"O bem jurídico considerado é a dignidade, o prestígio, o respeito devido à função pública. É o Estado diretamente interessado em que aquele seja protegido e tutelado, por ser indispensável à atividade e à dinâmica da administração pública. Sem isso, não poderiam os agentes desta exercer de modo eficaz suas funções, por via das quais é atingida a finalidade superior, de caráter eminentemente social, que a administração busca e procura." (Noronha, E. Magalhães, 1906-1982. Direito penal – 33. ed., atual. / por Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha. – São Paulo: Saraiva, 2003. p. 317).

Não menos importantes são os cinzelados com a acribia de Nelson Hungria ao ensinar in verbis:

Desacatar é faltar ao acatamento, faltar ao acatamento, faltar ao respeito, tratar com irreverência (desprezar, subestimar, afrontar, menoscabar). No caso, o desrespeito, visando o funcionário, já vem destinado a resvalar do indivíduo para o funcionário, do funcionário para a função, desta para a administração, para o poder público. Há para o

desacato tôda uma escala, tôda uma gama a percorrer, que vai da simples indiferença, da simples inatenção, do não tomar conhecimento da presença do funcionário, da ironia duvidosa, do sarcasmo até o doesto, a injúria, o achincalhe mais brutal.

(Comentários ao Código penal: Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. – Rio de Janeiro: Forense, 1942-1958. 9 v. p. 342).

Como bem enfrentado por Jorge Beltrão, o crime de desacato é "uma imposição social; sob pena de subversão da ordem jurídica na aplicação e cumprimento das ordens emanadas das autoridades revestidas de função pública", de modo que a proteção legal tem por escopo "preservar a hegemonia da função na proteção do indivíduo que a exerce, cuja garantia no cumprimento do dever é um imperativo da ordem." (Beltrão, Jorge. Desacato, Resistência, Desobediência. São Paulo: Juriscredi, 1971. p. 55/56).

Pontificando adiante, faz o seguinte alerta:

"É difícil o exercício da função pública e mais difícil ainda seria se não houvesse a proteção legal para os atos do funcionário no exercício amplo de suas funções.

Pois a ofensa pode ser real ou moral, por atos ou palavras, mas com o objetivo precípuo de aviltamento da autoridade do agente que executa a ordem judicial ou administrativa." (Op. Cit. p. 58)

Noutro giro, demonstra-se frágil a proposta de tratamento igualitário e uniforme à tutela dos direitos da Administração contra o particular pautar-se pelos crimes de injúria e difamação (dos crimes contra honra – Capítulo V, Código Penal), diante de eventual desonra dirigida ao servidor, pois exigiria desse, quando ofendido no exercício ou em decorrência da função pública (propter officium), a representação para postulação de seu direito, dado o caráter condicionado da ação penal pertinente (art. 145, caput, do CP), ou, ainda, caso não opte pela via do Juizado Especial Criminal, a necessária contratação de advogado, no caso de inércia do Parquet, para que intentada a ação penal privada subsidiária da pública, bem como caso optasse pelo oferecimento de queixa-crime, passando ao largo, por ora, das controvérsias que circundam o verbete n. 714 da Súmula do STF, a respeito da legitimidade concorrente nela referida.

A consequência desse desamparo normativo poderia culminar em desforço pessoal ou acomodação e, até mesmo, desídia do funcionário no exercício de suas atribuições.

Nesse rumo, não se deve olvidar que o servidor público tem a obrigação legal de dispensar tratamento diferenciado ao particular, atuando com urbanidade, educação, civilidade, lhanza, entre outros múnus decorrentes da função que derivam do bom trato que lhe é exigido no seu desempenho, submetendo-se a procedimento disciplinar que pode vir a resultar na imposição de severas sanções, no caso de inobservância de tais deveres, listados no rol do art. 116 da Lei 8.112/1990, ex positis:

Art. 116. São deveres do servidor:

I - exercer com zelo e dedicação as atribuições do cargo;

II - ser leal às instituições a que servir;

III - observar as normas legais e regulamentares;

IV - cumprir as ordens superiores, exceto quando manifestamente ilegais;

V - atender com presteza :

a) ao público em geral, prestando as informações requeridas, ressalvadas as protegidas por sigilo;

b) à expedição de certidões requeridas para defesa de direito ou esclarecimento de situações de interesse pessoal;

c) às requisições para a defesa da Fazenda Pública.

VI - levar ao conhecimento da autoridade superior as irregularidades de que tiver ciência em razão do cargo;

VI - levar as irregularidades de que tiver ciência em razão do cargo ao conhecimento da autoridade superior ou, quando houver suspeita de envolvimento desta, ao conhecimento de outra autoridade competente para apuração;

VII - zelar pela economia do material e a conservação do patrimônio público;

- VIII - guardar sigilo sobre assunto da repartição;
 - IX - manter conduta compatível com a moralidade administrativa ;
 - X - ser assíduo e pontual ao serviço;
 - XI - tratar com urbanidade as pessoas ;
 - XII - representar contra ilegalidade, omissão ou abuso de poder.
- (grifei)

Ressalte-se que o excesso no desatendimento dos deveres administrativos transbordam para o tipo penal, a incorrer em possíveis sanções provenientes da Lei de Abuso de Autoridade ou outro delito previsto no próprio Código Penal.

Com isso, o tratamento destinado aos deslizes do servidor desafiam punições muito mais severas do que ao particular, atraindo a simetria em sua proteção quando no exercício da função pública. De forma exemplificativa, cito o crime de furto, que possui pena de reclusão de 1 (um) a 4 (quatro) anos, ao passo que o peculato tem previsão de pena de reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa; noutro exemplo, enquanto a inação dos deveres inerentes ao cargo na esfera particular não resulta em nenhuma consequência de ordem penal, o servidor público tem sua conduta amoldada ao crime de prevaricação (art. 319, CP), cuja pena de detenção pode ser estipulada entre 3 (três) meses e 1 (um) ano, além de multa.

À vista desse cenário, com ostensível incomplexidade, alcança-se a conclusão de que 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.

Posto isso, forçoso concluir que o panorama desenhado no corpo deste voto desemboca no entendimento de que foram preenchidas as 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.

Nesse palmilhar, portanto, voltando-se às nuances que deram ensejo à impetração sob exame, notadamente os externados na peça acusatória, deve ser mantido o acórdão combatido 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, o que, por certo, demanda maior esgotamento probatório a fim de se alcançar a conclusão acerca de sua incidência. (In HC 379269, voto proferido pelo Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, Relator para acórdão, DJe de 30/06/2017).

...

71. Tal qual ressaltado, a constituição prevê, expressamente, reserva de lei restritiva, que muito bem poderá limitar o exercício da liberdade de expressão e de informação para salvaguardar outros direitos fundamentais, inserindo-se o crime de desacato como um dentre as várias restrições ao exercício da livre manifestação do pensamento, na medida em que a liberdade de expressão e informação não é absoluta, podendo ser objeto de restrições, objetivando sua harmonização com outros princípios igualmente fundamentais, in casu a proteção da condição de funcionário público e, por via reflexa, em seu maior espectro, a honra lato sensu da Administração Pública.

72. Imperioso ainda trazer à colação voto proferido pelo e. Ministro Rogério Schietti Cruz no julgamento do HC 379269 acima mencionado:

...

Porém, nesse aspecto, tenho uma pequena dissidência em relação ao voto do relator: a meu sentir, a manutenção do crime de desacato no ordenamento jurídico pelo Brasil não implica – como sustentam a Defensoria Pública do Estado do Mato Grosso do Sul, a Defensoria Pública da União, a Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão e o representante do MPF nesta assentada – o descumprimento do art. 13 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e do respectivo princípio da liberdade de expressão.

As normas de direito internacional, integrantes do nosso ordenamento jurídico, podem ser interpretadas como qualquer outra, não havendo essa força vinculante que se procurou a elas emprestar.

O art. 13, II, da Convenção – dispositivo que teria sido, segundo sustentado no voto do eminente relator, desrespeitado pelo Tribunal de origem – cuida do direito à informação. Após sua definição, dispõe o seguinte:

[...]

O exercício do direito previsto no inciso precedente não pode estar sujeito à 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. [...]

Resulta evidente que esse dispositivo permite a criação de tipos penais que objetivem proteger, como bem jurídico digno de proteção, a honra subjetiva da pessoa humana, bem como o respeito à ordem e à moral públicas, de que devem ser destinatários os serviços prestados pelo Estado ao público em geral. Ademais, qualquer servidor, no exercício de uma função

pública, ao tratar com o particular, deve merecer essa proteção, não tanto para tutelar a sua honra subjetiva – porque essa proteção já encontra guarida nos crimes contra a honra – mas para garantir o respeito que se deve destinar aos funcionários que representam e apresentam o estado nos variados tipos de serviços públicos que são prestados.

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

Confirmam-se os seguintes trechos do julgamento de Kimel vs. Argentina:

[...]

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

55. Por sua vez, o artigo 11 da Convenção estabelece que toda pessoa tem direito ao respeito de sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade. Isso implica em limites às ingerências dos particulares e do Estado. Por isso, é legítimo que quem se considere afetado em sua honra recorra aos meios judiciais que o Estado disponha para sua proteção.

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

75. El ejercicio de cada derecho fundamental tiene que hacerse con respeto y salvaguarda de los demás derechos fundamentales. En ese proceso de armonización le cabe un papel medular al Estado buscando establecer las responsabilidades y sanciones

que fueren necesarias para obtener tal propósito. Que se haga uso de la vía civil o penal dependerá de las consideraciones que abajo se mencionan.

[...]

77. Tomando en cuenta las consideraciones formuladas hasta ahora sobre la protección debida de la libertad de expresión, la razonable conciliación de las exigencias de tutela de aquel derecho, por una parte, y de la honra por la otra, y el principio de mínima intervención penal característico de una sociedad democrática, el empleo de la vía penal debe corresponder a la necesidad de tutelar bienes jurídicos fundamentales frente a conductas que impliquen graves lesiones a dichos bienes, y guarden relación con la magnitud del daño inferido. La tipificación penal de una conducta debe ser clara y precisa, como lo ha determinado la jurisprudencia de este Tribunal en el examen del artículo 9 de la Convención Americana.

78. La Corte no estima contraria a la Convención cualquier medida penal a propósito de la expresión de informaciones u opiniones, pero esta posibilidad se debe analizar con especial cautela, ponderando al respecto la extrema gravedad de la conducta desplegada por el emisor de aquéllas, el dolo con que actuó, las características del daño injustamente causado y otros datos que pongan de manifiesto la absoluta necesidad de utilizar, en forma verdaderamente excepcional, medidas penales. En todo momento la carga de la prueba debe recaer en quien formula la acusación. En este orden de consideraciones, la Corte observa los movimientos en la jurisprudencia de otros Tribunales encaminados a promover, con racionalidad y equilibrio, la protección que merecen los derechos en aparente pugna, sin mellar las garantías que requiere la libre expresión como baluarte del régimen democrático.

A Corte Interamericana, ao tratar de casos concretos sobre o conflito entre o direito à liberdade de expressão e o direito à honra, propõe analisar, segundo as circunstâncias de cada hipótese, se a aplicação desses tipos penais (difamação, injúria, calúnia ou desacato) enseja contrariedade à Convenção Americana ao impor penas desnecessárias e desproporcionais.

Essa compreensão assemelha-se, aliás, ao entendimento esposado pela homóloga Corte Europeia de Direitos Humanos:

[...] o valor preponderante da liberdade de expressão, especialmente em questões de interesse público, não pode prevalecer sempre em todos os casos sobre a necessidade de proteger a honra e a reputação de outros, seja de pessoas privadas ou de funcionários públicos. (Caso Mamère v. France , n. 12697, § 27)

[...] permanece aberta a possibilidade para as autoridades competentes do Estado de adotar, em sua condição de garantes da ordem pública, medidas, ainda que de natureza penal, destinadas a reagir de maneira adequada e não

excessiva frente a imputações difamatórias desprovidas de fundamento ou formuladas de má fé. (Caso Castells v. Spain, 23/4/1992, n. 236, § 46)

...

IV. Situações desiguais, tratamento penal desigual

Dito isso, enxergo a possibilidade do *discrímen* relativamente ao funcionário público em relação ao particular, considerando que o próprio Código Penal já o faz em vários pontos. Vejam, eminentes pares, que, nos próprios crimes contra a honra, se prevê o agravamento da pena (art. 141, II, do CP) e a forma de ação pública condicionada, em vez da ação penal privada, quando se trata de ofensa a funcionário público (art. 145, parágrafo

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

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

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

Observem, Senhores Ministros, haver crimes que somente podem ser cometidos por funcionários públicos em razão da função exercida e que encontram maior reprovação penal exatamente em face da condição do agente do crime. Tome-se como exemplo o delito de peculato (art. 312 do

CPB), punido com a sanção de 2 a 12 anos de reclusão. A mesma conduta de apropriar-se de bem de que tem a posse, se praticada por um particular, rende-lhe a pena de 1 a 4 anos, o que evidencia a necessária e justificável diferença de tratamento jurídico-penal que há de existir entre particulares e

servidores públicos, não somente quando são autores das condutas criminosas, mas também quando delas são vítimas.

Ainda, ressalto que, no crime de desacato, o bem jurídico tutelado não é a honra pessoal do servidor público.

Na definição de Hungria, desacato é "a grosseira falta de acatamento, podendo consistir em palavras injuriosas, difamatórias ou caluniosas, vias de fato, agressão física, ameaças, gestos obscenos, gritos agudos etc.", ou seja, "qualquer palavra ou ato que redunde em vexame, humilhação, desprestígio ou irreverência ao funcionário público. Confira-se o seguinte excerto:

[...]

Conceito e análise. Todo funcionário público, desde o mais graduado ao mais humilde, é um instrumento da soberana vontade e atuação do Estado. Consagrando-lhe especial proteção, a lei penal visa a resguardar não somente a incolumidade a que tem direito qualquer cidadão, mas também o desempenho normal, a dignidade e o prestígio da função exercida em nome ou por delegação do Estado. Na desincumbência legítima de seu cargo, o funcionário público deve estar a coberto de quaisquer violências ou afrontas.

Ao juiz Bourriche, que ANATOLE FRANCE criou para as farpas de sua ironia, poderia parecer que vai nisso uma homenagem à força de que dispõe o Estado para submeter as vontades recalcitrantes: "La société repose S'Ilr la force, et la torce doit être respectée comme le fondement auguste des sociétés"; mas não há tal, senão a necessidade de se tutelar o indispensável acatamento à autoridade, um rationale obsequium ao poder público, que é a garantia da ordem jurídica, do equilíbrio das atividades coexistentes. Como dizia BERLIER, quando da elaboração do Cód. Penal francês e a propósito do crime de outrage, "c'est l'exercice de l'autorité qui émane de la loi que la loi plus efficacement protege". Cada funcionário é um fragmento do Estado, um elemento de sinergia na consecução dos fins do Estado. Ao condenar o desventurado Crainquebille, por um pretendido outrage (desacato) a um agente de polícia, o juiz Bourriche praticou uma injustiça in concreto, mas, em tese, seu raciocínio era justo: "L'agent 64 est une parcelle du Prince. Le Prince reside dans chacun de ses officiers. Ruiner l'autorité de l'agent , c'est atfaiblir l'Etat. Manger une des feuilles de l'artichaut, c'est mange l'artichaut"

Já vimos que a nossa lei penal reprime a oposição violenta ou coação moral exercida contra a atividade funcional dos agentes do poder público; mas não se circunscreve a tais casos o seu solícito patrocínio: preocupa-se ela, ainda, com o resguardá-los em geral, quando in officio ou propter officium, de qualquer ultraje, menoscabo ou grosseria.

Embora sem o caráter genérico com que modernamente se apresenta, remonta à antiguidade romana o interesse legal pela salvaguarda da indenidade corporal e moral dos depositários da autoridade pública. Considerava-se injuria atrox (gravíssima) a que era irrogada aos magistrados: "Atrocem injuriam, aut persona, aut tempore, aut re ipsa fieri, Labeo ait. Persona atrocior injuria fit, ut cum magistratui fiat". Na Idade Média, dominou o mesmo critério. A injúria (verbis aut re) contra os magistrados era considerada como illata ipsi Principi. Uma controvérsia, entretanto, se travava entre os práticos: entendiam uns que o magistrado devia ser protegido ainda mesmo quando extra officium e mesmo que a ofensa não fosse feita propter officium (MATTHAEUS); outros opinavam que só devia ser amparado durante officio, vel post officium sed contemplatione officii (FARINACIUS), e outros ainda sustentavam que a proteção devia ser outorgada somente ao que estivesse in officio, excluído, portanto, aquele cujos officium est finitum, licet in civitate (MENOCCHIUS). Este último critério, aliás, era o da lei romana.

[...] A questão não depara solução uniforme nos Códigos vigentes, que, em geral,

ampliaram sua proteção a todos os funcionários, sem distinção de classes, hierarquias ou graduações. [...] A ofensa constitutiva do desacato é qualquer palavra ou ato que redunde em vexame, humilhação, desprestígio ou irreverência ao funcionário. É a grosseira falta de acatamento, podendo consistir em palavras injuriosas, difamatórias ou caluniosas, vias de fato, agressão física, ameaças, gestos obscenos, gritos agudos, etc. Uma expressão grosseira, ainda que não contumeliosa, proferida em altos brados ou de modo a provocar escândalo, bastará para que se identifique o desacato.

[...]

O elemento subjetivo do crime é a intenção ultrajante (dolo específico) . propósito de depreciar ou vexar (o que distingue o desacato da resistência, ainda quando exercido mediante violência ou intimidação), sabendo o agente que o ofendido reveste a qualidade de servidor público e se acha no exercício de sua função, ou estando consciente de que a esta se vincula a ofensa. (Nelson Hungria. Comentários ao Código Penal, 1959, IX/424, pp. 418-423)

Magalhães Noronha, mais sucintamente, ensina que o bem tutelado pelo crime de desacato é a dignidade, o prestígio, o respeito devido à função pública. Sem o devido respeito, os agentes públicos não poderiam exercer, de modo eficaz, suas funções, por via das quais é atingida a finalidade superior, de caráter eminentemente social, que a administração busca e procura.

Confira-se o seguinte excerto:

Como se verifica do art. 331 e da "Exposição de Motivos", a lei atual ampliou a área do delito, considerando desacato não apenas a ofensa praticada in officio, mas também propter officium, isto é, quando ele se ache em exercício da função, onde quer que esteja, ou fora da função, mas em razão, ou seja, por motivo dela.

O bem jurídico considerado é a dignidade, o prestígio, o respeito devido à função pública. É o Estado diretamente interessado em que aquele seja protegido e tutelado, por ser indispensável à atividade e à dinâmica da administração pública. Sem isso, não poderiam os agentes desta exercer de modo eficaz suas funções,

por via das quais é atingida a finalidade superior, de caráter eminentemente social, que a administração busca e procura. (NORONHA, E. Magalhães. Direito Penal. São Paulo: Saraiva, 1988, v. 4, p. 303).

...

Estou certo, em verdade, de que, na ausência do tipo penal em exame, abusos ainda maiores serão cometidos, o que não retira – e o digo por experiência própria, como membro do Ministério Público que fui durante mais de vinte e seis anos – a frequente ocorrência de abusos de agentes públicos, mormente das forças policiais, no cumprimento de suas funções, o que deve ser repreendido com rigor pelo Judiciário, punindo aqueles que, por um simples tom de voz mais elevado ou por palavras mais duras e em tom de crítica proferidas por um particular, já se apressam em dar voz de prisão e processar o indivíduo por suposta prática de crime de desacato.

Aliás, registro que, em mais de uma oportunidade, assentou a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (como, v.g., o informe sobre a Declaração de Princípios sobre Liberdade de Expressão) que "...as personalidades políticas e públicas devem estar mais – e não menos – expostas ao escrutínio e à crítica do público. Como essas pessoas estão no centro do debate público e se expõem de modo consciente ao escrutínio da cidadania, devem demonstrar maior tolerância à crítica" (destaquei).

Deveras, um servidor público, qualquer que seja sua função, há de saber lidar com a crítica e, sobretudo em situações em que se verifica uma tensão entre o agente público e o particular – como as que desempenham os órgãos da segurança pública –, relevar alguns excessos na maneira que o cidadão muitas vezes expressa sua indignação, insatisfação ou revolta com a qualidade do serviço prestado ou com o próprio ato oficial que o esteja atingindo.

E, sem dúvida alguma, o tipo penal do art. 331 do Código Penal é aberto, dando azo a punições injustas e desarrazoadas, e é precisamente nesse ponto que entendo caber ao Poder Judiciário contribuir, decisivamente, para a mudança desse quadro.

...

VI. Considerações finais

Apenas para finalizar, julgo importante expressar minha convicção de que simplesmente transferir a punição de eventuais ofensas a título de desacato à autoridade para os crimes contra a honra deixaria de fora situações em que a conduta e o comportamento ilícito não se dirigem, necessariamente, à honra da pessoa.

Imaginemos o exemplo de um oficial de justiça que, ao cumprir um mandado de intimação, é confrontado pelo destinatário, que pega aquele mandado e o rasga, jogando-o no rosto do servidor público e esbravejando: "Essa justiça para mim não vale nada! Eu não a respeito e não respeito você!". Nessa situação, não há ofensa a ponto de configurar crime contra a honra subjetiva do servidor público, mas é evidente o ultraje à função pública, e, a meu ver, isso não permite apenas a responsabilização cível do ofensor, porque, em tal hipótese, o que está sob risco é a própria autoridade e o bom andamento dos serviços prestados pelo Poder Judiciário, a justificarem a existência de mecanismos expeditos e eficazes para restaurar a ordem jurídica violada e responder ao crime de desacato.

E mais, senhores ministros, vivemos uma quadra histórica no Brasil em que, cada vez mais, as pessoas estão assumindo comportamento excessivamente violento e desrespeitoso. Não vejo como se possa, pelo menos neste momento, retirar da proteção penal situações que, no dia a dia, configuram intolerável desrespeito e até violência a agentes públicos que agem em nome do estado na prestação de serviços públicos.

...

73. Forte nos argumentos acima apresentados, é de se concluir que a limitação à liberdade de expressão consubstanciada na previsão do crime de desacato não se mostra incompatível com a Constituição Federal.

74. O núcleo essencial do direito de manifestar-se livremente continua intacto. O que se veda é a manifestação desrespeitosa, sujeitando o emissor a responsabilidade ulterior (in casu responsabilização penal), expressamente fixada pela lei.

Edilson Farias leciona que a liberdade de expressão deve se compatibilizar com restrições tácitas estabelecidas pelo legislador, com base em direitos e valores constitucionais contrapostos. Trata-se de uma necessária homenagem à harmonização do sistema. Na mesma direção, Bruno Miragem utiliza a terminologia "pertinência jurídica" para atacar as críticas que propagam juízos discriminatórios ou reações ilícitas.

Sobre o tema, emblemático o acórdão proferido no bojo do HC n. 82.424, no qual o STF entendeu que situações extremas, aptas a caracterizar discriminação racial, o que inclui a discriminação por opção de credo, não são albergadas pelo direito à liberdade de expressão, posto que mencionado direito "não pode abrigar, em sua abrangência, manifestações de conteúdo imoral que implicam ilicitude penal". (In Une, Wagne Akitomi, A LIMITAÇÃO DAS CHARGES PELA LIBERDADE RELIGIOSA, *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*, Pouso Alegre, v. 33, n. 2: 89-118, jun./dez. 2017).

75. A liberdade de expressão, não obstante seja importante pilar para o Estado Democrático de Direito, não é absoluto, ante à necessidade da promoção de uma convivência harmoniosa entre valores de igual estatura, dentre eles o valor honra, incluindo-se a honra da função pública.

76. Colhe-se dos ensinamento de Wagne Akitomi Une:

...

Porém, válido anotar que esse direito à liberdade de expressão, segundo a Corte Interamericana de Direitos Humanos, enfeixa uma dimensão individual e uma dimensão coletiva. A individual protege o direito dos indivíduos de “manifestar publicamente ideias de qualquer índole e o direito de utilizar todos os meios lícitos para disseminá-los amplamente, em prol do enriquecimento do acervo de informações e conhecimentos da humanidade”. Por sua vez, a coletiva “garante a terceiros o direito de receber informações e ideias alheias”.

Outra classificação sugere a distinção entre a perspectiva subjetiva e a objetiva. A primeira reúne as teorias que proclamam a liberdade de expressão como valor indispensável para a tutela da dignidade humana e do livre desenvolvimento da personalidade. E a segunda congrega as teorias que identificam a liberdade de expressão como valor nuclear para a proteção do regime democrático, na medida em que permite a participação dos cidadãos no debate político.

Importante registrar que esse vínculo entre o direito de liberdade de expressão e o Estado Democrático de Direito representa uma relação de interdependência na qual um não subsiste sem o outro. Isso significa que a liberdade de expressão constitui um dos pilares da democracia⁸ ou um elemento essencial do Estado Democrático de Direito.

Ora, não há dúvidas que a liberdade de discussão e de crítica dos atos governamentais, inclusive em um contexto humorístico, garantem a normalidade do regime democrático, coibindo a ação deletéria dos ditadores e corruptos, contribuindo para a evolução dos costumes públicos a partir do controle social.

Ademais, não se olvidando que a tolerância é um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, a defesa da liberdade de expressão torna-se providência incontornável. Em outras palavras, o exercício da tolerância, próprio do Estado Democrático de Direito, pressupõe abertura para a manifestação de pensamento e opinião,¹³ pois, do contrário, não há contraditório e não se permite a instalação de um diálogo entre distintas posições e aspirações presentes na sociedade.

O art. 5º, IX, é expresso ao prever que “é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença”. O mesmo se vislumbra no § 2º, do art. 220, que é peremptório ao determinar que “é vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística”. Todavia, o caput do mesmo art. 220 ressalva que a “manifestação de pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão restrição, observado o disposto nesta Constituição”.

Neste plano, é possível observar a utilização de terminologia distinta. Enquanto os dois primeiros dispositivos transcritos vedam a “censura”, o último consagra a possibilidade de “restrição” da liberdade de expressão, “observado o disposto nesta Constituição”, o que autoriza a intelecção de que a restrição constitui gênero e a censura uma de suas espécies.

Por isso, e considerando que para hermenêutica jurídica a norma não traz palavras inúteis, Victor Campos Clement Leahy defende uma diferença de conceitos de restrição e censura. Esta, como sendo uma “espécie de restrição prévia e arbitrária, sem garantias processuais, com parâmetros vagos, imprecisos e subjetivos” que “não se harmoniza com o Estado Democrático de Direito em nenhuma circunstância, seja qual for a origem do ato (administrativo, judicial ou legislativo)”. E, aquela, como sendo uma definição “mais abrangente, incluindo medidas prévias e a posterior”, podendo ser, conforme situação específica, legítimas ou ilegítimas. O autor, inclusive, lembra que a restrição pode se efetivar por meio de determinação ou previsão expressamente inserta no Texto Constitucional, como, por exemplo, a do art. 220, § 4º, e a do art. 221, IV, como também pela utilização da técnica da ponderação com outros preceitos constitucionais a partir de casos concretos.

(In Une, Wagne Akitomi, A LIMITAÇÃO DAS CHARGES PELA LIBERDADE RELIGIOSA, *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*, Pouso Alegre, v. 33, n. 2: 89-118, jun./dez. 2017).

77. Procedente dos estudos desenvolvidos por Heck, Geny e, sobretudo, Ihering, a formulação teórica da interpretação teleológica funda-se na necessidade de serem as normas aplicadas atendendo ao seu espírito e à sua finalidade, pelo que se procura revelar o fim, o valor ou o bem jurídico visado pelo legislador ao promover a edição de dado preceito.

78. Tais ponderações importam na assertiva de que a aplicação adequada da norma jurídica pressupõe a identificação da sua *ratio legis*, conceito este que revela "... o fundamento racional da norma e redefine ao longo do tempo a finalidade nela contida. A *ratio legis* é uma "força vivente móvel" que anima a disposição e a acompanha em toda a sua vida e desenvolvimento. A finalidade de uma norma, portanto, não é perene, e pode evoluir sem modificação de seu texto." (BARROSO, Luís Roberto – "Interpretação e Aplicação da Constituição" - 2ª edição – pp.130 - Saraiva – 1998).

79. Sob a inspiração do conceito de Estado democrático de direito, é de se admitir a plena submissão dos atos administrativos ao controle jurisdicional formal e material. Para efeitos tais, aferindo-se tema referente a excesso de poder na realização de atribuição de natureza legiferante, salienta-se possível reconhecer-se maculado de inconstitucionalidade ato editado por que desnecessário ou defeituoso dado o desvelo em sua relação meio-fim - vícios intrínsecos.

80. Com efeito, tem-se que a possibilidade de um controle material de lei ou de qualquer outro ato de natureza normativa inserto na verificação de tais vícios intrínsecos faz-se, como já consignado, frente ao princípio constitucional da proporcionalidade, consectário do princípio do devido processo legal substantivo, redundando na adoção de medidas legais necessárias e adequadas à consecução da finalidade pública que as justifica.

81. Apresenta o princípio do devido processo legal duas faces: uma de caráter estritamente processual e outro de cunho substantivo, figurando esta versão em um importante instrumento de defesa dos direitos fundamentais, ensejando o controle do arbítrio do Poder Legislativo e da discricionariedade governamental, no exame de razoabilidade e de racionalidade das normas jurídicas e dos atos normativos do Poder Público em geral.

82. Luís Roberto Barroso, ao versar sobre o princípio da proporcionalidade e da razoabilidade como limitadores da atuação estatal na edição de seus atos normativos, com acuidade, observa que:

" A atuação do Estado na produção de normas jurídicas normalmente far-se-á diante de certas circunstâncias concretas: será destinada à realização de determinados fins, a serem atingidos pelo emprego de determinados meios. Desse modo, são fatores invariavelmente presentes em toda ação relevante para a criação do direito: os motivos (circunstâncias de fato), os fins e os meios. Além disso, há de se tomar em conta, também, os valores fundamentais da organização estatal, explícitos e implícitos, como a ordem, a segurança, a paz, a solidariedade: em última análise, a justiça. A razoabilidade é, precisamente, a adequação de sentido que deve haver entre esses elementos.

Essa razoabilidade dever ser aferida, em primeiro lugar, dentro da lei. É a chamada razoabilidade interna, que diz com a existência de uma relação racional e proporcional entre seus motivos, meios e fins. Aí está incluída a razoabilidade técnica da medida. (...).

De outra parte, havendo a razoabilidade interna da norma, é preciso verificar sua razoabilidade externa, isto é: sua adequação aos meios e fins admitidos e preconizados pelo Texto Constitucional. Se a lei contravir valores expressos ou implícitos no Texto Constitucional, não será legítima nem razoável à luz da Constituição, ainda que o seja internamente." (BARROSO, Luís Roberto – Interpretação e aplicação da Constituição – Saraiva – pp. 206/207 – 1998).

83 . Suzana de Toledo Barros leciona que “O princípio da proporcionalidade tem por conteúdo os subprincípios da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Entendido como parâmetro a balizar a conduta do legislador quando estejam em causa limitações a direitos fundamentais, a adequação traduz a exigência de que os meios adotados sejam apropriados à consecução dos objetivos pretendidos; o pressuposto da necessidade é que a medida restritiva seja indispensável à conservação do próprio ou de outro direito fundamental e que não possa ser substituída por outra igualmente eficaz, mas menos gravosa; pela proporcionalidade em sentido estrito, pondera-se a carga de restrição em função dos resultados, de maneira a garantir-se uma equânime distribuição de ônus.” (BARROS, Suzana de Toledo – O princípio da proporcionalidade – Brasília Jurídica - pp. 212 – 2000).

84. A dignidade constitucional do princípio da proporcionalidade no ordenamento jurídico pátrio tem força normativa inerente aos direitos fundamentais, e é haurido da conjugação do artigo 1º, inciso III, do artigo 3º, inciso I, do artigo 5º, caput, incisos II, XXXV, LIV e seus parágrafos 1º e 2º, e do artigo 60, parágrafo 4º, inciso IV, da Carta Federal.

85. Exsurge dos mencionados comandos a complementação do princípio da reserva legal, convertido em princípio da reserva legal proporcional, de observância obrigatória na realização do processo legislativo - também inerente à atuação da Administração Pública na emissão de atos normativos -, como pelo de conformação dos direitos fundamentais, de modo a determinar a adoção de meios idôneos, necessários e proporcionais à consecução dos fins pela Carta Constitucional propostos.

86. Dessarte, é de se consignar que o princípio da razoabilidade, inerente que é ao Estado de Direito, integra o direito constitucional brasileiro, pelo que figura este como instrumento de interpretação das normas em sentido amplo, na aferição de sua congruência com a Carta Federal, e de controle da confecção normativa, fulcrada no devido processo legal, tornando-se exigível a identificação do caráter substantivo que se deve dar à norma, que, se desproporcional, importa em mácula por desvio de poder.

87. A restrição à liberdade de expressão pela tipificação penal da conduta de desacatar funcionário público mostra-se dotada de razoabilidade, na medida em que visa proteger o desempenho normal, a dignidade e o prestígio da função exercida em nome ou por delegação do Estado. Objetiva, como acima delineado, proteger o próprio Estado.

88. Não há ofensa à igualdade na medida em que a previsão do tipo penal mostra-se justificada na necessidade de tratamento diferenciado entre o funcionário público e o particular.

89. Destaca-se, a tal respeito o voto proferido pelo ilustre Ministro Rogerio Schietti, acima transcrito:

IV. Situações desiguais, tratamento penal desigual

Dito isso, enxergo a possibilidade do *discrimen* relativamente ao funcionário público em relação ao particular, considerando que o próprio Código Penal já o faz em vários pontos. Vejam, eminentes pares, que, nos próprios crimes contra a honra, se prevê o agravamento da pena (art. 141, II, do CP) e a forma de ação pública condicionada, em vez da ação penal privada, quando se trata de ofensa a funcionário público (art. 145, parágrafo único, do CP). Então, o funcionário público – que suporta o ônus decorrente de estatuto próprio – deve ser tratado de modo diferente em relação a quem não exerce a função pública, tanto quando é agente, quanto quando é vítima de um crime.

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

público e inferiorizar o particular em relação àqueles.

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

Observem, Senhores Ministros, haver crimes que somente podem ser cometidos por funcionários públicos em razão da função exercida e que encontram maior reprovação penal exatamente em face da condição do agente do crime. Tome-se como exemplo o delito de peculato (art. 312 do CPB), punido com a sanção de 2 a 12 anos de reclusão. A mesma conduta de apropriar-se de bem de que tem a posse, se praticada por um particular, rende-lhe a pena de 1 a 4 anos, o que evidencia a necessária e justificável diferença de tratamento jurídico-penal que há de existir entre particulares e servidores públicos, não somente quando são autores das condutas criminosas, mas também quando delas são vítimas.

Ainda, ressalto que, no crime de desacato, o bem jurídico tutelado não é a honra pessoal do servidor público.

Na definição de Hungria, desacato é "a grosseira falta de acatamento, podendo consistir em palavras injuriosas, difamatórias ou caluniosas, vias de fato, agressão física, ameaças, gestos obscenos, gritos agudos etc.", ou seja, "qualquer palavra ou ato que redunde em vexame, humilhação, desprestígio ou irreverência ao funcionário público. Confira-se o seguinte excerto:

[...]

Conceito e análise. Todo funcionário público, desde o mais graduado ao mais humilde, é um instrumento da soberana vontade e atuação do Estado. Consagrando-lhe especial proteção, a lei penal visa a resguardar não somente a incolumidade a que tem direito qualquer cidadão, mas também o desempenho normal, a dignidade e o prestígio da função exercida em nome ou por delegação do Estado. Na desincumbência legítima de seu cargo, o funcionário público deve estar a coberto de quaisquer violências ou afrontas.

Ao juiz Bourriche, que ANATOLE FRANCE criou para as farpas de sua ironia, poderia parecer que vai nisso uma homenagem à força de que dispõe o Estado para submeter as vontades recalcitrantes: "La société repose S'Ilr la force, et la torce doit être respectée comme le fondement auguste des sociétés"; mas não há tal, senão a necessidade de se tutelar o indispensável acatamento à autoridade, um rationale obsequium ao poder público, que é a garantia da ordem jurídica, do equilíbrio das atividades coexistentes. Como diz a BERLIER, quando da elaboração do Cód. Penal francês e a propósito do crime de outrage, "c'est l'exercice de l'autorité qui émane de la loi que la loi plus efficacement protège". Cada funcionário é um fragmento do Estado, um elemento de sinergia na consecução dos fins do Estado. Ao condenar o desventurado Crainquebille, por um pretendido outrage (desacato) a um agente de polícia, o juiz Bourriche praticou uma injustiça in concreto, mas, em tese, seu raciocínio era justo: "L'agent 64 est une parcelle du Prince. Le Prince reside dans chacun de ses officiers. Ruiner l'autorité de l'agent , c'est atfaiblir l'Etat. Manger une des feuilles de l'artichaut, c'est mange l'artichaut"

Já vimos que a nossa lei penal reprime a oposição violenta ou coação moral exercida contra a atividade funcional dos agentes do poder público; mas não se circunscreve a tais casos o seu solícito patrocínio: preocupa-se ela, ainda, com o resguardá-los em geral, quando in officio ou propter officium, de qualquer ultraje, menoscabo ou grosseria.

Embora sem o caráter genérico com que modernamente se apresenta, remonta à antiguidade romana o interesse legal pela salvaguarda da indenidade corporal e moral dos depositários da autoridade pública. Considerava-se injuria atrox (gravíssima) a que era irrogada aos magistrados: "Atroce injuriam, aut persona, aut tempore, aut re ipsa fieri, Labeo ait. Persona atrocior injuria fit, ut cum magistratui fiat". Na Idade Média, dominou o mesmo critério. A injúria (verbis aut re) contra os magistrados era considerada como illata ipsi Principi. Uma controvérsia, entretanto, se travava entre os práticos: entendiam uns que o magistrado devia ser protegido ainda mesmo quando extra officium e mesmo que a ofensa não fosse feita propter officium (MATTHAEUS); outros opinavam que só devia ser amparado durante officio, vel post officium sed contemplatione officii (FARINACIUS), e outros ainda sustentavam que a proteção devia ser outorgada somente ao que estivesse in officio, excluído, portanto, aquele cujos officium est finitum,

licet in civitate (MENOCCHIUS). Este último critério, aliás, era o da lei romana.

[...] A questão não depara solução uniforme nos Códigos vigentes, que, em geral, ampliaram sua proteção a todos os funcionários, sem distinção de classes, hierarquias ou graduações. [...] A ofensa constitutiva do desacato é qualquer palavra ou ato que redunde em vexame, humilhação, desprestígio ou irreverência ao funcionário. É a grosseira falta de acatamento, podendo consistir em palavras injuriosas, difamatórias ou caluniosas, vias de fato, agressão física, ameaças, gestos obscenos, gritos agudos, etc. Uma expressão grosseira, ainda que não contumeliosa, proferida em altos brados ou de modo a provocar escândalo, bastará para que se identifique o desacato.

[...]

O elemento subjetivo do crime é a intenção ultrajante (dolo específico) . propósito de depreciar ou vexar (o que distingue o desacato da resistência, ainda quando exercido mediante violência ou intimidação), sabendo o agente que o ofendido reveste a qualidade de servidor público e se acha no exercício de sua função, ou estando consciente de que a esta se vincula a ofensa. (Nelson Hungria. Comentários ao Código Penal, 1959, IX/424, pp. 418-423)

Magalhães Noronha, mais sucintamente, ensina que o bem tutelado pelo crime de desacato é a dignidade, o prestígio, o respeito devido à função pública. Sem o devido respeito, os agentes públicos não poderiam exercer, de modo eficaz, suas funções, por via das quais é atingida a finalidade superior, de caráter eminentemente social, que a administração busca e procura.

Confira-se o seguinte excerto:

Como se verifica do art. 331 e da "Exposição de Motivos", a lei atual ampliou a área do delito, considerando desacato não apenas a ofensa praticada in officio, mas também propter officium, isto é, quando ele se ache em exercício da função, onde quer que esteja, ou fora da função, mas em razão, ou seja, por motivo dela.

O bem jurídico considerado é a dignidade, o prestígio, o respeito devido à função pública. É o Estado diretamente interessado em que aquele seja protegido e tutelado, por ser indispensável à atividade e à dinâmica da administração pública. Sem isso, não poderiam os agentes desta exercer de modo eficaz suas funções, por via das quais é atingida a finalidade superior, de caráter eminentemente social, que a administração busca e procura. (NORONHA, E. Magalhães. Direito Penal. São Paulo: Saraiva, 1988, v. 4, p. 303).

...

Estou certo, em verdade, de que, na ausência do tipo penal em exame, abusos ainda maiores serão cometidos, o que não retira – e o digo por experiência própria, como membro do Ministério Público que fui durante mais de vinte e seis anos – a frequente ocorrência de abusos de agentes públicos, mormente das forças policiais, no cumprimento de suas funções, o que deve ser repreendido com rigor pelo Judiciário, punindo aqueles que, por um simples tom de voz mais elevado ou por palavras mais duras e em tom de crítica proferidas por um particular, já se apressam em dar voz de prisão e processar o indivíduo por suposta prática de crime de desacato.

Aliás, registro que, em mais de uma oportunidade, assentou a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (como, v.g., o informe sobre a Declaração de Princípios sobre Liberdade de Expressão) que "...as personalidades políticas e públicas devem estar mais – e não menos – expostas ao escrutínio e à crítica do público. Como essas pessoas estão no centro do debate público e se expõem de modo consciente ao escrutínio da cidadania, devem demonstrar maior tolerância à crítica" (destaquei).

Deveras, um servidor público, qualquer que seja sua função, há de saber lidar com a crítica e, sobretudo em situações em que se verifica uma tensão entre o agente público e o particular – como as que desempenham os órgãos da segurança pública –, relevar alguns excessos na maneira que o cidadão muitas vezes expressa sua indignação, insatisfação ou revolta com a qualidade do serviço prestado ou com o próprio ato oficial que o esteja atingindo.

E, sem dúvida alguma, o tipo penal do art. 331 do Código Penal é aberto, dando azo a punições injustas e desarrazoadas, e é precisamente nesse ponto que entendo caber ao

Poder Judiciário contribuir, decisivamente, para a mudança desse quadro.

...

90. Nos termos dos ensinamentos de Jorge Beltrão, o crime de desacato é "uma imposição social; sob pena de subversão da ordem jurídica na aplicação e cumprimento das ordens emanadas das autoridades revestidas de função pública", de modo que a proteção legal tem por escopo "preservar a hegemonia da função na proteção do indivíduo que a exerce, cuja garantia no cumprimento do dever é um imperativo da ordem" (Beltrão, Jorge. *Desacato, Resistência, Desobediência*. São Paulo: Juriscredi, 1971. p. 55/56).

91. No crime de desacato, o elemento subjetivo do tipo é a vontade livre e consciente de agir com a finalidade de desprestigiar a função pública do ofendido. Não é simples "exercício do direito de crítica ou liberdade de manifestação de pensamento".

92. O direito de crítica, desde que pontuado por moderação, não há que se estender aos limites da ofensa, notadamente quanto a liberdade de expressão, que se encontra constitucionalmente assegurada. O direito de liberdade de expressão não autoriza o desprestígio aos agentes públicos no exercício de suas funções, assim como não autoriza ofensas à honra de outrem, devendo o ofensor acatar com a reparação do dano na forma da lei.

93. Constitui o desacato uma ofensa, uma espécie de abuso do direito de liberdade de expressão; no âmbito jurídico, excessos geralmente são passíveis de punição, e *in casu* o ordenamento pune tal excesso penalmente.

94. A existência do tipo penal previsto no art. 331 não retira do cidadão o direito de censurar ou criticar o comportamento de qualquer funcionário público, exigindo-lhe o cumprimento dos princípios da Administração Pública, constitucionalmente previstos, a exemplo da Eficiência (art. 37, caput, CF/88). O que se exige é que o faça com polidez, respeito e educação, assim como se exige tal postura do funcionário público.

95. Nesse entendimento ensina Fernando Henrique Mendes de Almeida, *verbis*:

"Simple censura, ou desabafo, em termos queixosos, mas sem tom insólito, não pode constituir desacato. Nem importa que o fato não tenha tido a publicidade que o agravasse, especialmente. Importa, unicamente, que ele tenha dado, de modo a não deixar dúvida, com o objetivo de acinte e de reação indevida ao livre exercício da função pública. (...) No que toca às palavras oralmente pronunciadas, importam o tom acre e a inflexão dada à voz, quando as testemunhas possam, ao depor sobre o fato, auxiliar na prova de que a configuração do desacato é ou pode ser concluída como inegável" (in *Dos crimes contra a Administração Pública*, p. 209).

96. Noutro giro, como os direitos, por mais fundamentais que sejam, não são absolutos, o próprio texto normativo da Convenção excepciona o direito à liberdade de pensamento e expressão, fixando, por exemplo, responsabilidades por eventuais abusos no exercício.

97. O Direito Penal, como *ultima ratio*, deve selecionar os bens jurídicos mais relevantes para tutelá-los, nos termos da essência do princípio da fragmentariedade. Nessa linha é o ensinamento de Rogério Greco (2010, p. 57):

Como corolário dos princípios da intervenção mínima, da lesividade e da adequação social temos o princípio da fragmentariedade do Direito Penal. O caráter fragmentário do Direito Penal significa, em síntese, que, uma vez escolhidos aqueles bens fundamentais, comprovada a lesividade e a inadequação das condutas que o ofendem, esses bens passarão a fazer parte de uma pequena parcela que é protegida pelo Direito Penal, originando-se, assim, a sua natureza fragmentária.

98 A criminalização da conduta tida como desacato em nada viola o princípio da fragmentariedade, senão o prestigia. Desrespeitar o servidor público no exercício da função ou em razão dela, com palavras ou gestos, configura conduta que afronta o próprio Estado. Não coibir na medida necessária tal conduta gera descrédito por parte dos cidadãos quanto à seriedade daqueles que desempenham funções públicas. Assim, a proporcionalidade na criminalização da conduta que se amolda ao crime de desacato surge evidente.

99. A responsabilização penal por desacato existe para inibir excessos, abuso do direito de manifestação, e constitui uma salvaguarda para os agentes públicos, expostos a todo tipo de ofensa no exercício de suas funções.

100. Compete ao Poder Judiciário, na análise dos casos concretos submetidos a julgamento 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.

101. Forte em tais razões a tipificação da conduta de desacatar funcionário público reveste-se de razoabilidade, proporcionalidade e se mostra em conformidade com o texto constitucional.

CONCLUSÃO

102. Em atenção ao MEMORANDO n. 00148/2017/CONSUNIAO/CGU/AGU, por intermédio do qual solicita informações para subsidiar as informações a serem prestadas ao STF pelo Excelentíssimo Senhor Presidente da República na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 496, apresento as informações aqui expostas, acompanhadas da documentação encaminhada pelos órgãos - Memorando 650 (5408243), Memorando MEMORANDO n. 00018/2017/CONJUR-MJ/CGU/AGU (5412869) E-mail PF/COGER (5414534) Anexo volume de processo digitalizado (5414556) E-mail (5427535).

À consideração superior.

Brasília-DF, 17 de novembro de 2017

ANDREA DE LA ROCQUE FERREIRA

ADVOGADA DA UNIÃO



Documento assinado eletronicamente por **ANDREA DE LA ROCQUE FERREIRA, Chefe da Divisão de Assuntos Judiciais**, em 17/11/2017, às 12:06, conforme o § 1º do art. 6º e art. 10 do Decreto nº 8.539/2015.



A autenticidade do documento pode ser conferida no site <http://sei.autentica.mj.gov.br> informando o código verificador **5459737** e o código CRC **5327855F**

O trâmite deste documento pode ser acompanhado pelo site <http://www.justica.gov.br/acesso-a-sistemas/protocolo> e tem validade de prova de registro de protocolo no Ministério da Justiça.



5464696



00688.001005/2017-24



**ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA JURÍDICA JUNTO AO MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E CIDADANIA**

DESPACHO Nº 869/2017/CCJ/CGAE/CONJUR-MJ/CGU/AGU

Processo **00688.001005/2017-24**

Interessado(s): **CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL - CFOAB**

Assunto: **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Crime de Desacato, art. 331 do CP. Alegação de violação à liberdade de expressão, preceito fundamenta republicano (art. 1º, parágrafo único), da legalidade (art. 5º, inc. XXXIX), da igualdade (art. 5º, caput) e do Estado Democrático de Direito (art. 1º), todos previstos no texto constitucional.**

1. Aprovo a r. Informação nº 784/2017/CCJ/CGAE-CONJUR/CONJUR-MJ/AGU, de autoria da Advogada da União, Dra. Andrea de La Rocque Ferreira.
2. Encaminhe-se a manifestação jurídica acima à Consultora Jurídica do Ministério da Justiça e Segurança Pública para análise e, se aprovada, para a Consultoria-Geral da União, acompanhada dos seguintes documentos: Memorando 650 (5408243), Memorando n. 00018/2017/CONJUR-MJ/CGU/AGU (5412869), E-mail PF/COGER (5414534), Anexo volume de processo digitalizado (5414556) e E-mail (5427535).

Brasília, 17 de novembro de 2017.



Documento assinado eletronicamente por **ROQUE JOSE RODRIGUES LAGE, Advogado(a) da União**, em 17/11/2017, às 15:11, conforme o § 1º do art. 6º e art. 10 do Decreto nº 8.539/2015.



A autenticidade do documento pode ser conferida no site <http://sei.autentica.mj.gov.br> informando o código verificador **5464696** e o código CRC **2FFD704A**
O trâmite deste documento pode ser acompanhado pelo site <http://www.justica.gov.br/ acesso-a-sistemas/protocolo> e tem validade de prova de registro de protocolo no Ministério da Justiça.



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA JURÍDICA JUNTO AO MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
GABINETE DO(A) CONSULTOR(A) JURÍDICA
ED. SEDE, SALA 434, CEP 70.064-900 TELEFONES: (61) 2025-3260 E 2025-9200
CONSULTORIAJURIDICA@MJ.GOV.BR

DESPACHO n. 06286/2017/CONJUR-MJ/CGU/AGU

NUP: 00688.001005/2017-24 (REF. 0012916-84.2017.1.00.0000)

INTERESSADOS: CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL - CFOAB E OUTROS

ASSUNTOS: REPRESENTAÇÃO EM JUÍZO

1. Aprovo a r. Informação nº 784/2017/CCJ/CGAE-CONJUR/CONJUR-MJ/AGU, de autoria da Advogada da União, Dra. Andrea de La Rocque Ferreira, aprovada pelo Despacho Nº 869/2017/CCJ/CGAE/CONJUR-MJ/CGU/AGU.

2. Encaminhe-se a manifestação jurídica acima à Consultoria-Geral da União, acompanhada dos seguintes documentos: Memorando 650 (5408243), Memorando n. 00018/2017/CONJUR-MJ/CGU/AGU (5412869), E-mail PF/COGER (5414534), Anexo volume de processo digitalizado (5414556) e E-mail (5427535)

Brasília, 17 de novembro de 2017.

documento assinado eletronicamente
MARCILÂNDIA DE FÁTIMA ARAÚJO
Advogada da União
Consultora Jurídica Substituta

Documento assinado eletronicamente por MARCILANDIA DE FATIMA ARAUJO, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 89556007 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): MARCILANDIA DE FATIMA ARAUJO. Data e Hora: 20-11-2017 15:37. Número de Série: 102907. Emissor: Autoridade Certificadora da Presidencia da Republica v4.