DESACATO: UM TIPO PENAL CONVIDATIVO AO ABUSO

CONTEMPT: A FELONY WHICH INVITES FOR ABUSE

Alexandre de Lima Castro Tranjan

Graduando em Direito pela USP. Foi pesquisador-bolsista de iniciação científica em Filosofia do Direito pelo CNPq (2020-21) e é monitor-bolsista de Filosofia do Direito I e II (2021-atual). Vinculado por programa de pesquisa em Filosofia do Direito à Universidade Palacký, em Olomouc, República Tcheca (2021-atual).

Link Lattes: http://lattes.cnpq.br/1831263257995454

ORCID: 0000-0002-9777-439X

alexandre.tranjan@usp.br

Resumo: No presente artigo, realizar-se-á uma análise crítica acerca do tipo penal do desacato, centrada em três eixos: em primeiro lugar, comenta-se a respeito do que aqui se chama de "textura escancarada" do conceito de desacato. Após, trata-se da margem para abuso de autoridade que a amplitude do tipo penal enseja, somada à questão probatória. Por fim, defende-se que a criminalização do desacato compromete a liberdade dos cidadãos perante funcionários públicos, partindo de uma concepção republicana de liberdade como não dominação.

Palavras-chave: Desacato – Criminalização - Textura aberta do direito - Abuso de autoridade - Rigor probatório.

Abstract: In this paper, it is performed a critical analysis on the penal norm of contempt, focusing on three axes: first, comments are made about what here shall be called "wide open texture" of the concept of contempt. Afterwards, it is grapple the margin for misuse of power which the wideness of the penal norm causes, along with the probative problem. Finally, it is defended that the criminalization of contempt compromises the citizens' liberty before public officials, based on a republican concept of liberty as non-domination.

Keywords: Contempt – Criminalization - Open texture of law - Misuse of power - Evidential rigor.

O art. 331 do Código Penal (BRASIL, 1941) determina aplicação de pena de detenção por seis meses a dois anos, ou multa, para quem "desacatar funcionário público no exercício da função ou em razão dela". Trata-se, assim, de tipo penal que designa vítima específica (funcionário público), e cujo núcleo consiste no verbo "desacatar". À ação corresponde um momento em que ela é revestida de tipicidade (no exercício da função) e, alternativa ou cumulativamente, um motivo (em razão da função) que a tipifica.

No presente ensaio será realizada uma análise crítica desse delito, tendo em vista a ampla margem para abuso de autoridade que enseja este tipo penal em aberto, que, por seu caráter genérico e indeterminado, depende de complemento valorativo (no caso, determinação do sentido de "desacatar") do julgador para sua aplicação em caso concreto. O tema ganhou relevância recente graças ao julgamento da ADPF 496/DF (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2020) que, em desacordo com a Corte Interamericana de Direitos Humanos, resultou no entendimento de que o desacato "não configura tratamento privilegiado ao agente estatal, mas proteção da função pública por ele exercida". Essa tese estabelecida no acórdão será criticada, juntamente com a própria lógica por trás do tipo penal do desacato. Às normas jurídicas é inescapável a textura aberta que a própria linguagem impõe (HART, 2009, p. 161 e ss.). De tal sorte que, pela redação do texto legal, sempre haverá margem para dúvida a respeito de seu significado, por menor que seja. Se partirmos do pressuposto de que não há definições *a priori* e que, portanto, é no uso que as expressões ganham sentido (WITTGENSTEIN, 2018, p. 116 e 128), então podemos seguramente concluir que o significado das palavras depende conforme seu uso em diferentes contextos linguísticos ou "jogos de linguagem".

Dito isso, percebe-se que a zona de indiscernibilidade do termo "desacato" é, contudo, extremamente ampla: o que significa "desacatar"? Há, sem dúvida, uma série de expressões que poderiam ser ofensivas ou mesmo desrespeitosas, com um limite nebuloso: um olhar de desprezo poderia ser bastante doloroso para seu alvo, sem que isso constituísse manifesta e perceptível — às vezes sequer intencional — ofensa. Não parece justo, ainda assim, punir o delito pelo mero olhar, dado que seria virtualmente impossível aferir tal ação. Poderia ser pensado que o desacato só se realizaria por palavras, mas surge uma questão: se, no caso concreto, o agente cospe no rosto de um funcionário público que realizava sua função, ou faz um gesto obsceno perante ele, isso não seria desacato?

O mesmo ocorre com palavras: o tom de ironia em uma frase de significado neutro certamente pode ofender. "Claro, o senhor é quem manda" pode ser uma expressão reverencial, mas também um deboche, caso seguido de um sorriso sarcástico.

É evidente que, como na maioria das normas, haverá casos em que será muito claro o enquadramento de determinada situação no conteúdo da norma. É fácil ao leitor imaginar uma conduta que explicita, evidente e incontestavelmente consista num desacato. Mas esses casos não são nossa preocupação.

O grande problema do tipo penal ora descrito é justamente que, em razão da textura, que aqui será denominada escancarada do conceito de desacato, abre-se margem discricionária gigantesca para a decisão judicial. Não há legalidade nem segurança jurídica quando quase qualquer coisa pode, com certo esforço argumentativo, ser enquadrada no tipo penal. Ora, se apenas o legislador é competente para a determinação de condutas específicas como penalmente típicas (legalidade em sentido estrito), não é constitucionalmente válida a existência de um tipo penal que conceda ao julgador o poder de decidir em absoluto sobre o próprio sentido e a amplitude das condutas em questão.

O resultado é um temor reverencial à autoridade pública, temor este que em muito trespassa o desejável respeito mútuo. Respeito unilateral não é simplesmente respeito, mas sim reconhecimento de um poder ou, na linguagem neorrepublicana de Philip Pettit, dominação.

A dominação se define, de maneira geral, como a capacidade, exercitada ou meramente potencial, de se realizar interferência arbitrária na esfera de liberdade de outrem realizar escolhas (PETTIT, 1997, p. 52-3). Em que pesem as críticas à definição da corrente neorromana da teoria republicana, protagonizada por Pettit e Quentin Skinner, fato é que de sua definição de liberdade decorre uma noção valiosa: a de que a liberdade depende de uma consideração intersubjetiva de que os sujeitos de direito, em determinada sociedade, são de fato livres. Isso porque a liberdade é entendida como um status distintivo do cidadão livre, que não pode assim o ser sem que possa olhar o outro nos olhos (PETTIT, 2012, p. 84).

O que se põe em jogo, através do tipo penal do desacato, é um poderoso instrumento de chantagem conferido de mão beijada para o funcionário público. Tendo sempre o poder — que se torna arbitrário por não ser escorado na legalidade em sentido estrito — de prender em flagrante[1] e, depois, dar origem a processo judicial, passível de condenação. Esta condenação pode, como é comum no Brasil, ser escorada tão somente na palavra da vítima, isto é, do agente público. Tal fonte não alcança um nível mínimo de certeza para o estabelecimento de um *standard* probatório, dada a fraqueza epistêmica inerente a todos os meios de prova colhidos a partir do relato mnemônico de envolvidos ou terceiros. Com boa defesa técnica, é possível que se afaste, ainda que apenas em instâncias superiores, a condenação por desacato mal embasada que, por falta justamente dessa boa defesa, tenha feito pesar mais o lado da acusação ainda que fosse ele fraco. Mas, se isso por si só é um desafio, hercúleo seria o trabalho de, além de reverter a condenação, condenar o funcionário público por abuso de autoridade, o que exige a "finalidade específica de prejudicar outrem ou beneficiar a si mesmo ou a terceiro, ou, ainda, por mero capricho ou satisfação pessoal" como elemento subjetivo especial dos tipos penais constantes na da Lei 13.869, de 2019, nos termos de seu art. 1º, § 1º (BRASIL, 2019). Entre esses tipos penais, o do art. 9º é aquele que tipifica "Decretar medida de privação da liberdade em manifesta desconformidade com as hipóteses legais" como delito punível com detenção de 1 a 4 anos, e multa. Mas o balizamento interpretativo colocado no art. 1º, § 1º, faz com que seja de grande dificuldade a comprovação de que o agente que decretou o flagrante assim o fez por mera satisfação pessoal, e não que realmente se sentiu ofendido com as supostas ofensas. Muito mais do que isso, entendendo cinicamente o desejo de "justiça" como uma vingança refinada, consistindo na compensação de uma dor por outra,[2] será que a vontade de ver preso alguém que o ofendeu não seria, no fundo, um capricho, uma satisfação pessoal?

O desgaste físico e emocional, por si só, e, em diversos casos, financeiro, ensejado pela prisão em flagrante e pelo processo criminal, já é suficiente razão para que o indivíduo abdique, pelo menos em parte, de seu *status* de cidadão livre e igual aos demais, inclusive àquele que, no momento, atua como instrumento da administração pública.

Não é preciso dizer que, nessa condição de engrenagens da máquina pública, haveria uma desumanização, que tornaria os funcionários públicos, em especial os da repressão, menos dignos de respeito e consideração que um indivíduo privado, que vive de acordo com os próprios princípios, não os do Estado (THOREAU, 2012). Não é necessário entrar nessa discussão, ainda que possa ser pertinente em outros contextos. À percepção da injustiça do tipo penal em discussão, basta um paradigma político-moral de igualdade, e não de preponderância do indivíduo sobre o Estado. E essa igualdade, esse respeito mútuo e não reverencial, podem ser comprometidos pelo tipo penal do desacato.

Conclui-se, em virtude dos argumentos apresentados, que o crime de desacato, tal como se encontra redigido atualmente, expande o Direito Penal de maneira não só indeterminada, dada a textura escancarada do conceito que contém, como também favorece um estado de submissão injustificada do particular ao funcionário público, dando a este um poder de chantagem que lhe abre margem para abusos. Isso incompatibiliza tal tipo penal com um Estado Democrático de Direito que realmente preze pela liberdade dos indivíduos se a considerarmos como um *status* cívico de não sujeição ao poder arbitrário alheio, ainda que advenha do próprio Estado.

Notas

[1] Evidentemente, qualquer indivíduo tem o poder de prender aquele que for "encontrado em flagrante delito", nos termos do art. 301 do Código de Processo Penal. Mas é para algumas classes de funcionalismo público que os meios materiais para isso (arma de fogo, cassetete, algemas etc.) estão de fato disponíveis. De modo contrário, o "teje [sic] preso", como se diz popularmente, se dito de um cidadão para outro, pode soar ridículo se apenas dito, não imposto.

[2] A própria dor é uma espécie de moeda de troca: a reparação do dano pela punição do agressor só é possível se há prazer, por parte do ofendido, em ver sofrer seu ofensor (NIETZSCHE, 2009 II, § 5, p. 49-50). Sobre essa economia da dor, muito relevantes os comentários de Deleuze (2018, p. 174).

Referências

BRASIL. Decreto-Lei nº 2848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal). Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em 4 de fevereiro de 2022.

BRASIL. Lei nº 13869, de 5 de setembro de 2019. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13869.htm>. Acesso em 4 de fevereiro de 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 496. Relator Ministro Roberto Barrroso. Brasília, DF. 22 de junho de 2020.

DELEUZE, G. *Nietzsche e a filosofia*. Tradução de Mariana de Toledo Barbosa e Ovídio de Abreu Filho. São Paulo: n-1 edições, 2018.

HART, H. L. A. *O conceito de direito*. Tradução de Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

NIETZSCHE, Friedrich. *Genealogia da Moral*. Tradução, notas e posfácio de Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

PETTIT, Philip: *Republicanism:* A theory of freedom and government. Oxford (Inglaterra): Oxford University Press, 1997.

PETTIT, Philip: *On the People's Terms:* a republican theory and model of democracy. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.

THOREAU, Henry David. *A desobediência civil*. Tradução de José Geraldo Couto. São Paulo: Penguin Classics Companhia das Letras, 2012.

WITTGENSTEIN, Ludwig. *O Livro Azul*. Tradução de Jorge Mendes. Lisboa: Edições 70, 2018.

Recebido em: 14.10.2021 - Aprovado em: 24.12.2021 - Versão final: 04.02.2022