

A INCONSTITUCIONALIDADE DO CRIME DE DESACATO SOB A PERSPECTIVA DA SOBERANIA POPULAR

Antonio Oneildo Ferreira¹

Sumário: Introdução; 1. OAB contesta o tipo penal de desacato; 2. Uma perspectiva derivada da soberania popular; 3. Agentes públicos e crime de desacato à luz das premissas do Estado democrático de direito.

Introdução

Em setembro de 2017, os veículos midiáticos noticiaram que a Ministra Cármen Lúcia, recém-empossada no cargo de presidente do STF, havia pedido licença para “quebrar o protocolo” em seu discurso de posse: a magistrada endereçara seus cumprimentos, antes de tudo, não às autoridades ali presentes, mas àquela a quem aludiu como a autoridade suprema da democracia: “ao *cidadão brasileiro*, princípio e fim do Estado, senhor do poder da sociedade democrática, autoridade suprema sobre todos nós, servidores públicos, em função do qual há de labutar cada um dos ocupantes dos cargos estatais”.² Sua retórica sinalizou uma compreensão que há pelo menos um século vem conquistando a adesão quase unânime dos Estados modernos: a ideia de que todo o poder político emana do povo.

Viver numa democracia impõe adequar-se a certos padrões. Colher dela não apenas as vantagens de fruir das liberdades públicas, como também os desafios (e mesmo os inconvenientes) de evitar a todo custo um modelo de ordem pública que possa descambar para o autoritarismo. É certo que a vida em sociedade requer um grau satisfatório de deferência às normas jurídicas e às instituições por elas criadas e reguladas. Certo, outrossim, que essas mesmas instituições não estão autorizadas – nos termos dos princípios de um Estado democrático de direito – a extrapolar um nível moderado ou razoável de imposição da força a fim de compelir ao cumprimento de suas decisões e ordens.

Inspirada por sua missão político-institucional (e constitucional) de vigiar os excessos de coerção e as ameaças, mesmo que cotidianas e sutis, ao regime democrático, a Ordem dos Advogados do Brasil mais uma vez atendeu à conclamação para defender a

¹ Advogado. Diretor-Tesoureiro do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil.

² SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. “Fala da posse na presidência do STF”. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/DiscursoPosseMCL.pdf>>. Acesso em 01 de fev. de 2018.

cidadania. O Conselho Federal da OAB ajuizou ADPF com a finalidade de questionar a constitucionalidade do tipo penal de desacato, inscrito no art. 331 do Código Penal. Pedese que o referido injusto penal, decretado em um período ditatorial e impregnado de arbitrariedades, seja posto afora do âmbito de recepção da Constituição Cidadã de 1988, democrática por excelência. Os argumentos são fartos: evocam desde princípios constitucionais positivados (liberdade de expressão, legalidade, republicanismo, igualdade e Estado democrático de direito) até princípios definidos em normas de direito internacional (como o direito humano à liberdade de expressão na crítica à atividade estatal).

Proponho explorar um dos pontos aventados na peça processual redigida pela OAB, o qual me parece o mais relevante e definitivo para o reconhecimento da inconstitucionalidade em questão: o princípio estruturante da soberania do povo (art. 1º, parágrafo único da CF). Com base na leitura juridicamente adequada e moralmente responsável desse princípio, é forçoso atestar que *a tipificação penal do desacato é inerentemente inconstitucional em um regime democrático, além de desnecessária e desproporcional*. O roteiro de meu argumento principiará com a (1) posição da OAB no que tange ao atual estado legislativo e jurisprudencial do crime de desacato no Brasil; prosseguirá com uma (2) discussão teórica da ideia regulativa de soberania do povo; até desaguar, à guisa de considerações finais, em (3) apontamentos sobre o papel dos agentes públicos no Estado democrático de direito, a partir dos quais será possível julgar, finalmente, o quanto de absurdo há na referida tipificação penal.

1. OAB contesta o tipo penal de desacato

O primeiro passo para contestar a adequação constitucional do tipo penal incriminador de desacato fora dado pelo Superior Tribunal de Justiça, quando sua Quinta Turma assentou, em dezembro de 2016, a contrariedade dessa norma às convenções internacionais de direitos humanos. Para o relator do caso, Ministro Ribeiro Dantas, “a criminalização do desacato está na contramão do humanismo porque ressalta a preponderância do Estado – personificado em seus agentes – sobre o indivíduo”.³ A hierarquia entre agentes

³ MARANHÃO, Fabiana. “STJ decide que desacato a autoridade não é mais crime”. Notícias UOL. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2016/12/15/stj-decide-que-desacato-a-autoridade-nao-e-mais-crime.htm>>. Acesso em 19 de dez. de 2017.

públicos e particulares, portanto, está em flagrante descompasso com a ordem democrática inaugurada em 1988 – a qual alberga, em caráter supralegal ou de emenda constitucional, normas internacionais de direitos humanos das quais o Brasil venha a ser signatário. Considerou-se que a penalização do desacato, na prática, equivale a um cerceamento da liberdade de expressão em uma de suas dimensões mais relevantes, ao contribuir para silenciar ideias e opiniões que questionem e critiquem o *modus operandi* e o *status quo* da atividade pública.

A mesma Corte que havia avançado sobremaneira, todavia, cedeu ao retrocesso. A Terceira Seção (órgão colegiado encarregado de uniformizar o entendimento do STJ em matérias de direito penal, que inclui, além da Quinta, também a Sexta Turma) definiu que a conduta de desacato continua a ser criminalizada. Segundo o Ministro Antonio Saldanha Palheiro, autor do voto vencedor⁴ no julgamento do HC 379.269/MS, tal tipificação não obstrui a liberdade de expressão, pois não impede manifestações feitas pelo cidadão com “civildade e educação”, ao mesmo tempo em que resguarda o agente público de possíveis “ofensas sem limites”.⁵ Mais recentemente (março de 2018), a 2ª Turma do STF, ao julgar HC, prolatou decisão que infelizmente ratifica a mesma tendência.⁶

A OAB, inconformada com a involução verificada, propôs ação de descumprimento de preceito fundamental (ADPF 496/DF, distribuída ao Ministro Luís Roberto Barroso) perante o STF, requerendo o reconhecimento com efeitos *erga omnes* da não-recepção do art. 331 do Código Penal (*in verbis*: “Desacatar funcionário público no exercício da função ou em razão dela: Pena – detenção, de seis meses a dois anos, ou multa”), devido a sua incompatibilidade com os preceitos previstos pela Constituição Federal vigente. A ação foi motivada sobretudo pela intimidação que esse tipo penal inflige à advocacia, que fica constrangida em sua atuação contra ilegalidades perpetradas por agentes públicos. “A advocacia acaba muitas vezes sendo tolhida do direito de atuar plenamente

⁴ Votaram também nesse sentido, compondo a maioria, os ministros Felix Fischer, Maria Thereza de Assis Moura, Jorge Mussi, Rogerio Schietti e Nefi Cordeiro.

⁵ MUNIZ, Mariana. “Desacato continua a ser crime, diz STJ”. In: Jota. Disponível em: <<https://www.jota.info/justica/desacato-continua-a-ser-crime-diz-stj-29052017>>. Acesso em 19 de dez. de 2017.

⁶ O Relator do pedido de HC, Ministro Gilmar Mendes, considera que a tutela penal ao desacato visa a assegurar o normal funcionamento do Estado, ao proteger o prestígio da função pública. Não haveria afronta ao art. 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos, pois a liberdade de expressão não teria caráter absoluto. Foi seguido pelos Ministros Dias Toffoli e Ricardo Lewandowski. Ausente o Decano Celso de Mello, o Ministro Edson Fachin foi o único a divergir. Conferir. “Palavra punida: Em pedido de HC, 2ª Turma do STF diz que crime de desacato é constitucional”. In: *ConJur*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-mar-14/turma-stf-crime-desacato-constitucional>>. Acesso em: 20 de mar. De 2018.

na defesa de seus constituintes sob a ameaça de ter sua atuação considerada criminosa injustamente”, esclareceu o presidente da Entidade, Claudio Lamachia.⁷ Recente episódio paradigmático foi a abusiva, vexatória e truculenta prisão do advogado Sávio Delano, efetuada pela Polícia Militar do Estado de Pernambuco em Caruaru, por alegado crime de desacato por parte de profissional em pleno exercício da atividade profissional da advocacia.⁸

Afinal, a instituição que porta natureza contramajoritária, encarregada de defender os cidadãos ante o arbítrio do Estado-Leviatã, não pode ver-se acossada pela admoestação espúria de um tipo penal. Ao representar seu cliente face às autoridades, a advogada ou o advogado necessita de plena liberdade de expressão, inadmissível qualquer censura ou represália institucionalizada. Até porque a criminalização do desacato pode ser vista, indiretamente, como um prolongamento de uma espécie de “criminalização da advocacia”. Considerando que, em parte significativa dos casos, o múnus público da advocacia confunde-se justamente com o questionamento das autoridades públicas, é válido dizer que estamos aí adentrando o âmbito da liberdade de exercício profissional. De outra óptica, o cidadão vê-se impedido de fiscalizar e escrutinar, por si mesmo, o desenvolvimento da atividade pública pelo servidor.

A petição promovida pela OAB concentrou-se em três frentes: *i*) o argumento da liberdade de expressão, *ii*) o argumento da legalidade e *iii*) o argumento republicano ou do Estado democrático de direito, relacionado umbilicalmente ao princípio da igualdade.

i) A norma do art. 331 do CP confronta a liberdade de expressão antevista no art. 5º, IX c/c art. 220, § 2º da CF, garantia contrária a qualquer censura de natureza política, ideológica ou artística; bem como o art. 13 da Convenção Americana Sobre Direitos Humanos, que tutela a liberdade de pensamento e de expressão.⁹ E deve-se considerar que o

⁷ CONSELHO FEDERAL DA OAB. “OAB ingressa no STF para extinguir a eficácia do crime de desacato”. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/noticia/55804/oab-ingressa-no-stf-para-extinguir-a-eficacia-do-crime-de-desacato>>. Acesso em 19 de dez. de 2017.

⁸ *Ibidem*: “OAB Nacional requer providência ao governo de Pernambuco por prisão arbitrária de advogado”. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/noticia/56488/oab-nacional-requer-providencias-ao-governo-de-pernambuco-por-prisao-arbitraria-de-advogado>>. Acesso em 10 de jul. de 2018. Ao realizar prisão de advogado por crime de menor potencial ofensivo e sem a presença de representante da OAB, as autoridades policiais violaram as prerrogativas do art. 7º, inc. IV e § 3º do Estatuto da Advocacia e da OAB (Lei 8.906/94).

⁹ “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

STF tem uma longa e notável tradição jurisprudencial em favor da liberdade de expressão.¹⁰ Consta da petição da OAB o argumento de que deve haver uma maior “tolerância” às manifestações emitidas por indivíduos no exercício do controle democrático das condutas dos agentes públicos: “O temor de sanções penais necessariamente desencoraja os cidadãos de expressar suas opiniões sobre problemas de interesse público, em especial quando a legislação não distingue entre os fatos e os juízos de valor”.¹¹

ii) Problema correlato refere-se ao princípio da legalidade, corporificado no direito penal primordialmente no princípio da taxatividade da lei penal. O verbo nuclear da ação típica – “desacatar” – é por demais semântica e juridicamente aberto e indefinido, fato gerador de dificuldades hermenêuticas para os julgadores e, por conseguinte, pretextos para arbitrariedades e desmandos por parte de agentes públicos inescrupulosos. Então o crime de desacato não raro apenas camufla a “imposição abusiva do poder punitivo estatal”. Os cidadãos restam, assim, completamente despidos da segurança jurídica imprescindível para um Estado democrático de direito saudável.

iii) Finalmente, a norma sob exame viola os pressupostos do Estado democrático de direito que apontam na direção do princípio republicano (art. 1º, *caput*, e seu parágrafo único). Na República Federativa do Brasil, “todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”. O republicanismo distingue-se de seu antípoda, a monarquia, na medida em que prescreve o autogoverno como fundamento inatacável do poder político: na república, o povo obedece somente às leis que estatui para si mesmo, sendo ao mesmo tempo soberano e súdito,

a responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente fixadas pela lei e ser necessárias para assegurar: a. o respeito aos direitos ou à reputação das demais pessoas; ou b. a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas. 3. Não se pode restringir o direito de expressão por vias ou meios indiretos, tais como o abuso de controles oficiais ou particulares de papel de imprensa, de frequências radioelétricas ou de equipamentos e aparelhos usados na difusão de informação, nem por quaisquer outros meios destinados a obstar a comunicação e a circulação de 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”. In: Convenção Americana sobre Direitos Humanos (assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969).

¹⁰ O STF reconheceu a inconstitucionalidade de diversas normas jurídicas com arrimo na liberdade de expressão, como, por exemplo: (i) ADPF 130, que firmou a não-recepção da Lei de Imprensa (Lei n. 5250/67) pela Constituição de 1988; (ii) ADPF 187, em que se atribuiu ao art. 287 do Código Penal interpretação conforme à Constituição, não impedindo manifestações públicas em defesa da legalização das drogas; e (iii) ADI 4815, que declarou inexistente a autorização prévia para a publicação de biografias.

¹¹ CONSELHO FEDERAL DA OAB. “ADPF 496”. In: SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5300439>>. Acesso em 11 de jan. de 2018.

autor e destinatário. Essa é a condição de legitimidade (e de possibilidade) de um Estado democrático. É inconcebível que um Estado seja democrático se sua autoridade não derivar, em última instância, ainda que de uma forma mediata (e mediada), da soberania popular.

Entre as várias emanações do princípio republicano, encontra-se a exigência de que as autoridades públicas se submetam, dentro das regras e dos princípios esboçados pelo direito, à autoridade última e irredutível dos cidadãos. Expressão dessa circunstância é a submissão das instituições e de seus respectivos servidores ao controle e à fiscalização do conjunto dos titulares do poder político: a sociedade. Em vista disso se assegura a *igualdade política* de todos os cidadãos perante a lei, em seu sentido *formal* (art. 5º, *caput*, da CF), donde são vedados privilégios ancorados em posições sociais, inclusive em posições que distinguem agentes públicos de privados. Não há distinção possível entre funcionários públicos e cidadãos particulares para fins de exercício dos direitos, sendo as distinções entre eles *tão somente funcionais*, mas nunca de hierarquia ou de privilégios – categorias de todo abolidas pelos regimes democráticos.

A aplicação de uma norma como o crime de desacato debilita a responsabilidade das autoridades públicas de prestar contas e dar informações em benefício dos cidadãos, e enfraquece a prerrogativa destes de fiscalizar e exercer controle sobre as atividades do Estado. A respeito da distinção hierárquica subjacente a esse tipo penal, a OAB manifesta em sua petição:

Essa distinção inverte diretamente o princípio fundamental de um sistema democrático, que faz com que o governo seja objeto de controles, entre eles, o escrutínio da cidadania, para prevenir ou controlar o abuso de seu poder coativo. Considerando-se que os funcionários públicos que atuam em caráter oficial são, para todos os efeitos, o governo, então é precisamente um direito dos indivíduos e da cidadania criticar e perscrutar as ações e atitudes desses funcionários no que diz respeito à função pública.¹²

Gostaria de enfatizar este aspecto do pedido da OAB: o fundamento da soberania popular. Parece-me, em verdade, que a liberdade de expressão no que concerne ao escrutínio e à crítica dos atos públicos é uma derivação direta do princípio republicano, isto é, do princípio de que toda a autoridade do Estado advém inexorável e exclusivamente do povo soberano. Deter-me-ei neste ponto.

¹² *Ibid.*

2. Uma perspectiva derivada da soberania popular

O que significa declarar que, no Estado democrático, o *povo é soberano*? Estamos diante de uma afirmação um tanto vaga, até esotérica. A primeira dificuldade para compreendê-la advém do fato de o vocábulo “povo” ser plurívoco, ambíguo e de abrangência descritiva pouco determinada, a ponto de ter sido invocado como a grande *teodiceia* do Estado moderno¹³ – em outras palavras, como sua narrativa fundante. Em muitas ocasiões, pois, como mero fator de legitimação moral e política. Uma análise semiótica da palavra “povo” mostra-se de grande valia para a ulterior determinação do que possa vir a significar o “místico” princípio da soberania popular. Afinal, a que povo nos referimos, e em que sentido falamos em povo? Paulo Bonavides distingue entre três conceitos segundo sua natureza e função analítica e retórica: *i*) conceito sociológico, *ii*) conceito político e *iii*) conceito jurídico.

i) Na primeira acepção, povo equivale a nação, compreendido como a “continuidade do elemento humano, projetado historicamente no decurso de várias gerações e dotado de valores e aspirações comuns”.¹⁴ É um conceito historicista e culturalista carregado de forte componente substantivo étnico, linguístico, tradicional e religioso, pelo qual um povo compreende-se a si mesmo como herdeiro de um passado comum, dos mesmos mitos heroicos e das mesmas tragédias, bem como depositário de um futuro compartilhado pelo *medium* da cultura.

ii) Povo aparece mais tardiamente como sujeito político na transição do absolutismo monárquico para o Estado liberal, constitucional e representativo; da condição de objeto para a condição de protagonista (mesmo que em sentido alegórico e figurado). “A história que vai do sufrágio restrito ao sufrágio universal é a própria história da implantação do princípio democrático e do conceito de povo”.¹⁵ Esse conceito entrevê óbvio conteúdo ideológico, com auxílio do qual as burguesias liberais implantaram o sistema representativo,¹⁶ legitimado pela participação dos governados, o mais das vezes reduzidos à condição de eleitorado.

¹³ CHRISTENSEN, Ralf. “Introdução”. In: MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo? A questão fundamental da democracia*. Trad.: Peter Naumann. Rev. de trad.: Paulo Bonavides. 5 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. [p. 27].

¹⁴ BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 19 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012. [p. 83].

¹⁵ *Ibid.* [p. 79].

¹⁶ Historicamente, é possível demarcar o momento em que a noção de “povo” atualizou-se: foi o ressurgimento da ideia democrática na era moderna, inicialmente pelas mãos dos norte-americanos e, ato contínuo,

iii) Numa acepção mais modesta, povo é simplesmente uma construção jurídica: “conjunto de pessoas vinculadas de forma institucional e estável a um determinado ordenamento jurídico”,¹⁷ ou seja, o conjunto de cidadãos, ou de população – no sentido das três grandezas constituintes da Teoria Geral do Estado. Esse conceito tem em sua virtude sua própria fraqueza: o liame dos indivíduos ao Estado é o próprio vínculo de cidadania, a correlação com uma ordem jurídica particular. Aqui, há a vantagem de aliviar uma sociedade do fardo intangível da homogeneidade cultural e de uma romanesca entrega afetiva incondicional. Em contrapartida, parece-nos que o vínculo de lealdade e compromisso moral dos indivíduos para com seu próprio povo pode ficar prejudicado por outras lealdades parciais ou simplesmente pela falta de motivação afetiva para a lealdade.

Poderíamos aduzir uma quarta acepção de “povo” a partir da leitura de instigante ensaio de Friedrich Müller. Chamemos esse conceito, que integra uma vertente mais crítica, de iv) conceito operacional: em vez de natural, artificial; em vez de prover uma descrição empírica de uma realidade preexistente da vida social, fornece uma ideia valorativa e normativa, repleta de intenções e objetivos políticos. Nessa chave de leitura, povo se reduz a uma instância de atribuição de legitimidade, ligado diretamente à ideia de objeto de dominação: “o povo humano continua servindo para o fim de prover legitimidade até pelo fato de ser ele dominado”.¹⁸ Semelhante esquema conceitual ambiciona “encontrar um sujeito para a atribuição de certas prerrogativas e responsabilidades coletivas”, que seja um bloco a funcionar como um lugar-comum de retórica e justificativa para qualquer ação do Estado,¹⁹ e a cuja evocação corresponda uma camuflagem da diferença entre retórica ideológica e democracia de fato – uma “rachadura interna” na teoria democrática.²⁰

pelos revolucionários franceses. Os contornos da democracia direta pré-moderna, que remonta à antiguidade clássica, cederam lugar, com a ascensão da classe burguesa e da doutrina liberal (período, por óbvio, não isento de revoluções político-sociais), à democracia representativa. Ao elaborar a Constituição para a Virgínia, em 1776, seu patrono Thomas Jefferson a promulgou sob a “autoridade do povo”. A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1793 foi promulgada em nome do “povo francês”, por influência de Robespierre e seus discípulos jacobinos, em projeto apresentado nos seguintes termos à Convenção Nacional: “O povo é soberano: o governo é sua obra e sua propriedade, os funcionários públicos seus empregados. O povo pode, a seu talante, mudar o governo e destituir seus mandatários”. Conferir: COMPARATO, Fábio Konder. “Prefácio à 1ª edição: Friedrich Müller: o autor e sua obra”. In: MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo? A questão fundamental da democracia*. Trad.: Peter Naumann. Rev. de trad.: Paulo Bonavides. 5 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, pp. 7-22. [p. 15].

¹⁷ BONAVIDES. *Op. Cit.* [p. 81].

¹⁸ MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo? A questão fundamental da democracia*. Trad.: Peter Naumann. Rev. de trad.: Paulo Bonavides. 5 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. [p. 95].

¹⁹ CHRISTENSEN. *Op. Cit.* [p. 28].

²⁰ COMPARATO. *Op. Cit.* [p. 11].

Abordar o conceito de “povo” sob essa perspectiva indubitavelmente cética e negativa pode parecer *prima facie* plausível e atraente, como se a elocução “todo (o) poder radica no povo” fosse vazia e completamente preta de materialidade. Mas essa elocução engendra, com efeito, consequências materiais, palpáveis e tangíveis. Retomarei esse ponto mais adiante. Por enquanto, é suficiente admitir e deixar registrada a polissemia do conceito sob exame, a qual impacta, naturalmente, na considerável dificuldade interpretativa do conceito de “soberania popular”, ao qual agora me dedicarei.

A doutrina da soberania do Estado veio consolidar-se simultaneamente à centralização dos Estados absolutistas modernos. Para prevalecer sobre a pluralidade de subsistemas jurídicos então em vigor, foi necessária a determinação da autoridade suprema no interior do território, a ser monopolizada pelo sujeito titular do poder supremo. Por meio de leis e éditos, a exemplo da Lei da Boa Razão, famosa obra pombalina, os monarcas absolutistas da modernidade incipiente passaram a reivindicar a detenção exclusiva do poder político e da competência legislativa. Essa fase do conceito de soberania marca a independência dos Estados frente aos outros Estados e sujeitos da ordem internacional. Uma etapa posterior de legitimação da autoridade soberana foi a conjunção da soberania do Estado com a soberania do povo, em que esta era o fundamento moral e político daquela. O Estado detém somente a delegação da soberania, cujo titular último é o povo. Tal passo à frente foi dado efetivamente, no âmbito da filosofia política moderna, por Jean-Jacques Rousseau.²¹

Na elaboração de Rousseau, cada indivíduo possui uma parcela do poder soberano fragmentado, e a cede em prol da comunidade política criada pelo contrato social. A soberania do todo (do Estado), logo, é a soma das frações da soberania difusa (de cada membro da comunidade em particular).²² Essa equação conduz à inevitável igualdade de todos os membros. Pressuposto indeclinável do republicanismo moderno é o já trazido à tona princípio da igualdade jurídico-formal de todos os cidadãos, igualmente agraciados por frações da soberania e submetidos apenas às mesmas leis gerais e abstratas, colocadas acima de todos os demais poderes reais.²³

²¹ BONAVIDES. *Op. Cit.* [p. 137].

²² *Ibid.* [p. 141].

²³ Veja-se a esse respeito: “A igualdade formal, jurídica, é o instrumento mediante o qual quem tem poder social, os socialmente poderosos, renuncia, na era do capitalismo, a deter diretamente o poder político-estatal e aparece como mera entidade econômica, como pura questão de fato”. CAPELLA, Juan Ramón. *Os cidadãos servos*. Trad.: Lédio Rosa de Andrade e Têmis Correia Soares. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998. [p. 128].

A autonomia pública proporcionada pela soberania popular – frisemos – tem lugar quando súdito e soberano – isto é, destinatário e autor das leis – se confundem,²⁴ momento em que a obediência torna-se consequência lógica da expressão da vontade geral. As palavras de Rousseau a esse respeito são cristalinas:

Vê-se, por essa fórmula, que o ato de associação compreende um compromisso recíproco entre o público e os particulares, e que cada indivíduo, contratando, por assim dizer, consigo mesmo, se compromete numa dupla relação: como membro do soberano em relação aos particulares, e como membro do Estado em relação ao soberano. (...) Assim que a multidão é reunida em um corpo, não se pode ofender um de seus membros, sem atacar o corpo; ainda menos ofender o corpo, sem que os membros se ressintam. (...) Portanto, o soberano não é formado senão por particulares que o compõem, nem podendo haver interesse contrário ao deles (...).²⁵

O fundamento de legitimidade rousseauiano do Estado é o contrato social, explicitamente declarado pelos pactuantes originários e tacitamente aceito por aqueles que permanecem dentro da comunidade. Ao aquiescer ao contrato, os cidadãos constituem-se como povo capaz de decidir seus próprios assuntos e de mudar e controlar os rumos e estruturas do Estado ao seu talante, em última instância escolhendo entre a conservação ou a alteração das instituições políticas operantes. A consequência da doutrina do republicanismo para a teoria funcional do Estado é que os magistrados e legisladores atuam como meros intérpretes da vontade popular; *os funcionários públicos são funcionários do povo*. Essa ideia reverberou no célebre Primeiro Discurso Inaugural de Lincoln: “Este país, com suas instituições, pertence ao povo que nele habita. Sempre que ele se cansar do governo existente, pode exercer o direito constitucional de o reformar, ou o seu direito revolucionário de o desmembrar ou derrubar”.²⁶

Mas a dificuldade de dar vazão a um governo tão caleidoscópico e polifônico introduziu a categoria da representação em praticamente todas as democracias modernas. A forma como a democracia representativa veio ligar-se à democracia radical foi a estratégia de progressiva ampliação do sufrágio, rumo ao sufrágio universal, pelo qual o povo poderia identificar-se com o papel de *ao menos* escolher seus governantes.

²⁴ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Constitucionalismo democrático e governo das razões: estudos de direito constitucional contemporâneo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. [p. 47].

²⁵ ROUSSEAU *apud* MEIRA DO NASCIMENTO, Milton. “Reivindicar direitos segundo Rousseau”. In: QUIRINO, Célia Galvão; VOUGA, Claudio; BRANDÃO, Gildo (org.). *Clássicos do pensamento político*. 2 ed. Ver. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2004, pp. 121-134. [p. 125].

²⁶ *Apud* DEUTSCH, Karl. *Política e governo*. Trad.: Maria José da Costa Félix Matoso Miranda Mendes. 2. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1983. [p. 130].

Há, entre o povo e seus governantes, uma relação tautológica; não uma relação de identidade, mas somente uma *fiduciary relationship*, segundo a qual o povo confia todos seus poderes ativos aos governantes, para que estes os exerçam em nome daquele.²⁷ Essa distinção escancara o abismo entre uma democracia “pura e simples” e um regime político moderado e mediado. Mesmo em sua forma mediada – que desmente as intenções mais benévolas e audaciosas de Rousseau –, a doutrina política continua apelando para o conceito de “povo”. Como podemos entender, então, a soberania popular no inexpugnável contexto em que a maioria concreta da população é alijada do exercício do poder, sendo lembrada, quando muito, ora como objeto de uma retórica política autolegitimante, ora como alvo inerte da propaganda eleitoral? Em outras palavras: ainda é útil falar em povo?

Uma consequência necessária da perspectiva cética supramencionada (o conceito operacional) é o risco de perder de vista os efeitos materiais de uma proclamação do tipo “o povo é onipotente no Estado”. Pode parecer tentador, para um crítico desiludido, acusá-la de demagogia ou mero artifício discursivo de dominação. O que não podemos desconsiderar, entretanto, é que num Estado constitucional os princípios abstratamente arrolados no texto constitucional estão a todo tempo sendo contestados e reivindicados pelos cidadãos, seja quando estes pressionam os legisladores e os administradores a tomar certas decisões justificáveis por esses princípios – informalmente, através da desobediência civil, ou na esfera formal dos pleitos eleitorais –, seja quando os cidadãos ou entidades associativas provocam o Poder Judiciário a dar concretude a esses princípios. Numa enormidade de situações, portanto, agentes do Estado (administradores, legisladores, juízes e demais servidores públicos) são desafiados a dizer o que significa o princípio republicano naquele caso concreto, isto é, quando uma decisão pode ser justificada por derivar da soberania do povo. Isso posto, uma perspectiva puramente cética se dissolve por completo.

Afigura-se dramaticamente irrealista, pelo menos em termos *jurídicos*, suspeitar da irrelevância pragmática do princípio da soberania popular. O desafio das democracias contemporâneas envolve antes seu aperfeiçoamento do que sua negação. Como triunfar diante dos desafios da realização da democracia formal? Seria por meio de uma intensi-

²⁷ COMPARATO. *Op. Cit.* [p. 19].

ficação e de uma revitalização da democracia representativa? Tais interrogações certamente não comportam respostas fáceis e definitivas. Contudo, é sempre preciso arriscar palpites e apontar caminhos.

A democracia é um caminho aberto para o futuro, um projeto de aprimoramento, a própria realização da história em seu incessante processo de transformação que conduz ao aprendizado social. O aprendizado evolutivo e construtivo será verificado cotidianamente, de maneira mais ou menos satisfatória, nas práticas individuais e sociais, na interpretação jurisprudencial, na atividade legiferante e no comportamento da Administração Pública, contanto que se possibilite ao cidadão tanto ver resguardada sua autonomia privada, na forma do respeito a suas liberdades individuais, quanto promover sua autonomia pública em termos de participação política ativa.²⁸ Nesse processo o povo entende-se a si mesmo como sujeito cooperante na construção de um patriotismo constitucional.²⁹

O enfeixamento da autonomia pública e da autonomia privada revela-se, por entre outras requisições, na promoção de mecanismos participativos e representativos de fiscalização do governo e do aparelho administrativo. A autonomia pública será verificada quando a voz de cada cidadão puder expressar igual peso, sendo levada igualmente em consideração nas manifestações do interesse público. A autonomia privada será verificada quando observadas a liberdade de expressão e de dissensão política, de divergência filosófica e ideológica, que inclui a desobediência civil e as oposições pacíficas às decisões majoritárias. Sem essas garantias, qualquer regime democrático permanecerá estéril, no máximo mero arranjo de fachada. Na ausência delas, minorias e indivíduos insurgentes serão absurdamente confundidas com criminosos políticos ou inimigos do Estado.

3. Agentes públicos e crime de desacato à luz das premissas do Estado democrático de direito

²⁸ Conferir: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. “Art. 1º, parágrafo único”. In: CANOTILHO; J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (org.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, pp. 137-140. [p. 139].

²⁹ A expressão “patriotismo constitucional” foi celebrizada por Jürgen Habermas, e pode ser mais bem compreendida em: HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. Trad.: George Sperber, Paulo Astor Soethe e Milton Camargo Mota. São Paulo: Loyola, 2002. Nas palavras de Marcelo Cattoni: “A noção de patriotismo constitucional diz respeito, portanto, à própria construção, ao longo do tempo, de uma identidade constitucional plural, advinda de um processo democrático constituído internamente por princípios universalistas, cujas pretensões de validade vão além de contextos socioculturais específicos” (*Ibid.*, p. 139).

No quadro de um Estado democrático de direito delineado sob o império da soberania popular, não se podem compreender os agentes públicos³⁰ senão como representantes institucionais da vontade geral. Não propriamente são titulares, antes detentores, *por delegação*, do dever-poder³¹ de atuar invariavelmente na perseguição do interesse público.

Os agentes públicos são uma imposição da realidade: sem eles, o Estado – que é uma pessoa jurídica, portanto desprovida de vontade, capacidades e aptidões propriamente ditas – encontra-se na contingência de não poder exprimir-se e relacionar-se com outros sujeitos de direito. Para fazê-lo, ele depende de meios ou instrumentos de ação, os órgãos públicos,³² os quais, por seu turno, são preenchidos em âmbito subjetivo por agentes públicos, pessoas investidas no exercício de alguma atribuição estatal.

O cargo ou a função de que são titulares imediatos pertencem, *ipso facto*, ao Estado: “o agente, como ser humano, unicamente titulariza o cargo para servir ao órgão”. Pertencendo funções e cargos ao Estado, e sendo o agente simplesmente a pessoa humana que “infunde vida, vontade e ação a essas abstrações legais”, pelo que recebe o cargo mediante mero “empréstimo”, daí se conclui que os agentes públicos não possuam nenhum *status* especial senão funcional, o que não os autoriza a ultrapassar os limites e as possibilidades requeridas pela natureza do cargo; todo eventual excesso configura *abuso de poder*.³³

Lançando mão da mesma perspectiva é que também se tentou justificar, durante muito tempo, o crime de desacato, oriundo de longa tradição pré-democrática e incompatível com as atuais premissas do direito público. O desacato surgiu como manifestação indistintamente despótica: com larga aplicação no direito romano, ofensas aos magistrados eram reprimidas como faltas gravíssimas, suscetíveis a deportação e pena de morte.

³⁰ São agentes públicos, de acordo com as noções dominantes do Direito Administrativo, todos os sujeitos que servem ao Poder Público como instrumento expressivo de sua vontade ou ação, definitiva ou esporadicamente, com ou sem vínculo funcional com o regime jurídico do servidor público, desde que considerado no específico momento do exercício da função pública. Conferir: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Curso de Direito Administrativo*. 27 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. [p. 244].

³¹ Segundo formulação de Celso A. Bandeira de Mello, para quem o aspecto do dever subordina o do poder. Conferir: BANDEIRA DE MELLO. *Op. Cit.*

³² SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 32 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009. [p. 678].

³³ LOPES MEIRELLES, Hely. *Direito Administrativo Brasileiro*. 34 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. [p. 76].

Na era das codificações, a partir do direito francês, adquiriu caráter declaradamente social, ao ligar-se à proteção da probidade de todos os funcionários públicos enquanto peças que desempenham funções de interesse público relativas à administração. No Brasil, há previsão legal nesse sentido desde o Livro V, Título 50 das Ordenação Filipinas, passando pelo Código Criminal de 1830 e pelo Código Penal de 1890, até desembocar no atual Código Penal vigente desde 1940.³⁴

O anacronismo com que a origem do crime está contaminada já é uma pista suficiente de sua inadequação. Não bastasse isso, há ainda as convincentes razões de estatura constitucional já expostas. Acrescentemos que, em primeiro lugar, o bem jurídico tutelado pelo tipo – qual seja, a moralidade e a probidade da Administração Pública – não é relevante o suficiente para derrogar princípios constitucionais de primeira grandeza que invocam direitos individuais, como a liberdade de expressão, a garantia do império da lei e a igualdade formal; tampouco para corromper o núcleo vital da democracia, a saber, a soberania popular. Em segundo lugar, devemos reconhecer que boa parte das confusões que ensejam esse absurdo decorrem do fato de o tipo penal em destaque ser considerado *pluriofensivo*, pois que tanto atingiria a respeitabilidade da função pública quanto a honra do funcionário em concreto.

Devemos discordar dessa formulação. Já demonstramos que, por diversas razões, os funcionários públicos não estão hierarquicamente acima dos cidadãos. O ato de desacatá-los como pessoas – através de desrespeito, ofensa, menosprezo ou humilhação, na forma de palavras injuriosas, gritos escandalosos, gestos obscenos ou agressão física – já é punível pelos chamados crimes contra a honra (injúria, calúnia e difamação), ou, no caso de quando se chega às vias de fato, pelos crimes contra a integridade física (lesão corporal ou eventualmente homicídio). Se a ação afrontosa se tratar de um descumprimento de ordem, decisão ou realização de ato legal que a autoridade é legítima para expedir, está-se diante do crime de resistência. Não há nenhuma razão jurídica significativa, persuasiva ou justificável para que seja mantida a eficácia de um crime que, em sua existência mesma, deixa entrever uma inaceitável concepção que sobrepõe o “Leviatã” ao cidadão-soberano.

³⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: Parte Especial 5*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. [p. 209].

Por razões semelhantes, o criminalista Cezar Roberto Bitencourt compartilha da desconfiança que advogamos, expressando-a em termos de notável clareza, que tomamos de empréstimo para arrematar nossa argumentação:

Por formação, sempre tivemos grandes dificuldades em aceitar os fundamentos políticos, sociológicos e jurídicos da justificativa arbitrária e prepotente, e da receptividade passiva com que a doutrina e jurisprudência têm contemplado, ao longo do tempo, a configuração das hipóteses corriqueiras do crime de desacato. Parece-nos, antes de tudo, uma flagrante negação da cidadania a proteção falaciosa do prestígio, idoneidade e probidade da Administração Pública, atributos que deveriam ser demonstrados e justificados por seus atos e pelos resultados que oferece à coletividade, ao contrário de, numa postura arrogante e despótica, calá-la e impedi-la de exercitar a saudável crítica democrática, exigindo o atendimento de suas sempre prometidas e nunca atendidas expectativas funcionais. (...) Os cidadãos, na nossa avaliação, não são escravos, mas pessoas livres a quem se confere o direito de defender sua liberdade, dignidade e prerrogativas que o Estado Democrático lhes assegura, opondo-se, inclusive, se necessário for, à prepotência ou inadimplência estatal. Enfim, segundo a doutrina liberal, o cidadão sempre tem o direito de opor-se a ato abusivo, arbitrário, negligente ou despótico, estando superada aquela teoria radical segundo a qual o ato da autoridade sempre tem a favor a presunção de legalidade. Embora não cheguemos aos extremos sustentados por Locke e Rousseau, segundo os quais mais que um direito é um dever de oposição à autoridade que se coloca fora da lei, sustentamos que certa imunidade individual, quando contraria os desmandos da autoridade pública, é um direito inalienável da cidadania, que somente pode ser excluído nos casos e pelas formas previstas em lei. Fora desses limites, qualquer coerção em sentido contrário é uma violação à dignidade pessoal de cidadania, que torna legítima a repulsa à ofensa ou inoperância do agente público.³⁵

Sendo os agentes públicos mandatários da vontade popular, *a fortiori* se conclui que a abrangência de sua autoridade esbarra ali mesmo onde começam os direitos fundamentais dos cidadãos administrados. As democracias constitucionais irradiam por todo o ordenamento jurídico um efeito de absoluta preponderância dos direitos fundamentais. Ou seja, via de regra um direito fundamental (*e. g.*, a igualdade formal ou a liberdade de expressão) sempre derrogará interesses pouco demarcados que não se possam reconhecer como direitos, na medida em que não encontrem qualquer amparo em uma pretensão jusfundamental, a exemplo de valores difusos como “moralidade, probidade e dignidade da Administração Pública”. À luz dos direitos fundamentais do Estado democrático de direito, o crime de desacato é inconstitucional, desnecessário e desproporcional.

³⁵ *Ibid.* [p. 216]. (Grifamos).