



## DA ATIPICIDADE DAS CONDUTAS DOS CRIMES DE RESISTÊNCIA, DESACATO E DESOBEDIÊNCIA: UMA ANÁLISE FUNDAMENTADA NA CRIMINOLOGIA CRÍTICA E NO GARANTISMO PENAL

**Bárbara Amelize Costa\***  
**Pablo Alves de Oliveira\*\***

**Resumo:** O presente artigo propõe, a partir de análises fundamentadas no garantismo penal e na criminologia crítica, a atipicidade das condutas dos crimes de Resistência, Desacato e Desobediência presentes no Código Penal Brasileiro. A não lesividade dos bens jurídicos tutelados e as incriminações vagas e indeterminadas dos respectivos injustos penalmente puníveis ferem os princípios da taxatividade e legalidade - corolários da tipicidade - e, a própria noção de um Estado Constitucional de Direito.

**Palavras-Chave:** Criminologia, Bem Jurídico; Garantismo; Resistência; Desobediência.

## ON THE ATYPICALITY OF CRIMINAL CONDUCTS OF RESISTANCE, DEFIANCE, AND DISOBEDIENCE: AN ANALYSIS BASED ON CRITICAL CRIMINOLOGY AND ON THE CRIMINAL GUARANTEES

**Abstract:** Using an analysis based on critical criminology and on the criminal guarantees, this article proposes the atypicality of criminal conducts of Resistance, Defiance, and Disobedience mentioned in the Brazilian Penal Code. The non-harmfulness of the legal rights protected by law, and the vague and undetermined characteristic of some unfairly criminally punishable incrimination cases undermine the Principle of Nullum Crime Sine Lege and the Principle of Legality - corollaries of Typification - and the very notion of a Constitutional State of Law.

**Keywords:** Criminology; Legal Rights; Criminal Guarantees; Resistance; Disobedience.

---

\*Mestranda e bolsista CAPES em Teoria do Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Especialista em Tecnologias aplicadas à Educação pela Pontifícia Universidade do Rio de Janeiro. Bacharel em Direito e em Ciência da Computação pela PUC Minas. Advogada. Email: barbaraamelize@gmail.com.

\*\* Doutor em Filosofia do Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-Minas). Mestre em Ciências Penais pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Bacharel em Direito pela UFMG. Professor Adjunto da PUC Minas. Email: pabloalves@pucminas.br



## 1 INTRODUÇÃO

No Antigo Regime os poderes jurídicos encontravam-se descentralizados. Imperava, pois, o Direito Romano, o Direito Canônico, as ordenações do reino e, os costumes. Os costumes apresentavam-se como o saber jurídico aplicado de forma mais contumaz. No campo soberano, as aristocracias nobiliárquicas, juntamente ao rei, ditavam o tom da hierarquia social. No campo sociológico, a Teologia regia os ditames morais da sociedade.

Emergido de um processo de reatividade e rompimento com a herança despótica do Antigo Regime, o Iluminismo (Aufklärung) - marco paradigmático do Estado Moderno - é identificado, nos termos de Kant (2005), pelo conjunto de acontecimentos e processos históricos que incluem elementos de transformações sociais, instituições políticas, formas de saber e de racionalização dos conhecimentos, das práticas e das mutações tecnológicas.

O ambiente social moderno encontrava-se, nesta via, envolto, no campo sócio ideológico com a formação dos Estados Nacionais, as bases empíricas racionalistas e, no que tange ao campo jurídico, à consolidação do Direito como uma ciência. Os objetivos desta conjuntura jurídica consubstanciavam-se numa busca pela unidade estatal subsidiadas pela compreensão da lei como fonte ativa da sociedade – princípio da legalidade - e, pela busca da redução das complexidades por meio de códigos de comunicação.

O direito neutro e asséptico – fruto da compreensão de que as análises de justiça deveriam estar adstritas ao campo filosófico e, as análises de eficácia, aos campos da sociologia – ganhava corpo a partir da ideia das teorias normativistas do Positivismo Jurídico. Nesta seara, os objetivos sociais – convalidados na aceleração das práticas mercantis e na criação de uma esfera de governamentalidade – coadunam-se com a tentativa de criação de uma teoria pura do Direito.

Influenciado pela conceituação moral e social do individualismo e edificado, pelo menos em sua versão mais imediata, nas concepções do Estado Liberal, o Estado de Direito - formado tanto empírica, como normativamente, por uma relação de tensão entre Direito e Política (Habermas, 1997, p.170) - gesta-se alimentado por propósitos bem delimitados: garantir a menor intervenção estatal na vida do cidadão e criar um sistema de proteção (segurança jurídica) a uma classe que, neste cenário, apresentava-se como dominante - a burguesia (Bonavides, 1980, p.7).

No marco da Razão Prática, a Dogmática Penal - como paradigma da Ciência Penal - floresce como disciplina autônoma da dogmática jurídica e, desde sua concepção, passa



enfrentar o extenuante processo de sua institucionalização como representante da promessa iluminista de promoção da segurança mediante a coerção penal que, nos termos de Zaffaroni, “se distingue das restantes coerções jurídicas porque aspira assumir caráter especificamente preventivo ou particularmente reparador” (Zaffaroni, 2006, p.48):

O Iluminismo liberal constitui, pois, a matriz mediata da construção da Dogmática Penal enquanto demarca o projeto penal moderno como uma promessa de racionalização do poder punitivo do Estado como garantia dos direitos individuais do acusado, como uma promessa de segurança jurídica, como um projeto garantidor (cuja matéria-prima é a dicotomia poder x indivíduo). (ANDRADE, 2012, p. 187)

As funções declaradas do Direito Penal e, as funções efetivamente cumpridas – atinentes à legitimação da punição – demonstram, nos termos de Carvalho (2009, p.152), o processo de reversibilidade ideológica em que a disciplina se encontra, hodiernamente, inserida:

*La legitimación del derecho penal como instrumento idóneo para la protección y la efectividad de los derechos sociales y trans-individuales deriva de la concepción romántica que le atribuye, como misión, la tutela de bienes jurídicos. Obsérvese en la dimensión justificativa de protección de los derechos humanos, la ampliación del rol de las conductas punibles y, consecuentemente, del horizonte de proyección de la punición. Se verifica, dentro de la transformación del modelo jurídico-penal liberal, la primera expresión de reversibilidad ideológica<sup>1</sup>. (CARVALHO, 2009, p.152).*

O caráter preventivo ou reparador da coerção penal para promoção da segurança jurídica carece de verificação concreta – posto que as premissas de sustentação do processo de punir afastam-se das análises dos efeitos sociológicos produzidos pela punição e criam dados sociais que não se verificam na realidade social: “a execução penal ressocializa”; “o reincidente é mais perigoso que o primário”; “as penas mais graves diminuem o número de delitos”; “todo consumidor de drogas é um traficante em potencial”.

A ausência de análise dos efeitos sociológicos do Direito Penal e a possível cessão de sua base ideológica a interesses estranhos à proteção do indivíduo só permitem encarar a pena como ato meramente político - onde os fatos puníveis e os bens destinados à tutela estatal

<sup>1</sup> Tradução: A legitimação do direito penal como instrumento idóneo para a proteção e a efetividade dos direitos sociais e transindividuais deriva da concepção romântica que lhe é atribuída, como missão, a tutela dos bens jurídicos. Nota-se a dimensão da justificativa de proteção dos direitos humanos na ampliação do rol de condutas proibidas e, consequentemente, do horizonte de projeção da punição. Verifica-se, dentro da transformação do modelo jurídico penal liberal, a primeira expressão de reversibilidade ideológica.



tratam-se de frutos de escolhas arbitrárias advindas do poder legiferante supostamente representativo e democrático.

Toda norma jurídica surge de uma decisão política. Toda norma jurídica traduz uma decisão política. A decisão política dá origem à norma jurídica, mas isto não implica que a norma jurídica fique submetida absolutamente à decisão política. Ninguém pode argumentar que a norma não traduz adequadamente a decisão política, para defender que está proibido o que a ordem jurídica não proíbe, mesmo que esta tenha sido a vontade do legislador. A norma é filha da decisão política, leva sua bagagem genética, mas o cordão umbilical entre a decisão político-penal e a norma, é cortado pelo princípio da legalidade, ao menos no que concerne à extensão punitiva (ZAFFARONI, 2006, pg.61).

Torna-se, então, papel da dogmática penal atentar-se ao processo de minimização dos danos causados pela violência das penas - aplicando às condutas puníveis um sistema de garantias não prisioneiro<sup>2</sup> enleado à estrita observância dos princípios constitucionais penais:

[...] para saber como a dogmática penal funciona, temos que olhar para os resultados da criminalização que ela coconstitui, olhar para as agências de controle que criminalizam (controladores) e para seus destinatários (controlados): olhar para as ações e decisões dos controladores e o destino dos controlados [...]temos que olhar para o real funcionamento do controle penal, indagar para quem se fecham as portas da justiça e para quem se abrem as portas da polícia e da prisão (notadamente homens adultos, jovens, pobres, de cor) e concluir que uma igualdade e uma segurança tão seletivas não correspondem ao funcionamento prometido pela Dogmática Penal [...]. Precisamente aí, nos labirintos da ambiguidade entre promessas declaradas de garantismo e exigências latentes de regulação social, encontramos a própria Dogmática na prisão e o garantismo dogmático prisioneiro da própria fantasia que cria. O limite da Dogmática, o limite do garantismo prometido, não é outro senão o limite estrutural da própria sociedade: é o limite do espelho”. (ANDRADE, 2008, pg.209-210).

O processo de construção da norma, o processo de sua aplicação, bem como o processo hermenêutico interpretativo das regras e princípios constitucionais penais - que geram resultantes fáticas capazes de cercear direitos fundamentais - exigem que as análises sejam submetidas ao crivo de uma criminologia crítica com vistas a identificar a real necessidade da aplicação do direito soberano de punir.

<sup>2</sup> Garantismo prisioneiro é um termo utilizado pela autora Vera Regina Pereira de Andrade para criticar o discurso de sustentação da própria dogmática penal, quando desvinculado à realidade jurídica-penal. A dogmática penal, criada na perspectiva de promover a segurança jurídica e os direitos dos cidadãos, na prática, e se valendo da retórica de direitos humanos, serve a uma classe predeterminada, fomenta a criação de mais tipificações penais e a criminalização sem análises sociológicas das consequências, alterando a perspectiva do controle da violência para a violência do controle. Convidando a uma imersão no real funcionamento do sistema penal, indagando a quem se fecham as portas da justiça e a quem se abrem as portas da prisão, a autora evidencia que o garantismo prometido está longe de ser alcançado. O Direito Penal, então, quando se fecha às análises do real funcionamento do sistema penal, mantêm-se prisioneiro de seu próprio discurso, já que o limite da dogmática penal e o limite do garantismo prometido é, senão, o limite estrutural da própria sociedade: o espelho. (ANDRADE, 2008, p.210).



Sustentar-se-á, aqui, a partir de uma análise crimino-sociológica, que o processo de construção da decisão política da criminalização das condutas de Resistência, Desacato e Desobediência, dentro de uma estratégia política criminal de máxima contenção da coerção, não é compatível com a edificação de um Estado Constitucional e Democrático de Direito.

## 2 DOS BENS JURÍDICOS TUTELADOS DAS CONDUTAS DE RESISTÊNCIA, DESACATO E DESOBEDIÊNCIA

Os três segmentos que sustentam a estrutura da dogmática penal e implanta o chamado sistema penal – judiciário, executivo e polícia – e, o legislativo, gerido pelo povo, apresentam-se como grupos estratificados com discursos não necessariamente coerentes para promoção do processo coercitivo. Nos termos de Zaffaroni (2006, p.35), estes grupos e subgrupos “provenientes de classes sociais diferentes e, às vezes, com estratificações sociais intransponíveis”, fornecem à atuação prática um distanciamento preocupante contrastado a suas essências construtivas.

O sistema penal é a parte do controle social que resulta institucionalizado em forma punitiva e com discurso punitivo (apesar de que frequentemente, inclusive neste âmbito, se tratou de encobrir tal discurso, ainda que de forma grosseira, dado o inquestionável da realidade punitiva). Dentro do sistema penal, como veremos de imediato, o direito penal ocupa somente um lugar limitado, de modo que sua importância, embora inegável, não é tão absoluta como às vezes se pretende, especialmente quando dimensionamos o enorme campo de controle social que cai fora de seus estreitos limites. Para evitar os enganos onipotentes, que levam à produção de efeitos paradoxais por via de ficções, é indispensável ter presente a todo o momento, estes limites e este panorama. (ZAFFARONI, 2006, p.34)

Dentre os grupos, têm-se, nos agentes de controle ostensivos (polícia militar), atuações que evidenciam este processo de distanciamento ideológico. A base da criação dos agentes de controle ostensivos encontra-se no Regimento de Cavalaria instituído no século XVIII. No Brasil, a criação da instituição se dá com a transferência da família real portuguesa para as terras tupiniquins, em 1808, sob o nome Guarda Real de Polícia. A Guarda Real era, portanto, uma instituição que objetivava proteger os civilizados portugueses dos povos selvagens da América. Somente atuava para a população tupiniquim em situações específicas e mediante transferência pecuniária – evidenciando os interesses econômicos envolvidos e o nicho da população capaz de obter segurança.



Com o fim do império, a polícia militar consolidou-se como instituição brasileira e passou a direcionar sua missão à proteção de toda a população. A ditadura militar, todavia, demonstra que esta missão sofreu percalços evidentes e, pode-se sustentar que, somente pós Constituição de 88, têm-se uma melhor consolidação das funções da instituição, destacadas no Art. 144 da Constituição da República Federativa do Brasil.

Se a herança histórica da instituição não fortalece os laços de proteção à sociedade, a redefinição de missões mais atentas aos ideais de Direitos Humanos advindas com a promulgação da Constituição Cidadã, podem reverberar, por sua vez, como marco paradigmático da tentativa de repaginação do papel dos agentes de controle ostensivos. Assente-se, contudo, que o real alcance desta principiologia dentro da instituição ainda carece de verificação prática.

É cediço que os bens jurídicos tutelados nas condutas de resistência, desacato e desobediência visam, prioritariamente, à proteção dos agentes de controle ostensivos. Todavia, antes de adentrarmos as nuances dos objetivos que sustentam esta proteção à Administração Pública, faz-se necessário identificar o alcance, para o direito penal, da tutela de um bem jurídico.

Para um fato ter relevância penal, faz-se necessário que o mesmo se subsuma em um tipo penal. O desvalor da ação capaz de determinar a punição, todavia, não está isento da verificação do desvalor do resultado – verificação prática da violação do bem que se pretende tutelar. Nos termos de Cláudio Brandão (2014, p.21), o método penal, então, estabelece que se investigue a violação do bem jurídico – que é conteúdo da tipicidade, para que se justifique a violência da pena.

O bem jurídico tem um papel substancial na tipicidade, por conta do conceito de tipo injusto (*Unrechtstypus*), porém sua importância transcende em muito este instituto, de modo que se deve considerar o bem jurídico o substrato material da tipicidade, sua substância valorativa, que é um conceito fundante de um direito penal que rompe com o totalitarismo e se prende a um Estado Democrático de Direito. [...] Assim, a conduta antinormativa, em si mesma, traz como consequência apenas o desvalor da ação, o desvalor do resultado somente é atingido com a violação ou exposição ao perigo das normas de valoração (bens jurídicos). Daí se conclui que o conteúdo material do tipo de injusto é o bem jurídico. (BRANDÃO, 2014, p.69-70).

O processo de construção do que é (ou deva ser) um bem jurídico tutelado pelo Direito/Estado e, em especial, pelo Direito Penal, permeia espaços de delimitação do que se deveria reputar como essencial à vida do homem na sociedade – já que todos os processos coercitivos, em maior ou menor grau, ferem direitos e garantias fundamentais.



Convergir, contudo, na definição do que se deve ser tomado como essencial à vida humana não se mostra uma tarefa simples em qualquer sociedade - já que envolve temas que se encontram arraigados às tradições, aos costumes e à historicidade do ser – com toda a complexidade da natureza e da condição humana vinculada a sua gama de identidades e direções morais diversas. Se, de um lado, não podemos desconsiderar a necessidade de uma discussão social profunda que deve levar em conta a vontade dos membros participantes de uma cooperação social, de outro, dentro de viés democrático e inclusivo, não é possível, simplesmente, se render às convicções de maioria, aos falsos silogismos e às convicções religiosas.

Ademais, ainda que seja possível especificar, com algum grau de solidez, que os bens jurídicos nascem a partir da ratificação da representação volitiva social por meio da consolidação legiferante, o universo de delimitação do que é essencial é e sempre será contingencial - já que é afetado pelos efeitos maleáveis da Razão de Estado em cada espaço/tempo.

Não se pode olvidar que os vieses axiológicos contemporâneos que determinam nossa atual essência de Razão de Estado estão materializados pela racionalidade econômica. Nesta Razão de Estado, as tecnologias de poder são, pois, materializadas nos mecanismos de controle biopolíticos. As nuances da complexa relação entre Direito, Verdade e Poder irão, então, determinar o que é (ou não) verdade capaz de ser (ou não) protegida pelo Direito. Nos termos de Foucault:

[...]o direito desponta como fenômeno múltiplo de produção de verdades e de subjetividades - tecnologias e dispositivos de normalização - que veicula e aplica relações que não são relações de soberania, mas múltiplas formas de dominação que podem se exercer no interior de uma sociedade: o sistema do direito e o campo judiciário emergem como veículos permanentes de relações de dominação, de técnicas de sujeição polimorfos. (FOUCAULT, 1999, p.32)

Esta relação entre o saber e o poder – que visa traduzir uma suposta universalidade e verdade do conhecimento científico na medida em que descarta epistemologias que emergem das experiências sociais e culturais – define quais teorias podem se tornar vencedoras, posto que estas advêm da percepção do maniqueísmo da estrutura da racionalidade moderna que desconsidera saberes inferiores (ou sujeitados).

Por saberes sujeitados, eu entendo igualmente toda uma série de saberes que estavam desqualificados como saberes não conceituais, como saberes insuficientemente elaborados: saberes ingênuos, saberes hierarquicamente inferiores,



saberes abaixo do nível do conhecimento ou da cientificidade requeridos. (FOUCAULT, 1999, p. 12).

O bem jurídico, então, concebe-se como uma escolha meramente política – e apresenta-se como teoria vencedora a partir do que é socialmente aceitável – e, se funda em tecnologias de poder sustentadas pelo saber adequado a sua ordem e manutenção.

O bem jurídico tutelado, escolhido como decisão política, é o componente teleológico que nos indica o fim da norma. Sempre que se observe o princípio de legalidade, o esclarecimento da decisão política será um elemento orientador de primordial importância para determinar o alcance da proibição. (ZAFFARONI, 2006, p.61).

Muito embora, no Estado Moderno, a partir da racionalidade trazida pelos ideais iluministas, a dogmática penal baseia-se na premissa da busca pela menor intervenção estatal, a Administração Pública – como manifestação corporificada deste Poder - é eleita como um bem a ser protegido pelo Direito como um todo e, pelo Direito Penal, em especial, a partir das tipificações dispostas no Título XI, Capítulo II do Código Penal Brasileiro de 1940.

Nos crimes dispostos nos Artigos 329, 330 e 331 do Decreto-Lei No 2.848, de 7 de dezembro de 1940 e alterações posteriores, pode-se afirmar, que se tem um ente imaterial haurido do contexto social de titularidade metaindividual – Administração Pública - reputado como essencial para a coexistência e desenvolvimento do homem e, por isso, jurídico-penalmente protegido.

O objeto de todo crime - tradução do que seria o bem jurídico - estaria dividido em objeto material e objeto jurídico. O primeiro relacionado ao bem, de natureza corpórea ou incorpórea, sobre o qual recairia a conduta criminosa e, o segundo, relacionado ao interesse protegido pela norma penal.

O objeto jurídico das três condutas encontra-se, pois, na Administração Pública (ou, mais precisamente, à pessoa pertencente a esta Administração) e, o objeto material estaria, no caso da tipificação do Art. 329, na oposição ativa ao ato legal (já que resistência passiva – ou atitude ghândica – não é penalmente punível), do Art. 330, na desobediência à ordem legal emanada e, do Art. 331, na honra funcional subjetiva (já que o sujeito, enquanto funcionário da Administração, se considerar que, pelas circunstâncias e estado de estresse do particular, as palavras ou gestos proferidos não desprestigiaram sua função, o crime de Desacato não restará configurado).

A partir destas concepções preliminares sobre os bens jurídicos tutelados passa-se à análise do que significa uma estratégica política criminal de máxima contenção da coerção e a



aplicabilidade desta política – com atenção ao desvalor do resultado - às condutas de resistência, desacato e desobediência.

### **3 DA POLÍTICA CRIMINAL DE MÁXIMA CONTENÇÃO DA COERÇÃO APLICADA AOS CRIMES DE RESISTÊNCIA, DESACATO E DESOBEDIÊNCIA**

A política criminal, ou política penal, em atenção à principiologia de Direitos Humanos que, nos termos de Alessandro Baratta (2003, p.3) assume uma função negativa (atinente aos limites da intervenção estatal) e positiva (atinente à definição do objeto, possível, porém não necessário, da tutela penal), deve ser sistematizada e articulada de forma sustentar como ideia-guia a noção de máxima contenção da violência punitiva. Tal estratégia funda-se, essencialmente, no reflexo social dos sistemas punitivos atuais e nos resultados alcançados pela criminalização:

Os principais resultados podem resumir-se nas seguintes proposições:

- a) A pena, especialmente em suas manifestações mais drásticas, que tem por objeto a esfera da liberdade pessoal e da incolumidade física dos indivíduos, é violência institucional, isto é, limitação de direitos e repressão de necessidades reais fundamentais dos indivíduos mediante a ação legal ou ilegal dos funcionários do poder legítimo e do poder de fato em uma sociedade.
- b) Os órgãos que atuam nos distintos níveis de organização da justiça penal (legislador, Polícia, Ministério Público, juízes, órgãos de execução) não representam nem tutelam interesses comuns a todos os membros da sociedade, senão, prevalentemente, interesses de grupos minoritários dominantes e socialmente privilegiados. Não obstante, em um nível mais alto de abstração, o sistema punitivo se apresenta como um subsistema funcional da produção material e ideológica (legitimação) do sistema social global, isto é, das relações de poder e de propriedade existentes, mais que como instrumento de tutela de interesses e direitos particulares dos indivíduos.
- c) O funcionamento da justiça penal é altamente seletivo, seja no que diz respeito à proteção outorgada aos bens e aos interesses, seja no que concerne ao processo de criminalização e ao recrutamento da clientela do sistema (a denominada população criminal). Todo ele está dirigido, quase que exclusivamente, contra as classes populares e, em particular, contra os grupos sociais mais débeis, como o evidencia a composição social da população carcerária, apesar de que os comportamentos socialmente negativos estão distribuídos em todos os estratos sociais e de que as violações mais graves aos direitos humanos ocorrem por obra de indivíduos pertencentes aos grupos dominantes ou que fazem parte de organismos estatais ou organizações econômicas privadas, legais ou ilegais
- d) O sistema punitivo produz mais problemas do que pretende resolver. No lugar de compor conflitos, reprime-os e, amiúde, esses adquirem um caráter mais grave do que o seu próprio contexto originário; ou também por efeito da intervenção penal podem surgir conflitos novos no mesmo ou em outros contextos.
- e) O sistema punitivo, por sua estrutura organizativa e pelo modo em que funciona, é absolutamente inadequado para desenvolver as funções socialmente úteis declaradas



em seu discurso oficial, funções que são centrais à ideologia da defesa social e às teorias utilitárias da pena. (BARATTA, 2003, p.4-5)

Nos termos de Barata (2003, p.6), a partir desta compreensão, faz-se necessário elencar as limitações de punir que um sistema garantista deve observar: princípios intrassistemáticos e princípios extrassistemáticos da mínima intervenção penal. Nos princípios intrassistemáticos são elencadas as limitações formais, funcionais e pessoais e, nos princípios extrassistemáticos, elencadas a descriminalização e a construção alternativa para resolução de conflitos e problema sociais.

Com vistas a subsidiar a análise de atipicidade das condutas dos crimes de resistência, desacato e desobediência verificar-se-á, a seguir, a observância dos princípios intrassistemáticos e extrassistemáticos propostos por Baratta na criminalização dos injustos descritos.

### **3.1 Princípios intrassistemáticos e extrassistemáticos aplicados às condutas de Resistência, Desacato e Desobediência.**

O princípio da legalidade – pedra angular de sustentação de todo o direito penal – decompõem-se em quatro funções básicas e indissociáveis, nos termos de Nilo Batista (2007, p.67): proibição da retroatividade da lei penal, proibição da criação de crimes e penas pelo costume, proibição do emprego de analogia para criar crimes, fundamentar ou agravar penas; proibição incriminações vagas e indeterminadas.

O princípio da legalidade, também conhecido por “princípio da reserva legal” e divulgado pela fórmula “*nullum crimen nulla poena sine lege*”, surge historicamente com a revolução burguesa e exprime, em nosso campo, o mais importante estágio do movimento então ocorrido na direção da positividade jurídica e da publicização da reação penal. Por um lado resposta pendular aos abusos do absolutismo e, por outro, afirmação da nova ordem, o princípio da legalidade a um só tempo garantia o indivíduo perante o poder estatal e demarcava este mesmo poder como o espaço exclusivo da coerção penal. Sua significação e alcance políticos transcendem o condicionamento histórico que o produziu, e o princípio da legalidade constitui a chave mestra de qualquer sistema penal que se pretenda racional e justo. (BATISTA, 2007, p.65)

Baratta (2003, p.7) especifica que o princípio da taxatividade - especificação do princípio da legalidade que se encontra dentro das limitações formais dos princípios intrassistemáticos:



[...]impõe uma técnica legislativa que permita a maior objetividade no processo de concretização judicial das figuras delitivas, e a limitação das cláusulas gerais e dos elementos típicos normativos por meio de reenvios a valorações sociais e a normas cuja existência e cujo conteúdo sejam empiricamente comprováveis. (BARATTA, 2003, p.7)

As três condutas dos Arts. 329, 330 e 331 carecem de indicação de seus elementos descritivos e normativos - já que fornecem cláusulas gerais e prolatam incriminações vagas e indeterminadas pela falta de precisão semântica do que possa ser ato legal, ordem legal e honra funcional.

No caso do crime de desacato (Art. 331) - a honra funcional protegida seria aquela que visa coibir condutas de humilhação e ofensa sofridas pelo agente público competente - tanto que meras críticas são tidas, pela doutrina, como não passíveis de serem consideradas penalmente puníveis. Todavia, humilhações e ofensas encontram-se na esfera subjetiva de um sujeito - tratando-se, pois, de um sentimento individual - dificilmente mensurável. Tanto assim o é, que o crime de injúria, utilizado para proteção do sujeito passivo civil, encontra-se na esfera de crime de ação penal de iniciativa privada - permitindo ao sujeito determinar se aquilo que foi dito feriu sua honra subjetiva. Nestes termos, a partir de um abstratividade não condizente com a punibilidade penal, desacato é um injusto penal punível que depende de elementos altamente individuais do funcionário público - deixando o sujeito passivo incerto sobre quando e como comete a conduta proibida.

No crime de desobediência (Art. 330), por sua vez, os aspectos semânticos da expressão “ordem legal” também permitem questionar de que ou quais ordens estar-se-ia falando. Já é comumente discutido na doutrina qual o alcance do que se determina por garantia da ordem pública para fins de determinação de prisão preventiva. A expressão “ordem pública”, conforme informa Junior (2015, p.1), “tem sua origem remontada à Alemanha da década de 30 - período em que o nazifascismo buscava exatamente uma autorização geral e aberta para prender”. Nos casos em que, por exemplo, um agente público emita uma ordem para que um civil se sente e este, por sua vez, não a cumpra sem produzir, todavia, nenhum resultado efetivamente danoso - o que é meramente para fins de elucidação, já que o crime é de mera conduta - estar-se-ia diante de uma desobediência meramente porque se sentar não é uma conduta proibida no Direito e pode ser emanada por um agente público? A resposta positiva ao questionamento parece remeter a uma mera expressão de autoridade que não se fundamenta nem se sustenta em um Estado Democrático de Direito. Assim, a expressão “ordem legal” produz um campo tão vasto e impreciso que é possível entende-la



como uma autorização geral e aberta para o agente público deter um sujeito a partir somente de sua vontade pessoal – deixando, também, o sujeito passivo incerto sobre quando e como comete a conduta proibida.

No que tange ao crime de Resistência, havendo competência do funcionário para determinar um ato legal e este ato ser realizado pelo sujeito passivo sem nenhuma oposição, não configura a produção dos elementos subjetivos e objetivos da conduta criminosa. Opor-se a ato legal sem violência ou grave ameaça, igualmente não pode ser considerada conduta punível. A efetivação do injusto punível da conduta se dá na oposição ativa e, nesta via, se dá mediante ameaça ou grave violência. Se é a violência ou a grave ameaça o que permite identificar a oposição ao ato legal emanado, a mesma poderia ser punida a partir de outras tipificações primárias, como a lesão corporal – mostrando-se desnecessária a existência do injusto punível.

Afora as questões acima dispostas, o STJ ao determinar a inconstitucionalidade do crime de resistência – apontou elementos sociológicos vinculados ao fato de que esta criminalização se encontra na contramão do humanismo por ressaltar a preponderância do Estado – personificado em seus agentes – sobre o indivíduo. Neste sentido, destacou a reflexão da Comissão Interamericana de Direitos Humanos:

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos já se manifestou no sentido de que as leis de desacato se prestam ao abuso, como meio para silenciar ideias e opiniões consideradas incômodas pelo establishment, bem como proporcionam maior nível de proteção aos agentes do Estado do que aos particulares, em contravenção aos princípios democrático e igualitário.

O princípio da idoneidade<sup>3</sup> – corolário das limitações funcionais dos princípios intrassistemáticos – também é gravemente não observado no crime de Resistência. Frequentemente, este crime é utilizado pelos agentes controladores para justificar a maioria dos crimes de homicídios ocorridas no Brasil em locais de alta vulnerabilidade social. No caso *Favela Nova Brasília Vs. Brasil - Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas* - julgado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, destacam-se tais aspectos na sentença:

<sup>3</sup> Nos termos de Baratta (2003, p.9), o princípio da idoneidade “obriga o legislador a realizar um atento estudo dos efeitos socialmente úteis que cabe esperar da pena.” devendo subsistir somente se “à luz de um rigoroso controle empírico baseado na análise do efeitos de normas similares em outros ordenamentos, de normas análogas do mesmo ordenamento e em métodos atendíveis de prognose sociológica, aparece provado ou altamente provável algum efeito útil na relação das situações em que se pressupõe uma grave ameaça aos direitos humanos”



O caso submetido à Corte. - Em 19 de maio de 2015, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (doravante denominada “Comissão Interamericana” ou “Comissão”) submeteu à Corte o caso Cosme Rosa Genoveva, Evandro de Oliveira e outros (Favela Nova Brasília) contra a República Federativa do Brasil (doravante denominado “Estado” ou “Brasil”). O caso se refere às falhas e à demora na investigação e punição dos responsáveis pelas supostas “execuções extrajudiciais de 26 pessoas [...] no âmbito das incursões policiais feitas pela Polícia Civil do Rio de Janeiro em 18 de outubro de 1994 e em 8 de maio de 1995 na Favela Nova Brasília”. Alega-se que essas mortes foram justificadas pelas autoridades policiais mediante o levantamento de “atas de resistência à prisão”. [...] Recomendações.– A Comissão, conseqüentemente, recomendou ao Estado o seguinte: [...] eliminar imediatamente a prática de registrar automaticamente as mortes provocadas pela polícia como “resistência à prisão”; [...] 107. Um dos elementos que dificultam as investigações são os formulários de “resistência à prisão”, os quais são emitidos antes da abertura da investigação relativa a um homicídio cometido por um agente policial. Antes de investigar e corroborar a conduta policial, em muitas das investigações se realiza uma investigação a respeito do perfil da vítima falecida e se encerra a investigação por considerar que era um possível criminoso. 108. No Relatório sobre a Missão ao Brasil, em 2003, a então Relatora Especial das Nações Unidas sobre Execuções Extrajudiciais, Sumárias ou Arbitrárias afirmou que “[uma] análise mais minuciosa revela que as mortes cometidas pela polícia são frequentemente execuções extrajudiciais mal disfarçadas”. [...] No Relatório da visita de 2007 e no Relatório de Acompanhamento das Recomendações, o Relator Especial reiterou que, na maioria dos casos, as execuções cometidas por policiais em serviço são registradas como “atos de resistência” ou casos de “resistência seguida de morte”, ou seja, a própria polícia determina se se tratou de uma execução extrajudicial ou de uma morte conforme a lei. Em raras ocasiões essas classificações realizadas pela própria polícia são investigadas seriamente, e poucos autores são processados ou condenados. (CORTE-IDH, p. 10, 2017)

Ademais, os três crimes apresentam violações ao princípio da subsidiariedade<sup>4</sup> (corolário das limitações funcionais dos princípios intrassistemáticos) – que, nos termos de Baratta (2003, p.9). É que, o custo social destas intervenções penais - que são, por natureza, intrinsecamente, violentas - podem ser substituídas por outros tipos de atuações estatais – a partir de técnicas de resolução de conflito pelo diálogo ou, ainda, por responsabilização administrativa.

No que tange, às limitações pessoais – também corolária dos princípios intrassistemáticos – têm-se que, de forma não direta, mas inegavelmente existente, a criminalização das condutas fere o princípio da responsabilidade pelo fato<sup>5</sup> e, ainda, o

4 Nos termos de Baratta (2003, p.9): Uma pena pode ser cominada somente se pode provar-se que não existem modos não penais de intervenção aptos para responder a situações nas quais se acham ameaçados os direitos humanos.

5 Nos termos de Baratta (2003, p.13): esse princípio afasta toda forma de direito penal do autor e se mantém somente o direito penal do ato.



princípio da não-intervenção útil<sup>6</sup>, corolário dos princípios extrassistêmicos. É que, comumente, as condutas dispostas nos três tipos vinculam-se a sujeitos que se apresentam economicamente ou socialmente vulneráveis ou, ainda, a sujeitos que exercem o livre exercício do direito à manifestação do pensamento – já que são crimes comumente relatados em manifestações populares de lutas por direitos e as abordagens dos agentes de controle não estão dissociadas das características pessoais do imputado – vide a população que se encontra em situação de encarceramento (pretos e pobres).

Ademais, em um aspecto dogmático, é possível sustentar que se um agente da Administração é vítima de uma conduta de Resistência, Desacato ou Desobediência não é possível afirmar que a lesão ou dano provocado coloca em risco eminente a Administração Pública ou função pública. Isto é, não há que se falar que pode ocorrer a perda, diminuição ou inexistência da soberania e autoridade da Administração a partir da conduta de um particular com um único funcionário competente – motivo pelo qual ela não precisa ser protegida nestas circunstâncias e, motivo pelo qual afirma-se que não há lesividade apurável ou mensurável capaz de gerar a defesa da continuidade destas criminalizações.

#### 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A análise da tipicidade das condutas penalmente puníveis não está adstrita a verificabilidade do desvalor da ação. É no desvalor do resultado e na verificação prática da violação do bem jurídico que se pretende tutelar que se torna possível, dogmaticamente, obter lastros para a justificação da aplicação da violência da pena.

A partir do princípio da intervenção mínima e das propostas de Baratta acerca das limitações formais, pessoais e funcionais do Direito Penal, verifica-se a não lesividade dos bens jurídicos tutelados, já que a finalidade teleológica dos crimes dispostos nos Arts. 329, 330 e 331 não tem como base a proteção do sujeito – que é meramente a pessoa sobre a qual recai a conduta – mas, a proteção da própria Administração e, esta, por sua vez, seja pelo aspecto direto – vinculado à manutenção de sua autoridade - , seja pelo aspecto indireto

---

6 Nos termos de Baratta (2003, p. 17): indica que a alternativa à criminalização nem sempre é representada por outra forma de controle social formal ou informal. Como se viu anteriormente, um princípio geral de política alternativa é aquele que designa o mais amplo espaço de liberdade à diversidade, no que seja compatível com as exigências mínimas de uma ordem justa. Uma rigorosa economia do controle social corresponde à idéia de uma sociedade igualitária e livre, e pode constituir um momento importante no processo de emancipação dos indivíduos e dos grupos, que tenda a deter ou a diminuir a “colonização”



vinculado às condutas protegidas (ato legal, ordem legal e honra funcional), não é colocada à perigo quando um particular não observa o conteúdo proibitivo da norma.

O ato legal, a ordem legal e a honra funcional, quando analisadas sob os princípios da legalidade e taxatividade, apresentam imprecisões semânticas, termos vagos e imprecisos, só permitindo a verificação prática de que se tratam de condutas atípicas, impossíveis de serem sustentadas como condutas penalmente protegidas num Estado de Direito que se pretenda democrático.

## REFERÊNCIAS

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Construção e identidade da dogmática penal: do garantismo prometido ao garantismo prisioneiro**. Revista Sequência, no 57, p. 237-260, dez. 2008.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Pelas mãos da criminologia: o controle penal para além da (des)ilusão**. Rio de Janeiro: revan; ICC, 2012. 46 p.

BARATTA, Alessandro. *Principios del derecho penal mínimo (para una teoría de los derechos humanos como objeto y límite de la ley penal)*, Revista “Doutrina Penal” n. 10-40, Buenos Aires, Argentina: Depalma, 1987. p. 623-650.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao Direito Penal brasileiro**. Editora Revan, Rio de Janeiro, 11ª edição, 2007, 136p.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 4. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1980.

CARVALHO, Salo de. Criminología, *Garantismo y teoría crítica de los Derechos Humanos: Ensayo sobre el ejercicio de los poderes punitivos*. Revista de *Derechos Humanos y Estudios Sociales*. Sevilla: 2009. 149 a 177 p.

CORTE - IDH. **Caso Favela Nova Brasília Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas**. Sentencia de 16 de febrero de 2017. Serie C No. 333. Disponível em: < [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_333\\_por.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_333_por.pdf) > Acesso em: 28 mai. 2017.

FOUCAUT, Michel. **Em defesa da sociedade: curso no College de France (1975-1976)**. Publicado em 1999. Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2005, 382 p.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. 4. ed. 1. vol. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1997.



JUNIOR, Aury Lopes, ROSA, Alexandre Morais da Rosa. **Artigo. Crise de identidade da "ordem pública" como fundamento da prisão preventiva.** Revista: Consultor Jurídico, 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-fev-06/limite-penal-crise-identidade-ordem-publica-fundamento-prisao-preventiva#author>. Acesso em: 05/05/2018

KANT, Immanuel. **Resposta à pergunta: O que é o esclarecimento?** Tradução: Luiz Paulo Rouanet. Crítica, 2005.

ZAFFARONI, E. Raúl, Nilo Batista, Alejandro Alagia, Alejandro Slokar. **Direito Penal Brasileiro: primeiro volume - Teoria Geral do Direito Penal.** 3 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2006. 658 p.