

24/10/2022

PLENÁRIO

**EMB.DECL. NA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO
FUNDAMENTAL 496 DISTRITO FEDERAL**

RELATOR	: MIN. ROBERTO BARROSO
EMBTE.(S)	: CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL - CFOAB
ADV.(A/S)	: CLAUDIO PACHECO PRATES LAMACHIA E OUTRO(A/S)
EMBTE.(S)	: INSTITUTO DE ADVOCACIA RACIAL E AMBIENTAL - IARA
ADV.(A/S)	: HUMBERTO ADAMI SANTOS JUNIOR
EMBDO.(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

ADPF 496 ED / DF

	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 PUBLICA DO ESTADO DO TOCANTINS
PROC.(A/S)(ES)	:DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO TOCANTINS
AM. CURIAE.	:DEFENSORIA PUBLICA DO DISTRITO FEDERAL
PROC.(A/S)(ES)	: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.	:DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
PROC.(A/S)(ES)	:DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL

Ementa: DIREITO PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. PRETENSÃO MERAMENTE INFRINGENTE.

1. Arguição de descumprimento de preceito fundamental em

ADPF 496 ED / DF

que o Plenário do Supremo Tribunal Federal firmou tese sobre a recepção pela Constituição de 1988 do art. 331 do Código Penal (crime de desacato).

2. Não há erro, obscuridade, contradição ou omissão no acórdão questionado, o que afasta a presença dos pressupostos de embargabilidade, conforme o art. 1.022 do CPC/2015.

3. A via recursal adotada não se mostra adequada para a renovação de julgamento que ocorreu regularmente.

4. Embargos de declaração rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Virtual, por maioria de votos, em rejeitar os embargos de declaração, nos termos do voto do Relator, vencido o Ministro Edson Fachin.

Brasília, 14 a 21 de outubro de 2022.

Ministro **LUÍS ROBERTO BARROSO** - Relator

24/10/2022

PLENÁRIO

**EMB.DECL. NA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO
FUNDAMENTAL 496 DISTRITO FEDERAL**

RELATOR	: MIN. ROBERTO BARROSO
EMBTE.(S)	: CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL - CFOAB
ADV.(A/S)	: CLAUDIO PACHECO PRATES LAMACHIA E OUTRO(A/S)
EMBTE.(S)	: INSTITUTO DE ADVOCACIA RACIAL E AMBIENTAL - IARA
ADV.(A/S)	: HUMBERTO ADAMI SANTOS JUNIOR
EMBDO.(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

ADPF 496 ED / DF

	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 PUBLICA DO ESTADO DO TOCANTINS
PROC.(A/S)(ES)	:DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO TOCANTINS
AM. CURIAE.	:DEFENSORIA PUBLICA DO DISTRITO FEDERAL
PROC.(A/S)(ES)	: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.	:DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
PROC.(A/S)(ES)	:DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL

RELATÓRIO:

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR):

1. Trata-se de embargos de declaração opostos contra

ADPF 496 ED / DF

acórdão do Plenário do Supremo Tribunal que declarou a recepção pela Constituição de 1988 do art. 331 do Código Penal. Transcrevo a ementa da decisão recorrida:

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 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

ADPF 496 ED / DF

Código Penal, que tipifica o crime de desacato.

2. Irresignado, o requerente opõe embargos de declaração. Alega que o acórdão foi omissivo ao não enfrentar a alegação de impacto desproporcional do tipo penal “desacato” sobre a população negra no Brasil. Defende que o tipo penal impugnado manifesta o racismo estrutural da sociedade brasileira, pois permite que se enquadrem como desacato condutas lícitas, com base na raça. Reitera os fundamentos da petição inicial e pleiteia o julgamento de procedência da ação, com reconhecimento da não recepção do art. 331 do Código Penal pela Constituição Federal de 1988.

3. **É o relatório.**

24/10/2022

PLENÁRIO

**EMB.DECL. NA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO
FUNDAMENTAL 496 DISTRITO FEDERAL**

VOTO:

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (Relator):

1. Conheço dos embargos, por tempestivos. No mérito, porém, o recurso não merece provimento.

2. A alegação do embargante expressa mero inconformismo com o acórdão recorrido, uma vez que não há erro, obscuridade, contradição ou omissão no julgado questionado, o que afasta a presença dos pressupostos de embargabilidade, conforme o art. 1.022 do CPC/2015.

3. Na hipótese, o acórdão embargado decidiu que foi recepcionada pela Constituição de 1988 a norma do art. 331 do Código Penal, que tipifica o crime de desacato, uma vez que a criminalização do desacato não configura tratamento privilegiado ao agente estatal, mas proteção da função pública por ele exercida. 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.

4. Quanto à suposta omissão relativo ao impacto desproporcional do tipo penal sobre a população negra brasileira, devido à ausência de taxatividade do desacato, entendeu-se que o tipo penal do art. 331 do Código Penal deve ser interpretado restritivamente, a fim de evitar a aplicação de punições injustas e desarrazoadas. Estabeleceu-se como requisitos tipificadores: (i) o crime deve ser praticado na presença do funcionário público; (ii) a ofensa deve ter relação com o exercício da função; (iii) é necessário que o ato perturbe ou obstrua a execução das

ADPF 496 ED / DF

funções do funcionário público; e (iv) devem ser relevados eventuais excessos na expressão da discordância, indignação ou revolta com a qualidade do serviço prestado ou com a atuação do funcionário público. Por essas razões os precedentes examinados pela Corte Interamericana de Direitos Humanos não se enquadrariam na tipificação brasileira e não subsiste o entendimento de que a amplitude do tipo geraria o racismo estrutural.

5. Quanto ao mérito dos embargos de declaração, verifico que a via recursal adotada não se mostra adequada para a renovação de julgamento que ocorreu regularmente. A petição dos aclaratórios apenas reitera fundamentos já analisados e decididos pelo Plenário da Corte.

6. Diante do exposto, com base no art. 1.024, § 2º, do CPC/2015, rejeito os embargos.

7. **É como voto.**

24/10/2022

PLENÁRIO

**EMB.DECL. NA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO
FUNDAMENTAL 496 DISTRITO FEDERAL**

RELATOR	: MIN. ROBERTO BARROSO
EMBTE.(S)	: CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL - CFOAB
ADV.(A/S)	: CLAUDIO PACHECO PRATES LAMACHIA E OUTRO(A/S)
EMBTE.(S)	: INSTITUTO DE ADVOCACIA RACIAL E AMBIENTAL - IARA
ADV.(A/S)	: HUMBERTO ADAMI SANTOS JUNIOR
EMBDO.(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

ADPF 496 ED / DF

	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 PUBLICA DO ESTADO DO TOCANTINS
PROC.(A/S)(ES)	:DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO TOCANTINS
AM. CURIAE.	:DEFENSORIA PUBLICA DO DISTRITO FEDERAL
PROC.(A/S)(ES)	: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.	:DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
PROC.(A/S)(ES)	:DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL

Acolho o relatório apresentado pelo e. Ministro Relator, o qual bem apontou tratar-se de um recurso de embargos de declaração, oposto pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, em petição conjunta com o Instituto de Advocacia Racial e Ambiental – IARA.

A peça recursal sustenta que o julgamento desta Corte, nos autos da

ADPF 496 ED / DF

presente ADPF, contém decisão capaz de produzir impacto diferenciado em relação à população negra do país. Transcrevo parte das razões manifestadas pelos embargantes:

“Nesse contexto, o tipo penal do desacato constitui uma das engrenagens por meio das quais se manifesta o racismo estrutural e institucional na nossa sociedade. No cotidiano brasileiro, a figura do desacato permite violações sistemáticas produzidas com base na raça, intencionalmente ou não. Por isso, diz-se que a previsão legal de desacato gera impacto desproporcional sobre a população negra.

Essa operacionalização enviesada, a despeito da aparente neutralidade da norma, impede o gozo dos direitos constitucionalmente garantidos - como liberdade de expressão, locomotiva, ampla defesa e contraditório, presunção de inocência - durante todo o processo de criminalização, desde a atuação das agências penais até o exercício da jurisdição nos tribunais.

Para a discussão ora em apreço, destacamos que o racismo estrutural ganha terreno fértil no crime de desacato ante o fato de o dispositivo legal não especificar a conduta de desacatar, trazendo uma normatização extremamente vaga, que depende de uma valoração por parte do órgão julgador para ser aplicado.

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

Consoante aduzido pelo CFOAB em sua petição inicial, o crime de desacato trata-se de tipo penal aberto, o qual não descreve, com segurança jurídica, o que compreende a conduta de desacatar. Em razão da ausência de uma descrição adequada do tipo, a configuração do crime se sujeita a interpretação do julgador, o que possibilita a ocorrência de arbitrariedades profundas por parte dos agentes públicos”.

ADPF 496 ED / DF

De fato, ao rever a questão posta a julgamento em que restei vencido, observo que o aresto embargado efetivamente não se debruçou sobre o ponto do racismo estrutural existente no país e da sua específica manifestação de discriminação verificada na hipótese de perpetuação do crime de desacato.

Assim, considerando as razões ora suscitadas e a sensibilidade da matéria submetida a esta Corte, que toca em tratados e jurisprudência internacional a que fiz alusão extensa em meu primeiro voto, peço vênias ao i. Relator para me posicionar no sentido do acolhimento do recurso de embargos, com efeitos infringentes, para alteração do julgado quanto ao seu mérito.

O voto do e. Relator reitera os parâmetros que, hipoteticamente, ensejariam a prática do crime de desacato, de forma a enfatizar que a tipicidade seria cerrada e não atentatória ao direito à liberdade de expressão.

Parece-me que, a despeito da fundamentação do acórdão, mantém-se o estado de omissão em relação ao tema de fundo sobre a teoria do impacto diferenciado (*disparate impact doctrine*) em relação à população negra, que, de regra, é mais criminalizada e encarcerada, sofrendo consequências estruturais e institucionais do racismo que se manifesta por meio de normas penais abertas, capazes de cercear a liberdade de expressão e a resistência civil-democrática, sob o manto de pretensa neutralidade.

O voto apresentado em sede de embargos, em meu modo de ver e com a devida vênias, não adentra nesta relevante seara proposta pelo recurso, senão vejamos o trecho relevante da sua fundamentação:

“4. Quanto à suposta omissão quanto ao impacto desproporcional do tipo penal sobre a população negra brasileira, devido à ausência de taxatividade do desacato, entendeu-se que o tipo penal do art. 331 do Código Penal deve ser interpretado restritivamente, a fim de evitar a aplicação de punições injustas e desarrazoadas. Estabeleceu-se como

ADPF 496 ED / DF

requisitos tipificadores: (i) o crime deve ser praticado na presença do funcionário público; (ii) a ofensa deve ter relação com o exercício da função; (iii) é necessário que o ato perturbe ou obstrua a execução das funções do funcionário público; e (iv) devem ser relevados eventuais excessos na expressão da discordância, indignação ou revolta com a qualidade do serviço prestado ou com a atuação do funcionário público. Por essas razões os precedentes examinados pela Corte Interamericana de Direitos Humanos não se enquadrariam na tipificação brasileira e não subsiste o entendimento de que a amplitude do tipo geraria o racismo estrutural”.

Como se pode observar, entendeu o e. Ministro Relator que a norma do art. 331 do Código Penal foi recepcionada pela Constituição e que 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”*. Ademais, defendeu que, *“para que efetivamente tenha potencial de interferir no exercício da função pública, o crime deve ser praticado na presença do funcionário público”*.

Respeitando essa posição divergente, considero que tais argumentos, repisados em sede de embargos, não atingem a questão nuclear atinente ao endosso a uma tipificação aberta e cerceadora da liberdade de crítica e resistência a abusos cometidos, por exemplo, por autoridades públicas policiais. A defesa do regime de direitos fundamentais e liberdades possui especial importância no contexto de um país que sofre com estatísticas de letalidade policial elevadas, o que foi discutido por esta Corte, com profundidade, no âmbito da ADPF nº. 635.

Quanto à teoria do impacto diferenciado, reconhecida pela Suprema Corte norte-americana no caso *Griggs v. Duke Power Company*, importa lembrar que se trata de construção que, no âmbito do direito da antidiscriminação, objetiva corrigir assimetrias e desvelar neutralidades discriminatórias. Por meio de tal doutrina, edificou-se o conceito de discriminação indireta, firmando-se que não é necessária intencionalidade para que haja diferenciação injusta e arbitrária. A fim de

ADPF 496 ED / DF

explicitar o conteúdo do precedente estadunidense, invoco lição de Roger Raupp Rios:

“Interpretando o título VII do Civil Rights Act, o tribunal concluiu pela ilegitimidade dos testes, dado o seu caráter discriminatório quanto aos resultados obtidos, isto é, em face do impacto racial diferenciado. A decisão, tomada por unanimidade, considerou que o conceito de discriminação deveria ser interpretado amplamente, alcançando não só medidas de intenção discriminatória, mas também medidas com impacto racial diferenciado, ainda que não intencionais. Nas palavras da opinião unânime, “práticas procedimentos ou testes falsamente neutros, e mesmo neutros em termos de intencionalidade, não podem ser mantidos se eles operam para congelar o status quo anterior de práticas empregatícias discriminatórias”. (RIOS, Roger Raupp. Direito da antidiscriminação: discriminação direta, indireta e ações afirmativas. Livraria do Advogado, 2008, p. 121).

Esta Corte tem chancelado a aplicabilidade da teoria do impacto diferenciado, conforme recente precedente de lavra do e. Ministro Luiz Fux na ADI nº. 5.355, da qual extraio excerto:

“A discriminação indireta ou, mais especificamente, a *disparate impact doctrine*, desenvolvida na jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos a partir do caso *Griggs v. Duke Power Co.*, caracteriza-se pelo impacto desproporcional que a norma exerce sobre determinado grupo já estigmatizado e, portanto, seu efeito de acirramento de práticas discriminatórias, independentemente de um propósito discriminatório (CORBO, Wallace. Discriminação Indireta. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2017. p. 123). 11. In casu, ao impedir o exercício provisório do servidor na licença para acompanhamento de cônjuges no exterior, o dispositivo sub examine atenta contra a proteção constitucional à família e

ADPF 496 ED / DF

hostiliza a participação feminina em cargos diplomáticos, ao lhe impor um custo social que ainda não recai sobre os homens em idêntica situação. 12. O direito social ao trabalho, consagrado na Constituição Federal em seus artigos 1º, IV, 6º, e 170, constitui, a um só tempo, elemento fundamental da identidade e dignidade humanas, ao permitir a realização pessoal plena do sujeito como indivíduo e o pertencimento a um grupo; caráter instrumental, ao viabilizar, pela retribuição pecuniária, o gozo de outros direitos básicos; e natureza pública de integração socioeconômica, ao atribuir ao trabalhador um papel ativo no desenvolvimento nacional. (...). Ação direta de inconstitucionalidade conhecida e julgado procedente o pedido, para declarar a inconstitucionalidade do artigo 69 da Lei federal 11.440/2006”. (ADI 5355, Relator: Luiz Fux, Tribunal Pleno, julgado em 11.11.2021).

Diante desse cenário, o qual se associa a temáticas reconhecidas na jurisprudência desta Corte, meu sentir, mostra-se acertada a pretensão veiculada na petição de embargos. E, uma vez conhecido o presente recurso, impende reiterar a fundamentação que externei quanto ao mérito de não-recepção do art. 331 do Código Penal, *in verbis*:

“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

ADPF 496 ED / DF

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 interpretação que [dele] fez a Corte Interamericana, intérprete última da Convenção (CIDH. Corte Interamericana de Direitos 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 Direitos 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 DAmico v. Argentina*, *González Medina e Familiares v. República Dominicana*, *Vélez Restrepo e Familiares v. Colômbia*, *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*

ADPF 496 ED / DF

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 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

ADPF 496 ED / DF

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 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 Fontevecchia DAmico (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

ADPF 496 ED / DF

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 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 enquadrados: 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

ADPF 496 ED / DF

escândalo, bastará para que se identifique o desacato (HUNGRIA, Nélson. Comentários ao código penal, v. IX, p. 424).

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

ADPF 496 ED / DF

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 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.**

(...)

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 à honra de agente públicos (cf., por todos, CARTER, Edward. *Actual Malice in the Inter-American Court of Human Rights. Communication Law and Policy*, v. 18, nº 4, p. 395423, 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.

(...)

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

ADPF 496 ED / DF

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, divergindo respeitosamente do e. Relator e homenageando as compreensões distintas, acolho os embargos, com efeitos infringentes, reiterando as razões de mérito por mim defendidas, de modo a julgar procedente a presente Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

É como voto.

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

**EMB.DECL. NA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL
496**

PROCED. : DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. ROBERTO BARROSO

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

ADV.(A/S) : CLAUDIO PACHECO PRATES LAMACHIA (70130/BA, 22356/RS) E
OUTRO(A/S)

EMBT.E.(S) : INSTITUTO DE ADVOCACIA RACIAL E AMBIENTAL - IARA

ADV.(A/S) : HUMBERTO ADAMI SANTOS JUNIOR (000830/RJ)

EMBD.O.(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 PUBLICA DO ESTADO DO CEARA

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 PUBLICA 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 PUBLICA DO ESTADO DO TOCANTINS

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

AM. CURIAE. : DEFENSORIA PUBLICA DO DISTRITO FEDERAL

PROC.(A/S)(ES) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO DISTRITO FEDERAL

AM. CURIAE. : INSTITUTO BRASILEIRO DE CIENCIAS CRIMINAIS

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

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

AM. CURIAE. : ASSOCIACAO 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. : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
PROC.(A/S) (ES) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL

Decisão: O Tribunal, por maioria, rejeitou os embargos de declaração, nos termos do voto do Relator, vencido o Ministro Edson Fachin. Plenário, Sessão Virtual de 14.10.2022 a 21.10.2022.

Composição: Ministros Rosa Weber (Presidente), Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Dias Toffoli, Luiz Fux, Roberto Barroso, Edson Fachin, Alexandre de Moraes, Nunes Marques e André Mendonça.

Carmen Lilian Oliveira de Souza
Assessora-Chefe do Plenário