

V O T O

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (Relator):

1. Questiona-se, por meio desta arguição de descumprimento de preceito fundamental, a recepção constitucional do tipo penal de desacato, tipificado no art. 331 do Código Penal nos seguintes termos:

Desacato

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

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

2. Alega a requerente que tal norma implicaria lesão ao direito fundamental à liberdade de expressão (art. 5º, incs. IX e 220), aos princípios republicano (art. 1º, parágrafo único), da legalidade (art. 5º, XXXIX) e da igualdade (art. 5º, *caput*), bem como ao próprio Estado Democrático de Direito (art. 1º).

3. Além disso, sustenta a requerente que o tipo penal violaria o art. 13 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

4. O julgamento da ADPF, portanto, demanda, por um lado, um exame de convencionalidade, em face da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, e, por outro, um exame de conformidade constitucional, perante a Constituição da República de 1988. Por conseguinte, o voto está dividido em duas partes: a primeira voltada ao exame de convencionalidade, a segunda dirigida ao exame de constitucionalidade.

Parte I

A compatibilidade do tipo penal de desacato com a Convenção Americana de Direitos Humanos

5. Conforme a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, firmada a partir do RE 466343 (Rel. Min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno, j. 03.12.2008), os tratados internacionais sobre direitos humanos: a) serão equivalentes às emendas constitucionais, se forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros (CF, art. 5.º, §3º); ou b) terão caráter supralegal se não submetidos ao processo legislativo típico das emendas constitucionais (CF, art. 5º, § 2º).

6. O Brasil aderiu à Convenção Americana de Direitos Humanos (“*Pacto de San José da Costa Rica*”) em 9 de julho de 1992. Após o depósito da carta de adesão, em 25 de setembro de 1992, sua promulgação no ordenamento jurídico interno se deu com a edição do Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992.

7. Não tendo havido, portanto, submissão das disposições do tratado internacional ao processo legislativo de adoção de emendas constitucionais, seu *status* é de norma supralegal.

8. A competência, no âmbito internacional, para a interpretação e aplicação da Convenção é atribuída à Corte Interamericana de Direitos Humanos (art. 62 da Convenção), conforme reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 89, de 3 de dezembro de 1998. Assim, a decisão do Supremo Tribunal Federal a respeito do tema deve levar em consideração a interpretação eventualmente dada pela Corte Interamericana ao dispositivo nacional. Como exposto adiante, contudo, não há manifestação da Corte a esse respeito.

I. Inexistência de decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos a respeito do art. 331 do Código Penal Brasileiro

9. A requerente aponta manifestação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos no sentido de que todas as normas nacionais que tipifiquem crimes de desacato seriam incompatíveis com o art. 13 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, pois “ *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* ”.

10. A Comissão Interamericana de Direitos Humanos tem, entre outras atribuições, a de “ *formular recomendações aos governos dos Estados-Membros, quando o considerar conveniente, no sentido de que adotem medidas progressivas em prol dos direitos humanos no âmbito de suas leis internas e seus preceitos constitucionais, bem como disposições apropriadas para promover o devido respeito a esses direitos* ” (art. 41, “b”, da Convenção). Tais recomendações, entretanto, não vinculam diretamente os Estados-membros, não gerando responsabilidade no âmbito internacional.

11. Os Estados-Partes na Convenção comprometem-se a cumprir somente as decisões da Corte e, ainda assim, apenas nos casos em que forem partes (art. 68, 1, da Convenção).

12. A requerente menciona, para sustentar suas alegações, os seguintes precedentes: a) caso *Verbitsky v. Argentina*, em que o jornalista Horácio Verbitsky foi condenado na justiça argentina por desacato, por ter chamado de “asqueroso” o Ministro Augusto César Belluscio, da Suprema Corte da Justiça da Argentina; b) caso *Palamara Iribarne v. Chile*, em que a Corte considerou que o Chile violou o art. 13 da Convenção Americana, ao imputar o crime de desacato ao escritor Humberto Antônio Palamara Iribarne; e c) caso *Herrera Ulloa v. Costa Rica*, em que a Corte considerou que a condenação de um jornalista costarriquenho por difamação, em virtude de artigos publicados em periódico nacional, contrariou a liberdade de expressão garantida pela Convenção.

13. Entretanto, como se passa a expor, não apenas não foi proferida nenhuma decisão pela Corte Interamericana de Direitos Humanos a respeito do art. 331 do Código Penal brasileiro, como nenhum dos referidos precedentes tem aplicação direta em relação ao Brasil.

II. Inaplicabilidade dos precedentes da Corte Interamericana de Direito Humanos ao Brasil

14. Apesar da inexistência de decisão sobre o quadro normativo brasileiro, na petição inicial são mencionados alguns precedentes da Corte Interamericana de Direitos Humanos que, supostamente, indicariam a contrariedade do art. 331 do Código Penal brasileiro à Convenção.

15. O primeiro caso referido na petição inicial foi *Verbitsky v. Argentina*, no qual se questionava condenação por desacato, proferida pela justiça argentina, do jornalista Horácio Verbitsky em razão de ter chamado de “asqueroso” o Ministro Augusto César Belluscio, da Suprema Corte da Justiça da Argentina. Tal caso, entretanto, não chegou a ser efetivamente julgado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, em razão de acordo celebrado pelas partes. Não é possível dele extrair, por conseguinte, nenhuma orientação a respeito da interpretação da Corte sobre a criminalização, em tese, de qualquer conduta que se possa enquadrar como desacato.

16. O segundo precedente mencionado foi *Palamara-Iribarne v. Chile*. Neste caso, o militar aposentado Palamara Iribarne havia escrito livro intitulado “Ética e Serviços de Inteligência”, cuja publicação foi proibida pelas autoridades militares chilenas. Foi condenado pelas críticas que fazia às forças armadas chilenas e por uma série de declarações feitas aos meios de comunicações no curso do processo. Houve também determinação judicial de retirada de circulação das cópias físicas e eletrônicas do livro. A Corte considerou que as atitudes do Estado chileno caracterizavam censura prévia e que a norma penal militar sobre desacato, ao ser aplicada a Palamara Iribarne, estabelecia sanções desproporcionais.

17. Especificamente a respeito do delito de desacato, a Corte frisou que a garantia convencional da liberdade de expressão exige que as pessoas tenham liberdade para criticar a atuação de funcionários públicos, gozando de uma “ *maior proteção que permita uma margem de abertura para um debate amplo, essencial para o funcionamento de um sistema verdadeiramente democrático* ” (§ 82 da Sentença de 22 de novembro de 2005). E concluiu que, no caso concreto, utilizou-se a “ *persecução penal de uma forma desproporcional e desnecessária em uma sociedade democrática, pela qual se privou o senhor Palamara Iribarne do exercício de sua liberdade de pensamento e de expressão, em relação às opiniões críticas que tinha a respeito de assuntos que o afetavam diretamente e guardavam direta relação com a forma com que as autoridades da justiça militar cumpriam suas funções públicas nos processos a que se viu submetido* ” (§ 88).

18. É evidente que, no Brasil, uma situação fática como a examinada naquele caso concreto tampouco autorizaria a incidência do tipo penal de

desacato. Conforme será destacado adiante, a jurisprudência desta Suprema Corte é extremamente ampla em matéria de liberdade de expressão, aí incluído o direito à crítica veemente. Desse modo, o precedente invocado não guarda relação com a alegação de inconstitucionalidade, total e em abstrato, do tipo penal do art. 331 do Código Penal brasileiro.

19. No caso *Herrera Ulloa v. Costa Rica* (Sentença de 2 de julho de 2004), Mauricio Herrera Ulloa foi condenado pelo Estado costarrriquenho por quatro delitos de difamação – e não desacato – em virtude de artigos publicados em periódico nacional. Em síntese, o jornalista deu publicidade a reportagens da imprensa belga que atribuíam a prática de atos ilícitos a um diplomata da Costa Rica. Além do pagamento de indenização, Herrera Ulloa foi obrigado a publicar sua própria condenação no jornal em que trabalhava. A Corte reputou que Herrera Ulloa apenas exerceu seu ofício profissional e divulgou fatos de interesse público. A Corte consignou que, no caso concreto, “ *as disposições penais sobre difamação, injúria e calúnia foram utilizadas para inibir a crítica dirigida a um funcionário público* ” (§ 102.2, g).

20. A violação ao art. 13 da Convenção, portanto, não decorreu da mera tipificação em abstrato de crimes contra a honra ou de desacato, mas sim da utilização indevida que se fez do direito penal como instrumento de perseguição e de inibição da liberdade de expressão. Mais uma vez, a situação não se equipara ao pedido formulada na petição inicial desta ação, na qual se pretende o reconhecimento da revogação total do tipo penal do art. 331 do Código Penal brasileiro.

III. Compatibilidade do art. 331 do Código Penal brasileiro com o art. 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos

21. O art. 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos, tido por violado pela autora, está assim redigido:

ARTIGO 13

Liberdade de Pensamento e de Expressão

1. Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito compreende a liberdade de buscar, receber e

difundir informações e ideias de toda natureza, sem consideração de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro processo de sua escolha.

2. O exercício do direito previsto no inciso precedente não pode estar sujeito à censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente fixadas pela lei a ser necessária 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 pública.

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

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

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

22. A norma confere uma proteção ampla à liberdade de expressão e de manifestação do pensamento, por qualquer meio. Veda-se a censura prévia, salvo se realizada com o objetivo exclusivo de regular o acesso a espetáculos públicos, para proteção moral da infância e da adolescência; proíbe-se, ademais, a restrição do direito de expressão por vias ou meios indiretos.

23. Não obstante, o dispositivo ressalva expressamente a possibilidade de responsabilização ulterior daqueles que, a pretexto de exercerem a liberdade de manifestação do pensamento, violem não apenas “ o respeito aos direitos ou à reputação das demais pessoas ” (art. 13.2, “a”), mas também “ a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral pública ” (art. 13.2, “b”).

24. Vê-se, portanto, que o próprio texto da convenção excepciona a liberdade de expressão para a proteção da honra subjetiva (reputação) de todas as pessoas, bem como para o respeito à ordem e à moral públicas .

Portanto, a lei de cada Estado-Parte pode garantir ao servidor público a proteção necessária para o adequado exercício da função de que foi incumbido, não como um privilégio em seu benefício – o que seria evidentemente indevido –, mas como um instrumento de proteção do serviço público por ele prestado e, em última instância, do público destinatário do serviço.

25. A Corte Interamericana de Direitos Humanos tem destacado que a liberdade de expressão não é um direito absoluto e que, em casos de grave abuso, faz-se legítima a utilização do direito penal para a proteção da honra, devendo a aplicação dessas medidas ser avaliada com especial cautela (cf., nesse sentido, entre outros, caso *Ricardo Canese vs. Paraguai*, sentença de 31 de agosto de 2004, § 95; caso *Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, sentença de 2 de julho de 2004, §§ 71).

26. No caso *Kimel vs. Argentina* (sentença de 2 de maio de 2008), a Corte assim resumiu a questão:

“77. Tomando em conta as considerações formuladas até agora sobre a proteção devida à liberdade de expressão, a conciliação razoável das exigências de tutela daquele direito, por um lado, e a honra, pelo outro, e o princípio de mínima intervenção penal característico de uma sociedade democrática, o emprego da via penal deve corresponder à necessidade de tutelar bens jurídicos fundamentais frente a condutas que impliquem graves lesões a ditos bens, e guardem relação com a magnitude do dano infligido. A tipificação penal de uma conduta deve ser clara e precisa, como determinou a jurisprudência deste Tribunal no exame do artigo 9 da Convenção Americana.

78. A Corte não considera contrária à Convenção qualquer medida penal a propósito da expressão de informações ou opiniões, mas esta possibilidade se deve analisar com especial cautela, ponderando, a respeito, a extrema gravidade da conduta realizada pelo emissor daquelas, o dolo com que atuou, as características do dano injustamente causado e outros dados que ponham de manifesto a absoluta necessidade de utilizar, de forma verdadeiramente excepcional, medidas penais.”

27 Portanto, a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos não indica uma proibição terminante da utilização do direito penal para a coibição de abusos cometidos sob pretexto de exercício da

liberdade de expressão, embora exija que a via criminal seja reservada a casos graves.

28. Em conclusão, nem o texto expresso da Convenção, nem a jurisprudência da Corte vedam que os Estados-Partes se valham de normas penais para a proteção da honra e do adequado funcionamento da Administração Pública, desde que de modo proporcional e justificado.

29. A mesma orientação tem sido adotada pela Corte Europeia de Direitos Humanos. Confirmam-se, a respeito da jurisprudência da Corte sobre os limites da liberdade de expressão, os seguintes comentários doutrinários:

“Embora o escopo da contribuição substancial para um debate de interesse público deva ser amplamente interpretado, existem dois limites notáveis. Primeiro, o interesse público nesse sentido não é atendido por publicações que têm como único objetivo ‘satisfazer a curiosidade de determinados leitores’. Tais publicações equivaleriam a usar uma pessoa como um meio para atingir um fim; ganhar dinheiro, provocar ou entreter, e não tratar essa pessoa com respeito. Segundo, embora um certo grau de exagero ou mesmo provocação seja permitido, nenhum interesse público é atendido por ataques que tenham como ‘único objetivo ofender’. A este respeito, o Tribunal distinguiu crítica de puro insulto. A linguagem ofensiva pode ficar fora do escopo da proteção da liberdade de expressão se ela equivale a ‘difamação arbitrária’, com a única intenção de insultar ou ofender”.

30. Com efeito, um caso paradigmático a respeito dos limites da liberdade de expressão diante de agentes públicos no exercício de seu dever foi examinado pela Corte Europeia de Direitos Humanos em *Janowski v. Polônia* (Grand Chamber, j. 21.01.1999). No referido caso, analisou-se a condenação, pelo Poder Judiciário polonês, de um cidadão que, ao protestar contra a determinação de dois guardas municipais para que vendedores deixassem de expor suas mercadorias em uma praça pública, ofendeu-os, chamando-os de imbecis e burros.

31. A Corte rejeitou a alegação, formulada por Józef Janowski, de que a decisão judicial polonesa teria violado o seu direito à liberdade de expressão. Por sua pertinência, transcrevo os trechos pertinentes da decisão (grifei):

“32. (...) As observações do requerente não fizeram parte de uma discussão aberta sobre assuntos de interesse público; tampouco envolveram a questão da liberdade de imprensa, uma vez que o requerente, apesar de jornalista de profissão, atuou claramente como particular nesta ocasião. O Tribunal observa ainda que a condenação do requerente se baseou no pronunciamento das duas palavras que foram julgadas ofensivas pelos tribunais de julgamento e de apelação, e não pelo fato de ele ter expressado opiniões críticas aos guardas ou alegado que suas ações eram ilegais.

Nestas circunstâncias, o Tribunal não está convencido da alegação de que sua condenação seria largamente considerada como uma tentativa das autoridades de restaurar a censura e constituiria um desencorajamento da expressão de críticas no futuro.

33. O Tribunal também destaca o raciocínio da Comissão no sentido de que os funcionários públicos que exercem funções oficiais estão, como políticos, sujeitos a limites mais amplos de críticas aceitáveis. É certo que esses limites, em algumas circunstâncias, podem ser mais amplos em relação aos funcionários públicos que exercem seus poderes do que em relação aos particulares. No entanto, não se pode dizer que os funcionários públicos voluntariamente se exponham a um escrutínio minucioso de todas as suas palavras e ações na mesma medida em que os políticos o fazem e, portanto, devam ser tratados em pé de igualdade com relação a estes, quando se trata de críticas a suas ações. (cf. o acórdão proferido em *Oberschlick c. Áustria* (n. 2), de 1 de julho de 1997, Relatório 1997-IV, p. 1275, § 29).

Além disso, **os funcionários públicos devem gozar da confiança do público em condições livres de perturbações indevidas para que possam desempenhar suas tarefas com êxito e, portanto, pode ser necessário protegê-los de ataques verbais ofensivos e abusivos quando em serviço**. No presente caso, os requisitos dessa proteção não precisam ser pesados em relação aos interesses da liberdade de imprensa ou da discussão aberta de assuntos de interesse público, uma vez que as observações do requerente não foram proferidas nesse contexto (ver parágrafo 32 acima, e cf. o acórdão *Lingens* acima mencionado, p. 26, § 42 in fine).

34. Na opinião do Tribunal, as razões que levaram à condenação do requerente foram relevantes em termos do objetivo legítimo perseguido. É verdade que o requerente recorreu a uma linguagem abusiva por genuína preocupação com o bem-estar dos concidadãos durante uma discussão acalorada.

Esse linguajar foi direcionado aos policiais que foram treinados para responder a ele. No entanto, **ele insultou os guardas em um local público, na frente de um grupo de espectadores, enquanto eles cumpriam suas tarefas. As ações dos guardas, embora não fossem**

baseadas nos regulamentos explícitos do conselho municipal, mas em considerações sanitárias e de trânsito, não justificaram o recurso a ataques verbais ofensivos e abusivos . Por conseguinte, mesmo que houvesse circunstâncias em que se argumentasse o contrário, existiam motivos suficientes para a decisão finalmente tomada pelos tribunais nacionais.”

32. Vê-se, portanto, que tampouco a Corte Europeia de Direitos Humanos vislumbra violação ao direito à liberdade de expressão decorrente da tipificação de atitudes ofensivas contra funcionários públicos no exercício de sua função.

Parte II

A constitucionalidade do tipo penal de desacato

33. Assim como ocorre em relação à Convenção Americana de Direitos Humanos, a alegação de violação à liberdade de expressão formulada na petição inicial também se apresenta em face da Constituição da República, cujo art. 5º, IX, prevê expressamente que “ *é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença* ”.

34. Passo a examinar, portanto, a alegação de não recepção do tipo penal do desacato pela Constituição de 1988.

I. Amplitude e limites da liberdade de expressão na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

35. O Supremo Tribunal Federal possui jurisprudência ampla e consolidada de defesa da liberdade de expressão. Não obstante, como qualquer direito fundamental, a liberdade de expressão comporta restrições, desde que previstas em lei, proporcionais e respeitadoras do seu núcleo essencial.

36. Nesse contexto, no julgamento da ADI 4.815 (Rel. Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, j. 10.06.2015), o Tribunal conferiu interpretação conforme aos arts. 20 e 21 do Código Civil, para afastar a possibilidade de “ *censura prévia particular* ”, consistente na exigência de prévia autorização

para divulgação ou publicação de obras biográficas por parte da pessoa biografada.

37. Na ADPF 187, conferiu-se ao art. 287 do Código Penal interpretação conforme à Constituição, para que não fossem obstadas manifestações públicas em defesa da legalização das drogas (Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, j. 15.06.2011).

38. Já na ADPF 130 (Rel. Min. Carlos Britto, Tribunal Pleno, j. 30.04.2009), consignou-se que “ *a crítica jornalística, pela sua relação de inerência com o interesse público, não é aprioristicamente suscetível de censura, mesmo que legislativa ou judicialmente intentada* ”. Especificamente a respeito da crítica jornalística dirigida contra agentes públicos, a ementa consignou:

“Em se tratando de agente público, ainda que injustamente ofendido em sua honra e imagem, subjaz à indenização uma imperiosa cláusula de modicidade. Isto porque todo agente público está sob permanente vigília da cidadania. E quando o agente estatal não prima por todas as aparências de legalidade e legitimidade no seu atuar oficial, atrai contra si mais fortes suspeitas de um comportamento antijurídico francamente sindicável pelos cidadãos.”

39. Em outro julgado paradigmático, o Tribunal declarou a inconstitucionalidade de normas que vedavam às emissoras de rádio e televisão a transmissão de programas que satirizassem candidatos, partidos ou coligações políticas. Confira-se, a seguir, a ementa do julgado:

LIBERDADE DE EXPRESSÃO E PLURALISMO DE IDEIAS.
VALORES ESTRUTURANTES DO SISTEMA DEMOCRÁTICO.
INCONSTITUCIONALIDADE DE DISPOSITIVOS NORMATIVOS
QUE ESTABELECEM PREVIA INGERÊNCIA ESTATAL NO
DIREITO DE CRITICAR DURANTE O PROCESSO ELEITORAL.
PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL AS MANIFESTAÇÕES DE
OPINIÕES DOS MEIOS DE COMUNICAÇÃO E A LIBERDADE DE
CRIAÇÃO HUMORÍSTICA.

1. A Democracia não existirá e a livre participação política não florescerá onde a liberdade de expressão for ceifada, pois esta constitui condição essencial ao pluralismo de ideias, que por sua vez é um valor estruturante para o salutar funcionamento do sistema democrático.

2. A livre discussão, a ampla participação política e o princípio democrático estão interligados com a liberdade de expressão, tendo por objeto não somente a proteção de pensamentos e ideias, mas também opiniões, crenças, realização de juízo de valor e críticas a agentes públicos, no sentido de garantir a real participação dos cidadãos na vida coletiva.

3. São inconstitucionais os dispositivos legais que tenham a nítida finalidade de controlar ou mesmo aniquilar a força do pensamento crítico, indispensável ao regime democrático. Impossibilidade de restrição, subordinação ou forçosa adequação programática da liberdade de expressão a mandamentos normativos cerceadores durante o período eleitoral.

4. Tanto a liberdade de expressão quanto a participação política em uma Democracia representativa somente se fortalecem em um ambiente de total visibilidade e possibilidade de exposição crítica das mais variadas opiniões sobre os governantes.

5. O direito fundamental à liberdade de expressão não se direciona somente a proteger as opiniões supostamente verdadeiras, admiráveis ou convencionais, mas também aquelas que são duvidosas, exageradas, condenáveis, satíricas, humorísticas, bem como as não compartilhadas pelas majorias. Ressalte-se que, mesmo as declarações errôneas, estão sob a guarda dessa garantia constitucional.

6. Ação procedente para declarar a inconstitucionalidade dos incisos II e III (na parte impugnada) do artigo 45 da Lei 9.504/1997, bem como, por arrastamento, dos parágrafos 4º e 5º do referido artigo.

(ADI 4451, Rel. Min. Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, j. 21.06.2018)

40. Esses julgados são ilustrativos da deferência conferida pelo Supremo Tribunal Federal à liberdade de expressão e à liberdade de imprensa, em especial no que se refere à crítica de políticos, autoridades e pessoas públicas. Demonstram, ademais, como exposto na primeira parte deste voto, que a solução a ser dada aos casos examinados pela Corte Interamericana de Direitos Humanos nos precedentes mencionados na petição inicial provavelmente seria idêntica se examinados fossem por este Tribunal.

41. A liberdade de expressão, contudo, encontra seus limites quando é utilizada como pretexto para violações graves a outros interesses e direitos fundamentais. Nesse sentido, o Tribunal denegou *habeas corpus* ao autor de um livro que propagava ideologia de ódio contra os judeus, consignando

que “ as liberdades públicas não são incondicionais, por isso devem ser exercidas de maneira harmônica, observados os limites definidos na própria Constituição Federal ”, bem como que “ um direito individual não pode constituir-se em salvaguarda de condutas ilícitas, como sucede com os delitos contra a honra ” (HC 82.424, Rel. p/ Acórdão Min. Maurício Corrêa, Tribunal Pleno, j. 17.09.2003).

42. Coerentemente, o Tribunal, por unanimidade, também refutou o argumento da liberdade de expressão como justificativa para discursos odiosos fundados na diferença de orientação sexual, afirmando a incidência do tipo penal do racismo nessas hipóteses. Colhe-se da ementa a assertiva de que “ o discurso de ódio, assim entendidas aquelas exteriorizações e manifestações que incitem a discriminação, que estimulem a hostilidade ou que provoquem a violência (física ou moral) contra pessoas em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero, não encontra amparo na liberdade constitucional de expressão nem na Convenção Americana de Direitos Humanos (Artigo 13, § 5º), que expressamente o repele ” (Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, j. 13.06.2019).

43. Nem mesmo a liberdade de expressão política dos parlamentares é absoluta. Como decidido pela Primeira Turma em julgado recente, ainda que exercida de maneira vigorosa, a manifestação deve se manter nos limites da civilidade, já que ninguém pode se escudar na inviolabilidade parlamentar para, sem vinculação com a função, agredir a dignidade alheia ou difundir discursos de ódio, violência e discriminação (PET 7.174, Rel. p/ Acórdão Min. Marco Aurélio, j. 10.03.2020).

II. Fundamentos da tipificação penal do desacato

44. Ao atuar no exercício de sua função, o agente público (re)presenta a Administração Pública, situação que lhe sujeita a um regime jurídico diferenciado de deveres e prerrogativas. Seus atos são diretamente atribuídos ao Poder Público, que por eles responde objetivamente, sem prejuízo do direito de regresso contra o responsável, nos casos de dolo ou culpa (CF, art. 37, § 6º).

45. Em razão da responsabilidade que sobre ele recai, o agente público está submetido a uma ampla gama de deveres, cujo descumprimento lhe acarreta a imposição de sanções próprias, como as decorrentes de atos de

improbidade (CF, art. 37, § 4º; Lei nº 8.429/1992), de faltas funcionais (v.g. , Lei nº 8.112/1990, no âmbito federal) e dos delitos especiais de funcionários públicos (CP, arts. 312 a 327).

46. Ao praticar determinadas condutas idênticas às perpetradas pelos particulares, os funcionários públicos são punidos de modo mais rigoroso. Por exemplo, ao se apropriar de um bem, o funcionário comete o delito de peculato (CP, art. 312), punido com a sanção de 2 a 12 anos de reclusão, ao passo que a mesma conduta, quando praticada por um particular, é sancionada com pena de 1 a 4 anos de reclusão (CP, art. 168). Isso sem falar nos delitos funcionais próprios, como a corrupção passiva (CP, art. 317) e a prevaricação (CP, art. 319), cujas condutas típicas sequer são puníveis quando praticadas por particulares.

47. Reforçando o rigor com que se controlam as atividades dos funcionários públicos, a Lei nº 13.869/2019 previu uma série de crimes de abuso de autoridade, que somente podem ser cometidos por agentes públicos, servidores ou não, que, no exercício de suas funções ou a pretexto de exercê-las, abusem do poder que lhes tenha sido atribuído (art. 1º).

48. Em contrapartida, os agentes públicos possuem prerrogativas próprias, que são instrumentais em relação aos seus deveres, ou seja, são meios conferidos à Administração e aos seus agentes exclusivamente para que possam atender adequadamente ao interesse público. Assim, por exemplo, os servidores estatutários gozam de estabilidade e irredutibilidade de vencimentos, para que possam ter tranquilidade para exercer suas funções com imparcialidade e impessoalidade.

49. Também no campo penal é razoável que se prevejam tipos penais protetivos da atuação dos agentes públicos. É nesse contexto que se justifica a criminalização do desacato. Não se trata de conferir um tratamento privilegiado ao funcionário público. Trata-se, isso sim, de proteger a função pública exercida pelo funcionário, por meio da garantia, reforçada pela ameaça de pena, de que ele não será menosprezado ou humilhado enquanto se desincumbe dos deveres inerentes ao seu cargo ou função públicos.

50. Vê-se, portanto, que a diversidade de regime jurídico – inclusive penal – existente entre agentes públicos e particulares é uma via de mão

dupla: se existente justificativa razoável para tanto, as consequências previstas para as condutas típicas são diversas não somente quando os agentes públicos são autores dos delitos, mas, de igual modo, quando deles são vítimas.

51. Destaco, por fim, que ambas as turmas deste Tribunal já decidiram pela recepção da norma do art. 331 do Código Penal pela Constituição de 1988. Menciono, nesse sentido, os seguintes julgados:

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

(HC 141949, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, j. 13.03.2018)

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

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

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

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

4. Agravo regimental desprovido.

(HC 145882 AgR, de minha relatoria, Primeira Turma, j. 31.08.2018)

III. Interpretação restritiva do tipo penal

52. O tipo penal do art. 331 do Código Penal está previsto no capítulo dos crimes praticados por particular contra a Administração Pública. O bem jurídico diretamente tutelado não é a honra do funcionário público, mas a própria Administração Pública, cuja respeitabilidade e regular funcionamento se veem afetados pela agressão perpetrada contra o servidor.

53. Confirmam-se, a propósito, as lições de Magalhães Noronha:

“O bem jurídico considerado é a dignidade, o prestígio, o respeito devido à função pública. É o Estado diretamente interessado em que aquele seja protegido e tutelado, por ser indispensável à atividade e à dinâmica da administração pública. Sem isso, não poderiam os agentes desta exercer de modo eficaz suas funções, por via das quais é atingida a finalidade superior, de caráter eminentemente social, que a administração busca e procura.”

54. O autor do desacato atua com o objetivo principal de aviltar a autoridade do agente que exerce a função pública, executando diretamente a lei, a ordem judicial ou a determinação administrativa.

55. Para que efetivamente tenha potencial de interferir no exercício da função pública, o crime deve ser praticado na presença do funcionário público. O tipo penal não abrange, portanto, eventuais ofensas perpetradas por meio da imprensa ou de redes sociais, resguardando-se a liberdade de expressão. Somente por essa razão os precedentes examinados pela Corte Interamericana de Direitos Humanos não se enquadrariam na tipificação brasileira.

56. Não basta, ademais, que o funcionário se veja ofendido em sua honra. Não há crime se a ofensa não tiver relação com o exercício da função. É preciso um menosprezo da própria função pública exercida pelo agente. E, mais, é necessário que o ato perturbe ou obstrua a execução das funções do funcionário público.

57. Além disso, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal reconhece a atipicidade de reclamações, censuras ou críticas, ainda que veementes, à atuação funcional do funcionário (Inq 3215, Rel. Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, j. 04.04.2013; HC 83233, Rel. Min. Nelson Jobim, Segunda Turma, j. 04.11.2003).

58. Como já referido anteriormente, os agentes públicos em geral estão mais expostos ao escrutínio e à crítica dos cidadãos, devendo demonstrar maior tolerância à reprovação e à insatisfação, sobretudo em situações em que se verifica uma tensão entre o agente público e o particular. Devem ser relevados, portanto, eventuais excessos na expressão da discordância, indignação ou revolta com a qualidade do serviço prestado ou com a atuação do funcionário público.

59. Assim, o tipo penal do art. 331 do Código Penal deve ser interpretado restritivamente, a fim de evitar a aplicação de punições injustas e desarrazoadas.

60. O sistema de persecução penal brasileiro possui uma série de filtros para tanto, que vão desde a autocontenção do próprio funcionário, passando por seus deveres funcionais de atender com presteza e tratar com urbanidade as pessoas (ex. art. 116, V e XI da Lei nº 8.112/1990) e pela ameaça de cometimento de crime de abuso de autoridade, chegando à necessidade de formação de *opinio delicti* positiva pelo Ministério Público e, finalmente, à apreciação do Poder Judiciário.

61. Destaco, ainda, que o tipo penal do desacato possui pena mínima de seis meses e máxima de dois anos, de modo que admite a aplicação da transação penal e da suspensão condicional do processo (Lei nº 9.099/1995, arts. 74 e 89) e sua prática não autoriza a decretação de prisão. Em caso de condenação, em regra, o regime inicial de cumprimento de pena será o aberto e a pena restritiva de liberdade será convertida em restritiva de direitos (CP, arts. 33, § 2º, “c”; e 44).

62. Em suma, o tipo penal deve ser limitado a casos graves e evidentes de menosprezo à função pública, como a prolação de ofensa grosseira e exagerada ao agente de trânsito que, no cumprimento de seu dever, procura realizar testes de alcoolemia; o rasgamento de mandado judicial entregue pelo oficial de justiça; o desferimento de tapa em funcionário público que

procura cumprir seu dever etc. E, ainda assim, normalmente sujeitará o seu autor a medidas despenalizadoras ou a penas restritivas de direitos.

Conclusão

63. Diante do exposto, **julgo improcedente o pedido** . Proponho a fixação da seguinte tese: “ *Foi recepcionada pela Constituição de 1988 a norma do art. 331 do Código Penal, que tipifica o crime de desacato* ”.

É como voto.

Plenário Virtual - minuta de voto - 12/06/2020 00:00