

VOTO-VOGAL

O Senhor Ministro Gilmar Mendes: Trata-se de arguição de descumprimento de preceito fundamental, com pedido de cautelar, proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil CFOAB, tendo por objeto o art. 331 do Código Penal (Decreto-Lei nº 2.848 /1940), que previu o crime de desacato a funcionário público.

Conforme descrito pelo Relator, “Alega a requerente que a norma viola os seguintes preceitos fundamentais: (i) a liberdade de expressão (art. 5º, IX, e art. 220, CF/88), porque as manifestações sobre agentes públicos são relevantes para o debate público, não devendo ser cerceadas; (ii) o princípio republicano, o Estado Democrático de Direito e o princípio da igualdade (art. 1º, caput e par. único, e art. 5º, CF/88), uma vez que a tipificação do crime de desacato subverte a titularidade do poder político, colocando o servidor público em condição de superioridade em relação ao cidadão comum, quando deveria lhe prestar contas; (iii) o princípio da legalidade (art. 5º, XXXIX, CF/88), já que se trata de tipo penal excessivamente aberto, que dificulta a diferenciação entre a mera reclamação ou crítica e o insulto violador da dignidade da função pública.”

O Código Penal, em seu art. 331, define o delito de desacato com a seguinte redação:

“Art. 331 - Desacatar funcionário público no exercício da função ou em razão dela:

Pena - detenção, de seis meses a dois anos, ou multa”.

Desacatar, consoante o Dicionário Houaiss da língua portuguesa, tem o sentido de destratar, desprezar, afrontar, insultar ou vituperar, figurando como antônimo ações de respeitar, acatar ou honrar.

Trata-se de crime praticado por particular contra a administração em geral (CP) ou, em especial, a administração militar (CPM). A tutela penal está no interesse em se assegurar o normal funcionamento do Estado, protegendo-se o prestígio do exercício da função pública. Ressalte-se, pois, que a norma tem como destinatário da proteção legal mais a função pública do que a pessoa do funcionário (civil ou militar).

Colhe-se, portanto, para a configuração do crime, não ser necessário que o funcionário público se sinta ofendido, bastando que seja insultuosa a conduta do agente. Exige-se, porém, a presença do ofendido, sendo indispensável que o menoscabo tenha alvo certo, de forma que a vítima deve ouvir a palavra injuriosa ou sofrer diretamente o ato.

O desacato é um crime comum, podendo ser praticado por qualquer pessoa. O sujeito passivo, conforme dissemos, é o Estado, sendo o funcionário público uma vítima secundária da infração.

É essencial para a configuração do delito que o funcionário público esteja no exercício da função, ou, estando fora, que a ofensa seja empregada em razão dela. Deve, pois, haver o chamado *nexo funcional*.

Com efeito, desacatar é a ação de ofender, humilhar, espezinhar, agredir o funcionário público *in officio* ou *propter officium*. Nesse cenário reside o dolo do agente. A crítica ou a censura, sem excessos, não constituem desacato, ainda que veementes.

O dolo deve abranger o conhecimento pelo agente da qualidade de funcionário público da vítima indireta. O desconhecimento desse dado pode redundar na atipicidade por erro de tipo, por exclusão do dolo, persistindo tão somente eventual crime de injúria.

Essas breves considerações sobre o delito de desacato são necessárias para melhor analisar a alegada violação à Convenção Americana de Direitos Humanos e à Constituição Federal.

Com efeito, suscita-se a incompatibilidade desse delito com a liberdade de expressão e do pensamento, garantidos tanto pela Convenção Americana de Direitos Humanos, artigo 13 (promulgado pelo Decreto 6788/92) como pela Constituição Federal, art. 5º, incisos. IV, VIII e IX, e 220, os quais não teriam recepcionado referido tipo penal.

Sabe-se que os tratados de direitos humanos têm para nós significado ímpar, extraindo da Constituição Federal a sua condição de validade. Sobre a incorporação dos tratados ao direito interno, após a entrada em vigor da Emenda Constitucional 45/2004, possibilitou-se elevar aqueles relativos a direitos humanos ao patamar das emendas constitucionais (art. 5º, § 3º, da Constituição). Para tanto, devem esses tratados ser aprovados pelo Poder Legislativo (posteriormente, ratificados pelo Executivo) por três quintos dos votos de cada uma das suas Casas, em dois turnos de votação.

Registre-se que já anteriormente à referida EC, a partir de decisões do STF, elevou-se o *status* dos tratados de direitos humanos a patamar *superior* ao das leis ordinárias, evoluindo relativamente às decisões anteriores (desde a década de 70, no RE 80.004/SE) que equiparavam os tratados internacionais (quaisquer que fossem, de direitos humanos ou não) ao nível da legislação ordinária.

Assim, se os tratados de direitos humanos podem ser (i) *equivalentes* às emendas constitucionais (nos termos do art. 5º, § 3º, da Constituição Federal), *se aprovados pelo Legislativo após a EC 45/2004*, ou ainda (ii) *supralegais* (segundo o entendimento atual do STF RE 349.703/RS), *se aprovados antes da referida Emenda*, o certo é que, estando *acima* das normas infraconstitucionais, não de ser *também* paradigma de controle da produção normativa doméstica.

Destarte, para além do controle *de constitucionalidade*, o modelo brasileiro atual comporta, também, um controle *de convencionalidade* das normas domésticas.

Diante do quadro colocado, assinale-se o que estabelece o Pacto de San Jose da Costa Rica a respeito da liberdade de pensamento e de expressão:

“Artigo 13. Liberdade de pensamento e de expressão

1. Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito compreende a liberdade de buscar, receber e difundir informações e ideias de toda natureza, sem consideração de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro processo de sua escolha.

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

- a. O respeito aos direitos ou à reputação das demais pessoas; ou
- b. A proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas.

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

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

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

Tomando referido tratado internacional como parâmetro do controle de convencionalidade do ordenamento jurídico interno, a uma simples leitura do dispositivo supracitado não se infere qualquer afronta na tipificação do crime de desacato. Não houve revogação da norma penal, mas recepção pela regra supralegal.

Observe-se que o item 2, letra a, do art. 13 do Pacto de San Jose dispõe claramente que o exercício do direito à liberdade de pensamento e de expressão, embora não sujeito a censura prévia, deve assumir responsabilidades ulteriores, expressamente fixadas em lei, para assegurar o respeito aos direitos ou à reputação das demais pessoas.

A liberdade de expressão prevista na Convenção Americana de Direitos Humanos não difere do tratamento conferido pela Constituição Federal ao mesmo tema, não possuindo esse específico direito, como todos os demais direitos fundamentais, caráter absoluto.

A Constituição Federal, ao tutelar a honra, a intimidade e a dignidade da pessoa humana, direitos conferidos a todos, sem distinção de qualquer natureza (art. 5º da CF), recepcionou a norma do desacato prevista na legislação penal.

O direito à liberdade de expressão deve harmonizar-se com os demais direitos envolvidos (honra, intimidade e dignidade), não eliminá-los. Incide o princípio da concordância prática, pelo qual o intérprete deve buscar a conciliação entre normas constitucionais. Dissemos em nossa obra de Direito Constitucional:

“Se é esperado do intérprete que extraia o máximo efeito de uma norma constitucional, esse exercício pode vir a provocar choque com idêntica pretensão de outras normas constitucionais. Devem, então, ser conciliadas as pretensões de efetividade dessas normas, mediante o estabelecimento de limites ajustados aos casos concretos em que são chamadas a incidir. Os problemas de concordância prática surgem, sobretudo, em casos de colisão de princípios, especialmente de

direitos fundamentais, em que o intérprete se vê desafiado a encontrar um desfecho de harmonização máxima entre os direitos em atrito, buscando sempre que a medida de sacrifício de um deles, para uma solução justa e proporcional do caso concreto, não exceda o estritamente necessário". (MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*, 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, pág. 94/95)

O exercício abusivo das liberdades públicas não se coaduna com o Estado democrático. A ninguém é lícito usar de sua liberdade de expressão para ofender, espezinhar, vituperar a honra alheia.

O desacato constitui importante instrumento de preservação da lisura da função pública e, indiretamente, da própria dignidade de quem a exerce.

Não se pode despojar a pessoa de um dos mais delicados valores constitucionais, a dignidade da pessoa humana, em razão do *status* de funcionário público (civil ou militar). A investidura em cargo ou função pública não constitui renúncia à honra e à dignidade.

Impende destacar que a liberdade de expressão consubstancia um dos mais valiosos instrumentos na preservação do regime democrático. O pluralismo de opiniões, a crítica, a censura, são vitais para a formação da vontade livre de um povo.

O direito de se comunicar livremente é inerente à sociabilidade, que é próprio da natureza humana. E deve ser ampla a liberdade do discurso político, do debate livre, impedindo-se possíveis interferências do poder. O Estado de Direito democrático não desconhece esse valor universal.

Entretanto, a repressão do excesso não é incompatível com a democracia. O veto à censura prévia não proíbe o controle e a responsabilização *a posteriori*, permitindo-se a intervenção contra manifestações não protegidas juridicamente, o que ocorre quando transbordam dos limites do art. 5º, inciso X, da Constituição Federal, que trata, em contraposição à liberdade de manifestação, da invulnerabilidade da honra.

O STF, nesse sentido, decidiu em caso assemelhado que o discurso de ódio não se inclui no âmbito de proteção da liberdade de expressão. No HC 82.424, Redator. para o acórdão Min. Maurício Corrêa, DJ 19.3.2004. Consignou-se: *O direito à livre expressão não pode abrigar, em sua abrangência, manifestações de conteúdo imoral que implicam ilicitude penal.*

De conseguinte, a figura penal do desacato não tolhe o direito à liberdade de expressão, não retirando da cidadania o direito à livre manifestação, desde que exercida nos limites de marcos civilizatórios bem definidos, punindo-se os excessos.

A Constituição Federal, em seu artigo 37, impõe à Administração Pública a observância dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, podendo-se deduzir daí a compatibilidade entre a defesa da honra e intimidade do funcionário público e a liberdade de expressão.

Anote-se, pois, a dúplici função desse preceptivo constitucional: serve de vetor na atuação do agente público, ao mesmo tempo em que, atuando no leito condutor de tais princípios constitucionais, deve estar protegido de investidas de terceiros.

O agente público, em razão dos rigorosos deveres a que está sujeito, está submetido a um regime de responsabilidade bastante gravoso, superior àquele imposto ao particular. A improbidade administrativa estabelecida pelo § 4º do aludido artigo 37 é mostra desse rigor legal que paira sobre a conduta do funcionalismo público em geral.

Não se está, pois, diante de privilégio a colocação do agente público sob especial proteção legal.

Reprimir o Estado ataques ao funcionalismo está no âmbito de abrangência do espectro democrático.

O que não se tolera, no Estado Democrático de Direito, é colocar sob a proteção da lei uma classe de profissionais ou categoria de pessoas, deixando-se de punir seus desvios, tornando-os imunes à *persecutio criminis*. Não é isso o que ocorre em nosso sistema.

Portanto, o desacato não é incompatível com a democracia desde que, em contrapartida, haja lei que puna os abusos de autoridade. O Estado de Direito democrático deve possuir mecanismos de salvaguarda do cidadão contra abusos do poder, ao mesmo tempo em que deve colocar o agente público também a salvo do exercício abusivo de direitos conferidos aos demais membros da sociedade.

Importante questão a ser observada atine com a compatibilidade do desacato e a existência, no Estado democrático, de igual lei que puna o

abuso de autoridade. Há de existir um equilíbrio entre essas duas forças. E nesse sentido veio bem a Lei 13.869/2019, que consolidou legislação mais clara e precisa para reprimir casos de abuso de autoridade.

Ainda que existam divergências relevantes, este Supremo Tribunal Federal já se pronunciou, por ambas as Turmas, no sentido da constitucionalidade e convencionalidade do tipo penal de desacato (art. 331, CP):

Habeas corpus. 2. Crime de desacato a militar (art. 299 do Código Penal Militar). 3. Controle de constitucionalidade (arts. 1º; 5º, incisos IV, V e IX, e 220 da Constituição Federal) e de convencionalidade (art. 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica). 4. Alegada ofensa à liberdade de expressão e do pensamento que se rejeita. 5. Criminalização do desacato que se mostra compatível com o Estado Democrático de Direito. 6. Ordem denegada. (HC 141949, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, j. 13.03.2018)

PROCESSUAL PENAL MILITAR. AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. CRIME DE DESACATO (ART 299 DO CPM). COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA MILITAR. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. IMPOSSIBILIDADE.

1. A orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal (STF) é no sentido de que o trancamento de ação penal só é possível quando estiverem comprovadas, de logo, a atipicidade da conduta, a extinção da punibilidade ou a evidente ausência de justa causa. Precedentes.

2. O STF, atento às peculiaridades de cada processo, tem adotado interpretação restritiva na definição da competência da Justiça Militar para o julgamento de civis em tempo de paz. Hipótese em que ficou demonstrada excepcionalidade apta a justificar a competência da Justiça Militar da União, tendo em vista que a paciente praticou crime de desacato contra militar em atividade tipicamente militar. Precedentes.

3. Ausência de teratologia, ilegalidade flagrante ou abuso de poder, notadamente porque a Segunda Turma do STF, em julgamento recente, entendeu que a criminalização do desacato é compatível com o Estado Democrático de Direito. HC 141.949, Rel. Min. Gilmar Mendes.

4. Agravo regimental desprovido. (HC 145882 AgR, Rel. Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, j. 31.08.2018)

Por fim, os limites bem expostos pelo eminente Relator se mostram adequado para fortalecer a proteção de direitos fundamentais a partir de uma **interpretação restritiva do tipo penal** : 1) o crime deve ser praticado na presença do funcionário público; 2) não há crime se a ofensa não tiver relação com o exercício da função; 3) é necessário que o ato perturbe ou obstrua a execução das funções do funcionário público; 4) devem ser relevados, portanto, eventuais excessos na expressão da discordância, indignação ou revolta com a qualidade do serviço prestado ou com a atuação do funcionário público.

Diante do exposto, **acompanho o Relator para julgar improcedente o pedido.**

É como voto.

Plenário Virtual - minuta de voto - 18/06/2018-29