

22/06/2020

PLENÁRIO

ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 496
DISTRITO FEDERAL

RELATOR	: MIN. ROBERTO BARROSO
REQTE.(S)	: CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL - CFOAB
ADV.(A/S)	: CLAUDIO PACHECO PRATES LAMACHIA E OUTRO(A/S)
INTDO.(A/S)	: PRESIDENTE DA REPÚBLICA
PROC.(A/S)(ES)	: ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
AM. CURIAE.	: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
AM. CURIAE.	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ADV.(A/S)	: DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
AM. CURIAE.	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DA BAHIA
PROC.(A/S)(ES)	: DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DA BAHIA
AM. CURIAE.	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO CEARÁ
PROC.(A/S)(ES)	: DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO CEARÁ
AM. CURIAE.	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PROC.(A/S)(ES)	: DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
AM. CURIAE.	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PROC.(A/S)(ES)	: DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DE MINAS GERAIS
AM. CURIAE.	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE PERNAMBUCO
PROC.(A/S)(ES)	: DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DE PERNAMBUCO

ADPF 496 / DF

AM. CURIAE.	:DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROC.(A/S)(ES)	:DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
AM. CURIAE.	:DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROC.(A/S)(ES)	:DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO
AM. CURIAE.	:DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE TOCANTINS
PROC.(A/S)(ES)	:DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO TOCANTINS
AM. CURIAE.	:DEFENSORIA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS
ADV.(A/S)	:DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO DISTRITO FEDERAL
AM. CURIAE.	:INSTITUTO BRASILEIRO DE CIENCIAS CRIMINAIS
ADV.(A/S)	:MAURICIO STEGEMANN DIETER
ADV.(A/S)	:DEBORA NACHMANOWICZ DE LIMA E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE.	:ASSOCIACAO ARTIGO 19 BRASIL
ADV.(A/S)	:CAMILA MARQUES BARROSO
ADV.(A/S)	:RAISSA MELO SOARES MAIA
AM. CURIAE.	:INSTITUTO DOS ADVOGADOS BRASILEIROS
ADV.(A/S)	:TECIO LINS E SILVA
ADV.(A/S)	:MAIRA COSTA FERNANDES
AM. CURIAE.	:INSTITUTO DE ADVOCACIA RACIAL E AMBIENTAL - IARA
ADV.(A/S)	:HUMBERTO ADAMI SANTOS JUNIOR
AM. CURIAE.	:DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
PROC.(A/S)(ES)	:DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL

Ementa: DIREITO CONSTITUCIONAL E PENAL. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. CRIME DE DESACATO. ART. 331 DO CP. CONFORMIDADE COM A CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. RECEPÇÃO

ADPF 496 / DF

PELA CONSTITUIÇÃO DE 1988.

1. Trata-se de arguição de descumprimento de preceito fundamental em que se questiona a conformidade com a Convenção Americana de Direitos Humanos, bem como a recepção pela Constituição de 1988, do art. 331 do Código Penal, que tipifica o crime de desacato.

2. De acordo com a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos e do Supremo Tribunal Federal, a liberdade de expressão não é um direito absoluto e, em casos de grave abuso, faz-se legítima a utilização do direito penal para a proteção de outros interesses e direitos relevantes.

3. A diversidade de regime jurídico – inclusive penal – existente entre agentes públicos e particulares é uma via de mão dupla: 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.

4. A criminalização do desacato não configura tratamento privilegiado ao agente estatal, mas proteção da função pública por ele exercida.

5. Dado que os agentes públicos em geral estão mais expostos ao escrutínio e à crítica dos cidadãos, deles se exige maior tolerância à reprovação e à insatisfação, limitando-se o crime de desacato a casos graves e evidentes de menosprezo à função pública.

6. Arguição de descumprimento de preceito fundamental julgada improcedente. Fixação da seguinte tese: *“Foi recepcionada pela Constituição de 1988 a norma do art. 331 do Código Penal, que tipifica o crime de desacato”*.

A C Ó R D ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Virtual, por maioria de votos, em julgar improcedente a ação de arguição de descumprimento de preceito fundamental. Foi fixada a seguinte tese: "Foi recepcionada pela Constituição de 1988 a norma do art. 331 do Código Penal, que tipifica o

ADPF 496 / DF

crime de desacato", nos termos do voto do Relator, vencidos os Ministros Edson Fachin e Rosa Weber.

Brasília, 12 a 19 de junho de 2020.

MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - RELATOR

22/06/2020

PLENÁRIO

ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 496
DISTRITO FEDERAL

RELATOR	: MIN. ROBERTO BARROSO
REQTE.(S)	: CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL - CFOAB
ADV.(A/S)	: CLAUDIO PACHECO PRATES LAMACHIA E OUTRO(A/S)
INTDO.(A/S)	: PRESIDENTE DA REPÚBLICA
PROC.(A/S)(ES)	: ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
AM. CURIAE.	: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
AM. CURIAE.	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ADV.(A/S)	: DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
AM. CURIAE.	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DA BAHIA
PROC.(A/S)(ES)	: DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DA BAHIA
AM. CURIAE.	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO CEARÁ
PROC.(A/S)(ES)	: DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO CEARÁ
AM. CURIAE.	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PROC.(A/S)(ES)	: DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
AM. CURIAE.	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PROC.(A/S)(ES)	: DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DE MINAS GERAIS
AM. CURIAE.	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE PERNAMBUCO
PROC.(A/S)(ES)	: DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DE PERNAMBUCO

ADPF 496 / DF

AM. CURIAE.	:DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROC.(A/S)(ES)	:DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
AM. CURIAE.	:DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROC.(A/S)(ES)	:DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO
AM. CURIAE.	:DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE TOCANTINS
PROC.(A/S)(ES)	:DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO TOCANTINS
AM. CURIAE.	:DEFENSORIA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS
ADV.(A/S)	:DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS
AM. CURIAE.	:INSTITUTO BRASILEIRO DE CIENCIAS CRIMINAIS
ADV.(A/S)	:MAURICIO STEGEMANN DIETER
ADV.(A/S)	:DEBORA NACHMANOWICZ DE LIMA E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE.	:ASSOCIACAO ARTIGO 19 BRASIL
ADV.(A/S)	:CAMILA MARQUES BARROSO
ADV.(A/S)	:RAISSA MELO SOARES MAIA
AM. CURIAE.	:INSTITUTO DOS ADVOGADOS BRASILEIROS
ADV.(A/S)	:TECIO LINS E SILVA
ADV.(A/S)	:MAIRA COSTA FERNANDES
AM. CURIAE.	:INSTITUTO DE ADVOCACIA RACIAL E AMBIENTAL - IARA
ADV.(A/S)	:HUMBERTO ADAMI SANTOS JUNIOR
AM. CURIAE.	:DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
PROC.(A/S)(ES)	:DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (Relator):

ADPF 496 / DF

1. Trata-se de arguição de descumprimento de preceito fundamental, com pedido de cautelar, proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – CFOAB, tendo por objeto o art. 331 do Código Penal (Decreto-Lei nº 2.848/1940), que previu o crime de desacato a funcionário público. Confira-se o teor do dispositivo:

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 a norma viola os seguintes preceitos fundamentais: (i) *a liberdade de expressão* (art. 5º, IX, e art. 220, CF/88), porque as manifestações sobre agentes públicos são relevantes para o debate público, não devendo ser cerceadas; (ii) *o princípio republicano, o Estado Democrático de Direito e o princípio da igualdade* (art. 1º, caput e par. único, e art. 5º, CF/88), uma vez que a tipificação do crime de desacato subverte a titularidade do poder político, colocando o servidor público em condição de superioridade em relação ao cidadão comum, quando deveria lhe prestar contas; (iii) *o princípio da legalidade* (art. 5º, XXXIX, CF/88), já que se trata de tipo penal excessivamente aberto, que dificulta a diferenciação entre a mera reclamação ou crítica e o insulto violador da dignidade da função pública.

3. A requerente cita, ainda, entendimentos da Corte Interamericana de Direitos Humanos – CIDH, no sentido de que a tipificação do desacato violaria o sistema democrático, por impossibilitar o controle dos atos do poder público pela população. E afirma que há divergência jurisprudencial sobre a recepção do art. 331 do Código Penal pela Constituição de 1988.

4. Em face da relevância da matéria e de seu especial significado para a ordem social e a segurança jurídica, determinei a aplicação do rito do art. 12 da Lei nº 9.868/99, por analogia.

ADPF 496 / DF

5. O Presidente da República enviou mensagem na qual defendeu a recepção do tipo penal. Ressaltou, especialmente, que “*a existência do tipo penal previsto no art. 331 não retira do cidadão o direito de censurar ou criticar o comportamento de qualquer funcionário público*”, apenas “*o que se exige é que o faça com polidez, respeito e educação, assim como se exige tal postura do funcionário público*”.

6. A então Advogada-Geral da União, de igual modo, defendeu a recepção do tipo penal.

7. Requereram seu ingresso no feito, na qualidade de *amici curiae*: a) conjuntamente, as Defensorias Públicas dos Estados do Rio de Janeiro, Bahia, Ceará, Espírito Santo, Minas Gerais, Pernambuco, Rio Grande do Sul, São Paulo e Tocantins, além da Defensoria Pública do Distrito Federal e dos Territórios; b) o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM; c) Artigo 19 Brasil, associação sem fins lucrativos ; d) o Instituto dos Advogados Brasileiros; e) o Instituto de Advocacia Racial e Ambiental – IARA; f) a Defensoria Pública da União; e g) o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

8. A Procuradoria-Geral da República manifestou-se pela improcedência do tipo penal, defendendo que a criminalização do ato de desacatar funcionário público no exercício ou em razão da função é compatível com o princípio republicano e com os princípios da legalidade, da igualdade e da liberdade de expressão.

9. É o relatório.

22/06/2020

PLENÁRIO

ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 496
DISTRITO FEDERAL

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.

ADPF 496 / DF

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.

ADPF 496 / DF

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 *Verbtsky v. Argentina*, em que o jornalista Horácio Verbtsky 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

ADPF 496 / DF

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. A despeito 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

ADPF 496 / DF

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

ADPF 496 / DF

de 2004), Mauricio Herrera Ulloa foi condenado pelo Estado costarriquenho 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

ADPF 496 / DF

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 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 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,

ADPF 496 / DF

“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

ADPF 496 / DF

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

ADPF 496 / DF

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”¹.

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

1 SMET, Stijn; BREMS, Eva. *When Human Rights Clash at the European Court of Human Rights*. Oxford: OUP, 2017. No original: Although the scope of material contributing to a debate of public interest must be broadly interpreted, there are two notable limits. First, the public interest in this sense is not served by publications having as their sole purpose to ‘satisfy the curiosity of particular readership’. Such publications would amount to using a person as a means to an end; to make money, to tillitate or entertain, and fail to treat such person with respect. Second, while a degree of exaggeration, or even provocation, is allowed no public interest is served by attacks having as their ‘sole purpose to offend’. In this respect the Court, has distinguished criticism from pure insult. Offensive language may fall outside the scope of protection of free speech if it amounts to ‘wanton denigration’ having as its sole intent to insult or offend”.

ADPF 496 / DF

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

ADPF 496 / DF

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*”.

ADPF 496 / DF

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

ADPF 496 / DF

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

ADPF 496 / DF

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 maiorias. 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

ADPF 496 / DF

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 TIPIIFICAÇÃO 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

ADPF 496 / DF

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

ADPF 496 / DF

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.

ADPF 496 / DF

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.

ADPF 496 / DF

53. Confirmam-se, a propósito, as lições de Magalhães Noronha²:

“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

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

ADPF 496 / DF

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

ADPF 496 / DF

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.

22/06/2020

PLENÁRIO

ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 496
DISTRITO FEDERAL

RELATOR	: MIN. ROBERTO BARROSO
REQTE.(S)	: CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL - CFOAB
ADV.(A/S)	: CLAUDIO PACHECO PRATES LAMACHIA E OUTRO(A/S)
INTDO.(A/S)	: PRESIDENTE DA REPÚBLICA
PROC.(A/S)(ES)	: ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
AM. CURIAE.	: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
AM. CURIAE.	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ADV.(A/S)	: DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
AM. CURIAE.	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DA BAHIA
PROC.(A/S)(ES)	: DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DA BAHIA
AM. CURIAE.	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO CEARÁ
PROC.(A/S)(ES)	: DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO CEARÁ
AM. CURIAE.	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PROC.(A/S)(ES)	: DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
AM. CURIAE.	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PROC.(A/S)(ES)	: DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DE MINAS GERAIS
AM. CURIAE.	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE PERNAMBUCO
PROC.(A/S)(ES)	: DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DE PERNAMBUCO

ADPF 496 / DF

AM. CURIAE.	:DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROC.(A/S)(ES)	:DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
AM. CURIAE.	:DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROC.(A/S)(ES)	:DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO
AM. CURIAE.	:DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE TOCANTINS
PROC.(A/S)(ES)	:DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO TOCANTINS
AM. CURIAE.	:DEFENSORIA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS
ADV.(A/S)	:DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO DISTRITO FEDERAL
AM. CURIAE.	:INSTITUTO BRASILEIRO DE CIENCIAS CRIMINAIS
ADV.(A/S)	:MAURICIO STEGEMANN DIETER
ADV.(A/S)	:DEBORA NACHMANOWICZ DE LIMA E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE.	:ASSOCIACAO ARTIGO 19 BRASIL
ADV.(A/S)	:CAMILA MARQUES BARROSO
ADV.(A/S)	:RAISSA MELO SOARES MAIA
AM. CURIAE.	:INSTITUTO DOS ADVOGADOS BRASILEIROS
ADV.(A/S)	:TECIO LINS E SILVA
ADV.(A/S)	:MAIRA COSTA FERNANDES
AM. CURIAE.	:INSTITUTO DE ADVOCACIA RACIAL E AMBIENTAL - IARA
ADV.(A/S)	:HUMBERTO ADAMI SANTOS JUNIOR
AM. CURIAE.	:DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
PROC.(A/S)(ES)	:DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL

VOTO - VOGAL

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN: Acolho o bem lançado

ADPF 496 / DF

relatório proferido pelo e. Ministro Roberto Barroso.

No mérito, peço vênica a Sua Excelência para adotar compreensão distinta.

O Requerente da presente Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental sustenta, em síntese, a não recepção pela Constituição Federal de 1988 da conduta tipificada no art. 331 do Código Penal consistente em “desacatar funcionário público”. A norma tem o seguinte teor:

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

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

Invoca como preceito fundamental o direito à liberdade de expressão, tal como assegurado em documentos internacionais de que faz parte a República Federativa do Brasil e no texto Constitucional. Os preceitos têm a seguinte base normativa:

“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:

(...)

IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

(...)

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

(...)

XIII - é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou

ADPF 496 / DF

profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer;

XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;

(...)

Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

§ 1º Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV.

§ 2º É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.

§ 3º Compete à lei federal:

I - regular as diversões e espetáculos públicos, cabendo ao Poder Público informar sobre a natureza deles, as faixas etárias a que não se recomendem, locais e horários em que sua apresentação se mostre inadequada;

II - estabelecer os meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas ou programações de rádio e televisão que contrariem o disposto no art. 221, bem como da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente.

§ 4º A propaganda comercial de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias estará sujeita a restrições legais, nos termos do inciso II do parágrafo anterior, e conterá, sempre que necessário, advertência sobre os malefícios decorrentes de seu uso.

§ 5º Os meios de comunicação social não podem, direta ou indiretamente, ser objeto de monopólio ou oligopólio.

§ 6º A publicação de veículo impresso de comunicação independe de licença de autoridade.”

ADPF 496 / DF

“Pacto de São José da Costa Rica

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 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.

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 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.”

“Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos

ARTIGO 19

1. ninguém poderá ser molestado por suas opiniões.

2. Toda pessoa terá direito à liberdade de expressão; esse direito incluirá a liberdade de procurar, receber e difundir

ADPF 496 / DF

informações e idéias de qualquer natureza, independentemente de considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro meio de sua escolha.

3. O exercício do direito previsto no parágrafo 2 do presente artigo implicará deveres e responsabilidades especiais. Conseqüentemente, poderá estar sujeito a certas restrições, que devem, entretanto, ser expressamente previstas em lei e que se façam necessárias para:

- a) assegurar o respeito dos direitos e da reputação das demais pessoas;
- b) proteger a segurança nacional, a ordem, a saúde ou a moral públicas.”

Seja por ofender os tratados internacionais, seja por ofender diretamente o próprio texto constitucional, é procedente a arguição de descumprimento de preceito fundamental.

Registro, inicialmente, que partilho do entendimento do e. Min. Celso de Mello, no sentido de que os tratados de direitos humanos têm, nos termos do art. 5º da CRFB, hierarquia constitucional. A razão para esse entendimento é relativamente simples: **não se invocam direitos fundamentais para descumprir direitos humanos**. Direitos humanos são direitos fundamentais. Os valores democráticos almejados pelo constituinte de 1988 ecoam as experiências democráticas de outras nações e de outros povos e se alinham a elas. Não por acaso, a mesma constituição que prevê, entre os seus princípios, a prevalência dos direitos humanos impõe às autoridades públicas o dever de propugnar pela criação de um tribunal internacional de direitos humanos (art. 7º do ADCT).

Essa é a razão pela qual a vinculação dos países à jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos não decorre apenas dos casos em que o país seja condenado, nos termos do Artigo 68 do Pacto de São José, mas de toda a jurisprudência do Tribunal. Como anotou a Corte no caso Almonacid Arellano, o parâmetro para se realizar o chamado controle de convencionalidade é, além do próprio texto do Pacto, a

ADPF 496 / DF

“interpretação que [dele] fez a Corte Interamericana, intérprete última da Convenção” (CIDH. Corte Interamericana de Derechos Humanos: Caso Almonacid Arellano e outros v. Chile, 2006, par. 124). Assim, o fato de a Corte jamais ter se manifestado sobre a compatibilidade do artigo 331 do Código Penal brasileiro com a Convenção Interamericana não exime o Estado brasileiro de fazê-lo, afinal, como expressamente consta do Caso Almonacid, “o Poder Judiciário deve exercer uma espécie de controle de convencionalidade entre as normas jurídicas internas que aplicam os casos concretos e a Convenção Americana sobre Derechos Humanos” (par. 124).

A Corte Interamericana possui uma longa série de precedentes sobre o direito à liberdade de expressão, garantido nos termos do Artigo 13 do Pacto de São José da Costa Rica, tanto no âmbito da jurisdição contenciosa (casos a Última Tentação de Cristo, Ivcher Bronstein v. Peru, Herrera Ulloa v. Costa Rica, Ricardo Canese v. Paraguai, Palamara Iribarne v. Chile, Claude Reyes e outros v. Chile, Kimel v. Argentina, Tristán Donoso v. Panamá, Ríos e outros v. Venezuela, Perozo e outros v. Venezuela, Usón Ramírez v. Venezuela, Manuel Cepeda Vargas v. Colômbia, Gomes Lund e outros v. Brasil, Fontevecchia D’Amico v. Argentina, González Medina e Familiares v. República Dominicana, Vélez Restrepo e Familiares v. Colombia, Uzcátegui e outros v. Venezuela, Mémoli v. Argentina, Norín Catrیمان e outros v. Chile, Granier e outros v. Venezuela, López Lone e outros v. Honduras, I.V. v. Bolívia, Alfredo Lagos del Campo v. Peru, Rocío San Miguel Sosa e outros v. Venezuela e Carvajal Carvajal e outros v. Colômbia), quanto na jurisdição consultiva (A Coligação Obrigatória de Periodistas e a Exigibilidade do Direito de Retificação ou Resposta).

A orientação interpretativa indicada pela própria Corte em cada um deles é a de realizar um rigoroso *teste de proporcionalidade*, como se observa, por exemplo, na opinião consultiva sobre a Coligação Obrigatória de Periodistas:

“la " necesidad " y, por ende, la legalidad de las restricciones a la libertad de expresión fundadas sobre el

ADPF 496 / DF

artículo 13.2 de la Convención Americana, dependerá de que estén orientadas a satisfacer un interés público imperativo. Entre varias opciones para alcanzar ese objetivo debe escogerse aquélla que restrinja en menor escala el derecho protegido. Dado este estándar, no es suficiente que se demuestre, por ejemplo, que la ley cumple un propósito útil u oportuno; para que sean compatibles con la Convención las restricciones deben justificarse según objetivos colectivos que, por su importancia, preponderen claramente sobre la necesidad social del pleno goce del derecho que el artículo 13 garantiza y no limiten más de lo estrictamente necesario el derecho proclamado en dicho artículo. Es decir, la restricción debe ser proporcionada al interés que la justifica y ajustarse estrechamente al logro de ese legítimo objetivo”.

A razão pela qual se deve aplicar o teste é simples: quanto maior for a restrição a um direito fundamental, tanto maior deve ser a importância de atender a outro.

A série de decisões da Corte Interamericana, embora não cheguem a examinar o art. 331 do Código Penal brasileiro, são precisas em demonstrar que há um elevado grau de importância atribuído à liberdade de expressão e, ao mesmo tempo, em duvidar da necessidade de se proteger, a qualquer custo, a reputação da Administração Pública.

No caso *Kimel v. Argentina*, por exemplo, a Corte afirmou que a relevância do direito à liberdade de expressão é elevada (sentença de 2 de maio de 2008, par. :

“Dada la importancia de la libertad de expresión en una sociedad democrática y la elevada responsabilidad que ello entraña para quienes ejercen profesionalmente labores de comunicación social, el Estado no sólo debe minimizar las restricciones a la circulación de la información sino también equilibrar, en la mayor medida de lo posible, la participación de las distintas informaciones en el debate público, impulsando el pluralismo informativo. En consecuencia, la equidad debe regir

ADPF 496 / DF

el flujo informativo. En estos términos puede explicarse la protección de los derechos humanos de quien enfrenta el poder de los medios y el intento por asegurar condiciones estructurales que permitan la expresión equitativa de las ideas.”

Ainda no mesmo caso, indicou que a proteção que deve ser dada a honra dos funcionários públicos e, *a fortiori*, da Administração Pública é menor, pois os funcionários públicos devem estar sujeitos a um maior escrutínio público, daí a necessidade de maior tolerância com essas críticas, como apontou a Corte no caso *Fontevicchia D’Amico* (sentença de 29.11.2011, par. 60):

“O limite diferente de proteção do funcionário público se explica porque se expõe voluntariamente ao escrutínio da sociedade, o que o pode levar a um maior risco de sofrer afetações a seu direito à vida privada. No presente caso se tratava do funcionário público que ostentava o mais alto cargo eletivo de seu país, Presidente da Nação e, por isso, estava sujeito ao maior escrutínio social, não apenas sobre suas atividades oficiais ou o exercício de suas funções, mas também sobre aspectos que, em princípio, poderiam estar vinculados à sua vida privada mas que revelam assuntos de interesse público.”

A Corte assinala, ainda, que a restrição imposta pela mera previsão de sanção penal é extremamente grave, pois “as consequências do processo penal em si mesmo, a imposição da sanção, a inscrição no registro de antecedentes criminais, o risco latente de perda da liberdade pessoal e o efeito estigmatizador da condenação penal” (Caso *Kimel*, par. 85) interferem severamente o gozo do direito à liberdade de expressão.

A criminalização provoca um *chilling effect*, evitando, assim, que o uso legítimo da liberdade de expressão seja feito, ante o receio de que sanções possam ser aplicadas, não obstante não haver base legal para tanto. Esse efeito inibitório é particularmente grave, porque, como bem aponta Jéssica Gomes da Mata em dissertação de mestrado (*A Política do*

ADPF 496 / DF

Enquadro), trazida à colação pela brilhante sustentação oral realizada pelo Prof. Maurício Dieter, a tipificação não raro é feita de modo a punir aqueles que questionam eventuais exageros das condutas policiais (p. 178):

“É certo que a existência de conflitos entre população e polícia pode se expressar de diferentes maneiras que não necessariamente se refletem nos registros de ocorrência policiais. No entanto, ao tomar contato com os BOPM (Boletins de Ocorrência da Polícia Militar) ficou claro que praticamente todas as ocorrências registradas sob alguma dessas condutas correspondiam a reações da população aos enquadros: pessoas que ficavam inconformadas com o fato de terem sido paradas pela polícia e, ao questionarem o comportamento policial foram acusadas de alguma dessas condutas. Nesse sentido, considero que a incidência desses tipos de ocorrência evidentemente não diz tudo sobre a existência de conflitos entre população e polícia mas diz sobre um aspecto importante: a resposta policial ao desafio de sua autoridade ao enquadrar.”

Assim, **por não passar no rigoroso teste de proporcionalidade reclamado pela Corte Interamericana, não é compatível com o Pacto de São José a previsão de sanção penal para sancionar as opiniões – críticas e até ofensivas – irrogadas contra funcionários públicos.**

O problema do tipo constante do art. 331 do Código Penal reside precisamente em atribuir um valor maior a conduta do funcionário público. Como aponta Nélson Hungria, “a ofensa constitutiva do desacato é qualquer palavra ou ato que redunde em vexame, humilhação, desprestígio ou irreverência ao funcionário. É a grosseira falta de acatamento, podendo consistir em palavras injuriosas, difamatórias ou caluniosas, vias de fato, agressão física, ameaças, gestos obscenos, gritos agudos, etc. Uma expressão grosseira, ainda que não contumeliosa, proferida em altos brados ou de modo a provocar escândalo, bastará para que se identifique o desacato” (HUNGRIA, Nélson. Comentários ao código penal, v. IX, p. 424).

ADPF 496 / DF

As mesmas condutas, porém, são punidas de forma distinta, caso dirigidas a quem não é funcionário público. A injúria, por exemplo, tem pena de detenção de um a seis meses, ao passo que o desacato tem pena de seis meses a dois anos. Isso significa que um médico de um hospital particular, caso ofendido no exercício de sua função, tem proteção menor da lei do que seu colega de profissão que trabalha em um hospital público. Mesma conduta, mesmo serviço, mas distintamente valoradas pelo legislador.

A dúvida sobre a compatibilidade do desacato com a Constituição Federal e com os tratados de direitos humanos deve, portanto, responder se há fundamento normativo que ampare a especial proteção concedida pela legislação aos funcionários públicos.

A resposta, com a devida vênia do e. Relator, é negativa.

O fato de o funcionário público estar submetido a uma maior quantidade de deveres, funcionais, criminais e civis, apenas denota que o ordenamento atribui maior grau de reprovabilidade às condutas que, no âmbito privado, poderiam configurar tipos como o de apropriação indébita, furto ou extorsão. De fato, se o exercício da autoridade pública exige a delegação de poderes a pessoas que, de forma isenta e republicana, devem mediar a realização do interesse público, qualquer tipo de desvio por elas praticado atinge a própria credibilidade do Estado, corrói as bases da solidariedade social e envergonha a República.

Em uma sociedade verdadeiramente democrática, o remédio para combater os desvios que ocorrem à margem da esfera pública é a transparência. O melhor desinfetante, afirmava o Justice Brandeis, é a luz do sol. O melhor interesse público é aquele que se manifesta por meio de um exercício de racionalidade coletiva, ou seja, é o que é amplamente debatido, criticado, verificado. As críticas e as opiniões negativas que têm os cidadãos sobre a Administração Pública não maculam sua dignidade, ao contrário, a prestigiam. Elas integram o processo de verificação e depuração das melhores ideias que irão formar a base das políticas públicas.

Não é difícil perceber que, sob essa perspectiva de uma liberdade

ADPF 496 / DF

cívica, o exercício da tolerância com opiniões negativas é mais do que simples dever da Administração Pública: a tolerância é parte constitutiva de sua legitimidade. Por essa razão, em uma sociedade democrática, não há como justificar a maior reprovabilidade da conduta que atinge a honra da Administração ou de seus funcionários. Não há como defender que os agentes privados tenham menor proteção da lei. **O que desonra a Administração Pública não é a crítica, mas a conduta de seus funcionários.**

É exatamente esse o sentido da liberdade de expressão assegurada no Pacto de São José da Costa Rica e no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos. A Organização dos Estados Americanos, por meio de sua Comissão Interamericana de Direitos Humanos, fez aprovar em outubro de 2000, a Declaração de Princípios sobre a Liberdade de Expressão, donde se extrai o princípio 11, segundo o qual os funcionários públicos estão sujeitos a maior escrutínio da sociedade: “as leis que punem a expressão ofensiva contra funcionários públicos, geralmente conhecidas como “leis de desacato”, atentam contra a liberdade de expressão e o direito à informação”. No mesmo sentido, o Relator Especial sobre Liberdade de Expressão Abid Hussain fez notar, em janeiro de 2000 (E/C.4/2000/63, par. 205), que a prisão como punição a expressão de uma opinião contra o governo era um grave violação à liberdade de expressão.

O que esses documentos estão a indicar é a manifesta ausência de legitimidade na punição mais severa para ofensas irrogadas contra funcionários públicos. Porque os funcionários públicos estão sujeitos a um maior escrutínio público – e porque livremente assim optaram por se submeter – têm eles a grave responsabilidade de tolerar discursos e palavras que contra eles são dirigidas. À luz do sistema internacional de proteção à pessoa humana, é, pois, inequívoca a conclusão de que é ilegítima a previsão normativa constante do art. 331 do Código Penal.

À mesma conclusão se chegaria, caso a questão fosse examinada à luz do texto constitucional.

De fato, é elevada a estima que este Supremo Tribunal Federal tem pelo direito à liberdade de expressão. Essa posição tem sido expressa em

ADPF 496 / DF

diversos precedentes, notadamente no que reconheceu a incompatibilidade da regulação compreensiva da atividade jornalística (ADPF 130, Rel. Min. Ayres Britto).

Esta Corte também tem reconhecido que as figuras públicas estão sujeitas a um maior escrutínio, a justificar o interesse público sobre aspectos de sua vida privada (ADI 4.815, Rel. Ministra Cármen Lúcia) ou a permitir que sejam criticadas com humor durante as campanhas eleitorais (ADI 4.451, Rel. Min. Alexandre de Moraes). Noutras palavras, o valor dado à liberdade de expressão é superior ao da honra da Administração Pública ou a de seus servidores.

Assim, mesmo que se desconsidere o influxo decisivo das normas internacionais, há na Constituição brasileira, tal como interpretada por este Tribunal, elementos que indicam que a tipificação da conduta de desacato viola a igualdade e o princípio republicano, protegendo desproporcionalmente os servidores públicos e a Administração Pública.

Para além da referência à jurisprudência dessa Corte, é possível ainda invocar precedentes do sistema norte-americano, não porque é lícito o empréstimo acrítico de parâmetros estrangeiros, mas porque a proteção à liberdade de expressão integra o que o Justice Stephen Breyer chamou de “leis comuns a toda humanidade” (partly laws common to all mankind). De fato, como bem observa o Prof. Ronaldo Porto de Macedo, há relevantes contribuições para serem hauridas da experiência americana (MACEDO, Ronaldo Porto. Liberdade de expressão: que lições devemos aprender da experiência americana? In: Revista Direito GV, v. 13, n. 1, 2017).

Nada obstante a Primeira Emenda estabelecer que o Congresso não poderá criar lei restringindo a liberdade de expressão, a Suprema Corte decidiu em *Schenk v. Estados Unidos* (1919), que esse direito poderia ser limitado se a intenção do agente se dirigisse ao cometimento de práticas criminosas e representasse um “perigo claro e iminente”. Na opinião redigida por Oliver Wendell Holmes Jr., que guiou a votação por unanimidade, ficou assentada uma das mais conhecidas expressões do direito norte-americano. Expressão essa que refere, justamente, a

ADPF 496 / DF

impossibilidade de proteger uma informação deliberadamente falsa: “A mais rigorosa proteção da liberdade de expressão não protegeria um homem que, falsamente, grita “fogo” no interior de um teatro, causando pânico” (Schenck v. United States, 249 U.S. 47, 1919).

O juiz Holmes lança os fundamentos de um teste que fica conhecido, precisamente, como “perigo claro e iminente”, e se dirige a auferir as circunstâncias concretas do caso que indicam a existência de um mal substantivo. Este teste será melhor delimitado em *Whitney v. Califórnia*, onde se estabelecem três elementos necessariamente concorrentes para a limitação do direito de opinar. Nas palavras de Carlos Bentivegna:

Somente se justificaria a restrição desta liberdade pública quando (i) houvesse, com razoável grau de certeza, o temor de que um mal pudesse advir daquele discurso; (ii) houvesse, com razoável grau de certeza, a percepção de que o mal (perigo) fosse iminente e (iii) houvesse motivos fortes para se crer na gravidade do mal a ser causado (perigo sério) (BENTIVEGNA, Carlos Frederico Barbosa. **Liberdade de expressão, honra, imagem e privacidade: os limites entre o lícito e o ilícito**. São Paulo: Manole, 2019).

Essa jurisprudência, contudo, sofrerá substantivas mutações. Por um lado, ela será superada, quando do julgamento do caso *Brandenburg v. Ohio* (1969). A Suprema Corte passa adotar um teste mais protetivo, conhecido como “ação ilegal iminente”, que se baseia na identificação do cometimento ou da incitação ao cometimento de um crime iminente, e não apenas possível em um futuro indeterminado.

Por outro lado, essa jurisprudência sofrerá especificações temáticas. É o caso, por exemplo, da construção jurisprudencial ao redor das afirmações de fatos falsos (*false statement of facts*), notadamente na imputação de condutas criminosas. Nestes casos, a exceção à proteção da Primeira Emenda pressupõe que exista uma lei civil ou penal que torne a conduta ilícita. Mas, para além da falsidade da afirmação, a Suprema Corte assentou no caso *New York Times Co. v. Sullivan* que, quando a

ADPF 496 / DF

conduta ilícita ofende a honra de agentes públicos, é necessário um elemento volitivo classificado qualificado por “*actual malice*”, isto é, pelo conhecimento doloso da falsidade da informação ou por uma forma extremada de negligência (*New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254, 1964). Em outras palavras:

Ao reconhecer que fatos incorretos são inevitáveis em um debate público saudável, a jurisprudência *Sullivan* protege alguns discursos falsos com o fito de abrir um “espaço de respiração” para o discurso político sobreviver. Logo, para promover um ação por difamação contra um crítico de um agente público, é preciso que se demonstre que o crítico agiu com “*actual malice*”, com conhecimento do fato de afirmação ser falsa ou com temerário desinteresse por sua falsidade. Qualquer standard menos restritivo produziria um efeito de dissuasão em discursos protegidos, pois possíveis críticos se sentiriam ameaçados diante da dificuldade de demonstrar a verdade de sua crítica (GOLDMAN, A. I., BAKER, D., *Free Speech, Fake News, and Democracy. First Amendment Law Review*, vol. 66, nº 18, p. 1-66, 2019).

No ano de 1999, o Relator Especial da Comissão Interamericana de Direitos Humanos para a Liberdade de Expressão recomendou aos Estados membros a adoção, em suas respectivas legislações locais, de sistema dual de diferenciação dos standards de proteção de agentes públicos e sujeitos privados. O relator conclui que isso equivaleria, na prática, “à aceitação da doutrina da malícia real (*actual malice*)” (**Informe Anual del Relator Especial para la Libertad de Expresión**, CIDH 48/1999).

Ainda que o uso da expressão “*actual malice*” não tenha sido expressamente feito pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, em ao menos dois casos (*Kimmel v. Argentina*, 2008, e *Donoso v. Panamá*, 2009), a doutrina parece ter sido encampada, garantido requisitos mais estritos para a conformação de crimes contra a honra de agente públicos (cf., por todos, CARTER, Edward. *Actual Malice in the Inter-American Court of*

ADPF 496 / DF

Human Rights. **Communication Law and Policy**, v. 18, nº 4, p. 395–423, 2013). Constrói-se, em nível regional, uma jurisprudência que determina que a liberdade de expressão só será afastada caso a acusação comprove, a um só tempo, a falsidade da afirmação e a malícia real (dolo ou negligência extremada) do agente.

Novamente, a dúvida recairia sobre saber se a tipificação promovida pelo art. 331 do Código Penal seria compatível com a interpretação mais restritiva da liberdade de expressão, isto é, se não haveria legitimidade na criminalização da conduta que, com malícia real, afetasse a honra da Administração Pública ou de seus servidores.

A resposta, também aqui, seria negativa.

O tipo de desacato é demasiadamente aberto e não permite distinguir críticas de ofensas. Ainda que se adote a interpretação defendida pelo e. Relator, no sentido de não se admitirem ofensas praticadas na imprensa, nem as que sejam feitas longe da presença do funcionário público ou quando fora do exercício de suas atribuições, a abertura do tipo não esclarece se a ação não se sobrepõe a outras condutas, como a de resistência ou a de desobediência.

Mesmo a restrição defendida pelo Relator, no que sustenta que 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”, não é suficientemente precisa para proteger os cidadãos do exercício legítimo da liberdade de expressão.

É evidente que as condutas acima não devem ser admitidas, mas daí a estabelecer uma sanção criminal para elas, isto é, a mais grave interferência em um direito, como reconhece a Corte Interamericana, é uma solução não contemplada pelo ordenamento.

Em pesquisa recente realizada por Fábio Carvalho Leite, Arianne Câmara Nery e Thainá Mamede Couto da Cruz (“Desacato no JECRim e Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro”, disponível em:

ADPF 496 / DF

<https://www.plebpuc.science/desacato-no-jecrim-e-no-tjrj>; acesso em 16.06.2020), demonstra-se que, no ano de 2018, mais de 90% dos enquadramentos, nos juizados criminais do Município do Rio de Janeiro e no Tribunal de Justiça do Estado, tem como sujeito passivo agentes da segurança pública, isto é, as ofensas são dirigidas a esses funcionários públicos. Como indicam os autores:

“Como se pode observar, os agentes de segurança pública (policiais militares, policiais civis e guardas municipais) aparecem como vítimas “mediatas” (já que o argumento é de que a vítima imediata do desacato é o próprio Estado) em 93.5% dos casos no TJRJ e em 64.2% dos casos no JECrim.

Se incluirmos delegados, bombeiros militares e agentes penitenciários, os percentuais aumentam para 98.7% (TJRJ) e 79.1% (JECrim), cabendo ressaltar que, em relação aos processos julgados no âmbito do JECrim, não foi possível identificar a autoridade ofendida em 10.4% dos casos, de modo que o percentual pode ser até (bem) mais elevado.”

As ofensas grosseiras a eles dirigidas, por sua vez, referem-se, basicamente a palavras de baixo calão ou profanas.

É precisamente essa situação fática que merece ser vista sob as luzes da jurisprudência americana. Em diversos precedentes de tribunais federais, os juízes têm exigido que as profanidades não apenas tenham *actual malice*, mas ainda que potencialmente possam resultar em violência. “Profanity alone is insufficient to establish criminal behavior”, ou “apenas palavras profanas não são suficientes para estabelecer uma conduta criminal” (State v. Wood, 112 Ohio App. 3D 621, 628, 1996).

Com base nesse argumento, o Tribunal do Sexto Circuito afirmou que os policiais não tinham causa provável para prender em flagrante uma criança de 11 anos que havia mostrado a policiais o dedo médio (*Wilson v. Martin*, No. 13-3543 (6th Cir. Oct. 8, 2013)). No mesmo sentido, o Tribunal do Segundo Circuito reconheceu que, por não haver probabilidade de causar desordem social, um policial que esteja em uma

ADPF 496 / DF

viatura não teria justa causa para realizar a prisão de quem lhe acena o dedo do meio (*Swartz v. Insogna*, 704 F.3d 105 (2d Cir. 2013)). De forma ainda mais decisiva para o contexto brasileiro: a Corte do Oitavo Circuito assentou que uma mãe que, com seus filhos, gritem “f*** you” para uma viatura policial que realizava uma abordagem não poderiam ser presas porque a profanidade só daria causa à perseguição se visasse à desobediência ou à desordem (*Thurairajah v. City of Fort Smith*, No. 17-3419, 2019 (8th Cir. June 3, 2019)).

Note-se que a jurisprudência americana não se satisfaz apenas com a exigência do *actual malice*, mas também tem apontado ser necessário que haja incitação à desobediência ou à prática de atos de violência ou que haja potencialidade de tais atos ocorrerem. Porque essas outras condutas (violências e desobediências) já são objeto de sanções criminais, não há necessidade de se interpretar o tipo de desacato para também lhes sobrepor. Não há, pois, fundamento constitucional para a criminalização do desacato, seja pela relevância do direito à liberdade de expressão, seja pela desnecessidade de se renovar a tipificação de condutas já criminalizadas.

Ante o exposto, renovando o pedido de vênia ao e. Relator Min. Roberto Barroso, julgo procedente a presente arguição, para reconhecer a não recepção do art. 331 do Código Penal.

É como voto.

22/06/2020**PLENÁRIO****ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 496
DISTRITO FEDERAL**

RELATOR	: MIN. ROBERTO BARROSO
REQTE.(S)	: CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL - CFOAB
ADV.(A/S)	: CLAUDIO PACHECO PRATES LAMACHIA E OUTRO(A/S)
INTDO.(A/S)	: PRESIDENTE DA REPÚBLICA
PROC.(A/S)(ES)	: ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
AM. CURIAE.	: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
AM. CURIAE.	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ADV.(A/S)	: DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
AM. CURIAE.	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DA BAHIA
PROC.(A/S)(ES)	: DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DA BAHIA
AM. CURIAE.	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO CEARÁ
PROC.(A/S)(ES)	: DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO CEARÁ
AM. CURIAE.	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PROC.(A/S)(ES)	: DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
AM. CURIAE.	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PROC.(A/S)(ES)	: DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DE MINAS GERAIS
AM. CURIAE.	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE PERNAMBUCO
PROC.(A/S)(ES)	: DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DE PERNAMBUCO

ADPF 496 / DF

AM. CURIAE.	:DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROC.(A/S)(ES)	:DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
AM. CURIAE.	:DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROC.(A/S)(ES)	:DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO
AM. CURIAE.	:DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE TOCANTINS
PROC.(A/S)(ES)	:DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO TOCANTINS
AM. CURIAE.	:DEFENSORIA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS
ADV.(A/S)	:DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO DISTRITO FEDERAL
AM. CURIAE.	:INSTITUTO BRASILEIRO DE CIENCIAS CRIMINAIS
ADV.(A/S)	:MAURICIO STEGEMANN DIETER
ADV.(A/S)	:DEBORA NACHMANOWICZ DE LIMA E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE.	:ASSOCIACAO ARTIGO 19 BRASIL
ADV.(A/S)	:CAMILA MARQUES BARROSO
ADV.(A/S)	:RAISSA MELO SOARES MAIA
AM. CURIAE.	:INSTITUTO DOS ADVOGADOS BRASILEIROS
ADV.(A/S)	:TECIO LINS E SILVA
ADV.(A/S)	:MAIRA COSTA FERNANDES
AM. CURIAE.	:INSTITUTO DE ADVOCACIA RACIAL E AMBIENTAL - IARA
ADV.(A/S)	:HUMBERTO ADAMI SANTOS JUNIOR
AM. CURIAE.	:DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
PROC.(A/S)(ES)	:DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL

VOTO - V O G A L

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES: Trata-se de arguição de descumprimento de preceito fundamental, com pedido de cautelar,

ADPF 496 / DF

proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil CFOAB, tendo por objeto o art. 331 do Código Penal (Decreto-Lei 2.848/1940), que previu o crime de desacato a funcionário público.

Conforme descrito pelo Relator:

“Alega a requerente que a norma viola os seguintes preceitos fundamentais: (i) a liberdade de expressão (art. 5º, IX, e art. 220, CF/88), porque as manifestações sobre agentes públicos são relevantes para o debate público, não devendo ser cerceadas; (ii) o princípio republicano, o Estado Democrático de Direito e o princípio da igualdade (art. 1º, caput e par. único, e art. 5º, CF/88), uma vez que a tipificação do crime de desacato subverte a titularidade do poder político, colocando o servidor público em condição de superioridade em relação ao cidadão comum, quando deveria lhe prestar contas; (iii) o princípio da legalidade (art. 5º, XXXIX, CF/88), já que se trata de tipo penal excessivamente aberto, que dificulta a diferenciação entre a mera reclamação ou crítica e o insulto violador da dignidade da função pública.”

O Código Penal, em seu art. 331, define o delito de desacato com a seguinte redação:

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

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

Desacatar, consoante o Dicionário Houaiss da língua portuguesa, tem o sentido de “destratar, desprezar, afrontar, insultar ou vituperar”, figurando como antônimo ações de respeitar, acatar ou honrar.

Trata-se de crime praticado por particular contra a administração em geral (CP) ou, em especial, a administração militar (CPM). A tutela penal está no interesse em se assegurar o normal funcionamento do Estado, protegendo-se o prestígio do exercício da função pública. Ressalte-se, pois, que a norma tem como destinatário da proteção legal mais a função

ADPF 496 / DF

pública do que a pessoa do funcionário (civil ou militar).

Colhe-se, portanto, para a configuração do crime, não ser necessário que o funcionário público se sinta ofendido, bastando que seja insultuosa a conduta do agente. Exige-se, porém, a presença do ofendido, sendo indispensável que o menoscabo tenha alvo certo, de forma que a vítima deve ouvir a palavra injuriosa ou sofrer diretamente o ato.

O desacato é crime comum, podendo ser praticado por qualquer pessoa. O sujeito passivo, conforme dissemos, é o Estado, sendo o funcionário público uma vítima secundária da infração.

É essencial para a configuração do delito que o funcionário público esteja no exercício da função, ou, estando fora, que a ofensa seja empregada em razão dela. Deve, pois, haver o chamado *nexo funcional*.

Com efeito, desacatar é a ação de ofender, humilhar, espezinhar, agredir o funcionário público *in officio* ou *propter officium*. Nesse cenário reside o dolo do agente. A crítica ou a censura, sem excessos, não constituem desacato, ainda que veementes.

O dolo deve abranger o conhecimento pelo agente da qualidade de funcionário público da vítima indireta. O desconhecimento desse dado pode redundar na atipicidade por erro de tipo, por exclusão do dolo, persistindo tão somente eventual crime de injúria.

Essas breves considerações sobre o delito de desacato são necessárias para melhor analisar a alegada violação à Convenção Americana de Direitos Humanos e à Constituição Federal.

Com efeito, suscita-se a incompatibilidade desse delito com a liberdade de expressão e do pensamento, garantida tanto pela Convenção Americana de Direitos Humanos, artigo 13 (promulgado pelo Decreto 6788/1992) como pela Constituição Federal, art. 5º, incisos IV, VIII e IX, e art. 220, os quais não teriam recepcionado referido tipo penal.

Sabe-se que os tratados de direitos humanos têm para nós significado ímpar, extraindo da Constituição Federal a sua condição de validade. Sobre a incorporação dos tratados ao direito interno, após a entrada em vigor da Emenda Constitucional 45/2004, possibilitou-se elevar aqueles relativos a direitos humanos ao patamar das emendas

ADPF 496 / DF

constitucionais (art. 5º, § 3º, da Constituição). Para tanto, devem esses tratados ser aprovados pelo Poder Legislativo (posteriormente, ratificados pelo Executivo) por três quintos dos votos de cada uma das suas Casas, em dois turnos de votação.

Registre-se que já anteriormente à referida EC, a partir de decisões do STF, elevou-se o *status* dos tratados de direitos humanos a patamar *superior* ao das leis ordinárias, evoluindo relativamente às decisões anteriores (desde a década de 70, no RE 80.004/SE) que equiparavam os tratados internacionais (quaisquer que fossem, de direitos humanos ou não) ao nível da legislação ordinária.

Assim, se os tratados de direitos humanos podem ser (i) *equivalentes* às emendas constitucionais (nos termos do art. 5º, § 3º, da Constituição Federal), *se aprovados pelo Legislativo após a EC 45/2004*, ou ainda (ii) *supralegais* (segundo o entendimento atual do STF RE 349.703/RS), *se aprovados antes da referida Emenda*, o certo é que, estando *acima* das normas infraconstitucionais, não de ser *também* paradigma de controle da produção normativa doméstica.

Destarte, para além do controle *de constitucionalidade*, o modelo brasileiro atual comporta, também, um controle *de convencionalidade* das normas domésticas.

Diante do quadro colocado, assinale-se o que estabelece o Pacto de San Jose da Costa Rica a respeito da liberdade de pensamento e de expressão:

“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

ADPF 496 / DF

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”.

Tomando referido tratado internacional como parâmetro do controle de convencionalidade do ordenamento jurídico interno, de uma simples leitura do dispositivo supracitado não se infere qualquer afronta na tipificação do crime de desacato. Não houve revogação da norma penal, mas recepção pela regra supralegal.

Observe-se que o item 2, letra a, do art. 13 do Pacto de San Jose dispõe claramente que o exercício do direito à liberdade de pensamento e de expressão, embora não sujeito a censura prévia, deve assumir responsabilidades ulteriores, expressamente fixadas em lei, para assegurar o respeito aos direitos ou à reputação das demais pessoas.

A liberdade de expressão prevista na Convenção Americana de Direitos Humanos não difere do tratamento conferido pela Constituição Federal ao mesmo tema, não possuindo esse específico direito, como todos os demais direitos fundamentais, caráter absoluto.

A Constituição Federal, ao tutelar a honra, a intimidade e a

ADPF 496 / DF

dignidade da pessoa humana, direitos conferidos a todos, sem distinção de qualquer natureza (art. 5º da CF), recepcionou a norma do desacato prevista na legislação penal.

O direito à liberdade de expressão deve harmonizar-se com os demais direitos envolvidos (honra, intimidade e dignidade), não eliminá-los. Incide o princípio da concordância prática, pelo qual o intérprete deve buscar a conciliação entre normas constitucionais. Dissemos em nossa obra de Direito Constitucional:

“Se é esperado do intérprete que extraia o máximo efeito de uma norma constitucional, esse exercício pode vir a provocar choque com idêntica pretensão de outras normas constitucionais. Devem, então, ser conciliadas as pretensões de efetividade dessas normas, mediante o estabelecimento de limites ajustados aos casos concretos em que são chamadas a incidir. Os problemas de concordância prática surgem, sobretudo, em casos de colisão de princípios, especialmente de direitos fundamentais, em que o intérprete se vê desafiado a encontrar um desfecho de harmonização máxima entre os direitos em atrito, buscando sempre que a medida de sacrifício de um deles, para uma solução justa e proporcional do caso concreto, não exceda o estritamente necessário”. (MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*, 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, pág. 94/95)

O exercício abusivo das liberdades públicas não se coaduna com o Estado democrático. A ninguém é lícito usar de sua liberdade de expressão para ofender, espezinhar, vituperar a honra alheia.

O desacato constitui importante instrumento de preservação da lisura da função pública e, indiretamente, da própria dignidade de quem a exerce.

Não se pode despojar a pessoa de um dos mais delicados valores constitucionais, a dignidade da pessoa humana, em razão do *status* de funcionário público (civil ou militar). A investidura em cargo ou função pública não constitui renúncia à honra e à dignidade.

ADPF 496 / DF

Impende destacar que a liberdade de expressão consubstancia um dos mais valiosos instrumentos na preservação do regime democrático. O pluralismo de opiniões, a crítica, a censura, são vitais para a formação da vontade livre de um povo.

O direito de se comunicar livremente é inerente à sociabilidade, que é próprio da natureza humana. E deve ser ampla a liberdade do discurso político, do debate livre, impedindo-se possíveis interferências do poder. O Estado de Direito democrático não desconhece esse valor universal.

Entretanto, a repressão do excesso não é incompatível com a democracia. O veto à censura prévia não proíbe o controle e a responsabilização *a posteriori*, permitindo-se a intervenção contra manifestações não protegidas jurídico-constitucionalmente, o que ocorre quando transbordam dos limites do art. 5º, inciso X, da Constituição Federal, que trata, em contraposição à liberdade de manifestação, da invulnerabilidade da honra.

O STF, nesse sentido, decidiu em caso assemelhado que o discurso de ódio não se inclui no âmbito de proteção da liberdade de expressão. No HC 82.424, Redator para o acórdão Min. Maurício Corrêa, DJ 19.3.2004, consignou-se: *“O direito à livre expressão não pode abrigar, em sua abrangência, manifestações de conteúdo imoral que implicam ilicitude penal”*.

De conseguinte, a figura penal do desacato não tolhe o direito à liberdade de expressão, não retirando da cidadania o direito à livre manifestação, desde que exercida nos limites de marcos civilizatórios bem definidos, punindo-se os excessos.

A Constituição Federal, em seu artigo 37, impõe à Administração Pública a observância dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, podendo-se deduzir daí a compatibilidade entre a defesa da honra e intimidade do funcionário público e a liberdade de expressão.

Anote-se, pois, a dúplici função desse preceptivo constitucional: serve de vetor na atuação do agente público, ao mesmo tempo em que, atuando no leito condutor de tais princípios constitucionais, deve estar protegido de investidas de terceiros.

ADPF 496 / DF

O agente público, em razão dos rigorosos deveres a que está sujeito, está submetido a um regime de responsabilidade bastante gravoso, superior àquele imposto ao particular. A improbidade administrativa estabelecida pelo § 4º do aludido artigo 37 é mostra desse rigor legal que paira sobre a conduta do funcionalismo público em geral.

Não se está, pois, diante de privilégio a colocação do agente público sob especial proteção legal.

Reprimir o Estado ataques ao funcionalismo está no âmbito de abrangência do espectro democrático.

O que não se tolera, no Estado Democrático de Direito, é colocar sob a proteção da lei uma classe de profissionais ou categoria de pessoas, deixando-se de punir seus desvios, tornando-os imunes à *persecutio criminis*. Não é isso o que ocorre em nosso sistema.

Portanto, o desacato não é incompatível com a democracia desde que, em contrapartida, haja lei que puna os abusos de autoridade. O Estado de Direito democrático deve possuir mecanismos de salvaguarda do cidadão contra abusos do poder, ao mesmo tempo em que deve colocar o agente público também a salvo do exercício abusivo de direitos conferidos aos demais membros da sociedade.

Importante questão a ser observada atine com a compatibilidade do desacato e a existência, no Estado democrático, de igual lei que puna o abuso de autoridade. Há de existir um equilíbrio entre essas duas forças. E nesse sentido veio bem a Lei 13.869/2019, que consolidou legislação mais clara e precisa para reprimir casos de abuso de autoridade.

Ainda que existam divergências relevantes, o Supremo Tribunal Federal já se pronunciou, por ambas as Turmas, no sentido da constitucionalidade e convencionalidade do tipo penal de desacato (art. 331, CP):

“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

ADPF 496 / DF

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 141.949, de minha relatoria, Segunda Turma, j. 13.3.2018)

“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 145.882 AgR, Rel. Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, j. 31.8.2018)

Por fim, os limites bem expostos pelo eminente Relator se mostram adequados para fortalecer a proteção de direitos fundamentais a partir de uma **interpretação restritiva do tipo penal**: 1) o crime deve ser praticado na presença do funcionário público; 2) não há crime se a ofensa não tiver relação com o exercício da função; 3) é necessário que o ato perturbe ou obstrua a execução das funções do funcionário público; 4) devem ser

ADPF 496 / DF

relevados, portanto, eventuais excessos na expressão da discordância, indignação ou revolta com a qualidade do serviço prestado ou com a atuação do funcionário público.

Diante do exposto, **acompanho o Relator para julgar improcedente o pedido.**

É como voto.

22/06/2020

PLENÁRIO

ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 496
DISTRITO FEDERAL

RELATOR	: MIN. ROBERTO BARROSO
REQTE.(S)	: CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL - CFOAB
ADV.(A/S)	: CLAUDIO PACHECO PRATES LAMACHIA E OUTRO(A/S)
INTDO.(A/S)	: PRESIDENTE DA REPÚBLICA
PROC.(A/S)(ES)	: ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
AM. CURIAE.	: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
AM. CURIAE.	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ADV.(A/S)	: DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
AM. CURIAE.	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DA BAHIA
PROC.(A/S)(ES)	: DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DA BAHIA
AM. CURIAE.	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO CEARÁ
PROC.(A/S)(ES)	: DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO CEARÁ
AM. CURIAE.	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PROC.(A/S)(ES)	: DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
AM. CURIAE.	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PROC.(A/S)(ES)	: DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DE MINAS GERAIS
AM. CURIAE.	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE PERNAMBUCO
PROC.(A/S)(ES)	: DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DE PERNAMBUCO

ADPF 496 / DF

AM. CURIAE.	:DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROC.(A/S)(ES)	:DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
AM. CURIAE.	:DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROC.(A/S)(ES)	:DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO
AM. CURIAE.	:DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE TOCANTINS
PROC.(A/S)(ES)	:DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO TOCANTINS
AM. CURIAE.	:DEFENSORIA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL
PROC.(A/S)(ES)	:DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO DISTRITO FEDERAL
AM. CURIAE.	:INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS
ADV.(A/S)	:MAURICIO STEGEMANN DIETER
ADV.(A/S)	:DEBORA NACHMANOWICZ DE LIMA E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE.	:ASSOCIAÇÃO ARTIGO 19 BRASIL
ADV.(A/S)	:CAMILA MARQUES BARROSO
ADV.(A/S)	:RAISSA MELO SOARES MAIA
AM. CURIAE.	:INSTITUTO DOS ADVOGADOS BRASILEIROS
ADV.(A/S)	:TECIO LINS E SILVA
ADV.(A/S)	:MAIRA COSTA FERNANDES
AM. CURIAE.	:INSTITUTO DE ADVOCACIA RACIAL E AMBIENTAL - IARA
ADV.(A/S)	:HUMBERTO ADAMI SANTOS JUNIOR
AM. CURIAE.	:DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
PROC.(A/S)(ES)	:DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL

VOTO

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES: Trata-se de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, em que se alega que o crime

ADPF 496 / DF

de desacato (art. 331, do Código Penal) está em desconformidade com o art. 13, da Convenção Americana de Direitos Humanos, e não foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988, por violar a liberdade de expressão, os princípios republicano, da legalidade e da igualdade, bem como o próprio Estado Democrático de Direito.

Entendo que o art. 331, do Código Penal, não viola o texto convencional invocado, nem afronta a ordem constitucional vigente.

Os direitos humanos fundamentais, dentre eles os direitos e garantias individuais e coletivos consagrados no art. 5º, da Constituição Federal, não podem ser utilizados como um *verdadeiro escudo protetivo* da prática de atividades ilícitas, tampouco como argumento para afastamento ou diminuição da responsabilidade civil ou penal por atos criminosos, sob pena de total consagração ao desrespeito a um verdadeiro Estado de Direito.

Os direitos e garantias fundamentais consagrados pela Constituição Federal, portanto, não são ilimitados, uma vez que encontram seus limites nos demais direitos igualmente consagrados pela Carta Magna (*Princípio da relatividade ou convivência das liberdades públicas*).

Dessa forma, a liberdade de expressão e pensamento prevista na Convenção Americana de Direitos Humanos (art. 13, item 2, letra "a", do Pacto de *San Jose*), que não se afasta do regramento previsto na Constituição da República, não é, como todo direito fundamental, absoluta, e não pode ser utilizada para justificar a prática de condutas que desrespeitem ou menosprezem o funcionário público, seja ele civil ou militar.

A Segunda Turma desta SUPREMA CORTE já se debruçou sobre a questão acerca da recepção pela nova ordem constitucional do crime de desacato e sua compatibilidade com a Convenção Americana de Direitos Humanos no julgamento do HC 141.949/DF (j. 13/3/2018). Na oportunidade, o Ministro GILMAR MENDES asseverou, com percuciência, que "*O exercício abusivo das liberdades públicas não se coaduna com o Estado democrático. A ninguém é lícito usar de sua liberdade de expressão para ofender, espezinhar, vituperar a honra alheia. O desacato constitui*

ADPF 496 / DF

importante instrumento de preservação da lisura da função pública e, indiretamente, da própria dignidade de quem a exerce." Destacou, ainda, que *"A Corte Interamericana de Direitos Humanos, órgão responsável pelo julgamento de situações concretas de abusos e violações de direitos humanos, reiteradamente tem decidido (...) que o Direito Penal pode, sim, punir condutas representativas de excessos no exercício da liberdade de expressão."*

Referido julgado recebeu a seguinte ementa:

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.

O entendimento da Primeira Turma é no mesmo sentido:

AGRAVO INTERNO NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. PENAL E PROCESSUAL PENAL. CRIME DE DESACATO. ARTIGO 331 DO CÓDIGO PENAL. ALEGADA OFENSA AO ARTIGO 5º, IV E IX, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL. OFENSA INDIRETA À CONSTITUIÇÃO FEDERAL. CRIME DE DESACATO. COMPATIBILIDADE. ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO. PRECEDENTES. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO.

(STF, ARE 1.197.927-AgR/DF, Rel. Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, DJe 29/5/2019);

Cumpre também ressaltar que o entendimento até aqui apresentado guarda plena identidade com o decidido no RHC 143.206 AgR/RS, Rel. Min. ALEXANDRE DE MORAES, Primeira Turma, j. 22/03/2019, DJe 3/4/2019.

ADPF 496 / DF

Fora isso, em várias oportunidades anteriores, sublinhei, diante da discussão referente à *compatibilidade do tipo penal do desacato com o art. 13, da Convenção Americana de Direitos Humanos*, que tal debate não tem a ver com eventual violação direta ao texto constitucional. Ao contrário, cuida-se de discussão de índole infraconstitucional. Nesse sentido, as seguintes decisões monocráticas por mim proferidas: ARE 1.231.502/RS, j. 5/9/2019; ARE 1.208.957/DF, j. 4/6/2019; ARE 1.197.979/DF, j. 1/4/2019; ARE 1.198.030/RS, j. 1/4/2019; RE 1.125.115/AM, j. 28/2/2019; RE 1.121.113/AM, j. 1/8/2018; RE 1.118.348/AM, j. 17/7/2018; ARE 1.121.385/SP, j. 17/4/2018; RE 1.004.799/SP, j. 6/3/2018; RE 1.000.208/RS, j. 6/3/2018; RE 1.059.557/RS, j. 1/2/2018; RE 1.100.136/RJ, j. 1/2/2018; ARE 1.053.633/DF, j. 9/11/2017; ARE 1.052.416/DF, j. 9/11/2017; ARE 1.005.564/DF, j. 28/9/2017 (chancelada pela Primeira Turma deste STF, em sede de Agravo Regimental, j. 20/2/2018); ARE 998.260/RN, j. 27/9/2017; ARE 1.072.474/DF, j. 26/9/2017; ARE 1.040.868/RS, j. 20/9/2017.

De toda a sorte, o próprio art. 13, da Convenção Americana de Direitos Humanos, ao tratar do direito à liberdade de expressão, faz ressalvas (não estabelece um direito ilimitado e absoluto), em sintonia com o que até aqui aduzi.

Com efeito, ainda que os agentes públicos estejam sujeitos a um grau de crítica mais acentuado, casos extremos autorizam a tutela penal, em resguardo ao interesse público subjacente à função estatal exercida por eles.

Bem por isso, a condição de agente público implica, por vezes, efeitos jurídicos de caráter dúplice, o que, na esfera penal, observa-se pela existência de um âmbito especial de sujeição ativa em determinados crimes (a exemplo do delito de abuso de autoridade, entre outros, afora infrações civis e administrativas próprias), em contraposição a um campo próprio de sujeição passiva (a exemplo do crime de desacato). Isso não caracteriza violação ao princípio da igualdade, mas, ao contrário, atenta para a condição peculiar do agente público e dos interesses de que a sociedade lhe incumbe.

Diante dessas considerações, acompanho o Relator para julgar

ADPF 496 / DF

improcedente o pedido, e fixar a tese por ele proposta: "*Foi recepcionada pela Constituição de 1988 a norma do art. 331 do Código Penal, que tipifica o crime de desacato*".

É como voto.

22/06/2020

PLENÁRIO

ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 496
DISTRITO FEDERAL

RELATOR	: MIN. ROBERTO BARROSO
REQTE.(S)	: CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL - CFOAB
ADV.(A/S)	: CLAUDIO PACHECO PRATES LAMACHIA E OUTRO(A/S)
INTDO.(A/S)	: PRESIDENTE DA REPÚBLICA
PROC.(A/S)(ES)	: ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
AM. CURIAE.	: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
AM. CURIAE.	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ADV.(A/S)	: DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
AM. CURIAE.	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DA BAHIA
PROC.(A/S)(ES)	: DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DA BAHIA
AM. CURIAE.	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO CEARÁ
PROC.(A/S)(ES)	: DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO CEARÁ
AM. CURIAE.	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PROC.(A/S)(ES)	: DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
AM. CURIAE.	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PROC.(A/S)(ES)	: DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DE MINAS GERAIS
AM. CURIAE.	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE PERNAMBUCO
PROC.(A/S)(ES)	: DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DE PERNAMBUCO

ADPF 496 / DF

AM. CURIAE.	:DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROC.(A/S)(ES)	:DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
AM. CURIAE.	:DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROC.(A/S)(ES)	:DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO
AM. CURIAE.	:DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE TOCANTINS
PROC.(A/S)(ES)	:DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO TOCANTINS
AM. CURIAE.	:DEFENSORIA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS
ADV.(A/S)	:DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS
AM. CURIAE.	:INSTITUTO BRASILEIRO DE CIENCIAS CRIMINAIS
ADV.(A/S)	:MAURICIO STEGEMANN DIETER
ADV.(A/S)	:DEBORA NACHMANOWICZ DE LIMA E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE.	:ASSOCIACAO ARTIGO 19 BRASIL
ADV.(A/S)	:CAMILA MARQUES BARROSO
ADV.(A/S)	:RAISSA MELO SOARES MAIA
AM. CURIAE.	:INSTITUTO DOS ADVOGADOS BRASILEIROS
ADV.(A/S)	:TECIO LINS E SILVA
ADV.(A/S)	:MAIRA COSTA FERNANDES
AM. CURIAE.	:INSTITUTO DE ADVOCACIA RACIAL E AMBIENTAL - IARA
ADV.(A/S)	:HUMBERTO ADAMI SANTOS JUNIOR
AM. CURIAE.	:DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
PROC.(A/S)(ES)	:DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL

VOTO

A Senhora Ministra Rosa Weber: 1. Cuida-se de arguição de descumprimento de preceito fundamental, com pedido de medida

ADPF 496 / DF

cautelar, proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – CFOAB. Pugna-se seja reconhecida a não recepção do **art. 331 do Código Penal** pela Constituição da República.

Sustenta-se que a tipificação do crime de desacato fere os preceitos fundamentais concernentes às liberdades de manifestação do pensamento e de expressão independentemente de censura ou licença, asseguradas nos **art. 5º, IV e IX, e 220 da CF** e no **art. 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos**. Argumenta-se que *“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 Humanos, que tutela justamente a liberdade de expressão”*, por representarem empecilho à sujeição das condutas dos servidores públicos ao escrutínio da sociedade.

Defende-se que a tipificação do crime de desacato inibe os cidadãos de contestarem as ações e os comportamentos dos agentes estatais, enfraquecendo a prerrogativa do cidadão de fiscalizar as atividades dos agentes públicos e subvertendo, 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”*.

Alega-se, ainda, que, à 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”*, afrontando o princípio da legalidade estrita (**art. 5º, XXXIX, da CF**) além de violar o princípio da igualdade (**art. 5º, caput, da CF**) e o princípio republicano (**art. 1º da CF**), por estabelecer distinção injustificada entre funcionários públicos e os cidadãos comuns.

2. A questão da inconstitucionalidade do direito pré-constitucional foi definida, conforme a diretriz jurisprudencial historicamente adotada por esta Casa, como um problema a ser solucionado a partir da aplicação das regras de direito intertemporal – de tal modo que a **incompatibilidade superveniente** acarreta a simples **revogação** da norma anterior –, e insuscetível, portanto, de consubstanciar objeto de declaração

ADPF 496 / DF

de inconstitucionalidade pela via da ação direta. Ainda que, segundo essa orientação, não seja tecnicamente viável falar em inconstitucionalidade *stricto sensu*, mas tão-somente em não-recepção ou revogação, certo é que, se eventualmente persiste aplicação da norma qualificada como disruptiva da nova ordem constitucional, resulta caracterizada a existência da lesão, em face do descumprimento da Lei Maior. E se o preceito desse modo descumprido ostenta a qualidade de fundamental, resta autorizado o acionamento o mecanismo de proteção previsto no art. 102, § 1º, da Lei Maior.

O **art. 1º, parágrafo único, I, da Lei nº 9.882/1999**, afirma categoricamente o cabimento da arguição de descumprimento de preceito fundamental *“quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição”*. A existência de **relevante controvérsia constitucional sobre o art. 331 do Código Penal, direito federal anterior ao parâmetro de constitucionalidade**, traduz circunstância caracterizadora da **hipótese de cabimento da ADPF prevista no art. 1º, parágrafo único, I, da Lei 9.882/1999**.

Cabível a ADPF, passo ao exame do mérito.

3. Anoto, inicialmente, que o **Índice Mundial de Liberdade de Imprensa**, elaborado anualmente pela organização não-governamental internacional Repórteres Sem Fronteiras, situou o Brasil, em 2020, na posição de nº 107 entre 180 países monitorados. Ao lado de outros fatores, a **prevalência de uma cultura em que a repressão judicial à livre expressão é naturalizada, em particular quando crítica a autoridades públicas**, destaca-se como uma das razões desse resultado.

Essa cultura, no entanto, tem se perpetuado, a despeito do que consagrado no texto constitucional pátrio.

Ao assegurar **ampla liberdade à manifestação do pensamento e à expressão, sob qualquer forma, processo ou veículo**, os arts. 5º, IV e IX, e 220, *caput*, da **Constituição Brasileira** reverberam um dos sustentáculos dos regimes democráticos, cuja imprescindibilidade a experiência política

ADPF 496 / DF

internacional se encarregou de consagrar. Entendo, por esse motivo, que tais liberdades configuram princípios a serem intransigentemente garantidos.

Nessa ordem de ideias, **não se reveste de legitimidade constitucional a tipificação do crime de desacato, ao emoldurar restrição não contida nos limites axiológicos, deontológicos e teleológicos do Estado Democrático de Direito e do princípio republicano.**

A jurisprudência desta Suprema Corte tem reiteradamente afirmado que a imposição de restrições ao exercício das liberdades de expressão, opinião, manifestação do pensamento e de reunião que não se contenham nos limites materiais – expressamente excepcionados – da própria Lei Fundamental não se harmoniza com o regime constitucional vigente no país. É que, ao assegurar ampla liberdade à manifestação do pensamento e à expressão da atividade intelectual, os **arts. 5º, IV e IX, e 220 da Constituição Brasileira** reverberam verdadeiros sustentáculos dos regimes democráticos.

Como amplamente conhecido, na história do constitucionalismo moderno, surgiu com a Primeira Emenda à Constituição dos Estados Unidos a ideia de que **a existência de amplas interdições ao poder do Estado de interferir na liberdade de expressão constitui premissa de uma comunidade política caracterizada pelo autogoverno e pela liberdade individual.** No dizer de Anthony Lewis, emérito professor da Escola de Direito de Harvard falecido em 2013, *“liberdade para dizer e escrever o que se quer é uma necessidade inescapável da democracia”*.

No Estado Democrático de Direito, a liberdade de expressão é a regra, admitida a sua **restrição somente em situações excepcionais** e nos termos da lei que, em qualquer caso, deverá observar os **limites materiais emanados da Constituição.**

O **núcleo essencial e irreduzível** do direito fundamental à liberdade de expressão do pensamento compreende não apenas os direitos de **informar e ser informado**, mas também os direitos de **ter e emitir opiniões** e de **fazer críticas** e, inclusive, de estar errado. Não se compatibiliza com o regime constitucional das liberdades, nessa ordem

ADPF 496 / DF

de ideias, a interdição do uso de expressões negativas, ainda que veementes, ao emissor de manifestação opinativa que pretenda expressar desaprovação pessoal por determinado fato, situação, ou ocorrência.

No caso da tipificação do crime de desacato, notadamente, sobressai o **particular interesse social** *prima facie* em que seja assegurada a livre opinião relativamente ao **exercício de função de interesse público**.

Com efeito, é inevitável – e mesmo desejável, do ponto de vista do interesse público – que os ocupantes de cargos ou funções na estrutura do Estado, investidos de autoridade, tenham o exercício das suas atividades escrutinado seja pela imprensa, seja pelos cidadãos, que podem exercer livremente os direitos de informação, opinião e **crítica**. É sinal de saúde da democracia – e não o contrário –, que os agentes políticos e públicos sejam alvo de críticas tanto da imprensa como de indivíduos particulares, no uso das amplamente disseminadas ferramentas tecnológicas de comunicação em rede.

4. Com base nessa ideia, a Suprema Corte dos Estados Unidos da América, em 1931, no que é considerado um dos momentos decisivos para a construção do próprio sentido das liberdades de expressão e de imprensa tal como compreendidas hoje, julgou inconstitucional, à luz da proteção constitucional à liberdade de expressão, lei do Estado de Minnesota que proibia jornais “maliciosos, escandalosos e difamatórios”, como considerados aqueles que publicassem ataques contra ocupantes de cargos públicos cuja veracidade não pudesse ser comprovada. No caso (*Near v. Minnesota*), a Corte assentou expressamente que **a proteção fornecida pela Constituição alcança até mesmo a publicação que veicula ataque de caráter escandaloso contra a conduta de detentor de cargo público, convidando o público a reprová-lo, independentemente de ser capaz de provar suas alegações**.

De toda sorte, a proteção constitucional independe da virtude das ideias, da popularidade das crenças, da utilidade das opiniões ou da veracidade das afirmações manifestadas, e reconhecer assegurado o direito à crítica não significa endossá-las em nenhuma medida. Não se

ADPF 496 / DF

destina, a proteção constitucional, apenas às ideias tidas como certas ou adequadas, mas, fundamentalmente, às que desagradam.

Nesse contexto, é preciso ressaltar que afirmações destemperadas, descuidadas, irrefletidas, e até mesmo profundamente equivocadas, são inevitáveis em um debate, e sua livre circulação enseja o florescimento das ideias tidas por efetivamente valiosas ou verdadeiras, na visão de cada um. Àquelas manifestações aparentemente indesejáveis estende-se necessariamente, pois, o escopo da proteção constitucional à liberdade de expressão, a despeito de seu desvalor intrínseco, sob pena de se desencorajarem o pensamento e a imaginação, em contradição direta com a diretriz insculpida no **art. 220, caput, da Carta da República**.

A esse respeito lembro, porque oportunas, além da tantas vezes repetida manifestação creditada a Voltaire – *“posso não concordar com nenhuma palavra do que dizes, mas defenderei até a morte o direito que tendes de dizê-las”* –, as ponderações do Justice Brennan, da Suprema Corte dos Estados Unidos, no paradigmático caso *New York Times vs Sullivan*, no sentido de que a garantia de proteção conferida pela Constituição às aludidas liberdades de expressão e de imprensa se funda no

“princípio de que o debate de questões públicas deve ser irrestrito, robusto e aberto, e que ele bem pode incluir **ataques** ao governo e a funcionários públicos que sejam **veementes, cáusticos e às vezes desagradavelmente contundentes**.”
(destaquei)

Nesse caso de 1964, fundamental para se compreender a extensão a ser conferida à liberdade de imprensa em qualquer sociedade que se pretenda livre e democrática, a Suprema Corte norte-americana afirmou que **a proteção da Constituição à liberdade de expressão limita o poder do Estado de conceder indenizações em ações fundadas em difamação, ajuizadas por agentes públicos em face de críticas à sua conduta oficial**.

Aquela Corte entendeu impossível assegurar a continuidade, no longo prazo, do caráter livre e democrático de uma sociedade política, por mais perfeitas que sejam suas instituições públicas e privadas, se não

ADPF 496 / DF

conferida às liberdades de expressão e de imprensa tal amplitude, e que, no tocante a essas liberdades, é inviável proteger satisfatoriamente o seu uso adequado e a sua necessária função social sem permitir algum grau de excesso (*breathing space*).

Em outras palavras, uma sociedade em que a manifestação do pensamento está condicionada à **autocontenção**, por serem os cidadãos obrigados a avaliar o risco de sofrerem represália antes de cada manifestação de cunho crítico que pretendam emitir, não é uma sociedade livre, e sim sujeita a modalidade silenciosa de censura do pensamento. É que o efeito desestimulador da livre circulação de ideias independe da verdade das alegações contidas em uma publicação em particular. Em se tratando de críticas dirigidas contra ocupantes de cargos públicos, *“permitir julgamentos por difamação devido a qualquer afirmação errônea (...) desencorajaria a imprensa e os cidadãos de expressar críticas, por medo de cometer um erro”* (LEWIS, Anthony. **Liberdade para as ideias que odiamos**. São Paulo: Aracati, 2011).

Sequer a prova da verdade é tida, no precedente citado, como proteção suficiente para a liberdade de imprensa, porque

“aqueles que pretendem criticar a conduta oficial podem ser dissuadidos de expressar sua crítica, mesmo que ela seja tida como verdadeira e mesmo que seja de fato verdadeira, por duvidar que ela possa ser provada em juízo ou pelo medo da despesa por ter de fazê-lo.” (destaquei)

Não há dúvida de que a restrição à crítica tende a propiciar um ambiente percebido como mais confortável por alguns. O regime democrático, contudo, não tolera a imposição de ônus excessivos a indivíduos ou órgãos de imprensa que se proponham a emitir publicamente opiniões, avaliações ou críticas sobre a atuação de agentes públicos ou privados. Os riscos envolvidos no exercício da livre expressão, em tais hipóteses, não podem ser tais que apresentem permanente e elevado potencial de sacrifício pessoal como decorrência da exteriorização das manifestações do pensamento relacionadas a assuntos

ADPF 496 / DF

de interesse público, real ou aparente. Um sistema que sujeita a manifestação de opiniões e críticas ligadas a questões de interesse público a riscos sobremodo elevados traduz efetivo modo apofático de censura prévia, na medida em que induz, pela intimidação e pelo medo, o silêncio das consciências. O ônus social é enorme e o prejuízo à cidadania manifesto. Nessa ordem de ideias, inafastável a conclusão de que a liberdade de tecer críticas à atuação de ocupantes de cargos públicos constitui um **conteúdo nuclear do direito fundamental** em análise.

5. Esses aspectos ficaram muito bem delineado no julgamento do caso *Lingens v. Austria* pela **Corte Europeia de Direitos Humanos** que, já em 1986, considerou incompatível com as liberdades de expressão e de imprensa asseguradas na Convenção Europeia de Direitos Humanos a imposição de sanção pelo Estado demandado – Áustria –, com base na legislação doméstica de “*proteção da reputação*”, ao uso de expressões tais como “oportunista vil”, “imoral” e “indigno”, que, embora possam, em princípio, ferir a reputação de alguém, foram **direcionadas a agente público**.

Na visão daquela Corte supranacional, a cláusula convencional da liberdade de expressão

“constitui um dos fundamentos essenciais de uma sociedade democrática e uma das condições básicas para o seu progresso e para a autorrealização de cada indivíduo. (...) É aplicável não só a ‘informação’ ou ‘ideias’ que são recebidas favoravelmente, ou consideradas inofensivas, ou recebidas com indiferença, mas também àquelas que ofendem, chocam ou incomodam. Tais são as exigências do pluralismo, da tolerância e da abertura de espírito sem as quais não existe ‘sociedade democrática’ (...).

(...) embora a penalidade imposta ao autor, a rigor, não o tenha impedido de se expressar, **ainda assim equivale a um tipo de censura, suscetível de desencorajá-lo de novamente fazer críticas desse tipo no futuro**; (...) tal sentença seria suscetível de dissuadir jornalistas de contribuírem para a

ADPF 496 / DF

discussão pública de questões que afetam a vida da comunidade. Da mesma forma, uma sanção como esta é passível de afetar a imprensa no desempenho das suas tarefas como provedora de informação e cão de guarda do interesse público.” (destaquei)

6. Sem dúvida, a Constituição da República confere especial proteção, na condição de direitos fundamentais da personalidade, à **honra** e à **imagem** das pessoas, assegurando o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação (**art. 5º, X**).

Quando em questão, todavia, o interesse público, caso do crime de desacato, e não a vida privada ou a intimidade, a preservação da livre manifestação do pensamento autoriza um elevado grau de tolerância no tocante aos requerimentos de proteção do interesse individual.

A exposição à crítica relativamente à sua atuação é ônus inerente ao exercício de qualquer cargo público. Conforme já enfatizado, quando se trata de ocupante de um cargo público, investido de autoridade, e que está, no desempenho das suas funções, sujeito ao escrutínio da imprensa e do público em geral, mostram-se consideravelmente mais largos os limites da crítica aceitável. A posição preferencial ostentada pela liberdade de expressão na ordem jurídica reflete-se

“(…) na existência de um menor âmbito de proteção da honra, da reputação e da privacidade de agentes públicos e candidatos a cargos públicos, em relação aos demais indivíduos. Isto é, os funcionários públicos devem ter uma ‘pele mais espessa’ (*thick-skinned*) para tolerar críticas. Nenhum agente público ou autoridade pode pretender esquivar-se do escrutínio da população ou reivindicar o direito a não ser ofendido (…).” (OSORIO, Aline. **Direito Eleitoral e Liberdade de Expressão**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2017)

Com efeito, ainda,

“quando alguém ocupa um cargo público, então a

ADPF 496 / DF

margem que se abre é muito maior, porque o modo por que são desempenhados os seus deveres públicos se discute conjuntamente com as suas qualidades pessoais, o seu caráter e os seus hábitos, como pontos que interessam ao público. Todo cidadão pode falar livremente não só sobre o que sabe, mas também sobre aquilo que crê e suspeita, contanto que ao proceder assim somente tenha em vista o interesse público e não use de perfídia.” (COOLEY, Thomas M. **Princípios Gerais de Direito Constitucional nos Estados Unidos da América**. Campinas: Russell, 2002)

Nessa esteira, em *Bridges v. California*, 1941, a Suprema Corte dos Estados Unidos afirmou que a legítima preocupação com a dignidade e a reputação de magistrados e tribunais são se mostra suficiente para justificar, frente à Constituição, medidas punitivas contra manifestações de menosprezo ou criticismo em relação a juízes e decisões judiciais, ainda que marcadas, tais manifestações, por afirmações inverídicas.

Em tais casos, não basta, à higidez dos limites à liberdade de manifestação do pensamento, que (i) estejam eles devidamente previstos em leis formalmente válidas e (ii) atendam a fins constitucionalmente legítimos. É necessário, ainda, que (iii) a pretendida interferência nas liberdades de expressão e de imprensa traduza, ao ser aplicada ao caso concreto, um **limite necessário à preservação de uma sociedade democrática e plural**.

7. Nesse contexto, o critério da **proporcionalidade** desautoriza a imposição de restrições à liberdade de expressão, ainda que teoricamente fundadas na proteção da honra ou da imagem pessoais, quando tiverem como efeito inibir a manifestação de juízos críticos que, apesar de mordazes, se mostram, na quadra atual, banalizados.

É o que reconheceu a Corte Interamericana de Direitos Humanos em 2008, no julgamento do caso *Kimel v. Argentina*, 2008, em que condenada a República da Argentina a (i) anular as condenações civis e criminais que haviam sido impostas pelo Poder Judiciário daquele Estado contra um jornalista e historiador que publicara livro contendo afirmações

ADPF 496 / DF

supostamente atentatórias contra a honra de um Magistrado e (ii) reformar a legislação doméstica que permitiu tal condenação, declarada como em desconformidade com os preceitos da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica) que asseguram a liberdade de expressão. *In verbis*:

“Com relação ao direito individual de ter a honra respeitada, é concedida maior proteção às opiniões sobre a qualificação de uma pessoa para ocupar cargos ou sobre as ações de funcionários públicos no desempenho de seus deveres, de tal modo que o debate em um sistema democrático seja encorajado. A Corte tem salientado que, numa sociedade democrática, as personalidades políticas e públicas estão mais expostas ao escrutínio e à crítica do público. Este limite diferente de proteção deve-se ao fato deles terem se exposto voluntariamente a um escrutínio mais rigoroso. Suas atividades vão além da esfera privada para entrar no reino do debate público. Este limite não é baseado na natureza do indivíduo, mas no interesse público inerente às ações que ele desempenha. (...)

O controle democrático exercido pela opinião pública incentiva a transparência das ações do Estado e promove a responsabilidade dos funcionários públicos no desempenho de suas funções. Daí, a maior tolerância às declarações e opiniões expressas pelos indivíduos no exercício de tal poder democrático. Estas são as exigências do pluralismo inerente a uma sociedade democrática, que exige o maior fluxo possível de informações e opiniões sobre questões de interesse público.

No domínio do debate político sobre questões de grande interesse público, não são protegidas apenas a expressão de afirmações bem vistas pela opinião pública e as que são consideradas inofensivas, mas também a expressão de afirmações que chocam, irritam ou perturbam funcionários públicos ou qualquer setor da sociedade. (...)

As declarações críticas feitas pelo Sr. Kimel estavam relacionadas a questões de interesse público, por serem

ADPF 496 / DF

relativas a um juiz na sua qualidade de oficial público, e corresponderam a opiniões. (...)

Como tal, uma opinião não pode se sujeitar a sanções, ainda mais quando se trata de um juízo de valor sobre as ações de um funcionário público no exercício das suas funções. (...)

Tendo em vista o acima exposto, a Corte conclui que, no presente caso, a violação do direito do Sr. Kimel à liberdade de pensamento e de expressão foi manifestamente desproporcional e excessiva em relação ao pretenso prejuízo do direito a ser respeitado.” (*Kimel v. Argentina*, Corte Interamericana de Direitos Humanos, 2008)

A **Corte Interamericana** tem reconhecida a posição de intérprete oficial do **Pacto de San José da Costa Rica**, e o faz por meio de seus **precedentes**, sendo absolutamente irrelevante, para o efeito de se reconhecer a sua autoridade, que ela não tenha se manifestado especificamente sobre o preceito do direito doméstico em discussão no presente feito. Desconsidera-se, assim, a própria lógica de funcionamento dos mecanismos internacionais de proteção jurisdicional dos direitos humanos, fundados que são no sistema de precedentes.

8. Não se está a afirmar, aqui, que a cláusula constitucional assecuratória de liberdade plena à atividade da imprensa e à manifestação do pensamento inviabilizam, em caráter absoluto, a responsabilização por eventuais danos morais. Como bem salientou o eminente Ministro Cezar Peluso no julgamento da **Reclamação nº 9.428**, o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal ao julgamento da **ADPF 130** de modo algum significa “*juízo decisório de impossibilidade absoluta de proteção de direitos da personalidade – tais como intimidade, honra e imagem – por parte do Poder Judiciário, em caso de contraste teórico com a liberdade de imprensa*”. Essa possibilidade, todavia, há de ser exercida consoante os limites definidos na Constituição da República.

9. Ao impor restrições às liberdades de expressão que, embora destinadas em princípio à proteção de finalidades constitucionalmente legítimas, de modo algum se mostram necessárias no contexto de uma

ADPF 496 / DF

democracia plural, **o art. 331 do Código Penal não sobrevive ao teste da proporcionalidade.**

Para todos os efeitos, ainda, **a tipificação da injúria, da difamação e da calúnia já confere proteção mais do que suficiente**, além de **isonômica**, sem veicular discriminação injustificada, ao contrário do tipo referente ao desacato.

Ao prever injustificada distinção entre funcionários públicos e cidadãos comuns, o tipo do crime de desacato, em que qualificada a ofensa em razão do seu destinatário, viola o princípio da igualdade (**art. 5º, caput, da CF**) e, conseqüentemente, o princípio republicano (**art. 1º da CF**).

Traduzindo, a emissão de opinião de teor crítico contra autoridade pública no exercício da sua atividade funcional, **legítimo exercício de direito constitucionalmente assegurado**, descabe falar na imputação de **ilícito penal específico a ela assimilável**. Conseqüentemente, **o art. 331 do Código Penal impõe restrição à liberdade de expressão que, além de excessiva e anti-isonômica, se mostra materialmente incompatível com os direitos expressamente assegurados nos arts. 5º, caput, IV e IX, e 220, caput da Constituição da República, bem como no art. 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos.**

Destaco, por fim, o paradigmático julgamento da **ADPF 187** (Relator Ministro Celso de Mello, julgado em 15.6.2011, DJe 29.5.2014), em que assentada pelo Plenário desta Suprema Corte exegese segundo a qual a proteção constitucional à **liberdade de pensamento** há de ser reconhecida como *“salvaguarda não apenas das ideias e propostas prevalecentes no âmbito social, mas, sobretudo, como aparo eficiente às posições que divergem, ainda que radicalmente, das concepções predominantes em dado momento histórico-cultural, no âmbito das formações sociais”*, ressaltando-se que nem mesmo o **princípio majoritário** legitima *“a supressão, a frustração ou a aniquilação de direitos fundamentais, como o livre exercício do direito de reunião e a prática legítima da liberdade de expressão, sob pena de comprometimento da concepção material de democracia constitucional”*.

10. Esclareço, em arremate, que embora já tenha eu me manifestado,

ADPF 496 / DF

no âmbito da Primeira Turma, no sentido de acompanhar a jurisprudência majoritária do Colegiado relativamente à recepção do **art. 331 do Código Penal pela Constituição de 1988**, a questão, até o presente momento, não havia sido enfrentada em controle concentrado, em caráter abstrato.

Ante o exposto, peço vênua ao eminente Relator para, acompanhando a divergência inaugurada pelo ilustre Ministro Edson Fachin, e reafirmando a imprescindibilidade de absoluta reverência, no marco do Estado democrático de direito, às liberdades fundamentais concernentes à livre manifestação do pensamento e à livre expressão da atividade intelectual, julgar **procedente a arguição de descumprimento de preceito fundamental** para reconhecer a não recepção do **art. 331 do Código Penal** pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

É como voto.

ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 496
DISTRITO FEDERAL

RELATOR	: MIN. ROBERTO BARROSO
REQTE.(S)	: CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL - CFOAB
ADV.(A/S)	: CLAUDIO PACHECO PRATES LAMACHIA E OUTRO(A/S)
INTDO.(A/S)	: PRESIDENTE DA REPÚBLICA
PROC.(A/S)(ES)	: ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
AM. CURIAE.	: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
AM. CURIAE.	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ADV.(A/S)	: DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
AM. CURIAE.	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DA BAHIA
PROC.(A/S)(ES)	: DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DA BAHIA
AM. CURIAE.	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO CEARÁ
PROC.(A/S)(ES)	: DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO CEARÁ
AM. CURIAE.	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PROC.(A/S)(ES)	: DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
AM. CURIAE.	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PROC.(A/S)(ES)	: DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DE MINAS GERAIS
AM. CURIAE.	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE PERNAMBUCO
PROC.(A/S)(ES)	: DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DE PERNAMBUCO
AM. CURIAE.	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROC.(A/S)(ES)	: DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO RIO

ADPF 496 / DF

	GRANDE DO SUL
AM. CURIAE.	:DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROC.(A/S)(ES)	:DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO
AM. CURIAE.	:DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE TOCANTINS
PROC.(A/S)(ES)	:DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO TOCANTINS
AM. CURIAE.	:DEFENSORIA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS
ADV.(A/S)	:DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS
AM. CURIAE.	:INSTITUTO BRASILEIRO DE CIENCIAS CRIMINAIS
ADV.(A/S)	:MAURICIO STEGEMANN DIETER
ADV.(A/S)	:DEBORA NACHMANOWICZ DE LIMA E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE.	:ASSOCIACAO ARTIGO 19 BRASIL
ADV.(A/S)	:CAMILA MARQUES BARROSO
ADV.(A/S)	:RAISSA MELO SOARES MAIA
AM. CURIAE.	:INSTITUTO DOS ADVOGADOS BRASILEIROS
ADV.(A/S)	:TECIO LINS E SILVA
ADV.(A/S)	:MAIRA COSTA FERNANDES
AM. CURIAE.	:INSTITUTO DE ADVOCACIA RACIAL E AMBIENTAL - IARA
ADV.(A/S)	:HUMBERTO ADAMI SANTOS JUNIOR
AM. CURIAE.	:DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
PROC.(A/S)(ES)	:DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL

VOTO

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: *Embora entenda que os tratados internacionais de direitos humanos revestem-se, em nosso sistema normativo, de caráter constitucional, tal como tive o ensejo de assinalar por ocasião do julgamento plenário do RE 349.703/RS, do RE 466.343/SP e do*

ADPF 496 / DF

HC 87.585/TO, **cabe destacar**, desde logo, **que o direito à livre expressão do pensamento, não se reveste de caráter absoluto**, pois sofre limitações de natureza ética e de índole jurídica (ARE 891.647-ED/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.). **Os abusos** no exercício da liberdade de manifestação do pensamento, **quando** praticados, **legitimam, sempre e necessariamente “a posteriori”**, a reação estatal aos excessos cometidos, **expondo** aqueles que os praticarem a sanções jurídicas, **de caráter civil ou**, até mesmo, **de índole penal**.

Impende referir, neste ponto, **a própria** Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), **cujo Art. 13, inciso 2, alínea “a”, depois de vedar a censura prévia, prescreve** que o exercício do direito à liberdade de manifestação do pensamento **sujeitar-se-á “a responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente previstas em lei e que se façam necessárias para assegurar (...) o respeito aos direitos e à reputação das demais pessoas (...)”** (grifei).

Cumpre rememorar, por oportuno, **o magistério** de VALERIO DE OLIVEIRA MAZZUOLI (“Direito Penal – Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos”, vol. 4/136, **obra conjunta** escrita com o saudoso Professor LUIZ FLÁVIO GOMES, 2008, RT), **para quem “O exercício do direito à liberdade de pensamento e de expressão, conquanto não esteja sujeito à censura prévia, está condicionado ‘a responsabilidades ulteriores’. Isto quer dizer que não se pode proibir (censurar) a manifestação da liberdade de pensamento ou de expressão; mas, uma vez que se as utilize, ou seja, uma vez que se exerça a liberdade de pensamento ou de expressão, o uso desse direito não pode extrapolar o limite do razoável e violar (...) o respeito aos direitos e à reputação das demais pessoas (...)”** (grifei).

Irrecusável, por isso mesmo, **que manifestações que extravasem, abusiva e criminosamente, os limites razoáveis** que conformam, no plano ético-jurídico, **a prática** da liberdade de expressão, **degradando-a** ao nível primário do insulto, da ofensa **e** do menosprezo à dignidade da função

ADPF 496 / DF

pública **não merecem a proteção constitucional inscrita** no art. 5º, inciso IV, **c/c** o art. 220, **ambos** da Lei Fundamental da República, **pois** tal direito **não compreende**, em seu âmbito de tutela, **exteriorizações revestidas de caráter delituoso**.

Tenho por inquestionável, no tema, **na linha** de diversos pronunciamentos **emanados** do Supremo Tribunal Federal (**RTJ 173/805-810**, Rel. Min. CELSO DE MELLO, *v.g.*), **que não é ilimitada a extensão dos direitos e garantias individuais assegurados** pela Carta Política, **mesmo tratando-se** da liberdade de manifestação do pensamento, cuja invocação **não pode nem deve legitimar abusos** cuja prática **qualifique-se como atos impregnados de ilicitude penal**.

O fato é que a liberdade de expressão **não pode amparar comportamentos delituosos** que tenham, **na manifestação** do pensamento, um de seus meios de exteriorização, **notadamente** naqueles casos em que a conduta praticada pelo agente **encontra repulsa na própria Constituição ou no ordenamento positivo nacional**, **que não admitem** atos, palavras ou imputações contumeliosas que ofendam, **no plano penal**, valores fundamentais, **como sucede**, *p. ex.*, com o delito de desacato (**CP**, art. 331).

Com efeito, o art. 331 do Código Penal **contém preceito primário de incriminação de condutas que transgridam a dignidade, o prestígio e a respeitabilidade da função pública, além de resguardar** a honra do próprio agente público **ofendido** no exercício da função **ou** em razão dela, **consoante destaca** o magistério da doutrina **que identifica** nesses valores **o bem jurídico penalmente tutelado** (GUILHERME DE SOUZA NUCCI, “Código Penal Comentado”, p. 1.517/1.518, item n. 48, 18ª ed., 2017, Forense; DAMÁSIO E. DE JESUS, “Código Penal Anotado”, p. 1.230, 23ª ed., 2016, Saraiva; CLEBER MASSON, “Código Penal Comentado”, p. 1.396/1.397, 4ª ed., 2016, Método; FERNANDO CAPEZ e STELA PRADO, “Código Penal Comentado”, p. 672, item n. 1, 6ª ed., 2015, Saraiva; CEZAR ROBERTO BITENCOURT, “Código Penal Comentado”, p. 1.447, item n. 2, 9ª ed., 2015, Saraiva; CELSO DELMANTO, ROBERTO

ADPF 496 / DF

DELMANTO, ROBERTO DELMANTO JUNIOR e FABIO M. DE ALMEIDA DELMANTO, “**Código Penal Comentado**”, p. 985, 9ª ed/3ª tir., 2017, Saraiva; E. MAGALHÃES NORONHA, “**Direito Penal**”, vol. 4/317, item n. 1.391, 24ª ed., 2003, Saraiva; JÚLIO FABBRINI MIRABETE e RENATO N. FABBRINI, “**Código Penal Interpretado**”, p. 2.116, item n. 331.2, 9ª ed., 2015, Atlas, *v.g*).

Foi precisamente a essa conclusão que chegou a colenda Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal em julgamento (**HC 141.949/DF**, Rel. Min. GILMAR MENDES), **no qual apreciou controvérsia idêntica à debatida nesta sede processual, como se vê da decisão consubstanciada em acórdão assim ementado:**

*“**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**.” (grifei)*

Na oportunidade, o eminente Ministro GILMAR MENDES, **Relator** do precedente, **deixou consignado** que “A liberdade de expressão prevista na *Convenção Americana de Direitos Humanos* **não difere** do tratamento conferido pela Constituição Federal ao mesmo tema, **não possuindo** esse específico direito, como todos os demais direitos fundamentais, caráter absoluto”, **acentuando**, ainda, que “**O desacato** constitui importante **instrumento de preservação da lisura da função pública e, indiretamente, da própria dignidade de quem a exerce**” (grifei).

ADPF 496 / DF

Daí a pertinência da observação feita, **naquele julgamento**, pela douta Procuradoria-Geral da República:

“6. No que concerne à tese de inconstitucionalidade do art. 331 do Código Penal, por sua vez, o pedido não merece ser acolhido. É certo que a liberdade de expressão está consagrada no artigo 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), assim como está assegurada pelo próprio texto constitucional (art. 5º, IV e IX, e 220, CF), no entanto, configura direito que não se reveste de caráter absoluto.

7. Conforme entendimento firmado por esse Pretório Excelso no julgamento do ARE 891.647 ED/SP (Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, DJe de 21.9.2015), ‘(...) o direito à livre manifestação do pensamento, embora reconhecido e assegurado em sede constitucional, não se reveste de caráter absoluto nem ilimitado, expondo-se, por isso mesmo, às restrições que emergem do próprio texto da Constituição’. (...).

.....
8. A 4ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, ao dar provimento ao recurso em sentido estrito, consignou, no ponto, que ‘os direitos e garantias fundamentais assegurados na Constituição Federal não são absolutos. Como alegou o Ministério Público, não podem ser invocados como um verdadeiro escudo protetivo da prática de atividades ilícitas, tampouco como argumento para afastamento ou diminuição da responsabilidade civil ou penal por atos criminosos, sob pena de constituir uma consagração ao desrespeito a um verdadeiro Estado de Direito. Assim, se após a instrução verificar-se que conduta incriminadora consistiu em desrespeito ou ato de humilhação ao funcionário público, deverá ser reconhecido o crime de desacato’ (e-STJ, fls. 239).

9. Assim, o fato de o paciente ter proferido palavras desrespeitosas em desprestígio de funcionários públicos no exercício de suas funções – e da própria Administração Pública, não traduz exercício de liberdade de expressão, na medida em

ADPF 496 / DF

que a conduta extrapola o direito garantido pela Constituição Federal e pela própria Convenção Americana de Direitos Humanos.” (grifei)

Essa compreensão do tema – é importante ressaltar – tem sido afirmada em decisões, monocráticas e colegiadas, proferidas por eminentes Ministros desta Corte Suprema (ARE 1.132.057/DF, Rel. Min. LUIZ FUX – HC 143.968/RJ, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI – HC 149.580/SC, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI – RE 1.000.085/RS, Rel. Min. DIAS TOFFOLI – RHC 143.206/RS, Rel. Min. ALEXANDRE DE MORAES, v.g.):

“Crime de desacato (CP, art. 331). Objeto jurídico (bens e valores penalmente tutelados): dignidade, prestígio e respeitabilidade da função pública, além da honra do agente estatal ofendido “in officio” ou “propter officium”. Magistério da doutrina. Pretendida incompatibilidade do delito de desacato com a liberdade fundamental de expressão assegurada tanto pela Constituição da República (art. 5º, incisos IV e IX) quanto pela Convenção Americana de Direitos Humanos (Artigo 13). Impetração do remédio heroico objetivando duplo controle: o de constitucionalidade e o de convencionalidade. Reconhecimento, pelo Supremo Tribunal Federal, da plena legitimidade jurídica e da integral compatibilidade do crime de desacato com os textos normativos da Constituição da República e do Pacto de São José da Costa Rica. Precedentes. ‘Habeas Corpus’ denegado.”

(HC 154.143/RJ, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

“Agravos regimental no recurso extraordinário com agravo. Matéria criminal. Crime de desacato (CP, art. 331). Recepção pela Constituição Federal de 1988. Artigo 13 da CADH (Pacto de São José da Costa Rica). Compatibilidade. Agravo regimental não provido.

1. A Segunda Turma da Corte, no julgamento do HC nº 141.949/DF, Relator o Ministro Gilmar Mendes, DJe de 21/3/18, assentou a recepção do crime de desacato pela Constituição Federal de 1988 (CF, art. 5º, IV, da CF), bem como a

ADPF 496 / DF

compatibilidade da figura penal do desacato com o disposto no art. 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica).

2. Agravo regimental a que se nega provimento.

(RE 1.049.152/DF, Rel. Min. DIAS TOFFOLI – grifei)

Sendo assim, em face das razões expostas, peço vênia para formular juízo positivo de recepção do art. 331 do Código Penal e, em consequência, **julgar improcedente a presente arguição de descumprimento de preceito fundamental.**

É o meu voto.

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 496

PROCED. : DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. ROBERTO BARROSO

REQTE.(S) : CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL - CFOAB

ADV.(A/S) : CLAUDIO PACHECO PRATES LAMACHIA (22356/RS) E OUTRO(A/S)

INTDO.(A/S) : PRESIDENTE DA REPÚBLICA

PROC.(A/S)(ES) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

AM. CURIAE. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

AM. CURIAE. : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

ADV.(A/S) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO (00000/DF)

AM. CURIAE. : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DA BAHIA

PROC.(A/S)(ES) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DA BAHIA

AM. CURIAE. : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO CEARÁ

PROC.(A/S)(ES) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO CEARÁ

AM. CURIAE. : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

PROC.(A/S)(ES) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

AM. CURIAE. : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

PROC.(A/S)(ES) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DE MINAS GERAIS

AM. CURIAE. : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE PERNAMBUCO

PROC.(A/S)(ES) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DE PERNAMBUCO

AM. CURIAE. : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

PROC.(A/S)(ES) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

AM. CURIAE. : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PROC.(A/S)(ES) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO

AM. CURIAE. : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE TOCANTINS

PROC.(A/S)(ES) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO TOCANTINS

AM. CURIAE. : DEFENSORIA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS

ADV.(A/S) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS

AM. CURIAE. : INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

ADV.(A/S) : MAURICIO STEGEMANN DIETER (40855/PR, 397309/SP, 6891-A/TO)

ADV.(A/S) : DEBORA NACHMANOWICZ DE LIMA (389553/SP) E OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO ARTIGO 19 BRASIL

ADV.(A/S) : CAMILA MARQUES BARROSO (325988/SP)

ADV.(A/S) : RAISSA MELO SOARES MAIA (387073/SP)

AM. CURIAE. : INSTITUTO DOS ADVOGADOS BRASILEIROS

ADV.(A/S) : TECIO LINS E SILVA (32138/DF, 16165/RJ)

ADV.(A/S) : MAIRA COSTA FERNANDES (33604/DF, 134821/RJ)

AM. CURIAE. : INSTITUTO DE ADVOCACIA RACIAL E AMBIENTAL - IARA
ADV.(A/S) : HUMBERTO ADAMI SANTOS JUNIOR (000830/RJ)
AM. CURIAE. : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
PROC.(A/S) (ES) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL

Decisão: O Tribunal, por maioria, julgou improcedente a arguição de descumprimento de preceito fundamental e fixou a seguinte tese: "Foi recepcionada pela Constituição de 1988 a norma do art. 331 do Código Penal, que tipifica o crime de desacato", nos termos do voto do Relator, vencidos os Ministros Edson Fachin e Rosa Weber. Falaram: pelo requerente, o Dr. Julianio Breda; pelo *amicus curiae* Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, o Dr. Orlando Carlos Neves Belém, Procurador de Justiça do Estado; pelo *amicus curiae* Defensoria Pública da União, o Dr. Gustavo Zortéa da Silva, Defensor Público Federal; pelo *amicus curiae* Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, o Dr. Mauricio Stegemann Dieter; e, pelo *amicus curiae* Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul, o Dr. Domingos Barroso da Costa, Defensor Público do Estado. Plenário, Sessão Virtual de 12.6.2020 a 19.6.2020.

Composição: Ministros Dias Toffoli (Presidente), Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Carmen Lúcia, Luiz Fux, Rosa Weber, Roberto Barroso, Edson Fachin e Alexandre de Moraes.

Carmen Lilian Oliveira de Souza
Assessora-Chefe do Plenário