

FACULDADE DAMAS DA INSTRUÇÃO CRISTÃ  
CURSO DE GRADUAÇÃO DE DIREITO

GILVANEY DA SILVA FRANCELINO

**A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DO CRIME DE DESACATO NA  
ORDEM JURÍDICA BRASILEIRA**

RECIFE 2021

GILVANEY DA SILVA FRANCELINO

**A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DO CRIME DE DESACATO NA  
ORDEM JURÍDICA BRASILEIRA**

Monografia apresentada à Faculdade  
Damas da Instrução Cristã como requisito  
para obtenção do grau de Bacharel em  
Direito.

Orientador: Professor André Carneiro Leão

RECIFE 2021

Catálogo na fonte  
Bibliotecário Ricardo Luiz Lopes CRB-4/2116

F815i Francelino, Gilvaney da Silva.  
A (In) constitucionalidade do crime de desacato na Ordem Jurídica Brasileira / Gilvaney da Silva Francelino. - Recife, 2021.  
44 f.

Orientador: Prof. Dr. André Carneiro Leão.  
Trabalho de Conclusão de Curso (Monografia - Direito) – Faculdade Damas da Instrução Cristã, 2021.  
Inclui bibliografia.

1. Desacato. 2. Constitucionalidade. 3. Liberdade de expressão. 4. Legalidade. I. Leão, André Carneiro. II. Faculdade Damas da Instrução Cristã. III. Título.

340 CDU (22. ed.) FADIC (2021.2-056)

**GILVANEY DA SILVA FRANCELINO**

**A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DO CRIME DE DESACATO NA  
ORDEM JURÍDICA BRASILEIRA**

Defesa Pública em Recife, \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_.

**BANCA EXAMINADORA:**

Presidente:

\_\_\_\_\_  
Orientador Prof.º André Carneiro Leão

\_\_\_\_\_  
1º Examinador Prof.

\_\_\_\_\_  
2º Examinador Prof.

## RESUMO

A tipificação do crime de desacato gera vários debates na prática jurídica penal. Isso porque, a tipificação de tal delito se choca com princípios constitucionais elencados no art. 5<sup>a</sup> da Constituição Federal, tais princípios são: igualdade, legalidade e liberdade de expressão, além disso, alude-se a sua aparente colisão com a Convenção de Direitos Humanos, O Pacto de São José da Costa Rica, incorrendo em inconveniência. Tudo isso acarreta bastante insegurança jurídica à população, pois não se tem critérios objetivos para analisar consumação desse delito penal. Por isso vê-se na jurisprudências, principalmente advindas do TJPE, decisões desencontradas que não permitem ter certeza da real orientação dos julgados, o que é temerário num ordenamento jurídico que prima pela legalidade. O presente trabalho busca aferir a tipificação do desacato frente aos princípios constitucionais supracitados, além de sua convencionalidade em relação ao Pacto de direitos Humanos, do qual o Brasil é signatário. Analisa-se também as decisões judiciais do STJ (este tribunal atualizou sua jurisprudência sobre o desacato) e STF, além do TJPE. O presente estudo também realiza uma divagação sobre os aspectos doutrinários e históricos referentes ao princípio basilar do direito penal, o Princípio da legalidade. Esse princípio é salutar para aferir controvérsia da constitucionalidade do desacato. Ainda se diseca conceitos doutrinários, que perfaz-se em um verdadeiro desafio nos estudos jurídicos deste tipo penal. A construção conceitual do desacato choca-se com outros tipos penais, tendo em vista sua semelhança. Outro grande desafio seria diferenciar o desacato do princípio constitucional de liberdade de expressão. Com o objetivo de analisar esse panorama, realizou-se uma pesquisa bibliográfica a qual utilizou-se diversas obras de autores brasileiros sobre o crime de desacato, além disso fez-se pesquisas jurisprudenciais aprofundadas, dos principais tribunais do Brasil. Desse estudo extraiu-se importantes conceitos sobre desacato, que serviram para entender sua extensão e aplicação no caso concreto. Além disso, verificou-se na jurisprudência o posicionamento dubio entre os julgadores. Os meios utilizados pela pesquisa serviu para entender o fenômeno polêmico do desacato. Assim, depreende-se que esse tipo penal não encontra guarida entre os princípios constitucionais. Observa-se uma flagrante incompatibilidade com o princípio da legalidade exarado no art. 5<sup>a</sup> da Constituição Federal, pois segundo se analisou do conceito de legalidade, tal crime não se amolda as vertentes legais que devem sustentar a legalidade penal. Incorrendo este num tipo ilegal. Ainda verificou-se que a tipificação do desacato não é clara e que por essa razão traz basta confusão com a liberdade de expressão, o que acaba tolhendo o Direito Fundamental a manifestação do pensamento.

**Palavras-chaves:** desacato; constitucionalidade ; liberdade de expressão; legalidade

## ABSTRACT

The typification of the crime of contempt generates several debates in criminal legal practice. This is because, the classification of such an offense clashes with constitutional principles listed in art. 5th of the Federal Constitution, such principles are: equality, legality and freedom of expression, in addition, it alludes to its apparent collision with the Convention of Human Rights, The San José Pact of Costa Rica, incurring in unconventionality. All of this causes a lot of legal uncertainty for the population, as there are no objective criteria for analyzing the consummation of this criminal offense. That is why one sees in the jurisprudence, mainly coming from the TJPE, conflicting decisions that do not allow to be sure of the real orientation of the judges, which is reckless in a legal system that strives for legality. The present work seeks to assess the typification of contempt against the aforementioned constitutional principles, in addition to its conventionality in relation to the Human Rights Pact, to which Brazil is a signatory. Also analyzed are the judicial decisions of the STJ and STF, in addition to the TJPE. This study also explores the doctrinal and historical aspects related to the basic principle of criminal law, the Principle of legality. This principle is healthy to assess controversy regarding the constitutionality of contempt. Doctrinal concepts are still dissected, which is a real challenge in legal studies of this penal type. The conceptual construction of contempt clashes with other criminal types, in view of their similarity. Another major challenge would be to differentiate contempt from the constitutional principle of freedom of expression. In order to analyze this panorama, a bibliographic research was carried out which used several works by Brazilian authors on the crime of contempt, in addition, in-depth juridical research was carried out, from the main courts in Brazil. From this study, important concepts about contempt were extracted, which served to understand its extension and application in the specific case. In addition, the dubious positioning between the judges was verified in the jurisprudence. The means used by the research served to understand the controversial phenomenon of contempt. Thus, it appears that this criminal type does not find shelter among constitutional principles. There is a flagrant incompatibility with the principle of legality set out in art. 5 of the Federal Constitution, because according to the concept of legality, this crime does not conform to the legal aspects that must sustain criminal legality. This is an illegal type. It was also verified that the typification of contempt is not clear and that for this reason it is enough confusion with freedom of expression, which ends up hampering the fundamental right to the manifestation of thought.

**Key-words:** contempt; constitutionality; freedom of expression; legality

# Sumário

<b>1. INTRODUÇÃO</b>	7
<b>2. O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E A SUA RELEVÂNCIA NO CONTROLE CONSTITUCIONAL DO PODER PUNITIVO</b>	10
2.1 Desenvolvimento histórico do princípio da legalidade na dogmática jurídico-penal	10
2.2 As quatro vertentes do princípio da legalidade	13
2.3 O princípio da legalidade na ordem jurídica brasileira e sua relevância na contenção do poder punitivo	17
<b>3. A TIPIFICAÇÃO DO DESACATO NO BRASIL</b>	20
3.1 Noções gerais sobre o crime desacato	20
3.2 Bem jurídico	20
3.3 Sujeito ativo	21
3.4 Sujeito passivo	22
3.5 Tipo objetivo	23
3.6 Tipo subjetivo	25
3.7 Consumação e Pena	26
<b>4. AS CONTRADIÇÕES NA APLICAÇÃO JURISPRUDENCIAL DO CRIME DE DESACATO NO BRASIL</b>	28
4.1 As contradições identificadas no TJPE	28
4.2 A posição do STJ. A inconveniência do tipo penal	30
4.3 A discussão no STF. A constitucionalidade do tipo do desacato	31
<b>5. CONCLUSÃO</b>	39
<b>REFERÊNCIAS</b>	42

## 1 INTRODUÇÃO

Na prática jurídico-penal, comumente, observa-se inúmeras condenações no âmbito jurídico pela infração do desacato. Isso tem suscitado bastantes dúvidas no cotidiano forense, isso porque há os que defendam que tal medida não deveria ser objeto de sanção penal, além disso, a tipificação do tipo penal de desacato colidiria com princípios constitucionais como legalidade, igualdade, liberdade de expressão, bem como fere o tratado da convenção americana de direitos humanos, do qual o Brasil é signatário. Dessa forma, para alguns, tal crime deveria ser declarado inconstitucional ou inconveniente por afrontar norma suprallegal. Lado outro, há os que acreditam que tal tipificação alcança sua finalidade de proteger o prestígio da função pública, não incidindo, portanto, em inconstitucionalidade ou inconveniência, uma vez que não há haveria afronta a princípios constitucionais ou tratado de direitos humanos.

Desse contexto, verifica-se decisões diversas aplicadas no ordenamento jurídico brasileiro. Tribunais superiores decidem de forma diferentes sobre o delito de desacato. O que causa bastante insegurança jurídica, tendo em vista não haver uma orientação jurisprudencial clara nesse sentido.

Vê-se, portanto, que não há clareza quanto a esse tipo penal. Pois no caso concreto é difícil precisar o desacato a uma autoridade pública (servidor no modo geral) e livre manifestação de ideias. Ora, é evidente que há uma linha tênue entre essa regra e o princípio da liberdade de expressão, preconizado na Constituição Federal e que por essa razão observa-se decisões esdrúxulas sendo tomadas nos tribunais.

Isto posto, há de se ressaltar a importância deste tema para o nosso sistema democrático. Pois a normatividade legal não especifica com precisão o que é desacatar. Assim, é “sine qua non” que essa dúvida seja dirimida, o que seria importantíssimo para impedir punições sem fundamentos..

O desacato traz no seu bojo uma sanção penal em razão de um desrespeito a um funcionário público. Ou seja, o indivíduo será punido quando manifestar um sentimento ou ideia que contrarie a moral de um servidor. Assim, muitas pessoas são tolhidas nas manifestações de pensamentos, pois temem a punição penal advinda desse instituto.

Dessa maneira, diante de um contexto dúbio, é que oriunda o presente problema de pesquisa: a criminalização do desacato no ordenamento jurídico brasileiro seria contrária a constituição ou à convenção americana de direitos humanos?

Quanto ao problema exposto, trabalha-se com a hipótese de que a criminalização do desacato enseja bastante insegurança jurídica na prática-penal em razão da alta dosagem de subjetivismo desse tipo penal. E que tentar coaduná-lo com os princípios da constituição é bastante problemática, em razão da linha tênue que separa a liberdade de expressão por exemplo, e a conduta de desacatar.

Por isso, este trabalho possui o objetivo basilar de apontar a importância do estudo do tema como forma de avançar na contribuição de uma jurisprudência mais coesa e precisa. Para tanto, busca a) compreender as possíveis incompatibilidades do desacato com a ordem constitucional; b) analisar o desacato sob a ótica dos Tribunais Superiores, bem como apontar as possíveis repercussões no mundo fático c) observar os conceitos doutrinário de desacato e suas possíveis influência nas decisões judiciais.

Metodologicamente, objetiva-se a utilização de uma abordagem explicativa por intermédio de uma estudo bibliográfico, com levantamento de literatura interdisciplinar. A técnica que será utilizada será a da pesquisa bibliográfica no momento em que se faz uso de materiais já elaborados: livros, artigos científicos, revistas, documentos eletrônicos, jurisprudências, doutrinas e enciclopédias na busca e alocação de conhecimento através da exposição e discussão do tema como forma de avançar a discussão sobre a descriminalização do desacato, correlacionando tal conhecimento com abordagens já trabalhadas por outros autores.

No que tange ao trabalho jurisprudencial, trabalha-se com pesquisas nos sites dos Tribunais superiores e estadual. Colacionou-se jurisprudência do TJPE com o fito de observar decisões. Assim, foram observadas como parâmetros duas decisões desse tribunal estadual. Onde verificou-se divergências nas análises. Esse estudo jurisprudencial serviu para entender os precedentes de tribunal local, e uma orientação epistemológica do desacato sob a ótica deste. Ademais, analisou-se decisões do STJ em sede de controle de convencionalidade, bem como do STF em controle concentrado de constitucionalidade.

O trabalho de conclusão de curso será tratado em três capítulos, o primeiro capítulo denominado “ O princípio da legalidade e a sua relevância no controle (constitucional) do poder punitivo. Será feita uma análise da legalidade penal no

ordenamento brasileiro e sua influência no poder punitivo, o que servirá de base para entender a legalidade do desacato e seus reflexos na aplicação da pena.

Na sequência, buscar-se-á entender no capítulo sobre a tipificação penal do desacato no Brasil os conceitos preconizados pelos diversos doutrinadores, a fim de fazer um paralelo entre estes e sua aplicabilidade no mundo fático. Analisando a diferença entre o tipo desacato e os princípios constitucionais da liberdade de expressão. No terceiro capítulo intitulado “ As contradições na aplicação jurisprudencial do crime de desacato no Brasil. Será feita um minucioso estudo sobre precedentes na Corte Suprema, especificamente no controle concentrado de constitucionalidade, além de uma análise comparativa com STJ no controle de convencionalidade. Busca-se também perquirir sobre as decisões do TJPE referentes ao crime de desacato, e como tem decidido esse tribunal no caso concreto. O que interessa para elucidar sobre aplicação do desacato nos diversos âmbitos jurisdicionais. sobre a visão do desacato numa perspectiva constitucional, declinando sobre incompatibilidades existentes entre o tipo penal do desacato e os princípios constitucionais

## 2 O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E A SUA RELEVÂNCIA NO CNTOLE (CONSTITUCIONAL) DO PODER PUNITIVO

### 2.1. Desenvolvimento histórico do princípio da legalidade na dogmática jurídico-penal

A abordagem do Princípio da Legalidade num estudo sobre o delito de desacato é de grande relevância. Isso porque o tipo em questão suscita bastante controvérsia quanto sua plena correspondência com a legalidade penal, ou seja, se o crime de desacato preencheria os requisitos necessários para considerá-lo legal? Para responder essa pergunta é salutar entender o

desenvolvimento histórico da legalidade, sua evolução. Além disso, analisar a pertinência das vertentes da legalidade aplicado ao tipo penal do desacato. De um modo geral, estudar o princípio da legalidade sob todos os aspectos contribui para aferição da (in)compatibilidade do desacato frente a ordenamento legal.

Embora seja difícil precisar a origem da pena, grande parte dos doutrinadores e historiadores defendem que esta tenha se principiado com a religião, cânone sagrado [...] “mas dentro de um critério de razoável probabilidade, em face de informações que nos chegam com os relatos antropológicos, advindos das mais variadas fontes, o Direito Penal teria sua origem ligada e à teria origem sagrada” (PIERANGELLI, 1997, P.334)

No primórdio, o direito penal era um aparato utilizado pelo estado de forma arbitrária para garantir seus desmandos, através de imposição de penas excessivas e discricionárias. Vale autor destacar o exemplo da França antes da Revolução Francesa, onde aqueles que se atrevessem a questionar o poder absoluto de Luís XVI eram apenados e executavam esta sanção, na famosa prisão chamada de Bastilha.( BRANDÃO, 2002, p.10). O Professor Cláudio Brandão ainda ressalta que a pena exercia um papel de mantenedor do *status quo*, transformando o direito penal num instrumento de terror.

O Penalista destaca ainda que o surgimento do princípio da legalidade foi precípua para romper com essa situação de arbítrio.

“O Princípio da Legalidade surge para romper com esse terror e dar, como consequência, uma outra feição ao Direito Penal. A partir dele o Direito penal se prestará a proteger o homem, não se coadunando com aquela realidade pretérita.” (BRANDÃO,2002,p.10)

Ante o exposto pelo, nota-se a relevância histórica da legalidade, consagrando-se como um autêntico princípio jurídico revolucionário, tendo em vista seu caráter reformador e libertário.

Numa toada digressiva sobre o desenvolvimento histórico do princípio da legalidade na dogmática jurídico-penal, verifica-se estágios diferentes na história da aplicação da pena, entres esses, menciona o Direito Penal da Sociedade Primitiva, na qual relata a existência da banalização das penas por demais cruéis, que desrespeitavam a dignidade da pessoa humana, vinculadas a superstições e odiosas práticas. O Direito Penal Romano por sua vez não considerava a lei obstáculo para a construção da decisão boa e justa no caso, por essa razão, a existência da lei em Roma não era sinônimo de inexistência de arbitrariedade estatal. (ZAFFARONI, 1995, P.318)

Outro momento relevante é o da Idade Média onde o princípio da legalidade não tinha relevância alguma. Isso porque o julgador gozava de ampla competência penal, tanto podendo incriminar condutas sem a existência de lei escrita expressa, quanto podendo aplicar penas não cominadas na legislação. O autor revela também que nesse período era permitido ainda ao julgador utilizar-se da tortura durante o curso processual. (BRANDÃO, 2002, p.10)

Outro período bastante tenebroso é o da Idade Moderna, embora tenha havido momento de evolução na época. Na idade Moderna, segundo o autor, os sofrimentos impostos pelo uso de um Direito Penal não limitado pelo Princípio da Legalidade deram continuidade ao terror que se verificou na Idade Média. Os monarcas utilizavam-se do Direito Penal com o fim de assegurar a continuidade do absolutismo, pois quanto maior fosse o terror penal, maior seria o temor de rebelar-se contra o regime. È na idade moderna também que se vislumbra o nascimento do dito Princípio da Legalidade, em 1764, através da obra do Marquês de Beccaria, Cesare Bonesana, intitulada: Dos delitos e das Penas. Importante obra que inaugura o princípio da legalidade. Para Beccaria a Legalidade é o princípio que fundamenta os demais.

Segundo Cesare Beccaria:

“ só as leis podem fixar as penas de cada delito e que o direito de fazer leis penais não pode residir senão no legislador, que representa toda a sociedade, unida por um contrato social”(BECCARIA, 1945, P.47)

O vale ressaltar que para Beccaria o primado da lei, isto é, o Princípio da Legalidade, é o meio eficaz para, em primeiro lugar, possibilitar que as pessoas da mais alta posição social

sejam punidas da mesma maneira que pessoas da mais baixa classe; em segundo lugar, para que houvesse a irretroatividade da norma penal e a proibição de analogia.

Nesse sentido Ricardo de Brito complementa a posição de Beccaria ao afirmar que o princípio da legalidade impõe limites ao Estado no que diz respeito ao poder de punir os indivíduos. Preleciona Brito:

[...] As penas cruéis são, na verdade, contraproducentes, pois em nada contribuem para proporcionar a segurança indispensável à felicidade do maior número de pessoas. Assim, é a partir do maior número de pessoas. Assim, é a partir do utilitarismo que, em última análise, vão ser combatidas a pena de morte, a tortura e outras penas cruéis, bem como os vícios do processo penal pré-liberal”(BRITO, 2001, p.74)

Na Idade Contemporânea, por seu turno, O princípio da legalidade foi acolhido pela declaração Universal dos Direitos Do Homem e do Cidadão, de 1789, segundo o artigo oitavo da declaração:

“ A lei apenas deve estabelecer apenas deve estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias, e ninguém pode ser punido senão em virtude de uma lei estabelecida e promulgada antes do delito e legalmente aplicada.”

No entanto, é essencial recordar que a sistematização dogmática do Princípio da Legalidade se deu através da obra de Anselmo Von Feuerbach. Para ele toda pena dentro do Esta é a consequência de uma lesão jurídica, fundamentada na preservação do direito, e de uma lei que comine um mal sensível. ( FEUERBACH, 1989, p.63)

O Professor Cláudio ainda acrescenta à legalidade que torna o homem a figura central de todo o ordenamento Penal, valorizando-o em sua dignidade.

O professor declara também:

“Dizemos que a Legalidade respeita o homem em sua dignidade, portanto, para a compreensão do conceito moderno do Princípio da Legalidade, precisamos aclarar o que significa essa ideia” (BRANDÃO,2002, p.36)

Importa arrematar que o conceito de dignidade humana está presente em vários sistemas normativos, no caso brasileiro é explicitamente citado na Constituição Federal de 1988, que determina que um dos princípios que fundamenta a República Federativa do Brasil é o respeito à dignidade humana, *in verbis*:

“Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e municípios e do Distrito Federal, constituindo-se em Estado democrático de Direito tendo como fundamentos:”

(...)

III- a dignidade da “pessoa humana;”

O professor Cláudio faz uma importante observação sobre o acolhimento do Princípio da Legalidade no Direito Penal brasileiro, senão vejamos:

“ quando se diz que o direito penal acolheu o Princípio da Legalidade, diz-se que em verdade ele passou a respeitar a dignidade da pessoa humana, rompendo com o terror. Deste modo reconheceu-se que o *jus puniendi* do Estado não é um poder absoluto, mas é um poder que se curva a limitações da mais alta ordem, a saber: não pode ser utilizado de modo arbitrário ou cruel pelos detentores do poder político. Por isso, enfatize-se, o conceito contemporâneo do Princípio da Legalidade estabelece que a lei não somente se protege o homem das ações lesivas aos bens jurídicos, pela lei se protege o homem do próprio Direito Penal.”

## **2.2. As quatro vertentes do princípio da legalidade**

É cediço que o princípio da legalidade funciona como verdadeira barreira para cometimento de eventuais desmandos estatais na aplicação da lei penal, isso porque é através dele que o estado encontra o pressuposto e a fonte para o exercício da repressão penal.

O princípio em comento também fundamenta a interpretação da lei penal, que deve observar quatro vertentes importantes, quais sejam: a proibição da analogia em prejuízo do

réu; a proibição do direito costumeiro *in malam partem*, a exigência de lei certa e, em último lugar, a exigência de lei prévia.

Nesse sentido preleciona Luiz Régis Prado

[...] a sua dicção legal tem sentido amplo: não há crime (infração penal) nem pena ou medida de segurança ( sanção penal) sem prévia lei (stricto sensu). Isso vale dizer: a criação dos tipos incriminadores e de suas respectivas consequências jurídicas está submetida à lei formal anterior (garantia formal). Compreende, ainda, a garantia substancial ou material que implica uma verdadeira predeterminação normativa ( Lex scripta praevia ET Lex certa).

Observa-se com isso a emersão de um significado político de limitação ao poder estatal, visto que lhe cabe proporcionar ao sistema penal seu “mais puro sentido garantista”.

**Concernente à Analogia** no direito penal, embora seu uso seja admitido, este difere grandemente dos outros ramos do direito, por isso fala-se de vedação da analogia em sede de Direito Penal. Sendo vedada a aplicação das normas para incriminar condutas semelhantes àquelas típicas.

Nesse sentido, o professor Cláudio Brandão defende que o uso da analogia em âmbito do direito penal compromete a função judicante do magistrado, fazendo vezes de legislador ordinário na criação de um novo tipo penal ou, até mesmo, na aplicação excessiva de penas de crimes já previstos no ordenamento legal. Para ele apenas a lei pode determinar o conteúdo da ação digna de uma pena e de sua consequência jurídica, na ausência desta não é possível nenhum processo de integração por parte do aplicador da norma para a ampliação do conteúdo da lei ou da sua sanção. (BRANDÃO, 2002, P.74)

Para ilustrar esse pensamento, vale trazer à baila um exemplo mencionado pelo professor com base no art. 269 do Código Penal, *in verbis*:

“ deixar o médico de denunciar à autoridade pública doença cuja notificação é compulsória. Pena- detenção, de 6 ( seis) meses a 2( dois) anos”

Concernente a esse tipo legal, com base no princípio da não aplicação da analogia *in malam partem* em sede de direito penal, uma enfermeira chefe, que goze de certa prestígio

profissional numa comunidade, que exerça algumas funções atribuídas a médicos, não pode ser responsabilizada caso o tipo legal supramencionado se subsuma, isso porque a lei refere-se a médicos, portanto, somente a estes pode ser aplicada tal medida punitiva. Isso se dá porque em Direito penal é defeso a aplicação das normas para incriminar condutas semelhantes àquelas típicas. ( BRANDÃO, 2002, P.75)

O autor entende não ser possível neste caso uma interpretação extensiva para ampliar conteúdo de lei ou de sanção. Chega a mesma conclusão de Brandão penalista Nelson Hungria, corroborando com a ideia de que a aplicação da analogia em direito penal implicaria a usurpação de função, isso porque o juiz faria o papel do legislador para suprir as lacunas da lei, configurando a aplicação de lei a casos não exarados por esta, formando direito novo.

No tocante à Analogia *in bona partem*, isto é, aquela que beneficia o sujeito, não há óbice no direito penal, não obstante a finalidade do princípio da legalidade, contribuindo assim para a liberdade humana. Nesse sentido ressalta Paulo José da Costa Júnior:

“Se, em nome das garantias individuais, para evitar o arbítrio dos potentados, consagrou-se o *nullum crimen, nulla poena sine lege*, nada impede que em benefício do cidadão e somente neste caso, seja rompido o dique da reserva legal.” ( JOSÉ, 1964, P.23)

**Exigência de lei Certa ( *Nullum Crimen Nulla Poena Sine Lege Certa* )** No caso da exigência de lei certa, é salutar que esta defina com clareza e individualize a conduta delituosa, além de cominar a pena legal. Impedindo assim que a lei seja vaga, imprecisa, dando margens a várias interpretações. Sobre isso, Cláudio Brandão faz uma importante ressalva [...] nada adiantaria que houvesse a exigência formal da lei, sem também se exigir uma definição precisa do preceito e da sanção contida na lei penal. Uma lei penal sem precisão não seria hábil para cumprir a função do Princípio da Legalidade, que é a limitação do *jus puniendi* estatal [...] (BRANDÃO, 2002, P.79)

Brandão também chama atenção para importância da linguagem para aferir a legalidade de uma norma, isso porque, uma linguagem com signos pouco claros e ambíguos compromete a interpretação e aplicação da lei penal. Para ele o Princípio da Legalidade traz uma exigência ao legislador quanto à linguagem utilizada na formulação da norma penal: a norma deve usar signos linguísticos claros, uma individualização do modelo abstrato da conduta incriminada. Dessarte, enfatize-se, a lei penal deverá apresentar os elementos

necessários para a individualização da conduta incriminada, caso contrário, será a aplicação, por afronta ao Princípio da Legalidade.” (BRANDÃO, 2002,P.81)

Para o autor é salutar que a lei na clareza na sua formulação, isso é essencial em todos os ordenamentos que se fundamentem no Princípio da Legalidade. Portanto, não há de se cogitar legalidade quando o tipo penal é cheio de obscurantismos e imprecisões, assim, uma norma que pretenda norteia-se pela legalidade deve inicialmente primar pela precisão, clareza.

**Exigência de Lei Escrita (Nullum Crimen Nulla Poena Sine Lege Scripta)** sob esse aspecto, o Princípio da legalidade impede o uso de costume para incriminação das pessoas ou aplicação da pena. Porque isso implicaria uma colisão com a segurança do Ordenamento Punitivo, que exige para tal a formalização legal.

Nesse sentido colaciona-se a afirmação de Jescheck:

“ O Princípio da Legalidade implica em primeiro termo a exclusão do direito consuetudinário. Isto significa que por esta via não se pode criar nenhum novo tipo penal nem nenhuma agravação punitiva (*nullum crimen nulla poena sine lege script*).”

O uso do costume, semelhantemente a analogia, não pode ser utilizado *in malam partem*. Mas poder ser invocado quando houver prejuízo para o sujeito, ou seja, pode ser usada *in bonam partem*. Nesse sentido Assis Toledo assevera que não se deve cometer o equívoco de supor que o direito costumeiro esteja totalmente abolido do âmbito penal. Isso porque tem ele grande importância para a elucidação do conteúdo dos tipo. ( TOLEDO, 1994, P. 25).

Chega a mesma conclusão O professor Cláudio Brandão, para ele a importância da norma costumeira consiste na inexistência de reprovação social, ao contrário, a norma costumeira é socialmente tida como lícita. Isto posto, o costume pode evitar a tipicidade de uma conduta, pelo consenso social, o qual considera determinada conduta como socialmente adequada”( BRANDÃO,2002, P.85)

**Exigência Lei Prévia (Nullum Crimen Nulla Poena Sine Lege Praevia)** na perspectiva de lei prévia, o Princípio da Legalidade exige a irretroatividade a lei penal que prejudique o réu de alguma maneira. Isso porque, é imprescindível assegurar o sujeito em face do poder punitivo do Estado. Nesse sentido o penalista Aníbal Bruno preleciona que o princípio da legalidade se opõe à retroatividade da norma penal incriminadora, pois o Código

Penal preconiza que não há crime nem pena sem lei anterior que o defina, o que traz a necessária precisão e segurança ao Direito.”( BRUNO, 1978, P.208)

Afirma também no mesmo sentido o magistral Doutrinador Zafaronni:

“[...] como consequência necessária do princípio da legalidade, ficam eliminadas as chamadas leis *ex post facto*”.

Entretanto, mencione-se, que o Princípio da Legalidade não impede a retroatividade da lei que de alguma forma beneficie o réu. Esse postulado da Legalidade encontra-se explicitado no Código penal, *in verbis*:

“Art.2º ninguém pode ser punido por fato que a lei posterior deixa de considerar crime, cessando em virtude dela todos os efeitos penais da sentença condenatória.”

Parágrafo único. “A lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado”.

Dante o exposto, verifica-se que as quatro vertentes da legalidade impossibilita a aplicação da analogia em prejuízo do réu, a retroatividade da lei penal para prejudicar o réu, bem como a elaboração de leis penais indeterminadas, imprecisas, vagas. Tudo isso propicia segurança jurídica, configurando impeditivo ao poder punitivo do Estado.

### **2.3. O Princípio Da Legalidade na Ordem jurídica Brasileira e sua Relevância na Contenção do Poder Punitivo**

O Catedrático de Direito da UFPE, O Professor Cláudio Brandão, aduz haver um fator significativo na história do Direito Penal, qual seja: o advento do princípio da legalidade à Constituição Federal e ao Código Penal, exarados nos art.5º, inciso XXXIX, 1º caput, respectivamente. Para ele, esse fenômeno representa um verdadeiro “divisor de águas” na história do direito penal, sendo um direito penal antes e um outro após. CLÁUDIO BRANDÃO (2002)

Art.5º, inciso XXXIX, da CF/1988, *in verbis*:

“Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”

Art.2º, Caput, CP, in verbis:

Art. 2º - Ninguém pode ser punido por fato que lei posterior deixa de considerar crime, cessando em virtude dela a execução e os efeitos penais da sentença condenatória.

Parágrafo único - A lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado.

Depreende-se dos referidos artigos que a Legalidade é Princípio corolário do Ordenamento Jurídico brasileiro, simbolizando a ratificação de uma sociedade democrática de direito. Bem como o rompimento com a os tempos de chumbo que permeavam o Brasil anteriormente, durante a Ditadura Militar, (1964-1985)

Constitui pressuposto ínsito ao Princípio da Legalidade o comando *nulla poena sine lege*, isto quer dizer, que não existe aplicação de pena sem lei. Isso porque a pena é consequência e pra isso precisa ter uma causa: a causa da pena é o crime.

Importa trazer a lume a afirmação de Nucci:

“ Desse modo, por mais grave que possa ser determinada conduta, trazendo resultados catastróficos a sociedade, o mais relevante, para que exista a possibilidade de punição na órbita penal, é a sua expressa previsão em algum tipo penal incriminador. Afinal, crime é a conduta descrita em tipo penal incriminador ausente a descrição, inexistente o delito.” (NUCI,2013,p.1216)

O autor ao enfatizar o poder limitador da legalidade, rechaça a punição fora dela, extra legem. Portanto, numa sociedade democrática e respeitadora da dignidade humana, o Princípio Penal da legalidade é cardeal. Nesse sentido corrobora com Nucci, Cláudio Brandão, para quem o crime se fundamenta no Princípio da Legalidade, contudo essa fundamentação seria inócua se a sua consequência jurídica também não se embasasse naquele princípio. Para Brandão, quando se diz que a legalidade é a fundamentação da Teoria da pena,

diz-se na verdade que o Estado encontra uma limitação na imposição da pena. Com efeito, ele terá sempre presente- através da legalidade- a necessidade de reconhecer que a sanção não pode se sobrepor à dignidade humana. “O Estado de direito, o qual tem o seu Direito Penal fundamental pelo Princípio da Legalidade, não é compatível com as penas utilizadas no período de terror.”

O penalista Régis Prado coaduna-se com ambos os autores supracitados quando explana que o homem sob o princípio da legalidade e dignidade da pessoa humana, deixa de ser considerado apenas como cidadão e passa a valer como pessoa, independentemente de qualquer ligação política ou jurídica. O reconhecimento do valor do homem enquanto homem implica o surgimento de um núcleo indestrutível de prerrogativas que o Estado não pode deixar de reconhecer, verdadeira esfera de ação dos indivíduos que delimita o poder estatal(PRADO,2015,P.1404).

Faz-se essencial recordar as sábias palavras de Beccaria:

“ não existe liberdade onde as leis permitem que, em determinadas circunstâncias, o homem deixe de ser pessoa e se converta em coisa.”

Regis Prado também faz importante acréscimo, Prado preleciona o postulado basilar de que não há pena sem culpabilidade (*nulla poena sine culpa*) e de que a pena não pode ultrapassar a medida da culpabilidade-proporcionalidade na culpabilidade- isso porque seria uma autêntica expressão de justiça material peculiar ao estado democrático de direito delimitadora de toda a responsabilidade penal. O que em outras palavras implica dizer que: o princípio de culpabilidade significa que a “pena crimina só deve fundar-se na constatação da possibilidade de reprovação do fato ao seu autor”. “Assim, só pode ser punido aquele que atua culpavelmente e a pena não pode ir além da medida da culpabilidade.” (PRADO, 2015, P.1406).

Colacione-se também o penalista Damásio de Jesus, veja-se:

“Constitui garantia fundamental da liberdade civil, que não consiste em fazer tudo que se quer, mas somente aquilo que a lei permite. A lei e somente a ela cabe fixar as limitações que destacavam a atividade criminosa da atividade legítima. Esta é a condição de segurança e liberdade individuais. Não haveria com efeito, segurança ou liberdade

se a lei atingisse para punir, condutas lícitas quando praticadas , e se os juízes pudessem punir os fatos ainda incriminados pelo legislador. (JESUS, 2009,p.103)

O princípio da legalidade, portanto é o pressuposto de limitação ao exercício da potestade de repressão penal. Ele é fator precípua que colide com o reino de arbítrio, isso porque alguém só pode ser julgado e condenado sob o império de uma lei legal.

### 3.1 Bem jurídico protegido

O bem jurídico protegido sedimenta-se no interesse em se assegurar o normal funcionamento da Administração Pública, tutelando-se, destarte, o prestígio dos funcionários públicos perante a comunidade, já que agem como *longa manus* do poder estatal, logo, a proteção não visa propriamente à pessoa do funcionário, e sim ao respeito que se deve cultivar à função pública. Aliás, é impossível estabelecer uma disciplina social e política se órgãos públicos, através dos quais o Estado cumpre a sua função constitucional, são desrespeitados. ( PRADO, p.318)

“O objeto jurídico deste delito é a defesa da dignidade e do prestígio público, inseparáveis da autoridade de um Estado bem ordenado” ( MAGGIORE, p.257)

Vale frisar que o crime em questão é assemelhado aos praticados contra a honra (calúnia, difamação e injúria) porque se de um lado agride a dignidade, o decoro e o respeito à função pública, de outro protege a honra do funcionário público.

Sua característica fundamental é o sentido de ofender, menosprezar ou humilhar funcionário no exercício da função ou em razão dela. Não é de se olvidar o conceito amplo de funcionário público dado pelo artigo 327 e parágrafos do Código Penal.

A objetividade jurídica é a Administração Pública e a honra de seus servidores quando no exercício de suas funções ou em razão delas. Assim, o crime desacato ofende simultaneamente a Administração Pública e seu funcionário. Todo funcionário público, do mais graduado ao mais humilde, é depositário de parte da soberania do Estado, razão última da especial proteção que lhe concede o Estado através da lei penal, “ que 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.

(...) cada funcionário é um fragmento do Estado, um elemento de sinergia na consecução dos fins do Estado” ( HUNGRIA, P. 421-22).

Destarte, no exercício de suas funções em nome do Estado, que através dele se faz presente, deve o funcionário ficar protegido de violências e afrontas. O Código Penal, que nos dois artigos anteriores reprime a oposição física e moral contra atividade do funcionário público, agora se preocupa em resguardá-lo quando, no exercício de sua função, sofre qualquer ultraje, menoscabo, grosseria ou desprezo. Trata-se de delito pluriofensivo, pois, enquanto atinge a Administração Pública, ofende também a honra do funcionário como pessoa.

Pelo exposto, nota-se que o funcionário é o objeto da conduta do núcleo desacatar. O desrespeito ou humilhação pode implicar em qualquer tipo de palavra grosseira ou ato ofensivo contra a pessoa que exerce função pública, incluindo ameaças e agressões físicas. Não se concretiza o crime se houver reclamação ou crítica contra atuação funcional de alguém.

“simples censura, ou desabafo, em termos queixosos, mas sem tom insólito, não pode constituir desacato. Nem importa que o fato não tenha dado, de modo a não deixar dúvida, com a objetividade de acinte e de reação indevida ao livre exercício da função pública (...) no que toca às palavras oralmente pronunciadas, importam o tom acre e a inflexão dada à voz, quando as testemunhas possam, ao depor sobre o fato, auxiliar na prova de que a configuração do desacato é ou pode ser concluída como inegável” (MENDES DE ALMEIDA, p.186)

### **3.2 Sujeito ativo e passivo**

O sujeito ativo do crime de desacato pode ser qualquer pessoa, inclusive um funcionário público, desde que despido dessa qualidade ou fora de sua própria função. (PIERANGELI, p. 891). Mas em relação ao funcionário público como agente a situação não se resolve com essa simplicidade, que é só aparente. Contrariamente, estamos perante uma questão bastante controvertida quando o funcionário possui, ou não, a mesma categoria funcional.

Manzini distingue duas hipóteses: (a) quando o desacato parte de um funcionário do mesmo grau; (b) quando a conduta é do funcionário de graus diversos. Na primeira situação, haverá o delito quando, não obstante a paridade de graus entre ambos, existe uma legítima superioridade ou proeminência do ofendido sobre o sujeito ativo no momento do fato, mas não haverá o delito quando a ofensa é praticada por aquele que exerce a função superior à do ofendido, isto é, quando este lhe é subalterno.

Este também o pensamento de Hungria: “ O sujeito ativo do desacato, segundo pressupõe a lei, há de ser um extraneus, mas a este se equipara o funcionário que, despido desta qualidade ou fora de sua própria função, maltrata física e moralmente a outro in officio ou propter officium, pouco importando que seja de categoria idêntica( pois já não vigora a máxima que inter partes non fit injuria).

Para maioria da doutrina, sendo o Estado o sujeito passivo primordial, o funcionário público, mesmo como sujeito passivo secundário, é depositário, é depositário de parcela da soberania do Estado, possuindo, conseqüentemente, prerrogativas que decorrem do exercício de sua função. Por conseguinte, qualquer funcionário público, superior ou inferior hierárquico, pode praticar o delito. Nesse mesmo sentido Magalhães de Noronha:

“ Se o ofendido, no delito em apreço, é primacialmente a Administração Pública ou Estado, o superior, que ofende, como qualquer pessoa, a administração, não podendo sobrepor-se a esta. É obvio que, tutelando-se a administração, protegem-se seus agentes, não se excluindo os humildes e modestos.”

Vale ressaltar que o funcionário público é aquele assim considerado pelo direito administrativo. Não se pode olvidar que a ofensa no delito do desacato não se dirige diretamente ao indivíduo( autoridade), mas primordialmente à Administração Pública, daí ser indiferente ao indivíduo ao reconhecimento do desacato o fato de o sujeito ativo encontra-se ou não no mesmo nível do funcionário ofendido. (PRADO, P.1405)

O sujeito passivo é o Estado, representado pela União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios. Também figura como sujeito passivo o funcionário público ofendido. Não incide aqui o alcance da norma inserida no artigo 327, alínea 1º, do Código Penal, que só tem aplicação quando o sujeito ativo é funcionário público.

### **3.3 Tipo objetivo**

A ação está representada pelo verbo *desacatar*, que exprime a ação de ofender, humilhar, denegrir, espezinhar, agredir, achincalhar, afrontar, menoscar, menosprezar o funcionário, condutas que ofendam a dignidade, o prestígio e o decoro da função. "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 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". Em resumo, a conduta incriminada consiste nos atos, no emprego de meios ofensivos à honra ou ao prestígio de um funcionário público. (PIERANGELI,p.891)

É indiferente a natureza do ato, do meio utilizado, desde que seja capaz para ofender a honra e o prestígio do funcionário público. Pode consistir numa palavra plena de ironia, uma risada de deboche, um empurrão, gestos irônicos, como o de indicar com os dedos a formação de chifres, com o que chama o funcionário de etc., todos estes além dos acima já indicados, formando uma relação que nada tem de exaustiva, mas sim de exemplificativa.

Outro conceito bastante importante de desacato é o trazido pelo professor Cézaro Roberto Bitencourt: “ o crime de desacato significa menosprezo ao funcionário e, por extensão, á própria função pública por ele exercida. Reclama, por isso, elemento subjetivo, voltado para a desconsideração, para humilhação. Não se confunde apenas com o vocábulo grosseiro, que, em si mesmo, restringi-se à falta de educação ou nível cultural, quando desacompanhado do fim especial de ultrajar”.( BITENCOURT, 2009,P.1085)

William Wanderley Jorge conceitua desacato e situa o leitor mencionando alguns exemplos elencados da ação de desacatar. O autor defende que desacatar significa agressão a honra, ofensa, humilhação, promoção de vexame, desrespeito, ação desmoralizante contra o funcionário. Isto, com o objetivo de atingir e denegrir a função pública que ele exerce. Nesse sentido, William elenca algumas maneiras que consistiria em desacato, na sua visão, tais como: “por palavras de baixo calão, escritas ou orais, gestos obscenos, gritos, vaia, esputação, expressões grosseiras, meios simbólicos ou até mesmo através de vias de fato ou de ofensas físicas realizadas com a intenção de desmoralizar”.

A honra é o sentimento próprio que o indivíduo tem de sua dignidade e do seu valor social. Prestígio é o sentimento acerca do valor que cerca a função pública e que exige o respeito de todos. Atente-se que a caracterização do delito não reclama sentir-se o servidor público ofendido, basta que o fato seja insultuoso. Vale ressaltar Noronha:

“ por seu canto, e de ponderar que o funcionário público não de ser um alfenin, com sensibilidade à flor da pele que, à menor contrariedade oposta, se sinta ofendido”

Manzinini complementa ao afirmar que os funcionários públicos e os empregados encarregados do serviço público devem ser, sem dúvida, respeitados, mas a lei não exige que sejam também venerados como pessoas sagradas e incensuráveis, a ponto de considerar delituosa uma simples reprovação de seus atos, manifestada de um modo não injurioso.

Muito embora o art.331 do CP não contenha qualquer referência à presença do funcionário, a doutrina e a jurisprudência entendem não haver desacato sem presença dele. Mas faz-se necessário esclarecer o que se deve entender por presença dele. Mas faz-se necessário esclarecer o que se deve entender por presença, porque não se exige que o ofendido e o ofensor sejam a frente a frente, mas é inegável “ que as palavras injuriosas devem ser pronunciadas na presença do funcionário, numa posição que lhe permitiu perceber a atitude injuriosa.

Para a caracterização do delito, portanto, é suficiente que o ofendido, estando no local, veja ou ouça a injúria, isto é, que a perceba diretamente. Como esclarece Hungria “ ainda mesmo que haja, por exemplo, um tabique ou biombo entre o ofensor e o funcionário, mas que não impeça a audição da injuria proferida, da ameaça formulada, pode caracterizar-se o desacato.

Vale colacionar a diferenciação de desacato e crítica irrogada contra funcionário sem o propósito de injuriar, em relação a serviço prestado pela Administração.

O pressuposto do delito é que a ofensa seja proferida no exercício da função ou que a conduta seja perpetrada em razão dela, exigindo-se, portanto, o que se denomina *nexo funcional*, já que a tutela se perfaz não em razão da pessoa do funcionário, mas, sim, da função por ela exercida. (PRADO, p.1406)

O funcionário encontra-se no exercício da função quando realiza qualquer ato de ofício atinente ao cargo por ele ocupado, sendo indiferente, em tal caso, o motivo ensejador da conduta, que pode ser até de natureza privada, não relacionada à função, visto que o nexo exigido nessa modalidade delitiva é meramente ocasional, bastando que a conduta seja perpetrada ao tempo do exercício funcional. (FRAGOSO, p. 965).

Vale ressaltar que não configura o delito de desacato a crítica irrogada pelo cidadão, sem o propósito de injuriar, em relação a serviço prestado pela Administração. Aliás, a

Administração Pública deve ser enfocada como um instrumento colocado a serviço dos cidadãos para o atendimento de suas necessidades individual e coletivamente consideradas, havendo, por conseguinte, o direito do cidadão de fiscalizar e criticar o serviço público prestado de maneira insatisfatória.( PRADO,p.1406)

### **3.4. Tipo subjetivo do desacato**

É o dolo. Não existe a forma culposa, nem se exige elementos subjetivos do tipo específico. Há posição em contrário, sustentando haver a vontade específica de desprestigiar a função pública, proferindo ou tomando postura injuriosa. Pois o verbo é suficiente para essa conclusão. Desacatar significa, por si só, humilhar ou menosprezar, implicando algo injurioso, que tem por fim desacreditar a função pública. (NUCCI, p.1218)

Régis Prado confabula da mesma tese, para ele o tipo subjetivo está representado pelo dolo, consubstanciado na consciência e vontade de praticar a conduta incriminada, acrescida do elemento subjetivo do injusto, representado pelo fim especial de humilhar, de menosprezar a função pública exercida pelo ofendido. Assim, se o agente ignora a qualidade do sujeito passivo, a sua conduta não se amolda ao tipo definido no artigo 331, podendo configurar o delito de calúnia, difamação, injúria etc.(PRADO, p. 1407)

Os autores fazem essa ressalva, pois, comumente, no dia dia forense é complexa de distinção desses termo no caso concreto. Por exemplo, se o cidadão num momento de desabafo, sem intenção de macular ou depreciar o poder estatal, profere reclamações ou críticas ao agente público, isso não deve ser tomado como desprezo. Contudo, alguns funcionários podem interpretar como menosprezo; ou desdenho a sua pessoa, extendendo esse entendimento a coisa pública.

O argumento a partir do qual o agente público sentiu-se ultrajado em razão de críticas ou posturas como citado anteriormente, não justifica, por si só, aplicação do delito de desacato ao réu por ofensa a coisa pública. Isso porque, pode-se privilegiar a ultrasensibilidade do funcionário. Que pode tomar pra si um desabafo, ou crítica imparcial proferida em razão do serviço ofertado.

Além disto, o autor explicita um o que se deve entender por exercício da função, termo constante do tipo penal no art. 321 CP. Veja-se: por prática de ofício, pouco importando esteja ou não na própria repartição onde trabalha. Aliás, em se tratando de sujeito passivo que seja oficial de justiça ou policial militar, por exemplo, a regra é que o desacato ocorra fora da repartição ou local onde está sediada sua corporação. As expressões “vagabundos”, “relapso”,

“mentiroso” dirigidas a um oficial de justiça, por exemplo, quando estava a citar determinado réu, possuem idoneidade suficiente para desprestigiá-lo, desmoralizá-lo caracterizando o crime.

Ressalte-se, contudo, que embora o oficial de justiça goze de fé pública, para a condenação, em sendo ele vítima, deve o sentenciante exigir provas mais robustas que alicercem suficientemente suas declarações. Nessa modalidade os motivos da ofensa são irrelevantes, podendo ser de índole privada e até estranha ao exercício da função. O “nexo é aqui, puramente ocasional, devendo a ofensa ser contemporânea à atividade que o sujeito passivo exerce”.

### **3.5. Consumação**

O pressuposto do delito é que a ofensa seja proferida no exercício da função ou que a conduta seja perpetrada em razão dela, exigindo-se, portanto, o que se denomina nexo funcional, já que a tutela se perfaz não em razão da pessoa do funcionário, mas, sim, da função por ele exercida.

O funcionário público encontra-se no exercício da função quando realiza qualquer ato de ofício atinente ao cargo por ele ocupado, sendo indiferente, em tal caso, o motivo ensejador da conduta, que pode ser até de natureza privada, não relacionada à função, visto que o nexo exigido nessa modalidade delitiva é meramente ocasional, bastando que a conduta seja perpetrada ao tempo do exercício funcional.(FRAGOSO, p.965)

O alcance normativo estende-se também à conduta perpetrada quando o ofendido não esteja no exercício funcional, exigindo-se, em tal caso, que haja nexo de causalidade entre o motivo desencadeador do desacato e a função por ele exercida( propter officium), subsiste tão somente a ofensa a um particular.

É imperioso, ainda, à configuração delitiva que o ofendido não esteja no momento da conduta, não sendo imprescindível, contudo, que ambos situem-se frente a frente, sendo suficiente que o ofendido perceba ou ouça a injúria.( MONTEIRO, p. 319). Assim, não constituem desacato as ofensas irrogadas via telefone, fax-modem ou pela imprensa, conduta que pode, no entanto, tratar-se de calúnia, difamação, injúria, ameaça etc., dependendo das elementares presentes.

Frise-se, também, que não constitui elemento do tipo de injusto a publicidade da ofensa, de forma que ainda que esta irrogada na ausência de terceira pessoa, o desprestígio da função se perfaz.

A consumação do delito se perfaz com a prática do ultraje, consubstanciado na injúria, calúnia, difamação, lesão corporal, não se perquirindo, in casu, se o funcionário sentiu-se ou não o ofendido, já que a tutela penal recai diretamente sobre a dignidade e o prestígio do cargo ou da função por ele exercida. Assim, eventual pedido de escusas por parte do ofensor, após a concreção do ato, tem eficácia tão somente na aplicação. A tentativa é admissível, mas difícil caracterização. É inadmissível, no entanto, na hipótese de ofensa real (delito unissubsistente) (PRADO, p. 1407).

A injúria, a difamação, as vias de fato, a ameaça e a lesão corporal de natureza leve são absorvidas pelo delito de desacato, em face da aplicação, no caso, do princípio da consunção ( *lex consumens derogat legi consumptae*). No entanto, na hipótese da prática de calúnia, sobre a qual incide a agravante do artigo 141, II, do Código Penal, e do delito da lesão corporal de natureza grave, cujas penas são mais acentuadas do que as de delito de desacato, impõe-se o reconhecimento do concurso formal de infrações. (HUNGRIA, p.41-422)

Quanto a ofensa é irrogada na ausência do funcionário público, o agente responde pelo delito de injúria qualificada (art. 141, II, CP)

O desacato difere da resistência, já que nesta violência ou ameaça direcionada a funcionário visa à não realização de ato de ofício, ao passo que, naquele, eventual violência ou ameaça perpetrada contra funcionário público tem por finalidade desprestigiar a função por ele exercida.

Consuma-se, delito formal que é, quando os atos ofensivos são praticados ou as palavras são proferidas contra o funcionário, pouco importando sintá-se ou não ofendido porque não está em jogo apenas sua integridade moral ou física, mas também a dignidade e o prestígio de seu cargo ou função. (JORGE, p. 572)

A pena abstratamente prevista para o delito é de seis meses a dois anos de detenção ou multa (Art. 331 do CPP)

A competência para processo e julgamento é dos Juizados Especiais Criminais (até. 61, Lei 9. 099/1995). Admite-se a suspensão condicional do processo (Art. 89, Lei 9.099/1995).

A ação penal é pública incondicionada

QUADRO SINÓTICO

- Bem Jurídico: O normal funcionamento da Administração Pública, tutelando-se, destarte, o prestígio dos funcionários públicos perante a comunidade, já que atuam como longa manus do poder estatal.

-Sujeitos: Ativo- particular, podendo tratar-se de funcionário público.

Passivos- Estado, representado pela União, Estado-membros, Distrito Federal e Municípios, bem como o funcionário público ofendido.

-Tipo objetivo- A conduta típica consiste em desacatar funcionário público no exercício da função pública ou em razão dela ( art.331).

-Tipo subjetivo- O dolo e o elemento subjetivo do injusto com o fim especial de menosprezar a função pública exercida pelo ofendido.

-Consumação e tentativa- Consumação- dá-se no momento em que o agente pratica o ultraje. Tentativa- é admissível, mas difícil configuração. Na ofensa oral não se admite a conatus ( delito unissubsistente).

-Pena e ação penal. A pena é de seis meses a dois anos de detenção ou multa ( art.331).

A competência para processo e julgamento desse delito é do Juizado Especail criminal ( art. 61, Lei 9.099/1995). Admite-se a suspensão condicional do processo ( art 89, lei 9.099).

A ação penal é publica e incondicionada.

#### **4. AS CONTRADIÇÕES NA APLICAÇÃO JURISPRUDENCIAL DO CRIME DE DESACATO NO BRASIL**

##### **4.1. A discussão no Supremo Tribunal Federal. A (in) constitucionalidade do tipo do desacato**

Em sede de controle de concentrado de constitucionalidade a 2º Turma do Supremo tribunal Federal entendeu não ser incompatível com a Constituição o crime de desacato exarado no artigo 331, do Código Penal.

O STF rejeitou um Habbeas Corpus a um civil que fora condenado a seis meses de prisão, em regime aberto, por chamar um sargento de “palhaço”. A defesa argumentou ao STF que o Superior Tribunal de Justiça já tem precedente no sentido de descriminalizar o delito de desacato, por entender que a punição ofende o pacto São José da Costa Rica. A defesa ainda aduziu afronta a liberdade de expressão e pensamento, direitos fundamentos garantidos na Constituição Federal, no art.5, incisos IV, VIII e IX, e 220.

O relator do pedido do HC, Ministro Gilmar Mendes, por sua vez não acolheu os argumentos da defesa. Ele defendeu que o desacato ofende diretamente o estado, tendo em

vista ser este o sujeito passivo de tal crime, sendo o funcionário público vítima secundária da infração. Isso porque, a tutela penal no caso visa assegurar o normal funcionamento do Estado, protegendo o prestígio do exercício da função pública.

O ministro asseverou ainda que é essencial para configuração do delito que o funcionário esteja no exercício da função, ou estando fora, que a ofensa seja empregada em razão dela.

Gilmar Mendes discorda que tipificar o desacato afronte a Convenção Americana de Direitos Humanos: pois segundo o ministro, no art. 13, dispõe que o exercício do direito à liberdade de pensamento e de expressão deve assumir responsabilidades ulteriores, e não censura prévia.

O ministro também defendeu que a liberdade de expressão prevista na convenção não se distingue em nada com a previsão da Constituição, e que, como todos os direitos fundamentais, não possui caráter absoluto. Para ele, a liberdade de expressão deve ser exercida com outros direitos fundamentais envolvidos-honra, dignidade, intimidade- e não os eliminar.

Gilmar Mendes arguiu ainda que o desacato constitui importante instrumento de preservação da lisura da função pública e, indiretamente, da própria dignidade de quem exerce. O Relator concluiu afirmando não haver constrangimento ilegal no crime de desacato, ele foi acompanhado do pelos ministros Dias Toffoli e Ricardo Lewandowski.

Quando o relator alega ser o funcionário vítima secundário da infração de desacato, ele defende que qualquer ataque pessoal a figura do funcionário, estende-se a instituição a qual pertença. Isso, no entanto, nem sempre é verdade, pois críticas ácidas a pessoa do funcionário por questões alheias ao exercício da função, ou resposta agressiva em razão de um conflito o qual o funcionário deu causa, esses aspectos peculiares não se confundiriam com instituição especificamente, mas apenas com a pessoa do funcionário. Portanto equivoca-se o ministro ao não fazer essa importante distinção.

O ministro também se equivoca ao alegar que o delito de desacato a autoridade não traz no seu bojo a censura prévia, mas prevê apenas responsabilidade ulteriores. Isso não é verdade. Frequentemente depara-se na maioria das repartições públicas com cartazes que advertem o perigo do desacato ao funcionário público. Traz-se o tipo legal fixado na parede, e sua sanção. No entanto, por não haver uma precisão do que seja desacatar, as pessoas se sentem tolhidas na sua liberdade de expressão e pensamento, isso constituiria uma censura prévia. Portanto, vislumbra-se afronta a Convenção de Direitos Humanos a qual o Brasil é signatário e a aos Direitos Fundamentais preconizados na Constituição de 1988.

#### 4.2. A posição do STJ. A inconvenção do tipo do tipo penal

A 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça em sede de Controle de Convencionalidade entendeu ser incompatível a tipificação do crime de desacato a autoridade com o art. 13 da Convenção Americana dos Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) e afastou sua incidência num caso concreto.

O Ministro Relator do recurso no STJ, Ribeiro Dantas, acolheu e ratificou os argumentos aduzidos pelo Ministério Público Federal de que os funcionários públicos não deveriam ser norteados pelo crime de desacato, pois os funcionários públicos estão mais passíveis ao escrutínio da sociedade, e que as “leis do desacato” afrontam a liberdade de expressão e o direito à informação.

O Ministro também defendeu o controle de convencionalidade para tal ação em sede de Recurso especial, in verbis:

“O controle de convencionalidade não se confunde com o controle de constitucionalidade, uma vez que a posição supralegal do tratado de direitos humanos é bastante para superar a lei ou ato normativo interno que lhe for contrária, abrindo ensejo a recurso especial, como, aliás, já fez esta corte superior ao entender pela inconvenção da prisão civil do depositário infiel”

O ministro afirmou também que a tipificação do desacato concede ao funcionário público uma proteção especial que configura numa sociedade democrática de direito afronta ao princípio da igualdade. Para ele o desacato visa trazer uma superioridade estatal, representado pelos agentes públicos sobre o cidadão, o que afronta a dignidade humana, veja-se:

“A criminalização do desacato está na contramão do humanismo, porque ressalta a preponderância do Estado — personificado em seus agentes — sobre o indivíduo”

Além disso, o relator faz uma ressalva muito importante: a de que a descriminalização do desacato não significa abertura para agressões verbais ilimitadas, isso porque o agente pode ser responsabilizado de outras formas pela agressão, o que foi alterado é a impossibilidade de condenar alguém, em âmbito de ação penal, por desacato autoridade.

Observa-se do argumento do STJ que a tipificação do desacato torna-se um impeditivo para escrutínio do serviço prestado pelo estado, ou seja, dificulta que o cidadão exerça o direito de fiscalização. Ora, se antes de manifestar uma crítica o cidadão se sente tolhido por cartazes que o admoestam das possíveis sanções que adviriam de suas palavras, ou seja, uma mensagem subliminar a ele, que o inibe de manifesta-se, pois teme as eventuais sanções no âmbito penal. Portanto, a tipificação do desacato acaba se tornando um “cale-se” o que não combina com uma sociedade democrática de direito, que preza pela livre expressão de pensamento.

No que tange à afronta ao princípio da igualdade, importa analisar o Relatório da Comissão interamericana de direitos humanos:

“a aplicação de leis de desacato para proteger a honra dos funcionários públicos que atuam em caráter oficial outorga-lhes injustificadamente um direito a proteção especial, do qual não dispõem os demais integrantes da sociedade esse tratamento desigual inverte “o princípio fundamental de um sistema democrático, que faz com que o governo seja objeto de controles, entre eles, o escrutínio da cidadania, para prevenir ou controlar o abuso de seu poder coativo. Dessa forma, estando os funcionários públicos sujeitos a maior escrutínio da sociedade, o controle de suas condutas deve ser exercido por toda a população sem empecilhos.”

#### **4.3. As contradições identificadas no TJPE**

A análise das jurisprudências sobre o crime de desacato é importa para solidificação de um tipo penal que ainda, como já mencionado suscita bastante controvérsia nas decisões do Brasil afora. Além disso, serve para aclarar as dúvidas sobre a subsunção desse tipo aos fatos, o que é essencial para o trabalho em tela. Portanto, toda essa discussão jurisprudencial acrescenta grande peso ao trabalho pesquisado, tendo em vista seu auxílio que ajudará a entender a compatibilidade do desacato com a ordem constitucional e legal.

A coerência na aplicação do direito é *sine qua non* para trazer segurança jurídica de um determinado ordenamento. É bastante perigoso quando não se tem ideia da orientação que será adotada num determinado litígio judicial. Isso é particularmente mais preocupante no âmbito do direito penal, pois este é o poder punitivo do estado e, portanto, mais violento.

Algumas decisões proferidas em sede recursal pelo Tribunal de Justiça de Pernambuco referentes ao crime de desacato demonstram-se contraditórias. Embora, como já demonstrado, a tipificação legal de tal crime padeça de vagueza, imprecisão e possuía uma alta carga de subjetivismo. Isso porque a avaliação do desacato dá-se unilateralmente, pois é a própria vítima, ofendido, que realiza o juízo de valor no caso concreto, atribuindo uma definição exata do que seja desacatar.

Neste diapasão, ao fazer uma análise comparativa das decisões do TJ/ PE verifica-se que em alguns casos, apenas as palavras das vítimas são suficientes para provar o alegado, em outros não o é. Ora a falta de uma orientação coerente como mencionado anteriormente acarreta insegurança jurídica na aplicação do crime de desacato. Trazendo consequências graves à sociedade.

Vale ressaltar também a distinção que o TJ/PE faz em casos concretos do delito de desacato para o direito constitucional a liberdade de expressão. Para esse tribunal, o desacato se configura quando há agressividade e xingamentos, excedendo assim a livre expressão.

Importa trazer a lume algumas jurisprudências deste Tribunal, *In verbis*:

EMENTA:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO. ART. 150, §1º, CPB. DESACATO. ART. 331 CPB. RECURSO DEFENSÓRIO. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO POR INSUFICÊNCIA DE PROVAS. INCONSTITUCIONALIDADE DO DELITO DE DESACATO. LIBERDADE DE EXPRESSÃO. CONJUNTO PROBATÓRIO CONDIZENTE COM A CONDENAÇÃO. DEMONSTRADA A AUTORIA E A MATERIALIDADE DELITIVA. DOSIMETRIA JUSTIFICADA NOS AUTOS. PROVIMENTO PARCIAL DO APELO. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS MÍNIMOS PARA A FIXAÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS À VÍTIMA. DECISÃO POR UNANIMIDADE.1. O conjunto probatório carreado aos autos se mostra idôneo a corroborar, de modo incontroverso, as acusações contidas na exordial, pelo que o pleito absolutório não pode prosperar. Foram satisfatoriamente comprovadas a materialidade e a autoria delitiva, sendo certo que o acusado foi autuado em flagrante no quintal da casa da vítima depois de expressada a negativa dela para que ele

tivesse acesso ao imóvel.2. Ao ser autuado em flagrante, o acusado desacatou policiais militares durante o exercício da função, excedendo ao direito de liberdade de expressão com agressividade e proferindo xingamento,.3. A pena definitiva foi estabelecida próxima ao mínimo legal, dentro dos limites de razoabilidade, e condizente com os elementos concretos do caso em apreço, sobretudo pela motivação do delito e pelo contexto de violência doméstica em que se insere. 4. Ausentes os requisitos mínimos para a imposição de valor indenizatório à vítima (pedido expresso e comprovação dos danos), sobretudo em atendimento aos princípios da ampla defesa e do contraditório, deve ser afastada a sua imposição.5. Provimento parcial do apelo, apenas para afastar a reparação civil fixada na sentença recorrida, mantendo-se a sentença recorrida os seus demais termos. Decisão unânime.

Processo: Apelação Criminal 488197-20001806-97.2015.8.17.0001.  
Classe CNJ: Apelação Criminal. Assunto: Violação de Domicílio.  
Relator: Marco Antonio Cabral Maggi. Órgão Julgador: 4ª Câmara Criminal. Data de Julgamento: 29/10/2019. Data de Publicação/fonte: 06/11/2019

Como se depreende da decisão supramencionada, há uma preocupação do tribunal de distinguir o direito a liberdade de expressão do crime de desacato. Essa ressalva é feita por vários doutrinadores, como bem afirma Régis Prado, “não configura o delito de desacato a crítica irrogada pelo cidadão, sem o propósito de injuriar, em relação ao serviço prestado pela Administração Pública deve ser focado como um instrumento colocado a serviço dos cidadãos para o atendimento de suas necessidades individual e coletivamente consideradas, havendo, por conseguinte, o direito do cidadão de fiscalizar e criticar o serviço público prestado de maneira insatisfatória.” Essa definição resume a essência significativa da liberdade de expressão arrolado na Constituição de 1988.

Para o TJ/PE são pressupostos para não incidir a liberdade de expressão no caso concreto do crime de desacato o xingamento e a agressão. Logo, quando um cidadão agride ou xinga um funcionário público, neste caso específico, um policial militar no exercício da função, ele não age sob a proteção da liberdade de expressão. Mas subsume-se no tipo legal do desacato.

Para ilustrar isso, vale arrematar a visão do penalista William Wanderley Jorge, dissecando de forma mais profunda a definição de atos como agredir ou ofender mencionado na decisão do TJ/PE: “ o desacato configura-se através de palavras de baixo calão, escritas ou orais, gestos obscenos, gritos, vaia, esputação, expressões grosseiras, meios simbólicos ou até mesmo através de vias de fato ou de ofensas físicas realizadas com a intenção de desmoralizar em situações reais, trazendo alguns julgamentos que vale enfatizar: Além desses conceitos mais concretos de desacato destacados pelo autor, ele ainda os explicita em situações reais tais como:

- a) Cuspir ou puxar o cabelo do oficial de justiça;
- b) Atirar papéis no rosto do Promotor de Justiça;
- c) Convidar o funcionário a atirar a farda que veste e vir lutar;
- d) Entrar em repartição pública e em altas vozes, aos gritos, desrespeitosamente exigir explicações do funcionário;
- e) Amassar a contrafé recebida atirando-se, acintosamente, em cima do balcão do cartório;

No entanto, precisar estes atos como requisitos para configuração do desacato é bastante complicado, pois em situações como a retratada no processo, no bojo de uma abordagem policial, quando a polícia está no exercício da repressão estatal, é situação que enseja profícua interpretação.

Comumente, estas abordagens desembocam em várias arbitrariedades, sendo a agressividade e xingamentos aduzidos pelo tribunal e doutrina é uma resposta à violência policial praticada principalmente em bairros mais pobres.

Nesse sentido vale salientar o pensamento exarado num artigo da Conjur escrito por Camila Marques e Mariana Rielli:

“O amplo potencial para arbitrariedades decorrente desta configuração legal é concretizado quando se observa os contextos de aplicação cotidiana do desacato, cabendo já a ressalva inicial de que em todos os casos há a reprodução da comum seletividade em relação aos alvos preferenciais da violência e arbítrios do Estado; pessoas negras, pobres e periféricas. Tal panorama se evidencia nas periferias e favelas, onde o desacato também é aplicado em conflitos cotidianos

tradicionalmente marcados pela violência e o arbítrio das autoridades públicas.

Neste caso, há ainda o grave fato de que, em razão de ocupações militares em favelas e a transferência das funções de polícia para o Exército, civis podem eventualmente ser julgados por desacato na Justiça Militar. Em geral, portanto, as maiores vítimas das arbitrariedades que permeiam o desacato são indivíduos no seu exercício legítimo da liberdade de manifestação do pensamento e de resistência contra abusos do poder estatal, bem como pessoas em situações gerais de reconhecida vulnerabilidade em relação ao Poder Público.”(JORGE, 2007,569).

Dessa forma, não é parece razoável a aplicação desse tipo penal em situações de delicadas ações policiais principalmente em bairros pobres, favelas, pois se entende que a repressão estatal nestes locais tende a ser mais elevada, tendo em vista a visão discriminatória que permeia o subconsciente das forças policiais.

Para corroborar essa ideia vale colacionar a este texto uma declaração, veiculado pelo site UOL, do Comandante da Rota do Estado de São Paulo Mello Araújo que asseverou que os PMs que atuam em região nobre e na periferia de São Paulo adotam abordagens diferentes de abordar e falar com moradores.

*In verbis* a declaração do Comandante da rota:

...”São pessoas diferentes que transitam por lá. A forma dele abordar tem que ser diferente. Se ele [policial] for abordar uma pessoa [na periferia], da mesma forma que ele for abordar uma pessoa aqui nos Jardins [região nobre de São Paulo], ele vai ter dificuldade. Ele não vai ser respeitado”, disse. “Da mesma forma, se eu coloco um [policial] da periferia para lidar, falar com a mesma forma, com a mesma linguagem que uma pessoa da periferia fala aqui nos Jardins, ele pode estar sendo grosseiro com uma pessoa do Jardins que está ali, andando”, complementou. “O policial tem que se adaptar àquele meio que ele está naquele momento”.

Dante o exposto, percebe-se que aplicação do desacato em determinadas situações tende a beirar a arbitrariedades, o que é incompatível com o estado democrático de direito. Portanto, é salutar reiterar que o desacato não pode ser utilizado como aparelho de silenciamento dos que se opõem às ações arbitrárias, discricionárias.

Faz-se essencial destacar que em casos como estes, de *animus*, a configuração do desacato é de difícil configuração, pois como enfatizado, a sua determinação é complexa. Segundo José Henrique Pierangeli a doutrina se divide quanto a esse aspecto.

Discute-se sobre se o estado de exaltação ou de nervosismo do agente pode ser admitido para justificar a sua conduta ofensiva a um funcionário público no exercício de suas funções. Para uma corrente, o estado emotivo ou colérico do agente é irrelevante. Para outra, como o delito exige um elemento especial do tipo(dolo específico), no estado emocional resta excluído o dolo, quando o agente atua sob o efeito de cólera ou de exaltação momentânea.

Isso é especialmente importante discutir, tendo em vista que em protestos, manifestações públicas, confrontos em áreas periféricas, pessoas são presas e processadas, quando se encontram em estado de animosidade, devido às circunstâncias. Portanto, aferir o dolo dessa conduta nos delitos de desacato demonstra-se injusto. William Wanderley observa que **“o elemento subjetivo no crime de desacato é o dolo, vontade livre e consciente de praticar o ato ou proferir palavras ofensivas ao funcionário, sabendo dessa qualidade, bem como de se encontrar no exercício de ato de seu ofício público ou em razão dele”**. (JORGE, 2007,569).

Nesta toada o autor ainda assevera,

“Não se pode dizer desacatado o funcionário que provoca a repulsa ultrajante. Quem por primeiro ofendeu com sua conduta a dignidade da função não pode exigir seja ela respeitada. Caso o funcionário chame, por exemplo, contribuinte de idiota, não se pode dizer desacatado porque este retrucou que idiota ou imbecil era, o

funcionário.”

Verifica-se que para o autor o elemento subjetivo do tipo é incompatível com a exaltação ou ira do agente.

Seguindo na análise judicial do tribunal de justiça de Pernambuco que amparou a decisão em debate, observa-se que o acusado foi condenado com provas baseadas apenas nas palavras dos ofendidos, os policiais militares. Neste caso, não precisou de um conjunto probatório mais amplo, sendo suficiente o alegado pelos funcionários públicos, em contrapartida, a outras decisões proferidas pelo mesmo tribunal na qual o alegado pelos funcionários não fora suficiente para ensejar a condenação do acusado, o que soa bastante contraditório.

Senão vejamos, *in verbis*:

PENAL E PROCESSO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. PEDIDO RECURSAL QUE MERECE INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA COM AS RAZÕES. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. PRELIMINAR REJEITADA. RESISTÊNCIA E DESACATO. COMPATIBILIDADE COM A CONSTITUIÇÃO E O PACTO DE SÃO JOSÉ DA COSTA RICA. DEPOIMENTOS CONTRADITÓRIOS. AUSÊNCIA DE CERTEZA. ABSOLUÇÃO QUE SE IMPÕE. IN DUBIO PRO REO. RECURSO IMPROVIDO.1. **Inobstante existir decisão isolada do STJ em sentido contrário, atualmente, os Tribunais Superiores possuem entendimento pacífico acerca do tema, notadamente pela compatibilidade do crime ora em testilha com a Constituição Federal e com o Pacto de São José da Costa Rica. “Isso porque 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”** (STF. 2ª Turma. HC 141949/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 13/3/2018 (Info 894).2. Ora, ao meu sentir, a análise da pretensão perseguida na peça apelatória não deve se ater à posição topográfica dos pedidos, mas sim ao seu conjunto, ou seja, há de se realizar uma cognição sistemática, de sorte a trazer ao jurisdicionados uma prestação jurisdicional mais justa e satisfatória. Há de se ter em mente que o processo não é um fim em si mesmo, mas apenas um instrumento pelo qual se faz valer o direito substancial das partes. Inteligência do princípio da

instrumentalidade das formas e da efetividade processual. Nesse pensar, averiguando com maior percuciência o apelo, faz-se possível extrair, de sua fundamentação, a pretensão recursal, qual seja, a reforma do ato sentencial para que seja julgada procedente a denúncia, notadamente com a condenação dos réus pela prática dos crimes a eles imputados. Basta uma breve leitura das razões recursais para que tal conclusão seja clareada.<sup>3</sup> Extrai-se do crime de desacato a exigência da presença do dolo específico, consistente no menosprezo pelo poder estatal. Outrossim, faz-se essencial que o funcionário público esteja no exercício da função, ou, estando fora, que a ofensa seja empregada em razão dela (necessário, portanto, o denominado "nexo funcional"). Ademais, a crítica ou a censura sem excessos, por sua vez, não constituem desacato, ainda que veementes, fazendo-se imprescindível ultrapassar os limites do civilizado.<sup>4</sup> Inobstante o depoimento dos policiais ter valor probatório, não há, em tela, como fugir às demais provas - ou ausência delas - e aos demais fatos/depoimentos existentes nos autos, os quais levam, no mínimo, à extrema dúvida quanto ao cometimento do crime por parte dos recorridos. Ora, na hipótese de dúvidas/insuficiência de provas que conduzam ao juízo de certeza quanto à prática delitiva, a absolvição do réu é medida que se impõe. Inteligência do princípio do *in dubio pro reo*.<sup>5</sup> Recurso improvido.

Conforme se apreende desta decisão, diferente da supramencionada, o depoimento dos policiais não é, por si só, suficiente para conduzir ao juízo de certeza quanto à prática delitiva. O que é flagrantemente contraditória com outras decisões do TJ/PE. Dante o exposto, verifica-se que não há uma orientação clara quanto à palavra e julgamento do ofendido ser ou não prova satisfatória. Acarretando assim bastante insegurança jurídica. Pois, é muito perigoso quando não se tem de forma clara a orientação epistemológica de um tribunal.

## 5 CONCLUSÃO

Há algum tempo, existe uma tendência entre os países membros da OEA ( Organização dos Estados Americanos) de descriminalização do crime de desacato, isso através de decisões judiciais ou de mudanças em suas legislações. Esse movimento, no entanto, ainda é tímido no ordenamento jurídico brasileiro. Isso se depreende, por exemplo, da decisão da 2ª turma do STF, que em sede de controle concentrado defendeu a constitucionalidade do crime de desacato. Entre outros argumentos apresentados, apresentou-se a tese de que o delito de desacato busca assegurar o normal funcionamento do Estado, respaldando o prestígio da função pública. Além disso, o tipo penal do desacato não impediria 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. Isto é, segundo a corte suprema, o desacato não seria impeditivo para a manifestação do pensamento, mas uma sanção para os excessos cometidos nesta.

Nesta toada, alega-se que a liberdade de expressão prevista no Artigo. 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos não se distingue do tratamento conferido pela Constituição ao mesmo tema, não possuindo esse específico direito, como todos os demais direitos fundamentais, caráter absoluto. O direito à liberdade de expressão deve se coadunar com os demais direitos envolvidos — honra, dignidade, intimidade —, e não excluí-los. Ou seja, argumenta-se que liberdade de expressão deve-se harmonizar com outros direitos subjetivos, e que teses que consideram o desacato incompatível com a liberdade de expressão, não deve prosperar, pois é necessário resguardar a direitos fundamentais do agente público, tais como : intimidade, privacidade, honra e dignidade.

Sob outra ótica, há os que defendem a inconstitucionalidade do desacato, bem como a inconveniência deste tipo penal. Vale mencionar a ADPF 496 apresentada pela OAB, e de seus argumentos seria de que o desacato violaria os princípios constitucionais fundamentais da liberdade de expressão, da legalidade, da igualdade, do estado democrático de direito e o princípio republicano. Para a OAB o crime coíbe “ a contestação dos cidadãos às atitudes dos agentes públicos”, o que retira a transparência da ação da administração pública. Ademais o Conselho Federal da OAB arremata que esse dispositivo, ao afrontar o princípio da igualdade, atinge também o artigo primeiro da Constituição Federal, que determina a constituição do Estado Democrático de Direito. O crime de desacato atribuiu ao funcionário público uma posição hierarquicamente acima dos demais cidadãos, o que se mostra em

confronto com os preceitos democráticos basilares. Ou seja, vê-se que o tipo penal do desacato colide frontalmente com os princípios constitucionais de igualdade e liberdade de expressão, que são caros a uma sociedade democrática de direito.

Outro argumento que vale destacar, é o da inconveniência do desacato. Isso porque o delito de desacato afrontaria o artigo 13 do Pacto de São José da Costa Rica, do qual o país é signatário. Esse argumento é defendido pelo STJ, por exemplo, (**Resp. 1.640.084**). Na visão do superior Tribunal de Justiça a condenação por desacato, baseada em lei federal, é incompatível com o tratado do qual o Brasil é signatário. Isso porque, a 5ª turma do Supremo Tribunal Federal já decidira por unanimidade que os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil têm natureza supralegal, isso ensejou a decretação de inconveniência do crime de desacato face ao pacto de direitos humanos.

Vale lembrar que o STJ mudou sua posição sobre o assunto. Desacatar funcionário público no exercício da função ou em razão dela continua a ser crime, conforme previsto no art.331 do código penal. STJ. 3ª Seção.HC 379.269-MS, Rel.Min. Reynaldo Soares da Fonseca, Rel. para acórdão Min. Antônio Saldanha Palheiro, julgado em 24/5/2017 (info 607). Segundo os ministros Desacato não viola a liberdade de expressão, pois não impede o cidadão de se manifestar, “ desde que o faça com civilidade e educação”.

No que tange a constitucionalidade do desacato, deve-se enfatizar que esse tipo penal não preenche o requisito da clareza, que é uma das vertentes do princípio da legalidade. Isso se diz porque a norma legal não deixa claro o que é desacatar, dando margem a um subjetivismo extremo, pois no caso concreto, de forma unilateral, a vítima diz o que é desacatar. O que traz bastante insegurança jurídica na sua aplicação. Isso se nota nas divergências nas decisões do TJPE, bem como nas divergências já apresentadas pelo STJ e STF. Portanto, deve-se concluir que o desacato afronta o princípio da legalidade, que exige determinação e clareza na aplicação de uma lei. Vale colacionar uam decisão da Suprema Corte do Chile, in verbis:

“a Corte nota com preocupação que, apesar da contribuiçã da valiosa reforma legislativa, se conserva no artigo 264 do código Penal reformado um tipo penal de “ameaça” às mesmas autoridade que constituíam, anteriormente à reforma de tal código, o sujeito passivo do crime de desacato. Dessa maneira, se contempla no Código Penal uma descrição que é ambígua e não limita claramente qual é o âmbito típico da conduta delitiva, que poderia levar a amplas interpretações que permitiriam que as condutas

anteriormente consideradas desacato sejam penalizadas indevidamente através desse tipo penal de ameaças. Por isso, se decidir manter tal norma, o estado deve especificar de que tipo de ameaças se trata, de forma que não se reprima a liberdade de pensamento e de expressão de opiniões válidas e legítimas ou quaisquer protestos a atuação dos órgãos públicos e seus integrantes.”

Tendo em vista o exposto, verifica-se que em razão da ambiguidade e vagueza do tipo penal do desacato, a legalidade penal fica seriamente comprometida. Além disso, a imprecisão que é ínsita a esse tipo penal, acaba por comprometer e prejudicar outros princípios importantes como a liberdade de Expressão. Por não se ter precisão o que seja propriamente o desacato, as pessoas se sentem tolhidas na sua liberdade de expressão e manifestação de pensamento. O que dificulta a plenitude da realização de um estado democrático de direito. Haja vista os argumentos expostos, chega-se a conclusão nessa pesquisa que o crime de desacato não se compatibiliza com os princípios constitucionais da legalidade e da liberdade de expressão.

## REFERÊNCIAS

\_\_\_\_\_. **Lei ordinária nº 9.099**, de 27 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19099.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm)>. Acesso em 1 dez. 2014.

\_\_\_\_\_. **Lei ordinária nº 9.099**, de 27 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19099.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm)>. Acesso em 1 dez. 2014.

\_\_\_\_\_. **Tratado de direito penal: parte especial**. 6ªEd. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 5. [versão digital]

\_\_\_\_\_. **Tratado de direito penal: parte especial**. 6ªEd. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 5. [versão digital]

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral 1**. 14.ed. São Paulo: Saraiva, 2009,

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral 1**. 14.ed. São Paulo: Saraiva, 2009,

BRANDÃO, C. **Curso de direito penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

BRANDÃO, C. **Curso de direito penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

BRANDÃO, C. **Introdução ao direito penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2002

BRANDÃO, C. **Introdução ao direito penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2002

BRANDÃO, Cláudio. **Tipicidade penal dos elementos da dogmática ao giro conceitual do método entimemático**, Coimbra: Almedina,2012

BRANDÃO, Cláudio. **Tipicidade penal dos elementos da dogmática ao giro conceitual do método entimemático**, Coimbra: Almedina,2012

BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: [www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br). Acesso em: 17 de Outubro de 2019

BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: [www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br). Acesso em: 17 de Outubro de 2019

BRASIL. **Código Penal**. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: [www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br). Acesso em 18 de Outubro de 2019.

BRASIL. **Código Penal**. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: [www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br). Acesso em 18 de Outubro de 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em 1 dez. 2019

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em 1 dez. 2019

BRUNO, Aníbal. ***Direito Penal v.1. Parte Geral***. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978. p. 208.

BRUNO, Aníbal. ***Direito Penal v.1. Parte Geral***. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978. p. 208.

CARDOZO, Teodomiro cardozo. **Tópico de direito penal**, parte geral. 1ª Ed. Belo Horizonte: D'plácida, 2017

CARDOZO, Teodomiro cardozo. **Tópico de direito penal**, parte geral. 1ª Ed. Belo Horizonte: D'plácida, 2017

Disponível em : <<http://www.conjur.com.br>, turma-stf-crime-desacato-constitucional. acesso em 1 dez.2019

Disponível em : <<http://www.conjur.com.br>, turma-stf-crime-desacato-constitucional. acesso em 1 dez.2019

Disponível em : <<http://www.conjur.com.br>, turma-stj-afasta-crime-desacato-autoridade. acesso em 1 dez.2019

Disponível em : <<http://www.conjur.com.br>, turma-stj-afasta-crime-desacato-autoridade. acesso em 1 dez.2019

HUNGRIA, N. **Comentários ao Código Penal**. 5ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981. v. 9.

HUNGRIA, N. **Comentários ao Código Penal**. 5ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981. v. 9.

JORGE, William wanderley. **Curso de direito penal**, parte especial, 3ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007

JORGE, William wanderley. **Curso de direito penal**, parte especial, 3ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007

Noronha, E. Magalhães. **Direito Penal**, vol IV- Ed. Saraiva; 2004

Noronha, E. Magalhães. **Direito Penal**, vol IV- Ed. Saraiva; 2004

NUCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**, 13ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais LTDA.,2013

NUCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**, 13ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais LTDA.,2013

PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro*, Volume 2-parte especial, 2ª Ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2007.

PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro*, Volume 2-parte especial, 2ª Ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2007.

PRADO, R.G. **Curso de direito pela brasileiro**, parte geral e parte especial. 14ª Ed. Rev.atual. e ampl.-São Paulo: Editora revista dos Tribunais, 2015.

PRADO, R.G. **Curso de direito pela brasileiro**, parte geral e parte especial. 14ª Ed. Rev.atual. e ampl.-São Paulo: Editora revista dos Tribunais, 2015.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 25.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 25.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 21

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 218.