



EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO

LUÍS ROBERTO BARROSO

RELATOR DA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO
FUNDAMENTAL n. 496

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

O Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM), regularmente habilitado como *amicus curiae*, por seus procuradores abaixo assinados, vem à presença de Vossa Excelência apresentar seu **Parecer**, com o objetivo de fornecer subsídios a esta Suprema Corte para o aprimoramento da prestação jurisdicional no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 496.

I. BREVE SÍNTESE DO PROCESSO E A ATUALIDADE DA QUESTÃO EM PAUTA

A presente arguição foi apresentada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – CFOAB – em outubro de 2017, requerendo a declaração de não-recepção, pelo ordenamento jurídico brasileiro, do dispositivo que tipifica o delito de desacato, o art. 331 do Código Penal (Decreto-Lei n. 2.848/1940).

A Inicial argumenta pela incompatibilidade do art. 331 com preceitos constitucionais como o princípio republicano (art. 1º, caput) e o princípio da igualdade (art. 5º, caput), uma vez que a conduta criminalizada perfaz a desigualdade entre funcionários públicos e os demais cidadãos; o princípio da legalidade (art. 5º, inc.

XXXIX) por permitir a manutenção de um delito com pouca ou nenhuma definição de quais condutas devem ser compreendidas pelo núcleo “desacatar”; e a liberdade de expressão (art. 5º, inc. IX) já que o delito tem sido instrumentalizado para intimidar e silenciar legítimas manifestações de membros da sociedade civil contra casos de arbítrio e violência praticados por funcionários públicos.

A AGU prestou informações, manifestando-se pela compatibilidade do crime de desacato com o texto constitucional, argumentando haver a efetiva necessidade de tratamento desigual entre o funcionário público e o particular porque aquele estaria exposto “a todo tipo de ofensas” na execução de suas funções. Afirma também ser necessária a proteção da condição de funcionário público e “a honra *lato sensu* da Administração Pública”.

Em parecer, a PGR também se posicionou pela constitucionalidade da criminalização prevista no art. 331 do Código Penal. Indica que o dispositivo se destinaria a “tutelar o prestígio da Administração Pública” e traz à discussão o *Habeas Corpus* 141.949/DF, julgado pela Segunda Turma desta Corte em março de 2018.

A PGR a alega que, no julgamento do HC em comento, teria sido firmada a posição de que o delito de desacato não viola a Constituição da República nem a Convenção Interamericana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica). No entanto, o argumento carece de respaldo fático, uma vez que a decisão do colegiado não firmou qualquer entendimento acerca da constitucionalidade ou convencionalidade do art. 331 do Código Penal.

Em verdade, o HC em questão sequer tem vínculo direto com o objeto desta Aguição, pois tratou do caso de um civil condenado pelo delito de *desacato a militar*, previsto no art. 299 do Código Penal Militar. O civil fora processado e condenado pela justiça militar por ter chamado um sargento do Exército Brasileiro de “palhaço”.

Ainda que a decisão da Segunda Turma tenha, lamentavelmente, permitido a imputação de um delito disposto pela legislação especial militar a um civil, é notório que a presente Arguição trata de um dispositivo distinto cuja formulação sinaliza fundamentos jurídicos e finalidades político-criminais essencialmente diversas daquelas que orientam o art. 299 previsto pelo Código Penal Militar.

A infortuna carência de uma análise técnica adequada das dimensões jurídico-penal e político-criminal dos diferentes delitos de “desacato” levou a PGR à confusão de dois delitos francamente distintos, apesar de apresentarem *nomen juris* similares. Tal análise lhe permitiria identificar que o julgamento do HC 141.949/ DF não consolidou entendimento quanto ao art. 331 do CP e, portanto, não é capaz de apresentar argumentos pertinentes a esta Arguição.

Um precedente cuja menção é de fato oportuna se deu no âmbito do Recurso Especial nº 1.640.084/SP, julgado pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, que decidiu pela inconveniência do crime de desacato. Na ocasião, o Ministro Ribeiro Dantas aceitou, em seu voto, ao argumento trazido pela Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão de que “a existência do crime do art. 331 do CP [...] não raras vezes, serviu de instrumento de abuso de poder pelas autoridades estatais, para suprimir direitos fundamentais, em especial a liberdade de expressão”.

A afirmação é confirmada por fatos recentes e notórios. O atual contexto entra para a História como um período de intensa insatisfação cívica diante da atuação de agentes estatais que, em uma conjuntura de vilipêndio da cidadania, vêm figurando em casos cada vez mais recorrentes e alarmantes de intolerância, preconceito e violência.

As manifestações populares espontâneas que vêm eclodindo no Brasil e no mundo bradando por justiça diante do racismo e das arbitrariedades praticadas por autoridades – notadamente policiais – somente reforçam aquilo que desde sempre se

soube: as agências estatais de controle social estão sujeitas ao enviesamento, à seletividade e ao abuso de poder.



Acima, a primeira foto mostra uma apoiadora do Governo Federal, portando um taco de beisebol, sendo amigavelmente conduzida por um policial militar depois de ameaçar manifestantes críticos da atual gestão.

Na segunda imagem, há uma comparação entre o duro tratamento dado, pela polícia militar paulista, a manifestantes contrários ao aumento da tarifa de ônibus, em contraste com a afabilidade dispensada pela mesma corporação aos que se manifestavam em apoio ao atual presidente da república.

¹ CRUZ, Maria Teresa e VASCONCELOS, Caê. *Violência contra protesto antifascista mostra de que lado a PM está. Ponte Jornalismo*. 2 jun. 2020. Disponível em: <https://ponte.org/violencia-contra-protesto-antifascista-mostra-de-que-lado-a-pm-esta/>. Acesso em 06 jun. 2020.

Contumazes são as manifestações no nosso país que terminam com manifestantes detidos por desacato, simplesmente por haverem criticado tratamentos desiguais e injustos:



(Manifestante em protesto “Vidas negras importam” questiona, desarmado, repressão policial e tem um fuzil apontado contra si)



(Manifestante é revistado antes de ser detido “para averiguação” em 7 de janeiro de 2020. Nesse dia, 3 foram autuados por desacato)

² GARCIA, Diego. *Protesto contra violência policial termina em confusão com polícia no Rio*. **Folha de São Paulo**. 31 mai. 2020. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2020/05/protesto-contra-violencia-policia-termina-em-confusao-com-policia-no-rio.shtm>. Acesso em 06 jun. 2020.

³ VASCONCELOS, Caê. *Prisão de manifestantes em SP foi aleatória e sem provas, diz advogado*. **Ponte Jornalismo**. 8 jan. 2020. <https://ponte.org/prisao-de-manifestantes-em-sp-foi-aleatoria-e-sem-provas-diz-advogado/>. Acesso em 06 jun. 2020.

Em sua manifestação, a AGU reconhece que deve haver o direito de crítica à ação do Estado, desde que pontuada por “moderação”. Esse raciocínio falha em compreender que, em razão da indeterminação das condutas abarcadas pelo tipo do art. 331, mesmo uma crítica legal, legítima e “moderada” está sujeita à incriminação por desacato, já que o crime prescinde da desobediência a ordem legal (que demandaria que o funcionário público ofendido estivesse em estrito cumprimento do seu dever legal) e permite a qualquer funcionário público notificar ter sido vitimado, inclusive quando o suposto desacato ocorreu em resposta a uma ação arbitrária.

Da comprovada presença de vícios na prestação de serviços públicos, ora ilustrados pela ação policial, decorre que a violação de direitos dos cidadãos por funcionários públicos não é apenas possível como frequente, sendo capaz de ferir gravemente a imagem das instituições democráticas e a própria legitimidade do Estado.

A falibilidade do serviço público e, na mesma medida, da conduta do funcionário público, é uma constatação fundamental para o exame da constitucionalidade do art. 331 do Código Penal. Isso porque, conforme será demonstrado, esse dispositivo constitui um instrumento de coerção impeditivo do saudável questionamento da conduta dos agentes do Estado, inclusive questionamentos legítimos ou, como quer a PGR, “moderados”.

A questão não poderia ser mais atual, considerando os recentes protestos contra a violência e o viés racial na atuação da polícia no Brasil, inflados pelo caso do jovem João Pedro, assassinado aos catorze anos pela polícia no Rio de Janeiro; e nos Estados Unidos da América, que tiveram como estopim uma abordagem policial desnecessariamente violenta que resultou na morte de George Floyd, hoje símbolo da revolta contra o racismo e arbítrio policial em todo o mundo.

Vencida a etapa introdutória que cuidou da relatoria deste Parecer, o IBCCRIM passa ao exame de cada um dos pontos evocados pela Inicial: (i) violação do princípio republicano; (ii) violação do princípio da igualdade; (iii) violação do princípio da legalidade; (iv) violação da liberdade de expressão; (v) a não convencionalidade do delito porque incompatível com o Pacto de São José da Costa Rica.

Os pontos (i) e (ii) serão endereçados em conjunto porque inseparáveis. As liberdades e direitos fundamentais do cidadão são os fundamentos do Pacto Republicano. Uma administração pública organizada sob os moldes republicanos deve, obrigatoriamente, impor limites aos agentes do Estado capazes de garantir as liberdades e direitos do indivíduo pois estes são o fundamento da sua legitimidade.

O ponto (iii) é tratado em seção específica. Ainda que o princípio também apresente vinculação profunda com os princípios republicano e da igualdade, o caráter absolutamente central que ocupa na dogmática penal requer um aprofundamento à parte.

Do mesmo modo, o ponto (vi) é tratado em seção própria. A violação da liberdade de expressão está profundamente conectada com a desnecessidade da permanência do crime de desacato e aponta outras figuras penais existentes capazes de garantir o adequado funcionamento da administração pública, a integridade física e a dignidade dos seus funcionários, o desacato tem como única utilidade a supressão do espaço republicano de questionamento ao poder do Estado.

Para arrematar os quatro primeiros pontos, há ainda uma seção criminológica, dedicada a dimensionar os ônus trazidos pelas violações supramencionadas a partir de pesquisa social fundamentada. Esta seção dissipa quaisquer dúvidas sobre a efetiva ameaça à cidadania que o delito do art. 331 representa, através da demonstração empírica de que a imprecisão jurídica do dispositivo abre caminho para que, na prática,

muitas autoridades, busquem incriminar com o desacato o cidadão que se opõe à arbitrariedade da repressão policial:

Por fim, o ponto (v) é explorado na seção final, quando se presta esclarecimentos acerca do entendimento da Corte Interamericana de Direitos Humanos – CIDH –, e que indicam que a criminalização do desacato viola o sistema democrático, por impedir o controle dos atos do poder público pela população.

II. VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS REPUBLICANO E DA IGUALDADE

A Constituição da República parte do pressuposto de que não existem diferenças qualitativas entre seres humanos e que a vontade popular é o fundamento de toda a autoridade. O Brasil República, portanto, estrutura uma organização política que tem por fundamento ético o respeito à liberdade humana e a elevação da cidadania à condição preferencial de existência, dissolvendo as particularidades em favor de uma categoria universal e indistinta, determinando a igualdade como condição das relações sociais.

O crime de desacato, definido no artigo 331 do Código Penal, em oposição a esses valores, cria uma distinção artificial que privilegia os servidores públicos mesmo em situações de autoridade rigorosamente iguais. Essa diferenciação é profundamente injusta porque coloca aqueles que deveriam se filiar a uma ética pública (e, portanto, universal) em artificial e pedante pedestal, que apequena, em contraste, o cidadão – paradoxalmente, o sujeito privilegiado na estrutura republicana.

Assim, e lamentavelmente, ao sustentar que o delito do art. 331 proíbe condutas “que ponham em xeque a credibilidade” de um funcionário público, sem se dar conta, a própria AGU fortalece o argumento da sua incompatibilidade com o

princípio republicano do Estado Democrático de Direito. Afinal, questionar a credibilidade da administração pública nada mais é que o direito fundamental basilar de um pacto republicano. Aliás, toda a argumentação prévia, em semelhança aos apontamentos da Procuradoria Geral da República, admitem que a incriminação do “desacato” com fundamento material na presunção de que o agente estatal precisa de garantias contra o cidadão parte de uma lógica inversa àquela que sustenta o ideário republicano, mesmo em sua mais superficial definição.

Ainda, é preciso destacar que o crime de “desacato” serve como obstáculo para o contínuo aprimoramento da atividade estatal. Ao nos depararmos com a análise sociológica que indica a *dominação burocrática* ser a racionalidade preferencial das democracias modernas – por sua tecnicidade, impessoalidade, universalidade e lógica meritocrática etc. –, constata-se a permanência de uma ameaça velada na interface entre cidadão e administração pública. Como exemplo, a folclórica exposição de pequenas plaquinhas indicando a existência do crime em repartições e gabinetes públicos dificulta a possibilidade de expressão e assimilação de críticas destinadas a aprimorar a prestação dos serviços estatais. Opera, portanto, contra o próprio interesse do Estado, de melhorar continuamente, aumentando, em sentido oposto, seu déficit de legitimação perante a população.

Próprio de períodos de asfixia das liberdades individuais, o crime de “desacato” coíndice com outras formas de dominação, mais afins ao oligopólio ou à sociedade de castas, para as quais a diferenciação qualitativa entre cidadãos é condição para preservação do poder. Tendo em vista que a *burocracia* segue sendo fundamental para a mediação entre os interesses individuais e as possibilidades do Estado nas sociedades democráticas, a permanência de um arcaísmo sedimentado em tão pobre tipificação mantém o país vinculado a uma tradição conservadora e profundamente injusta. Símbolo de atraso, o “desacato” pode agora, finalmente, encontrar seu fim tardio para a consagração do princípio republicano, por meio da declaração de sua não

recepção pela ordem jurídica fundada pela Constituição de 1988, por este egrégio Supremo Tribunal Federal.

III. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

O **princípio da legalidade** é o mais importante instrumento constitucional de proteção individual no Estado Democrático de Direito. Consagrado pela fórmula “*nullum crimen, nulla poena sine legem*”, desdobra-se em quatro dimensões, impondo aos processos de criminalização primária e secundária as exigências de lei *prévia, escrita, estrita e certa*. Em particular, essa última dimensão exige que não apenas a definição das normas penais completas, mas que todas as regras que fazem a ponte entre uma conduta humana e o tipo legal obedeçam o máximo rigor na dialética entre *significante e significado*, para evitar aberturas interpretativas que viabilizem a arbitrariedade por parte dos agentes de criminalização.

Nesse sentido, não há dúvida de que a situação típica definida no artigo 331 do Código Penal é manifestamente inconstitucional, por violação ao **princípio da legalidade**, na dimensão de obrigação de lei *certa*, ao criar hipótese incriminatória aberta, que não descreve o que caracterizaria, exatamente, o verbo “desacatar”, o que denota densidade hermenêutica exagerada, a viabilizar a manipulação ocasional do termo para constranger o cidadão em uma eventual situação de mero antagonismo em relação às intenções ou ações das autoridades públicas.

De fato, o grau de subjetividade embutido no termo cria um espaço de indeterminação insuportável, incomum no Estado de Direito, cuja atuação não está somente limitada à legalidade, mas à *estrita* legalidade, o que é impossível quando o marco legal se apresenta deliberadamente frouxo. Abre-se, assim, espaço para o arbítrio, porque não há definição do que seja desacatar, nem a indicação de critérios objetivos a permitir uma métrica para a constatação de abuso.

Embora nunca excluída por completo, o risco de falibilidade dos serviços públicos existe e devem ser dirimidos, por isso se faz necessário um espaço de diálogo constante entre Estado e sociedade civil, que seja capaz de receber demandas cidadãos, equacionando o fornecimento de serviços com a garantia das liberdades individuais, uma vez que estas são fundamentos republicanos irrenunciáveis.

A verdade é que a definição de “desacatar”, como consta no texto do art. 331 do CP, não encontra resposta suficiente no texto da lei e, por isso, amplia indevidamente o alcance da competência punitiva. A precária tentativa de definição proposta pela Advocacia Geral da União, aliás, bem demonstra essa insuportável densidade semântica: o que significa, exatamente, “desprestigiar a função pública” em um país no qual o Estado – e, por conseguinte, seus agentes – são responsáveis por sistemáticas violações aos direitos humanos, especialmente por meio dos agentes da repressão oficial?

É preciso salientar, também, que, a despeito do controle judicial sobre a tipicidade material do delito, o art. 331 segue servindo como instrumento de coação, pois a incriminação já produz efeitos negativos muito antes da derradeira imposição de pena e a despeito dela. A mera existência do art. 331 já parece suficiente para que autoridades, unicamente a partir de sua própria palavra, possam imputar a autoria do crime a alguém ou mesmo deter uma pessoa por supostamente ter incorrido no delito de desacato.

A questão é abordada com perspicácia pelo voto do Ministro Ribeiro Dantas, que cita casos reais para ilustrar a problemática da indeterminação do tipo:

Embora a jurisprudência afaste a tipicidade do desacato quando a palavra ou o ato ofensivo resultar de reclamação ou crítica à atuação funcional do agente público (RHC 9.615/RS, Rel. Ministro EDSON VIDIGAL, QUINTA TURMA, julgado em 8/8/2000, DJ 25/9/2000), o esforço intelectual de discernir censura de insulto à dignidade da função exercida em nome do Estado é por demais complexo, abrindo espaço para a imposição abusiva do poder punitivo estatal. Com

efeito, a depender da suscetibilidade do funcionário, uma palavra ou um gesto poderá sujeitar o autor a longa e tormentosa ação penal, até que um tribunal venha reconhecer a arbitrariedade da imputação do crime do art. 331 do CP. Veja-se, por exemplo, que este Superior Tribunal já trancou ação penal por desacato, movida contra Promotora de Justiça que pronunciou a frase "eu nunca ouvi tanta besteira", direcionada ao Corregedor-Geral do Ministério Público de seu Estado (HC 305.141/PB, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 5/2/2015, DJe 18/2/2015). Noutra oportunidade, o STJ afirmou que "não houve desacato ao magistrado em razão da função jurisdicional, tendo sido as ofensas a ele dirigidas em caráter pessoal, decorrentes de sua atitude como passageiro de companhia aérea" (HC 21.228/PI, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 20/2/2003, DJ 24/3/2003).

Outro caso de repercussão, infelizmente, é o da morte de três jovens do Morro da Providência, no Rio de Janeiro/RJ, na sequência de suas prisões por desacato a militares do Exército em operações naquela localidade. O caso foi investigado pelo Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana (CDDPH), que, no relatório de 30/9/2008, recomendou eliminar esse tipo penal, por violar parâmetros protetivos internacionais.

(texto disponível em <http://www.sdh.gov.br/sobre/participacao-social/cndh/relatorios/relatorio-c.emorro-da-providencia>)

É patente, portanto, a violação ao princípio da legalidade na redação do art. 331 do Código Penal, impedindo que haja a devida limitação do poder de intervenção estatal, permitindo que agentes estatais, arbitrariamente e perigosamente, de acordo com suas particularidade subjetivas⁴ – exatamente pelo esvaziamento de determinação da conduta – definam se a conduta deve ou não ser imputada ao cidadão, lhe impondo, até a apreciação judicial, eventual detenção, registro de boletim de ocorrência e denúncia.

⁴ Como exemplo, o caso do policial militar que publicou em rede social, em relação à manifestação em que teria presença de movimentos antifascistas, "*eu quero cacetar (sic) a LOMBA dos baderneiros*", print divulgado em alguns perfis do Twitter, como o do deputado federal Alexandre Frota, disponível em <https://twitter.com/alefrota77/status/1269670025218215936>. Acesso em 12 jun. 2020.

IV. DESNECESSIDADE DO TIPO PENAL DESACATO E A AMEAÇA À LIBERDADE DE EXPRESSÃO

É fundamental que a posição do IBCCRIM seja compreendida em seu compromisso com o Estado Democrático de Direito, o que inclui, por certo, o apreço pelos bens jurídicos atinentes à administração pública.

Parece necessário enfatizar esse ponto: aqueles que argumentam pela inconstitucionalidade do delito de *desacato*, em momento algum, concebem que fazê-lo implicaria em prejuízo à administração pública. Pelo contrário, é por acreditar nos princípios republicanos que devem reger a Administração Pública no país, que se advoga pela exclusão de um delito que afasta a legitimidade da República brasileira.

Do ponto de vista político-criminal, a pertinência da exclusão do art. 331 do Código Penal se evidencia por duas questões (i) a dificuldade – acidental ou deliberada – de definição do seu fundamento material, isto é, o bem jurídico que lhe dá fundamento; (ii) e a inadequação do tipo ao cumprimento das finalidades legítimas que a ele possam ser atribuídas, sobretudo, diante da existência de outras figuras penais capazes de cumprir os mesmos fins sem que, para tanto, ofereçam riscos tão grandes à cidadania.

Esses dois pontos dão conta de demonstrar a desnecessidade político-criminal do crime de *desacato* que será evidenciada nesta seção. De início, será feita uma introdução sintética ao conceito de bem-jurídico penal a fim de viabilizar uma discussão aprofundada acerca dos critérios de legitimidade do direito penal. Em seguida, será examinada a adequação do delito de *desacato* como meio de promover determinado fins socialmente desejáveis.

A. O fundamento material do desacato

O fundamento clássico da incriminação no direito penal moderno é a existência de violação de direito individual. Segundo pensadores como Jeremy Bentham e o Marquês de Beccaria, o poder punitivo estatal apenas poderia definir como crimes condutas que violassem os direitos de outro cidadão.

Essa formulação iluminista e francamente influenciada pelo contratualismo partia do pressuposto de que a intervenção do Estado na liberdade do sujeito configuraria uma quebra do contrato social que só estaria autorizada em situações em excepcionais, em que o próprio sujeito havia violado direito fundamental de alguém. Portanto, nos primeiros anos do desenvolvimento do direito penal moderno, predominou a ideia de que o direito subjetivo era o único fundamento material da legitimidade da incriminação.

Segundo o Professor Doutor Juarez Tavares, essa orientação iluminista foi paulatinamente transmutada e o fundamento no direito subjetivo foi substituído pela noção de *violação de bem jurídico* cujo desenvolvimento substancial teve início com Johann Michael Franz Birnbaum e, especialmente, Paul Johann Anselm Feuerbach, que sustentava a necessidade de que o bem jurídico penal fosse capaz de exercer função limitadora do poder estatal.⁵

Ainda de acordo com Tavares, desde então, emergiram inúmeras conceituações do que viria a ser o bem jurídico penal, sendo que muitas delas distanciaram-se perigosamente da sua função fundamental de limitação do poder estatal mediante a criteriosa configuração de dano social cuja reprovação não pode ser feita por outro meio que não o direito penal. Em outras palavras, para que se possa criminalizar uma determinada conduta, deve haver lesão a um bem-jurídico penal, é preciso que a sua violação cause dano social grave.

⁵ TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 181- 186.

Pode-se dizer que todos os argumentos favoráveis à constitucionalidade do art. 331 nos autos dessa Arguição, invariavelmente, endossaram uma conceituação funcionalista de bem-jurídico em que este se confunde com as finalidades políticas da incriminação. A questão é notória, por exemplo, nas manifestações da AGU que, citando o posicionamento do Presidente da República pontua:

[...] não haveria afronta ao princípio da igualdade e ao postulado do Estado Democrático de Direito, pois o bem jurídico tutelado pelo tipo penal hostilizado não se confundiria com a honra pessoal do funcionário público, de forma que seria "descabida a pretensão de transferir a punição de eventuais ofensas a título de desacato para os crimes contra a honra" (fl. 13 das informações presidenciais).

Apesar de sustentar que o bem jurídico que fundamenta o delito de “desacato” não seria o mesmo que dá fundamento aos crimes contra a honra, nem o Presidente nem a AGU são capazes de apontá-lo com precisão. Ao invés disso, recorrem novamente às finalidades políticas do crime: “resguardar a administração”, “tutelar o exercício da função pública”, “resguardar a ordem pública”, “resguardar a dignidade do funcionário público e o prestígio da administração” etc.

Essas são, vale notar, finalidades da incriminação que, de maneira inadequada, afastam o conceito de **bem jurídico**, incorporando a defesa de meros *interesses* corporativos ou de classe, manobra que reduz o Direito Penal a mero instrumento político e que dispensa a fundamentação ética do exercício do poder de punir. A propósito, a confusão que realizam, entre a incriminação de **interesses**, em oposição à exigência de **bens** jurídicos como critério de criminalização e objeto de proteção das leis penais, demonstra insuportável distribuição desigual de competência punitiva, violando, novamente, o interesse público e universal.

B. Os fins da incriminação por desacato

Uma vez que superada a confusão acerca da distinção entre bem jurídico e fins políticos, é possível resgatar as considerações feitas em favor da constitucionalidade do art. 331 para demonstrar que todas as finalidades penais legítimas apresentadas já são suficientemente cumpridas por outros delitos do ordenamento jurídico brasileiro.

Em síntese dos argumentos apresentados pela AGU, PGR e MPRJ, as preocupações político-criminais que, supostamente, seriam cumpridas pelo art.331 são:

- i) Prejuízo à administração pública, em um sentido objetivo, isto é, a perturbação de funcionários públicos no estrito cumprimento do dever legal; é o que se pode apreender do intuito, clamado pelo Presidente da República, de “proteger o exercício de funções públicas” ou só a dignidade do funcionário público, “o desempenho normal das atividades administrativas essenciais à segurança e à ordem públicas.”
- ii) Prejuízo à administração pública, em um sentido subjetivo, algo como a violação da sua “honra lato sensu” ou “dignidade”;
- iii) O dano físico ou moral contra o próprio funcionário público que, como representante do Estado frente a sociedade civil, estaria mais “sujeito a todo tipo de agressão”; a quem deve ter protegida a sua dignidade;

Ao fim desta seção, restará claro que qualquer situação que exponha ao risco o funcionário público no exercício de suas funções; ou que obstaculize o bom funcionamento da administração pública, cuja proteção é fundamental em razão do papel que desempenha na providência de serviços essenciais à população; já está devidamente endereçada por outros tipos penais que não o *desacato*.

O Capítulo II do Código Penal brasileiro apresenta um acervo jurídico capaz de garantir a execução de ordem legal emitida por uma autoridade competente, bem como a integridade física do agente responsável por emití-la.

Os crimes de *resistência* (art. 229) e *desobediência* (art. 330) punem a oposição a uma ordem legal. A *resistência* pune a inobservância de ordem legal mediante violência ou ameaça contra o funcionário público que a enunciou, enquanto a *desobediência* pune a simples recusa em cumprir ordem legal.

Considerando a preocupação com a administração pública, cujo funcionamento básico compreende a emissão de ordens legais, estas permaneceriam igualmente protegidas pelas proibições já existentes.

O *desacato* (art. 331), por sua vez, prescinde da existência de uma ordem legal emitida por autoridade. Trata-se de uma proposta incriminadora que impõe, tão somente, a punição do intangível ato de “desacatar”.

Quando exalta o “interesse da Administração, como um todo, que seus funcionários atuem em prol da coletividade devidamente protegidos, pois são indispensáveis à atividade e à dinâmica dos atos e fatos administrativos”, a PGR parece se olvidar que o tipo penal de desacato prescinde de ordem legal que o desobedeça.

Esse ponto é fundamental para compreender a insipiência técnica do delito previsto pelo art. 331 do Código Penal. Ao dispensar a desobediência à ordem legal, fica prejudicada a legitimidade da criminalização do *desacato*, na medida em que torna menos clara a sua pertinência à proteção da administração pública que, cabe dizer, merece proteção na medida em que se presta à concretização de serviços essenciais à população.

C. A inadequação do desacato

Mesmo nesse caso, o crime de desacato é desnecessário, considerando a existência da figura típica da injúria contra funcionário público, apreendida de uma leitura do artigo 140 e do inciso II do artigo 141 do Código Penal. Coerentemente, essa figura prevê a tutela da dignidade da pessoa.

É uma ameaça que está sempre pairando sobre a população, especialmente a população que é alvo de abordagens reiteradas que são os jovens negros das periferias.

Por exemplo, quando o policial vai reportar um **desacato** e contra quem? Na prática, se um policial de ponta de linha recebe uma “carteirada” de um juiz ou algum agente oficial parado em uma blitz, o policial invocaria o desacato? A prática parece demonstrar que a mobilização desse instrumento será, quase certamente, só ocorrerá contra quem não terá como contestar ou retaliar.

Então, por que seria desnecessária a criminalização do desacato do ponto de vista jurídico? O policial não ficaria desprotegido? Essa é uma questão importante. Uma justificativa seria a de que o policial presta um serviço de risco, estando submetido a altos níveis de estresse. Nada poderia ser feito no caso de ser insultado?

A legislação pátria, para tais casos, previu um dispositivo que se prestaria à responsabilização de quem fere a dignidade de um policial que esteja apenas fazendo o seu trabalho. Ocorre que nesse caso os critérios são determinados: deve haver uma ofensa ao policial e não apenas um questionamento do caráter legal ou às motivações da abordagem. Isso quer dizer que existe aí uma possibilidade restritiva de incriminação, que é precisamente o que os setores corporativistas das polícias e do funcionalismo público como um todo conseguem evitar com a existência do tipo do desacato que não oferece critérios bem delineados para a incriminação.

V. O DESACATO NA PRÁTICA: EVIDÊNCIAS CRIMINOLÓGICAS

Diante do que já foi exposto acerca das deficiências técnico-jurídicas da criminalização prevista pelo art. 331 do CP, derivadas da indeterminação das condutas abarcadas pelo verbo “desacatar”, núcleo da dimensão objetiva do tipo; e também da injustificável proteção diferencial conferida aos funcionários públicos; cabe agora uma análise criminológica do delito em comento.

Preliminarmente, é importante apontar que os argumentos fundados na pesquisa criminológica se fazem necessários não em razão de um empiricismo protocolar ou um academicismo interessado, mas pela necessidade de uma análise aprofundada e eticamente responsável.

A criminologia permite identificar desdobramentos práticos da positivação dos delitos, tornando possível confirmar ou mesmo redimensionar problemáticas que, em sua dimensão teórica, apresentam-se sobretudo como potência. Quer dizer, sabe-se que a indeterminação das condutas típicas do delito de desacato dá margem ao arbítrio dos servidores públicos, no entanto, é a pesquisa criminológica que pode confirmar e apreciar sua manifestação prática. Do mesmo modo, a criação de proteção especial ao funcionário público abre espaço à diferenciação indevida entre cidadãos, mas é a criminologia que permite avaliar as formas de concretização dessa desigualdade.

No caso do desacato, a pesquisa criminológica fortalece o argumento da não-recepção do art. 331 do CP pelo ordenamento brasileiro, na medida em que identifica, precisamente, os ônus alegados pela Inicial: arbítrio, desigualdade e o sufocamento do direito de crítica. Esses elementos se tornam palpáveis, concretizando injustiças nas vidas de pessoas reais.

Nessa seção, serão apresentadas as principais contribuições da pesquisa criminológica a saber: (i) policiais militares são categoria profissional que mais

frequentemente reporta ter sido vítima de desacato; (ii) há situações típicas em que o crime de desacato é reportado e; (iii) no mais das vezes, a prerrogativa de reportar o delito é usada para intimidar e retaliar aqueles que questionam a autoridade estatal.

A. Perfil do funcionário público que reporta o desacato: policial militar

Uma pesquisa coordenada pelo Prof. Dr. Fábio Carvalho Leite acerca dos processos por desacato julgados em 2018 em varas de primeira instância do Tribunal de Justiça Rio de Janeiro aponta que, a despeito de a definição típica do art. 331 incluir no polo passivo toda e qualquer pessoa legalmente identificada como *funcionário público*, na prática, mais da metade das incriminações por desacato envolvem uma categoria profissional específica, o policial militar.⁶

Esse fato, por si só, não seria suficiente para demonstrar o uso autoritário que tem sido dado ao delito. A maior representatividade de policiais militares entre as vítimas de desacato seria compreensível, considerando a sua maior exposição ao confronto e ao estresse, decorrentes da natureza conflituosa da sua atividade. No entanto, uma avaliação atenta das dinâmicas de criminalização indica que a questão é mais complicada: não é só que policiais militares reportam o crime com maior frequência, eles o reportam em situações específicas e, não raro, para evitar questionamentos e interpelações de cidadãos que se opõem a ações arbitrárias.

B. Situações típicas em que policiais militares reportam desacato

Dados da pesquisa desenvolvida pela M^a Jéssica da Mata, que analisou ocorrências registrados em 2016 pela Polícia Militar na cidade de São Paulo, indicam que há duas situações típicas em que o policial militar reporta ter sido vítima de

⁶ Grupo de Pesquisa sobre Liberdade de expressão no Brasil (do Núcleo de Estudos Constitucionais da PUC-Rio). Fábio Carvalho Leite (coord.). **Desacato no JECRim e Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro**. Disponível em: <https://www.plebpuc.science/desacato-no-jecrim-e-no-tjrj>. Acesso em 30 de mai. 2020.

desacato, uma delas ocorre durante (i) manifestações de rua e a outra durante o (ii) patrulhamento de rotina.

Em manifestações de rua, a alegação mais frequente trazida pelos policiais é de que teriam sido ofendidos enquanto promoviam a contenção ou prisão de manifestantes. Nessas circunstâncias, é certo que o papel desempenhado pela polícia, geralmente incumbida da dispersão de pessoas, exponha os agentes policiais a injustas humilhações ou ofensas. Como já apontado, no caso de injusta humilhação seria cabível a incriminação dos agressores por *injúria*, prevista pelo art. 140 do Código Penal e punida com maior severidade que a injúria comum em razão da causa especial de aumento de pena prevista no art. 141 do mesmo diploma.

Por outro lado, o que se observa, é que não são raras as situações em manifestações no nosso país que terminam com manifestantes presos por desacato sem que tenham ofendido a dignidade do funcionário público ou da Administração, mas tão somente porque se opuseram a tratamentos desiguais e injustos.

As arbitrariedades cometidas por policiais que atuam na repressão de protestos apresentam, hoje, vasta documentação, como alguns exemplos já apresentados nesse Parecer. No entanto, por seu caráter excepcional, é comum que se despreze tal fato, presumindo se tratarem de situações isoladas e pouco relevantes. Nesse ponto, é fundamental que se conheça a incriminação cotidiana por desacato.

A segunda situação típica em que se reportam desacatos ocorre durante o policiamento cotidiano, quando é mais comum que a incriminação seja atribuída a quem questiona os motivos e métodos usados para a realização de abordagens a suspeitos e prisões em flagrante.⁷

⁷ DA MATA, Jéssica Gomes. **A política do enquadro**. 2019. 364 f. Dissertação (Mestrado em Direito Penal) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2019, p. 177-179.

Nessas situações, é comum que o questionamento do cidadão seja silenciado sob a ameaça de incriminação por desacato. É preciso lembrar que, embora honrosos os esforços judiciais de delimitação das hipóteses de imputação do delito, o fato é que durante uma interação tensa entre policial e o cidadão, pouco importa se o registro da ocorrência ensejará futuramente a punição.

A mera prerrogativa, o poder de acionar o sistema de justiça notificando que um sujeito lhe desacatou encerra um enorme poder nas mãos do policial. Ao ser apontado como autor de um crime, mesmo o crime de desacato, o cidadão passa a enfrentar inúmeras situações extremamente onerosas: condução ao distrito policial; constituição de advogado; depoimentos na delegacia etc.

O fato de que o desacato pode ser atribuído a qualquer pessoa e que exija, ao menos a princípio, apenas a palavra do funcionário público supostamente vitimado, permite que o art. 331 pare como uma ameaça constante sobre os cidadãos, tolhendo a sua liberdade de expressão, imobilizada pelo medo de uma criminalização arbitrária que, a despeito de efetiva produção de pena, é um enorme inconveniente na vida de alguém.

Essa análise é reforçada pelas descobertas da já mencionada pesquisa coordenada pelo Prof. Dr. Fábio Carvalho Leite que indica que, de fato, é comum que o crime seja reportado sem que haja provas da sua ocorrência: em quase 50% dos processos estudados não havia testemunha, apenas o relato do agente ofendido.

Além disso, a pesquisa indica que, no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, o índice de absolvição de crimes de desacato no judiciário fluminense é relativamente alta.⁸ Os dados apontam que quando o desacato é a única conduta denunciada, a taxa de absolvição fica próxima dos 44%, proporção muito superior à taxa de absolvição

⁸ LEITE, Fábio Carvalho e outros. Desacato no JECRim e Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Disponível em: <https://www.plebpuc.science/desacato-no-jecrim-e-no-tjrj>. Acesso em 30 de mai. 2020.

para outros crimes como o tráfico de drogas, que no Rio de Janeiro tem taxa de absolvição de 20%; e o homicídio, que no Brasil costuma apresentar absolvições entre 12% e 27% dos processos.⁹¹⁰

A maior incidência de sentenças absolutórias para os crimes de desacato indica que muitas vezes não há elementos para a condenação e mesmo assim o crime é processado, onerando pessoas que, muitas vezes, não praticaram qualquer tipo de atentado à dignidade do funcionário público tampouco da administração.

Uma vez demonstradas as situações típicas em que o crime de desacato costuma ser reportado e o seu índice relativamente alto de absolvições, indicando a causação de gravames indevidos aos cidadãos denunciados, fica claro que a redação indeterminada e a aplicação imprecisa do desacato vêm concretizando arbitrariedades de modo a constituir, na prática, um empecilho à liberdade de expressão e mesmo à liberdade de reunião, tendo em vista seu uso intensivo nos protestos.

C. O viés autoritário do desacato

É importante pontuar que a identificação de um uso arbitrário da prerrogativa de incriminação por desacato não implica em dizer que todos os funcionários públicos o façam. A verdade é que o crime já não é invocado pela maior parte dos servidores públicos que, quando no desempenho das suas funções, sabem que pode contar com

⁹ Os dados das condenações por tráfico foram obtidos em pesquisa desenvolvida pela Defensoria Pública do Rio de Janeiro e se referem a processos julgados nos anos de 2014 e 2015. Para saber ver mais: <http://www.defensoria.rj.def.br/uploads/arquivos/23d53218e06a49f7b6b814afbd3d9617.pdf>. Acesso em 6 jun. 2020.

¹⁰ São dados de pesquisa conduzida pelo Conselho Nacional de Justiça que analisou o processamento de homicídios pelas varas do Júri de todos os tribunais estaduais do país no ano de 2018. Apesar de não haver dados disponíveis para o TJRJ, os dados permitem compreender que mesmo que o Rio de Janeiro superasse a taxa mais alta de absolvições (de 27% do TJPB), esta provavelmente ainda ficaria muito aquém daquela observada para o desacato. Ver em: Conselho Nacional de Justiça. Diagnóstico das Ações Penais de Competência do Tribunal do Júri/ Conselho Nacional de Justiça. Brasília, 219. Disponível em <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/06/1e9ab3838fc943534567b5c9a9899474.pdf>. Acesso em 6 mai. 2020.

outras formas de incriminação mais adequadas como a resistência, a desobediência e a injúria, já mencionadas na seção anterior.

O ponto que deve ser retido é que apesar de representar, em média, uma pequena parcela das ocorrências registradas, o desacato pode provocar danos social maior do que aquele que pretende evitar.¹¹

VI. A VEDAÇÃO DO DESACATO PELA CONVENÇÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

A. Não interferência no desacato miliar

A diferença entre o *desacato* do CP e o *desacato a militar* do CPM se faz notória a todo aquele que se ocupe de observar os diferentes bens-jurídicos que dão fundamento à tipificação do desacato na legislação penal comum e na legislação penal militar, o que se expressa, inclusive, nas penas cominadas para cada caso.

O Código Penal Militar tem, como objetivo primordial, a tutela de bens jurídicos atinentes à manutenção da hierarquia e da disciplina, indispensáveis à administração militar que, enquanto parte do Estado, é regida pela legalidade estrita segundo a qual os agentes só podem agir mediante expressa previsão legal.

Outra é a situação do Capítulo II do Código Penal que, ao disciplinar relações entre particulares e administração, insere-se na esfera da sociedade civil, que sob um ótica republicana é regida pela autonomia de vontade, em que tudo é permitido senão em virtude de lei ou ordem legal que a proíba. Nesse caso, em esfera distinta em que trata dos crimes de particulares contra a administração pública visando garantir o

¹¹ Dados da pesquisa de Jéssica da Mata referente a São Paulo apontam que os desacatos variam entre 0 e 5% do total de ocorrências policiais amostradas pelo estudo.

cumprimento de ordens legais e assegurar a integridade física e dignidade dos agentes estatais no exercício de suas funções.

B. A jurisprudência da Comissão Interamericana de Direitos Humanos

A partir do julgamento do caso Palamara Iribarne vs. Chile, em sentença de 2005, a Corte Interamericana de Direitos Humanos tratou das chamadas “leis de desacato” – pusilânime herança comum aos regimes ditatoriais da América Latina – consideradas uma ameaça à democracia porque cerceiam e violam o direito fundamental à liberdade de expressão e à manifestação concreta e aguda do direito de crítica.

Assim, a obra conjunta dos Professores Caio Paiva e Thimotie Aragon Heeman esclarece que, se por um lado a Corte não se manifestou de maneira taxativa, declarando a absoluta inconveniência do crime de “desacato”, deixou claro que o exercício do direito de manifestação – por se tratar o caso paradigma de uma situação objetiva de censura – deve prevalecer diante das pretensões estatais de controle, considerando indevida qualquer inibição, por constrangimento ou ameaça, à expressão de juízos de fato ou valor por parte dos cidadãos.

A Corte, assim, reconhece a necessidade de proteção do agente estatal para cumprir e fazer cumprir a lei – nada mais adequado, aliás. Mas proíbe que as “leis de desacato” sirvam de pretexto para silenciar a cidadania, por medo ou ameaça explícita, como frequentemente ocorre no uso do tipo legal no contexto nacional.

Em comparação com outros países próximos, tanto do ponto de vista geográfico quanto econômico e social, percebe-se a comum existência de certos crimes voltados à proteção da autoridade pública no exercício de seu dever. Nisso o Brasil não destoa, a propósito. Entretanto, a (in)definição do crime de “desacato”, tal como previsto em nossa legislação, abre franco espaço para o arbítrio, o que é

incompatível com o sentido anterior, voltado à regular prestação do serviço público, aproximando-se da legitimação de práticas autoritárias. Nesse sentido, em específico, é possível, sim, afirmar, que o “desacato”, no Brasil, é considerado francamente contrário ao controle de convencionalidade definido a partir dos parâmetros da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Por fim, seguindo também a melhor jurisprudência em matéria de proteção uniforme dos direitos humanos fundamentais, mesmo que não se considere o crime do artigo 331 do Código Penal inconstitucional, por não-recepção, seria o caso de o egrégio Supremo Tribunal Federal definir critérios claros, por ocasião deste julgamento, para caracterização do tipo legal de “desacato”, evitando que ele continue servindo de pretexto para intervenções material ou simbolicamente violentas. Ao traçar fronteiras estritas para sua caracterização seria possível, ao menos, diminuir a enorme insegurança jurídica que essa hipótese traz para as situações concretas em que é invocada como pretexto para fundamentar, inclusive, a ilegalidade de agentes públicos.

Afinal, da mesma forma que o sistema de justiça criminal, o abuso de autoridade é sabidamente seletivo, direcionado preferencialmente à parcela da população mais vulnerável, destinatários preferenciais da ação coercitiva do Estado.

VII. CONCLUSÃO

O crime de “desacato” é, em síntese, contrário à República e lesivo aos princípios da igualdade e da legalidade. Abre espaço para o arbítrio, impede ou limita a crítica – e, conseqüentemente, o aprimoramento – da prestação de serviços públicos, além de desnecessário para assegurar o cumprimento da lei por parte da autoridade pública. Na prática, serve para constranger populações socialmente vulneráveis, que não conhecem do Estado outra face que a violência, aprofundando a

injustiça que, infelizmente, caracteriza nosso país. Não por outro motivo, o “desacato” não é conforme ao controle de convencionalidade definido pelos Tratados Internacionais de Direitos Humanos. É o momento, portanto e finalmente, de superarmos esse lamentável anacronismo.

Na qualidade de *Amicus Curiae*, em relação à questão jurídica identificada e destinatária de análise técnica, o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, conclui e comunica ao Supremo Tribunal Federal sua opinião, esperando ter contribuído com a melhor prestação jurisdicional.

Nesse sentido,

É o Parecer,

De São Paulo para Brasília, 12 de junho de 2020,



Prof. Dr. **Mauricio Stegemann Dieter**
OAB/PR 40.855



Débora Nachmanowicz de Lima
OAB/SP 389.553



Ma. Jéssica Gomes da Mata
OAB/SP 396.458