

Comentários ao voto do REsp nº 1.640.084/SP, rel. Min. Ribeiro Dantas, j. em 15.12.2016 (descriminalização do desacato) – Críticas à luz da teoria da proteção de bens jurídicos

Thiago Baldani Gomes De Filippo

Doutorando em Direito Penal pela USP. Mestre em Direito Comparado pela Samford University, Cumberland School of Law. Mestre em Ciência Jurídica pela UENP. Juiz de Direito no Estado de São Paulo.

O crime de desacato está previsto no artigo 331 do Código Penal, inserido no Capítulo II (“Dos crimes praticados por particular contra a administração em geral”) do Título XI (“Dos crimes contra a Administração Pública”). Desacatar significa afrontar, menosprezar, menoscabar, humilhar. Trata-se da conduta dolosa dirigida contra o funcionário público com o propósito de ofendê-lo, atentando-se contra o prestígio da Administração Pública por meio de palavrões, gritos, vias de fato, agressões, vaias, ameaças, empurrões.¹ O delito não se configura quando se tratar de críticas, ainda que veementes, em relação ao serviço público.² É crime *comum*, não se exigindo qualquer qualidade especial do sujeito ativo. Já o sujeito passivo é o Estado e, em segundo plano, o funcionário público, de modo que continua a existir um único delito, ainda que sejam vários os funcionários públicos atingidos.³ Se o objeto material do tipo é o funcionário público, o seu objeto jurídico é a Administração Pública, no que tange à dignidade, prestígio e respeito devido aos seus agentes, no exercício de suas funções ou em razão dela.⁴

Ocorre que o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento de recurso especial,⁵ descriminalizou a conduta tipificada como desacato, por entendê-la incompatível com o artigo 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos (“Pacto de São José da

¹ PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika M.; CARVALHO, Gisele M. *Curso de direito penal brasileiro*. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 1405.

² ALMEIDA, Fernando Henrique Menezes de. *Dos crimes contra a Administração Pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 186.

³ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal comentado*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 1196.

⁴ NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 1988. v. 4, p. 303.

⁵ STJ, 5ª Turma, REsp. nº 1.640.084/SP, rel. Min. Ribeiro Dantas, j. em 15.12.2016.

Costa Rica”),⁶ em consonância com o parecer apresentado pela Relatoria para a Liberdade de Expressão da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), em 1995, que alertou para o fato de que as leis de desacato se prestam ao abuso, como “meio de silenciar ideias e opiniões consideradas incômodas pelo *establishment*, bem assim proporcionam maior nível de proteção aos agentes do Estado do que aos particulares, em contravenção aos princípios democrático e igualitário”, além da aprovação pela CIDH, em 27.10.2000, da “Declaração de Princípios sobre Liberdade de Expressão”, que estabelece como uma de suas diretrizes: “*Os funcionários públicos estão sujeitos a um maior controle por parte da sociedade. As leis que punem a manifestação ofensiva dirigida a funcionários públicos, geralmente conhecidas como ‘leis de desacato’, atentam contra a liberdade de expressão e o direito à informação.*”⁷

Ancorada nessas premissas, a decisão do STJ aclarou que o tipo do art. 331 do CP deveria ser afastado por meio de *controle de convencionalidade*⁸ e ressaltou as seguintes questões: (1) a adesão ao Pacto de São José implica a necessidade de concretização de seus valores na ordem interna e o método hermenêutico mais adequado para a concretização da liberdade de expressão é acolhido pelo postulado *pro homine*, que compreende dois princípios de proteção de direitos: a dignidade da pessoa humana e a prevalência dos direitos humanos; (2) a criminalização do desacato caminha na contramão do humanismo, porque ressalta a preponderância do Estado e seus agentes sobre o indivíduo; (3) a existência do tipo de desacato é anacrônica, porque desiguale funcionários públicos e particulares, postura inaceitável no Estado Democrático de Direito; (4) a possibilidade de punição pelo uso de linguagem e atitudes ofensivas contra agentes estatais seria capaz de fazer com que as pessoas se abstivessem de usufruir do seu direito de liberdade de expressão, mas nada impediria que fossem responsabilizadas civil e criminalmente (basicamente, por crimes contra a honra), pela constatação de abuso na expressão verbal ou gestual.

⁶ Artigo 13º. “Liberdade de pensamento e de expressão 1. Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito compreende a liberdade de buscar, receber e difundir informações e idéias de toda natureza, sem consideração de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro processo de sua escolha. 2. O exercício do direito previsto no inciso precedente não pode estar sujeito a censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente fixadas pela lei e ser necessárias para assegurar: a) o respeito aos direitos ou à reputação das demais pessoas; ou b) a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas [...]”.

⁷ Os destaques constam do próprio voto, disponível em <http://www.stj.jus.br/static_files/STJ/Midias/arquivos/Noticias/RECURSO%20ESPECIAL%20Nº%201640084.pdf>. Acesso em: 17 jan. 2017.

⁸ Ao menos na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, está superada a tese de que tratados internacionais sobre direitos humanos apresentam *status* de lei ordinária. Em 2008, o Pleno do STF reconheceu o seu valor supralegal (HC nº 87.585-TO e RE nº 466.343-SP), de modo que os demais atos normativos devem se conformar a eles, cogitando-se, portanto, da existência de *controle de convencionalidade*. Não podemos deixar de registrar, inclusive, a posição que defende que esses tratados gozam de verdadeira natureza constitucional. Por todos, MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *O controle jurisdicional da convencionalidade das leis*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

Pois bem. A decisão houve por bem reconhecer a deslegitimidade da infração de desacato à luz de valores reconhecidos por tratado internacional, prescindindo-se, todavia, da análise do tipo à luz da teoria da proteção de bens jurídicos. Ainda que concordemos com a conclusão apresentada, seria imprescindível que o voto se debruçasse também a respeito do bem tutelado pela norma, para que os argumentos não soassem falaciosos, na medida em que:

- 1) a possibilidade de punição pelo delito de calúnia, difamação ou injúria praticadas contra o funcionário público também provoca o efeito inibidor que o STJ procura evitar pela descriminalização do desacato, infração penal, tal como os crimes contra a honra, considerada de menor potencial ofensivo e sujeita aos benefícios da Lei nº 9.099/95, como a transação penal (art. 76) e a suspensão condicional do processo (art. 89). Portanto, o efeito preventivo geral negativo da pena,⁹ considerado maléfico pela decisão em comento, sob a perspectiva do direito de liberdade de expressão, não é demovido pela exclusão do tipo de desacato de nossa ordem jurídica, permanecendo-se inalterado por conta da criminalização dos delitos contra a honra;
- 2) o STJ também considerou anacrônico o tipo do art. 331 do CP, porque desiguala funcionários públicos e particulares. Ora, a ofensa à honra de funcionário público não é desigualada apenas pela existência do crime de desacato. Se não pudesse haver mesmo qualquer desnivelamento, também deveria ter sido considerada ilegítima a causa especial de aumento de pena prevista no art. 141, II, do CP, que autoriza o acréscimo de 1/3 da pena para todos os delitos contra a honra praticados contra funcionários públicos, em razão de suas funções, bem como a regra do art. 145, parágrafo único, do CP, que determina, nas mesmas hipóteses, o manejo de ação penal pública condicionada à representação do funcionário público ofendido, em contraposição à regra geral de ações penais privadas para a veiculação de pretensões acusatórias em delitos desse jaez (art. 145, *caput*, CP);
- 3) independentemente da adesão ao Pacto de São José da Costa Rica, por imperativo constitucional, conformando-se à ideia de Estado Democrático de Direito, o juiz deve, necessariamente, analisar todos os tipos penais por meio do método hermenêutico *pro homine* e de seus corolários da dignidade da pessoa humana e da prevalência dos direitos humanos. Nesse aspecto, calha enfatizarmos a importância da teoria da imputação

⁹ A teoria da prevenção geral negativa enfatiza o efeito intimidatório da pena, para que terceiros não cometam a infração. Diferencia-se da prevenção geral positiva, que aponta para a finalidade da pena de reafirmar à sociedade a confiança na norma violada. Segundo lembra Jakobs, enquanto a primeira se dirige aos infratores em potencial, a segunda tem como alvo o cidadão fiel ao direito (*apud* TEIXEIRA, Adriano. *Teoria da aplicação da pena: fundamentos de uma determinação judicial da pena proporcional ao fato*. São Paulo: Marcial Pons, 2015. p. 87).

objetiva, tal como desenvolvida por Roxin, como uma teoria que limita o nexo causal, fazendo da causação uma “causação objetivamente típica”,¹⁰ por meio da eleição de pressupostos relacionados à *criação de um risco desaprovado ao bem jurídico* e à *realização desse risco no resultado*.¹¹ Quanto ao critério da desaprovação do risco, serão consideradas atípicas as condutas que criem *riscos permitidos* ao bem jurídico-penal protegido, o que ocorrerá quando esses riscos pertencerem ao *núcleo de liberdade de cada cidadão* ou quando o *interesse geral de liberdade* preponderar sobre o *interesse de proteção de bens jurídicos*, realizada a devida ponderação que deverá levar em consideração “o valor dos bens expostos a perigo, como também a intensidade deste, o interesse social na prática da ação perigosa, a eficiência e idoneidade da medida de cuidado, a existência e custo de alternativas menos arriscadas e considerações relativas ao princípio da proporcionalidade”.¹² Em se tratando de meras críticas ao funcionamento de serviços públicos e às próprias instituições estatais, ainda que veementes e desarrazoadas, em princípio estaria excluído o caráter de desaprovação do risco ao prestígio da Administração Pública, porque a livre manifestação do pensamento insere-se na gama de direitos que se conformam ao *núcleo de liberdade*, assim entendido como o *núcleo essencial da pessoa humana*, prisma axiológico vinculado ao respeito à essência dos direitos fundamentais, os chamados *side-constraints*,¹³ cuja intangibilidade impedirá a criminalização da manifestação do pensamento, ainda que razões consequencialistas (*garantia de ordem pública, paz pública, moral pública e segurança nacional*, falsos bens jurídicos coletivos indicados pelo art. 13.2 do Pacto de São José, acima mencionado) apontem para a necessidade de punição.¹⁴ Desejamos repisar, assim, que o método *pro homine* é ferramenta hermenêutica indispensável, independentemente de qualquer tratado ou convenção internacional.

Portanto, com o devido respeito aos argumentos suscitados pela decisão em comento, a discussão acerca da legitimidade do tipo de desacato impescinde da

¹⁰ ROXIN, Claus. *Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal*. Tradução de Luís Greco. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 38.

¹¹ GRECO, Luís. *Um panorama da teoria da imputação objetiva*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 28.

¹² *Ibidem*, p. 57-58.

¹³ NOZICK, Robert. *Anarchy, State and Utopia*. Nova Iorque: Basic Books, 1974.

¹⁴ Greco esclarece: “O *consequencialismo*, que faz da maximização de determinado bem, ou seja, de um saldo entre custos e benefícios, a medida do legítimo e do ilegítimo, não pode reconhecer qualquer barreira inultrapassável como a representada pela dignidade humana, isto é, pela ideia do homem como um fim em si próprio – e digo não ‘pode’ porque alguns modernos consequencialistas, é verdade, tentam relativizar esta inaceitável consequência com modificações *ad hoc*, pouco coerentes com suas premissas básicas. [...] A vigência absoluta do consequencialismo e da ponderação custo-benefício significa nada menos do que a admissão da questionável máxima segundo a qual os fins justificam os meios” (GRECO, Luís, *op. cit.*, p. 53-54).

análise da necessidade de se lançar mão da tutela penal para a proteção do bem jurídico que se pretende proteger pela norma incriminadora em apreço, na medida em que “a questão do bem jurídico lesionado trata da própria essência do problema da justificação do direito penal”.¹⁵

Evidentemente, há correntes que desconsideram a importância do enfoque dado aos bens jurídico-penais, indicando as infrações penais como simples violações da norma. Por exemplo, é o pensamento de Jakobs, que pretende justificar os tipos penais para a proteção da vigência do ordenamento jurídico,¹⁶ e também de Stratenwerth, que enfatiza a missão do direito penal de tutelar o meio ambiente e as gerações futuras, independentemente da identificação de qualquer bem jurídico protegido.¹⁷ Outros sistemas jurídicos, como o anglo-saxão, são alheios ao conceito de bem jurídico, e procuram buscar a legitimidade do direito penal por meio do *princípio do dano a terceiros (harm to others principle)*, que guarda certa similitude com a teoria do bem jurídico, porém dela se diferencia por não apresentar um conceito relacional, um *algo*, mas antes assumir a natureza de mais um pressuposto de *estado lesivo*, baseado na noção de interesse.¹⁸

A questão é que, sob a égide do Estado Democrático de Direito, o bem jurídico-penal deve ser considerado o padrão crítico com o qual se deve verificar a legitimidade dos tipos penais, porque concepções puras de necessidade de vigência do ordenamento são ideologicamente neutras e se adaptam a qualquer modelo social,¹⁹ quer sejam democráticos ou totalitários, não permitindo a análise dos efeitos concretos visados pela norma.²⁰ Mesmo as visões que pretendem oferecer aportes críticos à delimitação do conceito material de crimes pecam pela excessiva fluidez de suas proposições. A teoria da proteção de bens jurídicos certamente apresenta os seus problemas. Dentre eles, podemos destacar as divergências existentes acerca das características que devem possuir esses bens para serem dignos de receber a tutela penal²¹ e, ainda, à perda do referencial à própria existência de um bem jurídico-penal,

¹⁵ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. O rendimento da teoria do bem jurídico no direito penal atual. *Revista Liberdades*, n. 1, p. 16-29, p. 22, maio/jun. 2009.

¹⁶ JAKOBS, Günther. *Derecho penal: parte general*. Tradução de Joaquim Cuello Contreras e Jose Luis Serrano Gonzales Murillo. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 14.

¹⁷ STRATENWERTH, Günter. *Derecho penal: parte general I. El hecho punible*. Madrid: Thomson/Civitas, 2005. p. 57.

¹⁸ KAHLO, Michael. Sobre la relación entre el concepto de bien jurídico y la imputación objetiva en derecho penal. In: HEFENDEHL, Roland (Ed.). *La teoría del bien jurídico - Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*. Madrid; Barcelona: Marcial Pons, 2007. p. 55. Para um aprofundamento acerca do *harm to others principle*, v. FEINBERG, Joel. *Harm to others: the moral limits of the criminal law*. Nova Iorque: Oxford, 1985. v. I.

¹⁹ BOZZA, Fábio da Silva. *Bem jurídico e proibição de excesso como limites à expansão penal*. São Paulo: Almedina, 2015. p. 137.

²⁰ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva, *op. cit.*, p. 21.

²¹ Como o debate entre aqueles que idealizam o bem jurídico individual e somente têm legitimada a tutela penal para bens jurídicos coletivos com o incremento do ônus argumentativo, quando se verifique a sua possibilidade de funcionalização a partir de interesses de pessoas humanas (pensamento da Escola de Frankfurt, que tem em Hassemer um de seus principais expoentes), e aqueles que conferem absoluta independência aos bens

em certas situações que reclamem criminalizações, como de proteção de embriões humanos, do meio ambiente, dos animais e das gerações futuras, para as quais a teoria do bem jurídico não teria qualquer utilidade.²²

Portanto, ainda que os reclames da sociedade contemporânea desafiem uma revisão dos contornos da teoria do bem jurídico, não parece correto abandoná-la, porque os bens jurídico-penais continuam a representar o *padrão ético irrenunciável* para a legitimação dos tipos penais,²³ já que, ao mesmo tempo que condicionam a própria validade da norma penal, subordinam a sua eficácia à verificação de que tenham sido lesados ou expostos a perigo.²⁴

Roxin define bens jurídicos como “circunstâncias reais dadas ou finalidades necessárias para uma vida segura e livre, que garanta a todos os direitos humanos e civis de cada um na sociedade ou para o funcionamento do sistema estatal que se baseia nestes objetivos”.²⁵ Assim, o autor aceita tanto a proteção de bens jurídicos individuais quanto de coletivos, desde que estes últimos sirvam “definitivamente ao cidadão do Estado em particular”.²⁶ Para ele, a existência de uma administração da justiça eficiente, um sistema monetário e de impostos saudáveis e uma administração livre de corrupção, por exemplo, são bens dignos de receber a tutela penal, porque serviriam a cada indivíduo como garantia do livre exercício de seus direitos em sociedade.²⁷

Sob a ótica do conceito de bem jurídico-penal de Roxin, a questão que se coloca é a seguinte: existe legitimidade para a tutela penal do prestígio da Administração Pública, valor protegido pelo tipo de desacato? Em que medida a proteção do prestígio das instituições públicas serviria ao cidadão, em particular?

Em quase todos os tipos penais que contemplam crimes contra a administração pública (arts. 312 a 359-H do Código Penal) é fácil inferir em que medida a proteção de interesses da Administração Pública acarretará benefícios aos indivíduos, porque, em síntese, dão conta, predominantemente, da proteção de interesses patrimoniais, como no caso dos crimes de peculato, concussão e corrupção; ou, ainda quando inexistir conotação econômica direta, visam à garantia do bom funcionamento dos órgãos estatais, primando-se pelo respeito irrestrito aos princípios da impessoalidade

jurídicos coletivos, colocando-os no mesmo patamar que os bens individuais, como defendem Schünemann e Hefendehl, partidários da *teoria dualista*. Para um aprofundamento nas distinções entre as teorias monista e dualista, v. BOZZA, Fábio da Silva, *op. cit.*, p. 150-160.

²² ROXIN, Claus, *apud* BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva, *op. cit.*, p. 25.

²³ *Ibidem*, p. 27.

²⁴ TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 198.

²⁵ ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do direito penal*. Org. e trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 18-19.

²⁶ *Ibidem*, p. 19. No mesmo sentido, BECHARA esclarece: “[A] existência de bens jurídicos coletivos não supõe reconhecer uma liberdade ao legislador para criá-los de modo deliberado, devendo, ao contrário, subordiná-los aos interesses individuais, haja vista que estes constituem a base do sistema político e jurídico e em sua defesa estarão teleologicamente pré-ordenados” (BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem jurídico-penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2014. p. 224).

²⁷ *Ibidem*, p. 18.

e da eficiência, a exemplo dos crimes de prevaricação, advocacia administrativa, violação de sigilo funcional, resistência e desobediência. Em todos eles, a inexistência de desfalques patrimoniais, a correta utilização de recursos públicos e a existência de órgãos estatais impessoais, éticos e eficientes interessarão a todos e a cada um da sociedade, conferindo-se as condições estruturais mínimas para o exercício dos direitos e a uma convivência social livre e segura.

Por outro lado, o mero prestígio da Administração Pública, interesse protegido pelo tipo de desacato, não é digno de receber o *status* de bem jurídico-penal. Evidentemente, o ordenamento jurídico deve fornecer mecanismos para que todo aquele que exerça cargo, emprego ou função pública²⁸ desempenhe a sua atividade livre de ameaças ou pressões de qualquer natureza, que possam desvirtuá-lo do cumprimento estrito à lei e infringir o princípio da impessoalidade, já que se trata da manifestação de vontade do próprio Estado.²⁹

Todavia, independentemente da existência do crime de desacato, as condutas atentatórias à honra do funcionário público, em razão de suas funções, já recebem tratamento penal mais severo, porque desafiam ação penal pública (art. 145, parágrafo único, do CP) e ensejam o aumento da pena em 1/3 (art. 141, II, do CP). Nada de ilegítimo há quanto a esse *discrímen*, justificado por questões de política criminal e relacionados a tipos penais que tutelam bem jurídico individual, qual seja, a honra. Portanto, nada impede que o ordenamento jurídico opte por reconhecer maior desvalor a condutas que ofendam a honra funcional.

Porém, em se tratando do crime de desacato, a tutela do suposto prestígio da administração é vinculada, inexoravelmente, à honra do funcionário público, ou seja, diante da redação do tipo incriminador, não há como se desatrelar a configuração do desacato de conduta que poderia se amoldar a um crime contra a honra (calúnia, injúria ou difamação).³⁰ Pensemos, hipoteticamente, se o tipo de desacato fosse redigido da seguinte forma: "Atentar contra o prestígio da administração pública, por palavra, escrito ou gesto, ou qualquer outro meio simbólico, na presença de funcionário público". Assim, satisfeita estaria a tipicidade se alguém dissesse a um agente público, por exemplo, que "A Polícia é corrupta" ou "O Judiciário não funciona". Por óbvio, não se poderia cogitar de punição a esses casos, à luz do direito fundamental de liberdade de expressão, conduzindo-se ao reconhecimento da ilegitimidade do tipo penal.

Nesse sentir, o crime de desacato, configurado se, necessariamente, também houver ofensa à honra do funcionário público, apresenta-se desnecessário em nossa ordem jurídica, à medida que, para esse tipo de ofensa, já existe reproche adequado

²⁸ Valendo-nos da definição ampla de funcionário público, trazida pelo art. 327 do CP.

²⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 16. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 13.

³⁰ PAGLIARO, Antônio; COSTA JÚNIOR, Paulo José. *Dos crimes contra a administração pública*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 205.

e a proteção do prestígio da administração, por si só, não pode assumir a feição de bem jurídico-penal, porque não se presta à satisfação das necessidades do indivíduo em sociedade.³¹

Portanto, em suma, cremos acertada a decisão do STJ em sua conclusão, mas se valeu de argumentos que deveriam ser necessariamente complementados pela teoria da proteção dos bens jurídicos, premissa essencial a um direito penal que se deseja democrático.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

DE FILIPPO, Thiago Baldani Gomes. Comentários ao voto do REsp nº 1.640.084/SP, rel. Min. Ribeiro Dantas, j. em 15.12.2016 (descriminalização do desacato) – Críticas à luz da teoria da proteção de bens jurídicos. *Revista Fórum de Ciências Criminais – RFCC*, Belo Horizonte, ano 4, n. 7, p. 223-230, jan./jun. 2017.

³¹ Nesse aspecto, calha observarmos o princípio do *in dubio pro libertatis*, lembrado por Díez Ripollés. Segundo ele, por ser a liberdade um dos valores mais caros em sociedade, não se deve criminalizar, ou manter a criminalização, de comportamento algum, se há dúvidas acerca de sua lesividade social. Seria a faceta material do princípio processual do *in dubio pro reo* (DÍEZ RIPOLLÉS, José Luís. *El bien jurídico protegido em um derecho penal garantista*. Disponível em <file:///C:/Users/tfilippo/Downloads/Dialnet-ElBienJuridicoProtegidoEnElDer echoPenalGarantista-174728%20(1).pdf>. Acesso em: 20 jan. 2017.