



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

EXCELENTÍSSIMA SENHORA MINISTRA PRESIDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

O CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL – CFOAB, serviço público dotado de personalidade jurídica e regulamentado pela Lei nº 8.906/94, inscrito no CNPJ sob o nº 33.205.451/0001-14, por seu Presidente, **Claudio Pacheco Prates Lamachia** (doc. anexo), vem, à presença de Vossa Excelência, por intermédio de seus advogados infra-assinados, com instrumento procuratório específico incluso (doc. anexo), endereço para intimações na SAUS Qd. 05, Lote 01, Bloco M, Brasília-DF e endereço eletrônico pc@oab.org.br, com base nos arts. 102, §1º e 103, inciso VII, ambos da Constituição Federal, no art. 2º, inciso I, da Lei nº 9.882/99, e de acordo com a decisão plenária exarada nos autos do Processo n. 49.0000.2017.010038-9/Conselho Pleno (certidão anexa) propor

ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL
COM PEDIDO DE MEDIDA CAUTELAR

a fim de que seja reconhecida a não recepção pela Constituição Federal de 1988 do artigo 331, do Código Penal (Decreto-Lei n. 2.848/1940), ante a sua incompatibilidade com os preceitos fundamentais constitucionalmente previstos, pelos fatos e fundamentos a seguir expostos.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

I. DO CABIMENTO DA MEDIDA E DO ATO IMPUGNADO

A Constituição Federal em seu art. 102, §1º prevê que “*a arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei*”.

Com o advento da Lei n. 9.882/99 houve a efetiva regulamentação desse instituto jurídico processual constitucional, que definiu os pressupostos para o seu cabimento na modalidade direta, a saber: a) existência de ato do Poder Público; b) lesão a preceito fundamental; e c) subsidiariedade. Nesse sentido, cita-se o art. 1º da Lei n. 9882/1999, o qual determina:

Art. 1º A arguição prevista no §1º do art. 102 da Constituição Federal será proposta perante o Supremo Tribunal Federal, e terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público.

Parágrafo único. Caberá também arguição de descumprimento de preceito fundamental:

I - quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição; (Vide ADIN 2.231-8, de 2000)

Na presente demanda questiona-se ato normativo federal (art. 331), contemplado no Decreto-Lei n. 2.848/1940, denominado Código Penal, cujo teor transcreve-se:

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

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

A referida norma prevê a imposição da pena de detenção ou de multa em decorrência da prática do crime de desacato. Contudo, o que se verifica é que o dispositivo legal não especifica a conduta de desacatar, trazendo uma normatização extremamente vaga.

Como decorrência dessa imprecisão, o tipo penal do desacato tem reprimido a liberdade de expressão de cidadãos, que são intimidados a não se manifestarem diante de condutas praticadas por agentes públicos por receio de incorrer no tipo de desacato.

Trata-se, portanto, de norma que viola preceitos fundamentais, destacadamente, da liberdade de expressão (art. 5º, incs. IX e 220, da CF), republicano (art. 1º, parágrafo único), da legalidade (art. 5º, inc. XXXIX), da igualdade (art. 5º, *caput*, da CF) e do Estado Democrático de Direito (art. 1º, da CF).



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

Quanto à adequação da presente medida, verifica-se que a norma em debate é pré-constitucional, o que autoriza o manejo deste instrumento, por enquadramento no inciso I, do artigo 1º supratranscrito.

Corroborando o exposto, constata-se que a jurisprudência dessa Suprema Corte é pacífica quanto à possibilidade da propositura de ADPF para contestar atos anteriores à Constituição Federal:

“Diante de todos esses argumentos e considerando a razoabilidade e o significado para a segurança jurídica da tese que recomenda a extensão do controle abstrato de normas também ao direito pré-constitucional, não se afiguraria despropositado cogitar da revisão da jurisprudência do STF sobre a matéria. A questão ganhou, porém, novos contornos com a aprovação da Lei n. 9.882, de 1.999, que disciplina a arguição de descumprimento de preceito fundamental e estabelece, expressamente, a possibilidade de exame da compatibilidade do direito pré-constitucional com norma da Constituição Federal. Assim, toda vez que se configurar controvérsia relevante sobre a legitimidade do direito federal, estadual ou municipal, anteriores à Constituição, em face de preceito fundamental da Constituição, poderá qualquer dos legitimados para a propositura de ação direta de inconstitucionalidade propor arguição de descumprimento.” (ADPF 33-MC, voto do rel. min. Gilmar Mendes, julgamento em 29-10-2003, DJ de 6-8-2004.)

(...) é cabível a arguição de descumprimento de preceito fundamental para evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público, ou quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, inclusive anteriores à Constituição. (...) não sendo admitida a utilização de ações diretas de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade -- isto é, não se verificando a existência de meio apto para solver a controvérsia constitucional relevante de forma ampla, geral e imediata -- há de se entender possível a utilização da arguição de descumprimento de preceito fundamental. (...) Assim, numa primeira análise dos autos, reconheço que se afigura admissível a utilização da presente arguição de descumprimento de preceito fundamental, sob o aspecto do princípio da subsidiariedade, vez que a norma nela impugnada veio a lume antes da vigência da Constituição de 1988. (...) (ADPF 129-MC, rel. min. Ricardo Lewandowski, decisão monocrática, julgamento em 18-2-2008, DJE de 22-2-2008.)

Outrossim, observa-se que a ADPF é cabível quando inexistir no ordenamento jurídico qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade a preceitos fundamentais, consoante disposto no art. 4º, §1º, da Lei n. 9.882/99: *“não será admitida arguição de descumprimento de preceito fundamental quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade”*.

De fato, evidencia-se a exclusividade da Arguição.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

Primeiramente, salienta-se que as ações individuais não teriam a capacidade de sanar de maneira efetiva a lesão causada pela interpretação extensiva da norma ora combatida, posto que não teriam o condão de solucionar a controvérsia constitucional de forma ampla e abstrata.

Além disso, a quantidade exorbitante de demandas individuais sobrecarregaria as prateleiras do Poder Judiciário, contrariando o princípio da eficiência e propiciando a proliferação de decisões judiciais conflitantes, o que compromete o princípio da segurança jurídica.

Cumprir registrar que a jurisprudência dessa Corte Suprema interpreta a exigência de subsidiariedade, prevista no §1º do art. 102 da Constituição Federal, pela inexistência de qualquer outro meio cabível no controle concentrado ou abstrato de constitucionalidade, restando apenas a propositura de ADPF.¹

Do contrário, restaria prejudicado o instituto, uma vez que dificilmente se encontraria uma situação de inexistência, em tese, de meios aptos a restabelecer a ordem constitucional, concreta ou potencialmente violada (a exemplo de mandado de segurança, habeas corpus, ação popular, ação civil pública, ações judiciais e diversos recursos, cautelares, antecipação de tutela). Nesse sentido, cita-se o precedente da ADPF n. 126-MC de Relatoria do Min. Celso de Mello.

Diante da subsidiariedade da medida, aliada a lesividade aos preceitos fundamentais, este Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil comparece a essa Corte para ver reconhecida a não recepção do art. 331, do Código Penal pela Constituição de 1988.

III. FUNDAMENTOS JURÍDICOS: DA VIOLAÇÃO A PRECEITO FUNDAMENTAL

A liberdade de expressão é preceito fundamental do Estado Democrático de Direito. Conforme aponta J. J. Gomes Canotilho, “a liberdade de expressão permite assegurar a continuidade do debate intelectual e do confronto de opiniões, num compromisso crítico permanente.”² Para o autor, essa qualidade lhe permite integrar o “sistema constitucional de direitos fundamentais, deduzindo-se do valor da dignidade da pessoa humana e dos princípios gerais de liberdade e igualdade.”³

¹ (ADPF 1-QO, rel. min. Néri da Silveira, julgamento em 3-2-2000, DJ de 7-11-2003). (ADPF 191, rel. min. Ellen Gracie, decisão monocrática, julgamento em 22-9-2009, DJE de 28-9-2009). (ADPF 130, rel. min. Carlos Britto, julgamento em 30-4-2009, Plenário, DJE de 6-11-2009.)

² (CANOTILHO, J. J. Gomes; MACHADO, Jônatas E. M. “Constituição e código civil brasileiro: âmbito de proteção de biografias não autorizadas”. In JÚNIOR, Antônio Pereira Gaio; SANTOS, Márcio Gil Tostes. Constituição Brasileira de 1988. Reflexões em comemoração ao seu 25º aniversário. Curitiba: Juruá, 2014, p. 132).

³ Idem.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

Trata-se de liberdade que deve possibilitar a participação dos cidadãos na argumentação pública. Para Habermas, o Estado deve assegurar o princípio da soberania popular por meio de institutos jurídicos colocados à disposição dos cidadãos, os quais instrumentalizem mecanismos de proteção de liberdades de opinião e de informação.⁴

Com fundamento no referido princípio, a Suprema Corte norteamericana, no precedente *Sullivan vs. New York Times*, assentou que as pessoas públicas, mesmo diante da divulgação de fato inverídico ofensivo à sua reputação, só serão indenizadas se provarem que o responsável agiu com dolo real ou eventual. A decisão buscou preservar as manifestações públicas sobre temas importantes, propiciando os debates sociais e o direito à informação.

Nesse mesmo sentido, esse Supremo Tribunal Federal reconheceu a inconstitucionalidade de diversas normas jurídicas, como se extrai dos julgamentos da (i) ADPF 130, que reconheceu a não recepção da Lei de Imprensa (Lei n. 5250/67) pela Constituição de 1988; da (ii) ADPF 187, em que se atribuiu ao art. 287 do Código Penal interpretação conforme à Constituição, não impedindo manifestações públicas em defesa da legalização das drogas, e da (iii) ADI 4815, que declarou inexigível a autorização prévia para a publicação de biografias.

Na hipótese sob análise, observa-se que o crime de desacato fere a liberdade de expressão. De acordo com a Relatoria para a Liberdade de Expressão, da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, as normas nacionais que tipificam o crime de desacato são incompatíveis com o art. 13 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos⁵, que tutela justamente a liberdade de expressão. Estando os funcionários públicos sujeitos a maior

⁴ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, p. 165.

⁵ Artigo 13. Liberdade de pensamento e de expressão

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

2. O exercício do direito previsto no inciso precedente não pode estar sujeito a censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente fixadas pela lei e ser necessárias para assegurar: a. o respeito aos direitos ou à reputação das demais pessoas; ou b. a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas.

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

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

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



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

escrutínio da sociedade, o controle de suas condutas deve ser exercido por toda a população sem empecilhos. Nesse mesmo sentido, fundamentou a Comissão Interamericana quanto à necessidade da proteção à liberdade de expressão:

50. Como foi salientado anteriormente, o pleno exercício da liberdade de expressão é um dos principais mecanismos com que a sociedade conta para exercer um controle democrático sobre as pessoas que têm a seu cargo assuntos de interesse público. A CIDH se pronunciou claramente sobre a incompatibilidade das leis de desacato com a Convenção Americana:

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. Essa distinção inverte diretamente 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. Considerando-se que os funcionários públicos que atuam em caráter oficial são, para todos os efeitos, o governo, então é precisamente um direito dos indivíduos e da cidadania criticar e perscrutar as ações e atitudes desses funcionários no que diz respeito à função pública. Juntamente com as restrições diretas, as leis de desacato restringem indiretamente a liberdade de expressão, porque carregam consigo a ameaça do cárcere ou multas para aqueles que insultem ou ofendam um funcionário público. (...) O temor de sanções penais necessariamente desencoraja os cidadãos de expressar suas opiniões sobre problemas de interesse público, em especial quando a legislação não distingue entre os fatos e os juízos de valor.

(...) E adiciona: "(...) como essas pessoas estão no centro do debate público e se expõem de modo consciente ao escrutínio da cidadania, devem demonstrar maior tolerância à crítica (...)".⁶

O entendimento da Comissão Interamericana é firme no sentido de que o controle exercido pela sociedade, por meio da opinião pública, fomenta a transparência das atividades estatais, incentivando uma atuação mais responsável do servidor público, razão pela qual deve haver uma maior tolerância às manifestações emitidas por indivíduos no exercício deste controle democrático.⁷

⁶ Disponível em <http://www.oas.org/pt/cidh/expressao/showarticle.asp?artID=132&IID=4>. Acesso em outubro 2017.

⁷ Corte de Direitos Humanos., Palamara-Iribarne v. Chile. Mérito, Reparações e Custas. Julgamento de 22 de Novembro de 2005. Series C No. 135. para. 83. Cf. também: I/A Corte de Direitos Humanos., Herrera-Ulloa v. Costa Rica. Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Julgamento de 2 de julho de 2004. Series C No. 107. para. 82.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

Enquanto signatário da Convenção Americana, o Estado brasileiro assumiu o compromisso de adotar “medidas legislativas ou de outra natureza”, visando à solução de antinomias normativas limitadoras à realização dos direitos fundamentais.⁸

Portanto, diante do entendimento da Comissão Interamericana de Direitos Humanos - CIDH pela incompatibilidade do desacato com os preceitos da Convenção, a tipificação do crime de desacato deve ser afastada do ordenamento jurídico pátrio.

O tema repousa em jurisprudência pacífica da CIDH, da qual se extrai julgados como caso *Horácio Verbitsky v. Argentina*, em que o jornalista Verbitsky foi condenado por desacato por ter chamado de “asqueroso” o Ministro Augusto César Belluscio, da Suprema Corte da Justiça da Argentina. O desfecho do caso foi a assunção do compromisso do governo argentino em retirar o delito de desacato de seu ordenamento jurídico.

Registra-se, ainda, o caso *Palamara Iribarne v. Chile*, em que a mesma CIDH considerou que o Chile violou o art. 13 da Convenção Americana ao imputar o crime de desacato ao escritor Humberto Antônio Palamara Iribarne.

Os precedentes relatados reafirmam que a tipificação do delito de desacato é rechaçado internacionalmente. Inclusive, o referido crime além de flagelar a liberdade de expressão também viola outros preceitos fundamentais, dentre os quais destaca-se o princípio republicano.

O princípio republicano pressupõe a igualdade formal entre as pessoas; a eleição dos detentores do poder político; a responsabilidade do chefe de governo e/ou do Estado, impondo-se a prestação de contas de suas condutas.

O crime de desacato, ao coibir a contestação dos cidadãos às atitudes dos agentes estatais, mostra-se em dissonância com o referido princípio, pois enfraquece a prerrogativa do cidadão de fiscalizar as atividades dos agentes públicos. Subverte-se, assim, a titularidade do poder político em uma sociedade democrática que, ao invés de recair sobre aos eleitores, é outorgada aos eleitos e aos detentores de funções públicas.

Tal concepção normativa propicia, igualmente, a violação ao princípio da legalidade, previsto no art. 5º, XXXIX, CF.

⁸ arts. 2º e 29 da Convenção.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

No crime de desacato, o sujeito passivo é o Estado e, em segundo plano, o funcionário público. Isso porque o bem jurídico precipuamente tutelado é o prestígio da função pública.⁹

A jurisprudência não compreende enquanto desacato a palavra, ou ato ofensivo, a reclamação ou crítica à atuação funcional do funcionário (RHC 9.615/RS, Rel. Min. Edson Vidigal, quinta turma, julgado em 0808/2000, DJ 25/09/2000). Contudo, tem-se que o “esforço intelectual de discernir censura de insulto à dignidade da função exercida em nome do Estado é por demais complexo, abrindo espaço para a imposição abusiva do poder punitivo estatal.”¹⁰

Trata-se de tipo penal aberto, o qual não descreve o que compreende a conduta de desatacar. Em razão da ausência de uma descrição adequada do tipo, a configuração do crime se sujeita a interpretação do julgador, o que possibilita a ocorrência de arbitrariedades por parte dos agentes públicos. Verifica-se, portanto, que o legislador não se desincumbiu devidamente da sua tarefa legislativa ao prever o crime de desacato de forma inespecífica, possibilitando o enquadramento das mais diversas condutas em um mesmo tipo.

Além da indevida abertura do tipo, tem-se que o referido delito viola o princípio da igualdade (art. 5º, caput, da Magna Carta¹¹), ao estabelecer uma distinção entre os funcionários públicos e os cidadãos comuns. Analisando esse aspecto, a CIDH, em seu 108º período ordinário de sessões, realizado em outubro de 2000, aprovou a Declaração de Princípios sobre Liberdade de Expressão, ao argumento de que o crime de desacato torna a distinção entre a pessoa privada e a pública indispensável.¹² Ao se determinar que os funcionários públicos estão sujeitos a um maior escrutínio por parte da sociedade, inverte-se os parâmetros ideológicos da democracia.

Portanto, ao afrontar o princípio da igualdade, por consequência, há o desrespeito ao art. 1º da CF¹³, que determina a constituição do Estado Democrático de Direito.

⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. Código Penal Comentado. 15 ed. Rio de Janeiro. Forense, 2015, p. 1.380

¹⁰ STJ. Recurso Especial n. 1.640.084-SP. Relator Min. Ribeiro Dantas.

¹¹ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

¹² 52. Nesse contexto, a distinção entre a pessoa privada e a pública torna-se indispensável. A proteção outorgada a funcionários públicos pelas denominadas leis de desacato atenta abertamente contra esses princípios. Essas leis invertem diretamente os parâmetros de uma sociedade democrática, na qual os funcionários públicos devem estar sujeitos a um maior escrutínio por parte da sociedade. A proteção dos princípios democráticos exige a eliminação dessas leis nos países em que elas ainda subsistam. Por sua estrutura e utilização, essas leis representam enquistamentos autoritários herdados de épocas passadas, e é preciso eliminá-las.

¹³ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

Isso porque 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.

Cumprе ressaltar que a ausência de tipificação do crime de desacato não impede a responsabilização do agente que ofenda a honra de um servidor público, pois tal conduta pode ser devidamente tutelada pelos tipos penais da injúria, difamação e calúnia, a depender do enquadramento da prática realizada.

Ao compartilhar do mesmo entendimento, o Superior Tribunal de Justiça proferiu decisão (Recurso Especial n. 1.640.084 – SP) reconhecendo, por meio de controle de convencionalidade, a incompatibilidade do crime de desacato com as disposições da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. ROUBO, DESACATO E RESISTÊNCIA. APELAÇÃO CRIMINAL. EFEITO DEVOLUTIVO AMPLO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. NÃO OCORRÊNCIA. ROUBO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. DESCLASSIFICAÇÃO DO CRIME DE ROUBO PARA O DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. SÚMULA 284/STF. TEMA NÃO PREQUESTIONADO. SÚMULAS 282 E 356 DO STF. DESACATO. INCOMPATIBILIDADE DO TIPO PENAL COM A CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE. (...) 4. O art. 2º, c/c o art. 29, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) prevê a adoção, pelos Estados Partes, de "medidas legislativas ou de outra natureza" visando à solução de antinomias normativas que possam suprimir ou limitar o efetivo exercício de direitos e liberdades fundamentais. (...) A Comissão Interamericana de Direitos Humanos - CIDH já se manifestou no sentido de que as leis de desacato se prestam ao abuso, como meio para 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. 11. A adesão ao Pacto de São José significa a transposição, para a ordem jurídica interna, de critérios recíprocos de interpretação, sob pena de negação da universalidade dos valores insertos nos direitos fundamentais internacionalmente reconhecidos. Assim, o método hermenêutico mais adequado à concretização da liberdade de expressão reside no postulado pro homine, composto de dois princípios de proteção de direitos: a dignidade da pessoa humana e a prevalência dos direitos humanos. 12. A criminalização do desacato está na contramão do humanismo, porque ressalta a preponderância do Estado - personificado em seus agentes - sobre o indivíduo. 13. A existência de tal normativo em nosso ordenamento jurídico é anacrônica, pois traduz desigualdade entre funcionários e particulares, o que é inaceitável no Estado Democrático de Direito. (...). 15. O afastamento da tipificação criminal do desacato não impede a responsabilidade ulterior, civil ou até mesmo de outra figura típica penal (calúnia, injúria, difamação etc.), pela ocorrência de abuso na expressão verbal ou gestual utilizada perante o funcionário público. 16. Recurso especial conhecido em parte, e nessa extensão,



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

parcialmente provido para afastar a condenação do recorrente pelo crime de desacato (art. 331 do CP).

(AgRg no AREsp 458.626/RJ, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 01/06/2017, DJe 09/06/2017)

No julgado, o Superior Tribunal de Justiça esclarece que “o afastamento da tipificação criminal do desacato não impede a responsabilidade ulterior, civil ou até mesmo de outra figura típica penal (por exemplo: calúnia, injúria, difamação)” motivada por abuso na expressão verbal ou gestual dirigida a funcionário público.

Por meio de tal julgamento, verifica-se que jurisprudência brasileira, até então pacífica quanto à possibilidade da tipificação do delito de desacato, começa a guinar para entendimento diverso. Contudo, após a referida decisão, a terceira seção do mesmo STJ definiu, em sede de apreciação do HC 379269-MS, que o crime de desacato continua sendo crime:

HABEAS CORPUS. RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. VIOLAÇÃO DO ART. 306 DO CÓDIGO DE TRÂNSITO E DOS ARTS. 330 E 331 DO CÓDIGO PENAL. PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. MANUTENÇÃO DA TIPIFICAÇÃO DO CRIME DE DESACATO NO ORDENAMENTO JURÍDICO. DIREITOS HUMANOS. PACTO DE SÃO JOSÉ DA COSTA RICA (PSJCR). DIREITO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO QUE NÃO SE REVELA ABSOLUTO. CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE. INEXISTÊNCIA DE DECISÃO PROFERIDA PELA CORTE (IDH). ATOS EXPEDIDOS PELA COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CIDH). AUSÊNCIA DE FORÇA VINCULANTE. TESTE TRIPARTITE. VETORES DE HERMENÊUTICA DOS DIREITOS TUTELADOS NA CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. POSSIBILIDADE DE RESTRIÇÃO. PREENCHIMENTO DAS CONDIÇÕES ANTEVISTAS NO ART. 13.2. DO PSJCR. SOBERANIA DO ESTADO. TEORIA DA MARGEM DE APRECIÇÃO NACIONAL (MARGIN OF APPRECIATION). INCOLUMIDADE DO CRIME DE DESACATO PELO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO, NOS TERMOS EM QUE ENTALHADO NO ART. 331 DO CÓDIGO PENAL. INAPLICABILIDADE, IN CASU, DO PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO TÃO LOGO QUANDO DO RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. WRIT NÃO CONHECIDO. (...) 7. Embora a Comissão Interamericana de Direitos Humanos já tenha se pronunciado sobre o tema "leis de desacato", não há precedente da Corte relacionada ao crime de desacato atrelado ao Brasil. (...) Sob o prisma de ambos instrumentos de interpretação, não se vislumbra qualquer transgressão do Direito à Liberdade de Expressão pelo teor do art. 331 do Código Penal. 11. Norma que incorpora o preenchimento de todos os requisitos exigidos para que se admita a restrição ao direito de liberdade de expressão, tendo em vista que, além ser objeto de previsão legal com acepção precisa e clara, revela-se essencial, proporcional e idônea a resguardar a moral pública e, por conseguinte, a própria ordem pública. (...) 13. Controle de convencionalidade, que, na espécie, revela-se difuso, tendo por finalidade, de acordo com a doutrina, "compatibilizar verticalmente as normas domésticas (as espécies de leis, lato sensu, vigentes no país) com os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Estado e em vigor no território nacional." 14. Para que a produção normativa doméstica possa ter validade e, por



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

consequente, eficácia, exige-se uma dupla compatibilidade vertical material. 15. Ainda que existisse decisão da Corte (IDH) sobre a preservação dos direitos humanos, essa circunstância, por si só, não seria suficiente a elidir a deliberação do Brasil acerca da aplicação de eventual julgado no seu âmbito doméstico, tudo isso por força da soberania que é inerente ao Estado. Aplicação da Teoria da Margem de Apreciação Nacional (margin of appreciation). 16. O desacato é especial forma de injúria, caracterizado como uma ofensa à honra e ao prestígio dos órgãos que integram a Administração Pública. Apontamentos da doutrina alienígena. 17. O processo de circunspeção evolutiva da norma penal teve por fim seu efetivo e concreto ajuste à proteção da condição de funcionário público e, por via reflexa, em seu maior espectro, a honra lato sensu da Administração Pública. 18. Preenchimento das condições antevistas no art. 13.2. do Pacto de São José da Costa Rica, de modo a acolher, de forma patente e em sua plenitude, a incolumidade do crime de desacato pelo ordenamento jurídico pátrio, nos termos em que entalhado no art. 331 do Código Penal. 19. Voltando-se às nuances que deram ensejo à impetração, deve ser mantido o acórdão vergastado em sua integralidade, visto que inaplicável o princípio da consunção tão logo quando do recebimento da denúncia, considerando que os delitos apontados foram, primo ictu oculi, violadores de tipos penais distintos e originários de condutas autônomas. 20. Habeas Corpus não conhecido.

(HC 379269/MS. Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA. Rel. p/ Acórdão Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 24/05/2017, DJe 30/06/2017)

Expressando entendimento diametralmente oposto ao veiculado no Recurso Especial n. 1.640.084/SP, o STJ modificou seu posicionamento, reafirmando a cogência do crime de desacato. Manifestou que o desacato preenche todos os requisitos necessários para se admitir restrição ao preceito da liberdade de expressão, pois, “além ser objeto de previsão legal com acepção precisa e clara, revela-se essencial, proporcional e idônea a resguardar a moral pública e, por conseguinte, a própria ordem pública.”

A fim de evitar posicionamentos divergentes, preservando-se a segurança jurídica, cumpre a essa Suprema Corte pacificar a matéria, a qual é a da mais alta relevância por envolver questão de política criminal e, por decorrência, a possibilidade de cerceamento da liberdade daqueles aos quais forem imputado o crime de desacato.

Por todo o exposto, este Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil pretende a declaração da não recepção do crime de desacato pela Constituição Federal de 1988, ante o reconhecimento da violação aos preceitos fundamentais da liberdade de expressão (art. 5º, incs. IX e 220, da CF), republicano (art. 1º, parágrafo único), da legalidade (art. 5º, inc. XXXIX), da igualdade (art. 5º, *caput*, da CF) e do Estado Democrático de Direito (art. 1º, da CF).



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

IV – DA CONCESSÃO DE MEDIDA CAUTELAR

Ante o cumprimento dos requisitos do *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, deve-se ser concedida a medida cautelar, por força do art. 5º, da Lei n. 9.882/99¹⁴.

O *fumus boni iuris* foi exaustivamente demonstrado no bojo dessa peça, pois se mostra patente a violação a preceitos fundamentais decorrentes da aplicação do art. 331 do CP, destacadamente, o crime infringe os preceitos da liberdade de expressão (art. 5º, incs. IX e 220, da CF), republicano (art. 1º, parágrafo único), da legalidade (art. 5º, inc. XXXIX), da igualdade (art. 5º, *caput*, da CF) e do Estado Democrático de Direito (art. 1º, da CF).

Ademais, a divergência na jurisprudência quanto ao crime de desacato, ora afastando a criminalização desta conduta, ora aplicando-a, gera grave insegurança jurídica (art. 5º, *caput*, CF), permitindo a proliferação de decisões divergentes.

O *periculum in mora*, por sua vez, também está presente no caso em comento. Destaca-se a urgência na concessão da medida liminar sobretudo em razão dos inúmeros processos e investigações criminais existentes no Brasil instaurados para apurar condutas tipificadas como desacato.

Nesse sentido, o não deferimento da medida cautelar obriga, indevidamente, os cidadãos a continuarem suportando investigações, condenações e, até mesmo, privações em sua liberdade em decorrência da imputação do delito de desacato.

A urgência na concessão da cautelar deve-se, portanto, ao risco de violação aos preceitos fundamentais basilares do cidadão, destacadamente a liberdade, a qual não é passível de reparação.

Nesse contexto, a liminar deve ser concedida devido à urgência qualificada que enseja a imediata apreciação e concessão da medida cautelar *'ad referendum'* do Plenário, na trilha de precedentes dessa egrégia Suprema Corte, como por ocasião do julgamento da ADPF n. 130, *verbis*:

CONSTITUCIONAL. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. MEDIDA CAUTELAR. LEI Nº 5.250, DE 09 DE FEVEREIRO DE 1967 - LEI DE IMPRENSA. LIMINAR MONOCRATICAMENTE CONCDIDA PELO RELATOR. REFERENDUM PELO TRIBUNAL PLENO. (...). 4. Verificação, desde logo, de descompasso entre a Carta de 1988 e os seguintes dispositivos da Lei de Imprensa, a evidenciar a necessidade de concessão da cautelar requerida: a) a

¹⁴ Art. 5º O Supremo Tribunal Federal, por decisão da maioria absoluta de seus membros, poderá deferir pedido de medida liminar na arguição de descumprimento de preceito fundamental.

§ 1º Em caso de extrema urgência ou perigo de lesão grave, ou ainda, em período de recesso, poderá o relator conceder a liminar, ad referendum do Tribunal Pleno.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

parte inicial do § 2º do art. 1º (a expressão "a espetáculos e diversões públicas, que ficarão sujeitos à censura, na forma da lei, nem"); b) íntegra do § 2º do art. 2º e dos arts. 3º, 4º, 5º, 6º e 65; c) parte final do art. 56 (o fraseado "e sob pena de decadência deverá ser proposta dentro de 3 meses da data da publicação ou transmissão que lhe der causa"); d) §§ 3º e 6º do art. 57; e) §§ 1º e 2º do art. 60 e a íntegra dos arts. 61, 62, 63 e 64; f) arts. 20, 21, 22 e 23; g) arts. 51 e 52. 5. A suspensão da eficácia dos referidos dispositivos, por 180 dias (parágrafo único do art. 21 da Lei nº 9.868/99, por analogia), não impede o curso regular dos processos neles fundamentados, aplicando-se-lhes, contudo, as normas da legislação comum, notadamente, o Código Civil, o Código Penal, o Código de Processo Civil e o Código de Processo Penal. 6. Medida liminar parcialmente deferida.

(ADPF 130 MC, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 27/02/2008, DJe-211 DIVULG 06-11-2008 PUBLIC 07-11-2008 REPUBLICAÇÃO: DJe-035 DIVULG 25-02-2010 PUBLIC 26-02-2010 EMENT VOL-02391-01 PP-00228)

Por todo o exposto, demonstrada a presença dos requisitos autorizadores, deve ser concedida a medida cautelar, afastando a aplicação do art. 331, do Código Penal e suspendendo as investigações, inquéritos e ações penais nas quais seja imputado o delito de desacato a fim de evitar, de forma imediata, a violação a preceitos fundamentais tão caros ao Estado Democrático de Direito.

V - DOS PEDIDOS:

Pelo exposto, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil requer:

a) a **concessão da medida cautelar**, face à evidência dos requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, previstos no art. 5º, §1º, da Lei n. 9.882/99, a fim de que se afaste a aplicação do art. 331, Código Penal, suspendendo-se investigações, inquéritos e ações penais nas quais haja a imputação do delito de desacato;

c) a notificação da Exma. Sra. Advogada-Geral da União para se manifestar sobre a presente arguição, nos termos da exigência constitucional do art. 103, § 3º e art. 5º, §2º, da Lei nº 9.882/99;

d) a notificação da Exma. Sra. Procuradora Geral da República para que emita o seu parecer, nos termos do art. 103, § 1º da Constituição Federal e art. 5º, §2º, da Lei nº 9.882/99;

e) ao final, a **procedência** do pedido de mérito, para que seja reconhecida a não recepção do art. 331 do CP pela Constituição Federal/1988, a fim de se preservar os preceitos fundamentais da liberdade de expressão (art. 5º, incs. IX e 220, da CF), republicano (art. 1º, parágrafo único), da legalidade (art. 5º, inc. XXXIX), da igualdade (art. 5º, *caput*, da CF) e do Estado Democrático de Direito (art. 1º, da CF).



Ordem dos Advogados do Brasil

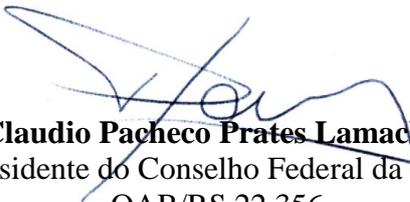
Conselho Federal

Brasília - D.F.

Deixa-se de atribuir valor à causa, em face da impossibilidade de aferi-lo.

Nesses termos, pede deferimento.

Brasília/DF, 27 de outubro de 2017.



Claudio Pacheco Prates Lamachia

Presidente do Conselho Federal da OAB
OAB/RS 22.356

Jarbas Vasconcelos do Carmo

Presidente da Comissão Nacional de Defesa das
Prerrogativas e Valorização da Advocacia
OAB/PA 5206

Roberto Charles Menezes Dias

Procurador da Procuradoria
Nacional de Defesa das
Prerrogativas
OAB/DF 51973

Cassio Lisandro Telles

Vice-Presidente da Comissão Nacional de
Defesa das Prerrogativas e Valorização da
Advocacia
OAB/PR 15225



Bruna de Freitas do Amaral
OAB/SP 339.012



Lizandra Nascimento Vicente
OAB/DF 39.992