

RECURSO ESPECIAL Nº 1.743.448 - MT (2017/0202885-8)

RELATOR : **MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ**
RECORRENTE : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO**
RECORRIDO : **LUCAS SANTOS BARBOSA**
ADVOGADO : **DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO**

DECISÃO

O **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO** interpõe recurso especial, com fundamento no art. 105, III, "a" e "c", da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo **Tribunal de Justiça daquele estado** no Habeas Corpus n. 1002231-10.2017.8.11.0000.

O Tribunal de origem concedeu ordem de habeas corpus em favor do ora recorrido, para restabelecer sentença absolutória de primeira instância que reconheceu a atipicidade do delito do art. 331 do Código Penal.

O recorrente aponta a violação do art. 331 do CP. Argumenta, em síntese, que "o tipo penal do artigo 331 do CP (desacato), não guarda incompatibilidade com a Convenção Americana de Direitos Humanos" (fl. 186). Aponta também dissídio jurisprudencial.

Requer o provimento do recurso especial, para reformar o acórdão recorrido.

Contrarrazões às fls. 236-253.

O Ministério Público Federal opinou, às fls. 232-234, pelo provimento do recurso.

Decido.

Inicialmente, observo que o recurso especial suplanta o juízo de prelibação, haja vista a ocorrência do necessário prequestionamento, além de estarem presentes os demais pressupostos de admissibilidade (cabimento, legitimidade, interesse, inexistência de fato impeditivo, tempestividade e regularidade formal), razões pelas quais avanço na análise de mérito da controvérsia.

O acórdão recorrido dispôs (fls. 161-165):

[...]

In casu, a narrativa fática trazida pelo respectivo boletim de ocorrência (ID n. 454042) não se apresenta completamente legível, inclusive a ponto de obstar a precisa aferição das palavras que teriam sido proferidas pelo paciente em desfavor da guarnição do Corpo de Bombeiros que realizava atendimento ao seu primo e que desencadeara a instauração do Termo Circunstanciado de Ocorrência pelo crime de desacato.

Já pela versão do paciente Lucas Santos Barbosa, constante da abertura do respectivo Termo Circunstanciado de Ocorrência (também do ID n. 454042), o mesmo encontrava-se junto com seu primo quando este passou mal porque tinha feito uso de bebida alcoólica. Nesse instante, passava no local uma viatura do corpo de bombeiros seu primo começou a vomitar, quando colocou a cabeça dele de lado para que não engasgasse e a guarnição não gostou da sua atitude, dizendo "*...que se este fosse médico não precisaria chamar o Corpo de Bombeiros...*". Prosseguiu aduzindo que "*...não xingou, tão pouco atrapalhou o atendimento da GUBM...quis tão somente impedir que o seu primo engasgasse com o vômito...*". Quando chegou ao hospital a GUPM já estava no local, onde fizeram sua detenção por desacato e o encaminharam para a delegacia de polícia.

Circunstanciado os fatos, acerca da matéria de fundo propriamente dito, sob o enfoque de que a liberdade de expressão veiculada no Pacto de San José da Costa Rica e prevista em nossa Constituição Federal (Art. 5º, IV) a toda evidência não se mostra absoluta, admitindo temperamentos, inclusive punindo os excessos dela decorrentes, é que vinha entendendo pela higidez do crime de desacato em nosso ordenamento.

Todavia, neste momento, sem desconhecer a recentíssima decisão da Terceira Seção do Colendo Superior Tribunal de Justiça nos autos do Habeas Corpús 379269, debruçando-me mais sobre a temática e acompanhando a evolução dos julgados dos Tribunais Superiores e deste e. Tribunal de Justiça, forçosa a mudança de entendimento desta Relatoria para concluir pela ausência de lei proveniente do órgão político-administrativo competente não inibe o Poder Judiciário de realizar o denominado controle de convencionalidade.

O crime de desacato, descrito no art. 331 do Código Penal, prevê sanção para que desacata funcionário público no exercício da função ou em razão dela.

Ocorre que, ratificando os argumentos apresentados pelo i. Procurador Geral da República, o Colendo Superior Tribunal de Justiça, quando do julgamento do REsp 1640084/SP, invocou o entendimento firmado por aquele mesmo Tribunal Superior através da

sua Corte Especial em precedentes repetitivo (Recurso Especial 914.253/SP) e o parâmetro trazido pelo Pretório Excelso na apreciação do Recurso Extraordinário 466.343/SP, para concluir pela incompatibilidade do tipo penal do desacato com a Convenção Americana de Direitos Humanos, pronunciando-se nos seguintes termos, *in litteris*:

[...]

Outro não foi o entendimento adotado pela Colenda Primeira Câmara Criminal deste e. Tribunal de Justiça no julgamento da apelação n. 173160/2016, sob a relatoria do Exmo. Des. Orlando de Almeida Perri, cuja ementa segue abaixo:

[...]

Dessa maneira, resta realmente inviabilizada a condenação por desacato com fundamento em norma penal interna incompatível com Tratado Internacional de Direitos Humanos (com status de suprallegalidade), do qual o Brasil é signatário, afirmação que trago não pela pura aferição acerca da permanência ou não da tipicidade da conduta descrita no art. 331, do Código Penal, mas também pela subsunção do caso concreto em relação ao qual sequer há como se concluir pela existência de excesso.

Isso porque, mesmo para os entendimentos acerca da atipicidade, eventuais condutas que exorbitem os limites da razoabilidade deverão ser suficientemente responsabilizadas por instrumentos de natureza cível e até mesmo penal, aplicáveis indistintamente a toda e qualquer pessoa, tais como os crimes de calúnia, injúria e difamação, porquanto a Convenção Americana de Direitos Humanos acabou por estabelecer relação vertical entre o indivíduo e o Estado.

[...]

À luz de tais premissas, vislumbro no caso concreto o constrangimento ilegal propalado na exordial e apesar de rejeitar a preliminar de nulidade, no mérito propriamente dito concedo a ordem de habeas corpus impetrada em favor de Lucas Santos Barbosa para desconstituir o v. Acórdão emanado pela Turma Recursal do Estado de Mato Grosso no recurso inominado n. 2480/2016, ante o reconhecimento da atipicidade da conduta de desacato atribuída ao paciente.

Apesar do efeito tecnicamente mais adequado ser o trancamento do respectivo Termo Circunstanciado de Ocorrência instaurado em desfavor do paciente, na específica situação do caso segue como decorrência peculiar e necessária da desconstituição do v. Acórdão da Turma Recursal, o restabelecimento da sentença absolutória proferida pelo MM. Juizado Especial da Comarca de Alta Floresta/MT.

Inicialmente, consigno que a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, **no julgamento do HC n. 379.269/MS, realizado em 24/5/2017, em linhas gerais, reafirmou a eficácia do art. 331 do Código Penal Brasileiro.** Confira-se a sua ementa:

HABEAS CORPUS. RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. VIOLAÇÃO DO ART. 306 DO CÓDIGO DE TRÂNSITO E DOS ARTS. 330 E 331 DO CÓDIGO PENAL. PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. MANUTENÇÃO DA TIPIFICAÇÃO DO CRIME DE DESACATO NO ORDENAMENTO JURÍDICO. DIREITOS HUMANOS. PACTO DE SÃO JOSÉ DA COSTA RICA (PSJCR). DIREITO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO QUE NÃO SE REVELA ABSOLUTO. CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE. INEXISTÊNCIA DE DECISÃO PROFERIDA PELA CORTE (IDH). ATOS EXPEDIDOS PELA COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CIDH). AUSÊNCIA DE FORÇA VINCULANTE. TESTE TRIPARTITE. VETORES DE HERMENÊUTICA DOS DIREITOS TUTELADOS NA CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. POSSIBILIDADE DE RESTRIÇÃO. PREENCHIMENTO DAS CONDIÇÕES ANTEVISTAS NO ART. 13.2. DO PSJCR. SOBERANIA DO ESTADO. TEORIA DA MARGEM DE APRECIACÃO NACIONAL (*MARGIN OF APPRECIATION*). INCOLUMIDADE DO CRIME DE DESACATO PELO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO, NOS TERMOS EM QUE ENTALHADO NO ART. 331 DO CÓDIGO PENAL. INAPLICABILIDADE, IN CASU, DO PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO TÃO LOGO QUANDO DO RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. *WRIT* NÃO CONHECIDO.

1. O Brasil é signatário da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), denominada Pacto de São José da Costa Rica, sendo promulgada por intermédio do Decreto n. 678/1992, passando, desde então, a figurar com observância obrigatória e integral do Estado.

2. Quanto à natureza jurídica das regras decorrentes de tratados de direitos humanos, firmou-se o entendimento de que, ao serem incorporadas antes da Emenda Constitucional n. 45/2004, portanto, sem a observância do rito estabelecido pelo art. 5º, § 3º, da CRFB, exprimem status de norma supralegal, o que, a rigor, produz efeito paralisante sobre as demais normas que compõem o ordenamento jurídico, à exceção da Magna Carta. Precedentes.

3. De acordo com o art. 41 do Pacto de São José da Costa Rica, as

funções da Comissão Interamericana de Direitos Humanos não ostentam caráter decisório, mas tão somente instrutório ou cooperativo. Desta feita, depreende-se que a CIDH não possui função jurisdicional.

4. A Corte Internacional de Direitos Humanos (IDH), por sua vez, é uma instituição judiciária autônoma cujo objetivo é a aplicação e a interpretação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, possuindo atribuição jurisdicional e consultiva, de acordo com o art. 2º do seu respectivo Estatuto.

5. As deliberações internacionais de direitos humanos decorrentes dos processos de responsabilidade internacional do Estado podem resultar em: recomendação; decisões quase judiciais e decisão judicial. A primeira revela-se ausente de qualquer caráter vinculante, ostentando mero caráter "moral", podendo resultar dos mais diversos órgãos internacionais. Os demais institutos, porém, situam-se no âmbito do controle, propriamente dito, da observância dos direitos humanos.

6. Com efeito, as recomendações expedidas pela CIDH não possuem força vinculante, mas tão somente "poder de embaraço" ou "mobilização da vergonha".

7. Embora a Comissão Interamericana de Direitos Humanos já tenha se pronunciado sobre o tema "leis de desacato", não há precedente da Corte relacionada ao crime de desacato atrelado ao Brasil.

8. Ademais, a Corte Interamericana de Direitos Humanos se posicionou acerca da liberdade de expressão, rechaçando tratar-se de direito absoluto, como demonstrado no Marco Jurídico Interamericano sobre o Direito à Liberdade de Expressão.

9. Teste tripartite. Exige-se o preenchimento cumulativo de específicas condições emanadas do art. 13.2. da CADH, para que se admita eventual restrição do direito à liberdade de expressão. Em se tratando de limitação oriunda da norma penal, soma-se a este rol a estrita observância do princípio da legalidade.

10. Os vetores de hermenêutica dos Direitos tutelados na CADH encontram assento no art. 29 do Pacto de São José da Costa Rica, ao passo que o alcance das restrições se situa no dispositivo subsequente. Sob o prisma de ambos instrumentos de interpretação, não se vislumbra qualquer transgressão do Direito à Liberdade de Expressão pelo teor do art. 331 do Código Penal.

11. Norma que incorpora o preenchimento de todos os requisitos exigidos para que se admita a restrição ao direito de liberdade de expressão, tendo em vista que, além ser objeto de previsão legal com aceção precisa e clara, revela-se essencial, proporcional e idônea a resguardar a moral pública e, por conseguinte, a própria ordem pública.

12. A CIDH e a Corte Interamericana têm perfilhado o entendimento de que o exercício dos direitos humanos deve ser feito em respeito aos demais direitos, de modo que, no processo de harmonização, o Estado desempenha um papel crucial mediante o estabelecimento das responsabilidades ulteriores necessárias para alcançar tal equilíbrio exercendo o juízo de entre a liberdade de expressão manifestada e o direito eventualmente em conflito.

13. Controle de convencionalidade, que, na espécie, revela-se difuso, tendo por finalidade, de acordo com a doutrina, "compatibilizar verticalmente as normas domésticas (as espécies de leis, *lato sensu*, vigentes no país) com os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Estado e em vigor no território nacional."

14. Para que a produção normativa doméstica possa ter validade e, por conseguinte, eficácia, exige-se uma dupla compatibilidade vertical material.

15. Ainda que existisse decisão da Corte (IDH) sobre a preservação dos direitos humanos, essa circunstância, por si só, não seria suficiente a elidir a deliberação do Brasil acerca da aplicação de eventual julgado no seu âmbito doméstico, tudo isso por força da soberania que é inerente ao Estado. Aplicação da Teoria da Margem de Apreciação Nacional (*margin of appreciation*).

16. O desacato é especial forma de injúria, caracterizado como uma ofensa à honra e ao prestígio dos órgãos que integram a Administração Pública. Apontamentos da doutrina alienígena.

17. O processo de circunspeção evolutiva da norma penal teve por fim seu efetivo e concreto ajuste à proteção da condição de funcionário público e, por via reflexa, em seu maior espectro, a honra *lato sensu* da Administração Pública.

18. Preenchimento das condições antevistas no art. 13.2. do Pacto de São José da Costa Rica, de modo a acolher, de forma patente e em sua plenitude, a incolumidade do crime de desacato pelo ordenamento jurídico pátrio, nos termos em que entalhado no art. 331 do Código Penal.

19. Voltando-se às nuances que deram ensejo à impetração, deve ser mantido o acórdão vergastado em sua integralidade, visto que inaplicável o princípio da consunção tão logo quando do recebimento da denúncia, considerando que os delitos apontados foram, primo *ictu oculi*, violadores de tipos penais distintos e originários de condutas autônomas.

20. Habeas Corpus não conhecido.

(HC n. 379.269/MS, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Rel. p/ Acórdão Ministro **Antonio Saldanha Palheiro**, 3ª S., DJe 30/6/2017)

Passo a expor os fundamentos do voto por mim proferido na ocasião.

I. Controle de convencionalidade

Já tive a oportunidade de fazer referência, por ocasião do julgamento do Recurso Especial n. 1.351.177/PR, à dificuldade que ainda temos de incorporar, não só à praxe dos tribunais, mas ao nosso modo de decidir, as normas de Direito Internacional.

Disse, na época, que o controle de convencionalidade obriga todo e qualquer magistrado ou órgão que integra o respectivo Poder Judiciário a seguir, além das normas dos tratados internacionais, notadamente a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, a jurisprudência da Corte que os interpreta e, acima de tudo, as decisões da Corte Interamericana relativas aos processos dos quais o Estado faça parte. Em recente julgado (Cabrera García y Montiel Flores vs. México, sentença de 26 de novembro de 2010) – ali salientei –, assentou o Tribunal que, para exercer tal controle de convencionalidade, “os juízes e órgãos vinculados à administração da justiça devem ter em conta não somente o tratado, senão também a interpretação que lhe tenha dado a Corte Interamericana, intérprete última da Convenção Americana” (No mesmo sentido: Caso Liakat Ali Alibux vs. Surinam; Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana).

Lembro, sem embargo, que a composição do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos difere da organização do sistema europeu. Enquanto neste somente há a Corte Europeia de Direitos Humanos, aquele conta também com a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, que tem o objetivo, *inter alia*, de receber os pedidos, seja de um estado, seja de um indivíduo, de tutela de direito humano protegido pelo sistema. Admitida a petição, abre-se um procedimento, em cujo âmbito se realizam, eventualmente, visitas, nomeação de relatores, tratativas com o estado questionado e, a partir desses procedimentos, fixação de recomendações por parte da Comissão, que, se não atendidas a tempo e modo, podem engendrar o acionamento da Corte Interamericana.

II. Ausência de decisão com força normativa

Primeiramente, quanto ao cabimento do controle de convencionalidade ao caso ora em análise, constato que **não houve, na espécie, nenhuma decisão da Corte Interamericana sobre Direitos**

Humanos que envolvesse o crime de desacato no âmbito do sistema penal brasileiro.

Ao mesmo tempo, saliento que, **dos casos normalmente invocados para sustentar o cabimento de controle de convencionalidade a tais situações, alguns dizem respeito a manifestações apenas da Comissão Interamericana de Direitos Humanos.** Além disso, desses casos referidos, alguns, como o *Kimel vs. Argentina* (sentença de 2/5/2008) – que inclusive resultou, posteriormente, na revogação do crime de desacato pela Argentina –, foram analisados apenas pela Comissão e, outros, também pela Corte, como o *do Palamara Iribarne vs. Chile*.

Porém, nesse aspecto, tenho uma pequena dissidência em relação à tese defensiva: a meu sentir, **a manutenção do crime de desacato no ordenamento jurídico pelo Brasil não implica** – como sustenta a Defensoria Pública – **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 há essa força vinculante que se procurou a elas emprestar.

O art. 13, II, da Convenção cuida do direito à informação. Após sua definição, dispõe o seguinte (grifei):

[...]

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 resguardar, 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 à população 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 isso já encontra guarida nos

crimes contra a honra – mas para garantir o respeito que se deve ter pelos funcionários que representam e apresentam o estado nos variados tipos de serviços públicos que são fornecidos.

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, de modo que 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, §§ 71 e 76 e Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica, sentença de 2 de julho de 2004.

Confiram-se os seguintes trechos do julgamento de Kimel vs. Argentina (destaquei):

[...]

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 vs. France*, n. 12/6/97, § 27, destaquei)

[...] 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 vs. Spain*, 23/4/1992, n. 236, § 46, grifei)

III. Ausência de similitude fática entre os julgados da CIDH e o caso dos autos

Entre diversos casos em que se discutiu, na Corte Interamericana de Direitos Humanos, a questão ora sob debate (Kimel vs. Argentina, Herrera Ulloa vs. Costa Rica, Palamara Iribarne vs. Chile, Ricardo Canese vs. Paraguai, etc.), observo que não há absolutamente nenhum que descreva uma situação parecida com aquelas que rotineiramente encontramos nos nossos processos criminais por desacato.

Digo isso porque, lendo as decisões proferidas pela Corte Interamericana nesses casos, percebo que se cuidou, em todos eles, de **delitos de opinião**, imputados às condutas de pessoas que, segundo os respectivos governos, demandaram a reação estatal ao **mau uso da liberdade de expressão, quase sempre cometidos por jornalistas ou escritores.**

Cito, como exemplos, os crimes atribuídos a Palamara Iribarne, punido pela publicação de um livro em que ele criticava o serviço de inteligência chileno, e a Eduardo Gabriel Kimel, autor do livro “O Massacre de São Patrício”, no qual critica severamente a atuação de inúmeras autoridades, entre elas um juiz, que não teriam investigado os referidos crimes por supostos interesses do regime militar que teve lugar na Argentina.

Todos os outros casos (Ricardo Canese vs. Paraguai, sentença de 31/8/2004; Herrera Ulloa vs. Costa Rica, sentença de 2/7/2004; Tristan Donoso vs. Panamá, sentença de 27/1/2009; Usón Ramírez vs. Venezuela, sentença de 20/11/2009; Verbitsky vs. Argentina, sentença de 20/9/1994) **se referem a manifestações de opinião de escritores e jornalistas contra autoridades, e não a ofensas proferidas na presença de um servidor público.**

Vejam que, quanto ao crime de desacato, é muito diferente o que se observa no Brasil quando tal figura delitiva é invocada. O típico caso de desacato em nosso sistema de justiça, como bem referiu o Ministro Antonio Saldanha, trata de situações de abordagem policial, de prisão em flagrante, de

cumprimento de mandado pelo oficial de justiça, de entrevista ocorrido em audiências judiciais, de atendimento de servidor em hospitais, repartições públicas, etc.

Então, é forçoso concluir **não haver identidade entre as situações fáticas** que resultaram nos julgamentos referidos e as que os tribunais brasileiros correntemente enfrentam quando são processados os autores de crimes de desacato à autoridade (art. 331 do Código Penal).

Por isso, não me parece adequado invocar esses parâmetros que a Comissão e, em alguns casos, a Corte utilizam para extrair a conclusão de que o crime de desacato deve ser abolido em todos os países sob a jurisdição do sistema interamericano de direitos humanos.

IV. Situações desiguais, tratamento penal desigual

Dito isso, enxergo a possibilidade do **discrímen** no que se refere ao **funcionário público em relação ao particular**, considerando que o **próprio Código Penal já o faz em vários pontos**. 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, nos casos 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 relativamente 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 funcionário público, ao agir nessa qualidade, carrega uma diversidade de deveres funcionais e responsabilidades que o oneram sobremodo em comparação 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.

Observo 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

Superior Tribunal de Justiça

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'llr 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 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: "*Atroce[m] 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). Êste 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, p. 418-423)

Magalhães Noronha, mais sucintamente, ensina que **os bens**

tutelados pelo crime de desacato são 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)

A propósito, rememoro a sempre oportuna lição de Luigi Ferrajoli, segundo a qual **o Direito Penal tem como objetivo principal evitar que, na sua ausência, os agentes públicos assumam, como meios corretivos, outros tipos de reações, sejam informais, sejam estatais, mas excessivas.**

Assim pontua o jus filósofo italiano:

Existe, entretanto, um outro tipo de objetivo, no qual o princípio da pena mínima pode ser comissurado: trata-se da prevenção, mas do que dos delitos, de um outro tipo de mal, antitético ao delito, que normalmente é negligenciado tanto pelas doutrinas justificacionistas como pelas abolicionistas. **Este outro mal é a maior reação – informal, selvagem, espontânea, arbitrária, punitiva mas não penal – que, na ausência das penas, poderia advir da parte do ofendido ou de forças sociais ou institucionais solidárias a ele.** É o impedimento deste mal, do qual seria vítima o réu, ou, pior ainda, pessoas solidárias ao mesmo, que representa, eu acredito, o segundo e fundamental objetivo justificante do direito penal. **Quero dizer que a pena não serve apenas para prevenir os delitos injustos, mas,**

igualmente, as injustas punições" (FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão. Teoria do garantismo penal*. Tradução coletiva. São Paulo: RT, 2002, p. 268, grifei).

Essa, aliás, é a tônica da obra de Ferrajoli, centrada na necessidade de caminhar na direção de um sistema de garantia em que se tenha como legítimo e necessário o Direito Penal – dado que, na sua ausência, o espaço seria ocupado pela anarquia punitiva e pelas reações abusivas, formais ou informais –, de sorte que:

[...] **monopolizando a força**, delimitando-lhe os pressupostos e as modalidades e **precluindo-lhe o exercício arbitrário por parte dos sujeitos não autorizados**, a proibição e a ameaça penal protegem os possíveis ofendidos contra os delitos, ao passo que o **julgamento e a imposição da pena protegem, por mais paradoxal que pareça, os réus (e os inocentes suspeitos de sê-lo)** contra as vinganças e outras reações mais severas. (FERRAJOLI, *op. cit.*, p. 270)

Sob tal perspectiva, não seria prematuro inferir que, na ausência de um tipo penal que proteja o funcionário público em uma conjuntura como as descritas acima, situações mais aflitivas e sensíveis poderiam ocorrer, como a situação em que policiais possam ser tentados a reagir a um desacato à sua autoridade com algum tipo de correção imediata, fora do âmbito da legalidade e de maneira desproporcional.

Estou certo, em verdade, de que, na ausência do tipo penal em exame, abusos ainda maiores serão cometidos, o que não impede – 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. Isso deve ser repreendido com rigor pelo Judiciário**, de forma a punir aqueles que, por um simples tom de voz mais elevado ou por palavras mais duras e com ar 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 (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, e dá azo a punições injustas e desarrazoadas – é precisamente nesse ponto que entendo caber ao Poder Judiciário contribuir, decisivamente, para a mudança desse quadro.

V. Contempt of Court

Lembro também que o direito norte-americano trabalha com um **conceito ainda mais sutil de ofensa a servidores públicos**, o *contempt of court*, que consiste, segundo Dan Dobbs (*Contempt of court: a survey*. Cornell Law Review, v. 56, 1971, p. 186), em um ato ou omissão que substancialmente perturbe ou obstrua o processo judicial em um caso em particular, seja por meio de comportamento durante o julgamento, com a interrupção deste, seja via comportamentos obstrutivos fora da Corte propriamente dita. Pode-se incluir, ainda, a desobediência de uma ordem judicial, como quando uma parte viola uma tutela específica [*injunction*] ou quando uma testemunha se recusa a responder a uma pergunta efetuada pelo juiz.

Como bem ressaltou Joseph Moskowitz (*Contempt of injunctions, civil and criminal*. London, Columbia Law Review, v. 43, n. 9, p. 780-824, 1943), o *contempt of court* se expressa em diversas condutas e por diferentes pessoas que, de algum modo, conectem-se com o ato que afronta a dignidade da justiça: pessoa que comete perjúrio, litigante que desafia o juiz ou tenta corromper um jurado, advogado que se comporta inadequadamente no curso do processo ou perante o Tribunal, testemunha que se recusa a falar, oficial da Corte que pratica conduta inadequada e inclusive o próprio juiz.

Não obstante o *contempt of court* encontre limitações na primeira emenda à constituição americana – em *Bridges vs. Califórnia*, de

Superior Tribunal de Justiça

1941, a Suprema Corte afirmou que o *contempt power* de todas as Cortes, federais ou estaduais, é limitado pela garantia da primeira emenda contra a interferência na liberdade de expressão ou de imprensa (no mesmo sentido *Wood vs. Georgia*, de 1962; *Craig vs. Harney*, de 1947) –, **a imposição de gag orders** ("ordens de mordaca") **vem sendo considerada lícita** a fim de evitar que publicações prejudiquem o curso de um processo judicial, visto que "um tribunal de justiça sem poder para reivindicar sua própria dignidade, para impor a obediência aos seus mandatos, para proteger seus oficiais ou para proteger aqueles que são confiados a seus cuidados, seria uma anomalia que não poderia ser permitida em qualquer comunidade civilizada" (OSWALD, James Francis. *Contempt of court, committal, and attachment, and arrest upon civil process, in the supreme court of judicature, with the practice and forms. 2 edition, London, 1895. William Clowes and Sons*. Republicação integral efetuada por Kessinger Publishing's Rare Reprints, Kessinger Publishing. p, 11).

É bem verdade que os tribunais norte-americanos conferem grande margem de expressão aos cidadãos em suas manifestações críticas contra agentes públicos. Em 1987, a Suprema Corte dos EUA decidiu em *City of Houston vs. Hill*, que a Primeira Emenda permite uma "quantidade significativa de críticas e desafios verbais sejam dirigidos a policiais", ao cassar uma norma municipal que considerava ilícito qualquer ato de oposição, molestamento ou interrupção de qualquer policial no cumprimento de seu dever, ou qualquer pessoa convocada para ajudar a fazer uma prisão. O juiz da Suprema Corte Lewis F. Powell Jr., ao deixar claro que os indivíduos têm o direito de insultar os policiais, consignou que a polícia deveria ser capaz de lidar com linguagem mais ofensiva do que um cidadão particular.

Então, posso concluir que o direito norte-americano tem esse contraponto: ao mesmo tempo em que prevê punição contra o advogado ou um participante de uma audiência por qualquer deslize contra a prestação jurisdicional, oferece tolerância muito maior com atos semelhantes em relação aos policiais (*contempt of cop*) e demais servidores públicos.

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.

Superior Tribunal de Justiça

Imaginemos o exemplo de um oficial de justiça que, ao cumprir um mandado de intimação, é confrontado pelo destinatário, que pega aquele mandado, o rasga e joga-o no rosto do servidor público, 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. A 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 justificar a existência de mecanismos expeditos e eficazes para restaurar a ordem jurídica violada e responder ao crime de desacato.

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 atuam em nome do Estado na prestação de serviços públicos.

Acompanho a percepção de que, no futuro, provavelmente teremos, por via legislativa ou até jurisprudencial, uma modificação sobre o tratamento jurídico-penal dessa matéria – quem sabe, ao menos, se dê contornos mais fechados e claros ao tipo penal em análise.

Acrescento que, normalmente, sou favorável a caminhos que privilegiem menor intervenção do Direito Penal na vida das pessoas. Sigo a orientação de que as proibições e as penas têm por fim assegurar “o máximo de bem-estar possível dos não desviantes e o mínimo mal-estar necessário dos desviantes” (FERRAJOLI, *op. cit.*, p. 271). Todos os meios interpretativos que, de acordo com as possibilidades – sem o sacrifício da segurança cidadã e da necessária proteção aos bens jurídicos –, minimizem a intervenção do Direito Penal são bem-vindos.

Mas, na presente controvérsia, assumo posição conservadora.

Pelo menos neste momento, eu não iria tão longe para afirmar que o crime de desacato não mais integra o ordenamento jurídico penal brasileiro, por conta de, repito, relatórios ou informes da Comissão e de casos julgados pela Corte Interamericana de Direitos Humanos que não tiveram o Brasil como parte e não trataram de situação fática idêntica à que foi versada neste recurso especial.

VII. Caso concreto

Pelos fundamentos acima explicitados, não deve prevalecer o argumento do Tribunal de origem da incompatibilidade do tipo penal do desacato com a Convenção Americana de Direitos Humanos.

O acórdão recorrido apresenta indícios de autoria e materialidade suficientes a justificar a deflagração do procedimento criminal. A instrução viabilizará a cognição definitiva sobre a subsunção da conduta imputada ao tipo penal em destaque.

Assim, a Corte de origem decidiu em dissonância com a jurisprudência deste Superior Tribunal. Por essa razão, o julgado deverá ser reformado.

VIII. Dispositivo

À vista do exposto, com fundamento no art. 932, VIII, do CPC, c/c o art. 34, XVIII, "c", parte final, do RISTJ, **dou provimento ao recurso especial**, para restabelecer o acórdão da Turma Recursal Única da Comarca de Cuiabá/MT (Apelação Criminal n. 2480/2016).

Publique-se e intimem-se.

Brasília (DF), 17 de agosto de 2018.

Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ
Relator