

A ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA NA DESCONSTRUÇÃO DO CRIME DE DESACATO

Jonathan Cardoso Régis¹
Fernanda Sell de Souto Goulart Fernandes²

Recebido em: 05 out. 2016

Aceito em: 05 dez. 2016

Resumo: O presente ensaio versa acerca de uma breve reflexão acerca da argumentação jurídica e o crime de desacato, baseada nos ensinamentos do Professor Doutor Manuel Atienza, Catedrático da Universidade de Alicante (Espanha). Inicia-se a breve reflexão, destacando aspectos relacionados a percepção de Estado, bem como da Segurança Pública, transpassando pela gestão pública, através da administração pública, alicerçada seu desenvolvimento nos regulamentos e legislação vigente, passando posteriormente aos crimes contra a administração pública, com enfoque específico ao crime de desacato, tendo como desfecho a argumentação jurídica na motivação das decisões judiciais.

Palavras-chave: Desacato. Argumentação Jurídica. Controle de Convencionalidade.

THE LEGAL ARGUMENTS IN THE DECLARATION OF THE CRIME OF DISACTION

Abstract: This essay focuses on a brief reflection on the legal arguments and the contempt of crime, based on the teachings of Professor Manuel Atienza, Professor of the University of Alicante (Spain). Begins the brief reflection, highlighting aspects of the perception of State and Public Security, running through the public management by government, supported its development regulations and legislation, later going to the crimes against the public administration, with specific approach to contempt of crime, with the outcome of the legal arguments in the motivation of judicial decisions.

Keywords: Contempt. Legal argument. Control Conventionality.

1 INTRODUÇÃO

O presente ensaio versa acerca de uma breve reflexão acerca da argumentação jurídica na desconstrução do crime de desacato, fundada nos ensinamentos do Professor Doutor Manuel Atienza, Catedrático da Universidade de Alicante (Espanha) e uma das principais referências internacionais em matéria de Filosofia do Direito, ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica (Univali).

Prima-se, fundados nos ensinamentos adquiridos ao longo das aulas em comento, traçar aspectos relacionados aos crimes contra a administração pública, em especial, o desacato.

¹ Professor no curso de Direito da Universidade Vale do Itajaí – Univali. Doutorando em Ciência Jurídica na Univali. Mestre em Gestão de Políticas Públicas – Univali. Especialista em Administração de Segurança Pública – Unisu/PMSC. Bacharel em Direito – Univali. E-mail: vipersc@ig.com.br / joniregis@univali.br.

² Professora no curso de Direito da Universidade Vale do Itajaí – Univali e do Instituto Catarinense de Pós Graduação. Advogada (OAB/SC). Doutoranda em Ciência Jurídica na Univali. Mestre em Ciência Jurídica – Univali. Bacharel em Direito – Univali. E-mail fernanda@ssg.adv.br.

Inicialmente, visa trazer uma noção preliminar acerca da Administração Pública, passando em seguida quanto aos crimes Contra a Administração Pública, bem como a argumentação jurídica na Desconstituição do Crime de Desacato, fundada em decisão Proferida pela 4ª Vara Criminal de Florianópolis/SC, de lavra do Magistrado e Professor Dr. Alexandre Morais da Rosa, somada a recomendação por parte da Defensoria Pública do Espírito Santo.

A finalidade pretendida está em refletir quanto ao crime de desacato, em especial quanto a (im)possibilidade de criminalização de tal conduta, sustentada sob a ótica da promoção a dignidade da pessoa humana e o controle de convencionalidade.

Ademais, à luz do pensamento de Atienza, constata-se que a argumentação jurídica é inafastável do “bom jurista”, e deve estar em consonância com a efetivação da justiça social e da aplicabilidade dos direitos constitucionais fundamentais.³

O método que serviu de base para a investigação, o tratamento dos dados e a elaboração do relato desta pesquisa foi o indutivo⁴, e as técnicas utilizadas foram as do referente⁵, a de categorias⁶ e de conceitos operacionais⁷, a leitura dirigida, fichamento de obras e consultas na rede mundial de computadores.

2 CONCEPÇÃO DE ESTADO E SEGURANÇA PÚBLICA

Inicialmente, antes de conceituar Administração pública, entende-se que fundamental estabelecer, em rápidas pinceladas sobre a concepção de Estado.

Sabe-se que o agente público, em especial (mas não somente estes) profissionais da Segurança Pública, agem em nome do Estado, no cumprimento de sua missão (competência) constitucional no que se refere a garantia e preservação da ordem pública, primando pela proteção e segurança da sociedade.

Decorrente o processo evolutivo do Estado, assim como também da sociedade, decorreu de significativas mudanças, onde o surgimento de problemas e desordem pública acabava por provocar

³ OLIVEIRA, Denise Helena Schild. **A teoria da argumentação jurídica aplicada a um caso concreto: uma análise da teoria de Manuel Atienza**. Disponível em: <<http://www.upf.br/seer/index.php/rjd/article/viewFile/4561/3130>>. Acesso em: 24 nov. 2015.

⁴ O método indutivo consiste em “pesquisar e identificar as partes de um fenômeno e coleciona-las de modo a ter uma percepção ou conclusão geral(...)” (PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica: Teoria e Prática**. 12 ed. rev. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p.86).

⁵ “Referente é a explicitação prévia do(s) motivo(s), do(s) objetivo(s) e do produto final desejado, delimitando o alcance temático e de abordagem para uma atividade intelectual, especialmente para uma pesquisa” (PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica: Teoria e Prática**. 12 ed. rev. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p. 54).

⁶ “Categoria é a palavra ou expressão estratégica à elaboração e/ou expressão de uma ideia”. (PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica: Teoria e Prática**. 12 ed. rev. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p. 25).

⁷ “Conceito Operacional (=Cop) é uma definição para uma palavra e expressão, com o desejo de que tal definição seja aceita para os efeitos das ideias que expomos”. (PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica: Teoria e Prática**. 12 ed. rev. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p. 50).

o enfraquecimento do controle do Estado, tendo, em particular, a Polícia, ter a função de garantir a integridade pessoal e patrimonial de todos.

Tem-se o Estado caracterizado em uma “situação permanente de convivência e ligada à sociedade política [...] dá essa designação a todas as sociedades políticas que, com autoridade superior, fixaram as regras de convivência de seus membros⁸”.

Destaca-se que as ações impostas coercitivamente e de maneira hierárquica, a vitória de uma verdade determinada por força política, arbitrária.

Thomas Hobbes, em *Leviatã*, mostra a imagem do homem vivendo em sociedade e, em face do instinto de conservação, cria o Estado Soberano ou o “homem artificial”, o qual estabelece regras de convivência fundada nos acordos, contratos e na legislação (liberdade vigiada)⁹.

Desta forma, o Estado Soberano passa a ser o representante dos interesses do povo, onde estes instituíram uma pessoa, através da reciprocidade de pactos, admitindo-se o emprego da força, bem como os recursos de todos, da maneira que considerar conveniente, para assegurar a paz e a defesa comum.

Neste sentido, o modelo político desenhado por Hobbes enfatiza que os homens renunciaram a direitos e instituíram o Estado Soberano, forte e absoluto, caracterizado pela obrigação moral de pactuarem entre si, mesmo que de forma coercitiva, fundado pelo medo da punição e da repressão no respeito às leis e aos tratados firmados.

A ordem social existe na “interpenetração de ideias e interesses”, onde os atores sociais são livres em suas decisões, desde que sigam as normas gerais estabelecidas pelo Estado, que devem ser compreendidas com o Direito¹⁰.

Aliado a isso, o policial militar, agindo em nome do Estado em preservar e por que não dizer, manter a paz e a ordem pública, está, no exercício de suas funções, autorizados a fazer uso da força (quando necessário), tendo por finalidade o restabelecimento da tranquilidade e da paz pública.

Ademais, o agente público, conforme previsão contida no art. 37, CRFB/1988, está sujeito e assim deve obedecer e observar os princípios norteadores da administração pública: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, estabelecendo-se limites de atuação certos e, em obediência aos preceitos legais, somada a observância de outros princípios constitucionais¹¹.

Ao que se refere a ação policial militar, importante ressaltar que sendo o representante do Estado, encontra-se encarregado e é responsável na fiscalização dos abusos individuais, primando

⁸DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 51-52.

⁹HOBBS, Thomas. **Leviatã**: ou matéria, forma e poder de um Estado eclesástico e civil. Martin Claret, ?.

¹⁰HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia entre a facticidade e validade**. Vol II, 2ª Ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 94-96.

¹¹Controle dos atos administrativos; devido processo legal; razoabilidade; proporcionalidade, dentre outros.

pela garantia da integridade da coletividade, detendo, assim, o Poder de Polícia, agindo-se desta forma dentro dos limites da discricionariedade, coercibilidade e na executoriedade¹², as quais respaldam a atuação da polícia.

Importante expor que o Poder Discricionário é aquele concedido à Administração Pública para a prática de atos administrativos com liberdade de escolha de seu mérito e de seu conteúdo, não devendo confundir-se com poder arbitrário, caracterizado pelo desvio ou abuso de poder.

[...] a da necessidade, em consonância com a qual medida de polícia só deve ser adotada para evitar ameaças reais ou prováveis de perturbação do interesse público; a da proporcionalidade, que significa a exigência de uma relação necessária entre a limitação do direito individual e ao prejuízo a ser evitado; a da eficácia, no sentido de que a medida deve ser adequada para impedir o dano ao interesse público¹³.

A Constituição Brasileira de 1988 estabelece em seu art. 144¹⁴ o tocante a Segurança Pública.

O referenciado artigo estabelece que a Segurança Pública é imprescindível para o desenvolvimento humano, bem como garantidor da qualidade de vida.

Ressalta-se que a ordem pública é constituída/formada por três aspectos, a saber: salubridade pública, tranquilidade pública e a Segurança Pública, sendo que missão da Polícia Militar, conforme preceito constitucional está em preservar a ordem pública, somada a execução da polícia ostensiva¹⁵.

A Polícia Militar busca proporcionar ações preventivas, calcadas na redução das oportunidades e facilidades para a ocorrência da quebra da ordem pública, inclusive o crime, podendo, efetivamente diminuir a incidência do fenômeno delitivo e da desordem em geral, evitando assim, atuação e ações reativas.

As ações desencadeadas pelos órgãos de segurança pública, são calcadas no Poder de Polícia, o qual tem por razão o interesse social, com fundamento na supremacia geral que o Estado exerce sobre a população, atividades e bens. Tal supremacia se dá através dos ditames constitucionais e das normas de ordem pública, as quais estabelecem condicionantes e restrições aos direitos individuais em favor da sociedade, incumbindo ao Poder Público o seu policiamento administrativo¹⁶.

É através de uma das modalidades de atuação do Estado, mais precisamente o Poder de Polícia,

¹² DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito Administrativo**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 109.

¹³ Idem.

¹⁴ Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:

I - polícia federal;

II - polícia rodoviária federal;

III - polícia ferroviária federal;

IV - polícias civis;

V - polícias militares e corpos de bombeiros militares

¹⁵ MELO, Rui César. **O papel da polícia militar na segurança pública e as garantias fundamentais do indivíduo**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2000, p. 24.

¹⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 31 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 93-94.

que a Administração Pública, "[...] atua na persecução dos interesses públicos que estão a seu cargo [...]"¹⁷.

O poder de polícia é a atividade da Administração Pública que impõe limites ao exercício de direito e liberdade. É uma das maiores atividades do Estado, de vez que traduz o poder de império. Onde existe ordenamento, há medida para disciplinar os direitos fundamentais. Trata-se de tema que se insere na fronteira entre a liberdade individual (do cidadão) e a atividade da Administração Pública e que permeia o Direito Administrativo e o Público [...]"¹⁸

Sabe-se ainda que a polícia baseia a legitimidade de suas ações no Poder de Polícia que o Estado possui, diante disso, conceitua-se poder de polícia como sendo, "a faculdade de que dispõe a Administração Pública para considerar e restringir o uso e gozo de bens, atividades e direitos individuais, em benefício da coletividade ou do próprio Estado [...] é o mecanismo de frenagem de que dispõe a Administração Pública, para conter os abusos de direito individual"¹⁹.

Além disso, o poder de polícia nada mais é do que um ato da Administração Pública o qual é praticado como sendo manifestação da vontade do Estado, dentro dos preceitos legais a fim de atingir os interesses coletivos.

3 NOÇÃO PRELIMINAR DE ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Tem-se como Administração Pública em geral, indica atividade de gestão de bens e interesses alheios, ou seja, as ordens, bem como as instruções encontram-se alicerçadas na legislação e nos regulamentos administrativos, somada a observância aos princípios norteadores da administração pública, como a moralidade²⁰.

Sabe-se que atualmente definir Administração Pública é tarefa complexa, uma vez que ante ao determinismo histórico, não apenas quanto a revisão do "exercício de certas prerrogativas auto-determinantes do Estado, mas também de toda uma escala de valores, que ferem os aspectos fundamentais da vida político-social, e do próprio cotidiano econômico de nossos dias"²¹.

Assim, a administração pública é,

[...] em sentido formal, é o conjunto de órgãos instituídos para consecução dos objetivos do Governo; em sentido material, é o conjunto das funções necessárias aos serviços públicos em geral; em acepção operacional, é o desempenho perene e sistemático, legal e técnico, dos

¹⁷ MOREIRA NETO, Diego Figueiredo. Direito Administrativo da Segurança Pública. In: **Direito Administrativo da Ordem Pública**. Rio de Janeiro: Forense, 1992, p. 293.

¹⁸ CARLIN, Volnei Ivo. **Direito administrativo**: doutrina, jurisprudência e direito comparado. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2005, p. 217.

¹⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**, p. 131.

²⁰ LAZZARINI, Alvaro. Temas de direito administrativo. 2. Ed. rev. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

²¹ SILVA, José Saldanha da Gama e. **Conceito da moderna Administração Pública**. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/12518/11407>>. Acesso em: 11 nov. 2015.

serviços próprios do Estado ou por ele assumidos em benefício da coletividade [...]”²²

Quanto aos sentidos utilizados na expressão Administração Pública, em que em sentido formal, também denominado de subjetivo ou orgânico, tem por finalidade designar entes que exercem atividade administrativa e nesse norte, compreendendo as pessoas jurídicas, agentes e órgãos públicos que detêm a responsabilidade em exercerem suas funções. Enquanto que em sentido material, também conhecido por material ou funcional, estabelece a natureza da atividade exercida por seus entes, em outras palavras, é a função administrativa propriamente dita²³.

Adotando-se o critério subjetivo ou orgânico, administração é o complexo de órgãos aos quais se confiam funções administrativas, é a soma das ações e manifestações da vontade do Estado, submetidas à direção do chefe do Estado²⁴.

Tem-se ainda que administração nada mais é do que “o atingimento das metas organizacionais de modo eficiente e eficaz por meio do planejamento, organização, liderança e controle dos recursos organizacionais”, a qual detém as funções de planejamento, organização, direção e controle, somado aos objetivos da eficiência e eficácia²⁵.

Em resumo, administração pública estabelece ações desencadeadas pela pessoa jurídica de direito público através de seus representantes, visando garantir o uso, gozo, disposição, aquisição, reivindicação e/ou a manutenção de bens e serviços e interesses do Estado.

4 CRIMES CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

O legislador brasileiro estabeleceu um título específico inserido no Código Penal Brasileiro (Título XI – Dos Crimes Contra a Administração Pública), traçando dois capítulos específicos quando ações são praticadas contra a Administração Pública em geral, dentre estes, aqueles praticados por agente público, tidos como crimes próprios e aquele perpetrado por particular, ou seja, impróprios.

A propósito, a Administração Pública em geral direta, indireta e empresas privadas prestadoras de serviços públicos, contratadas ou conveniadas será vítima primária e constante, podendo, secundariamente, figurar no polo passivo eventual administrado prejudicado²⁶.

Sob o aspecto dos crimes praticados por particular contra a administração pública, são, dentre outros, a usurpação de função pública (art. 328), a resistência (art. 329), desobediência (art. 330), o desacato (art. 331), o tráfico de influência (art. 332), a corrupção ativa (333), o descaminho (art. 334),

²² MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**, p. 64.

²³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 49.

²⁴ CRETELLA JÚNIOR, José. **Tratado de direito administrativo**. v.1. Rio de Janeiro: Forense, 1966, p. 24.

²⁵ DAFT, Richard L. **Administração**. São Paulo: Cengage Learning, 2010, p. 6.

²⁶ RABESCHINI, André Gomes. **Crimes Contra Administração Pública – Cometidos Por Agentes Públicos**. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/32954/crimes-contra-administracao-publica-cometidos-por-agentes-publicos#ixzz3ry8ro9pg>>. Acesso em: 11 nov. 2015.

dentre outros.

Insta salientar que quando se fala de crime praticado contra a Administração Pública, em especial, quando praticado contra o agente público, deve-se ter em mente em que (ou sob quais) circunstâncias aquele se encontra ou não no exercício da função.

Sendo assim, o legislador estabeleceu uma definição expressa no Código Penal quanto a caracterização de Funcionário Público, previsto em seu art. 327, bem como a sua forma equiparada²⁷.

Desta forma, tem-se o funcionário público, para efeitos penais, não somente aquele legalmente investido do cargo público, mas também qualquer pessoa que exerça transitória e temporariamente a função pública.

Ademais, o agente público é o representante do Estado no cumprimento regular das leis e normas estabelecidas por aquele ente e ações sofridas pelo mesmo podem resultar em uma das práticas delitivas estabelecidas no Código Penal (Crimes Contra a Administração Pública).

4.1 DO DESACATO

No que se refere especificamente ao crime de desacato, contido no art. 331 do Código Penal, tem-se a sua caracterização quando o agente público é desrespeitado no exercício de sua função ou em razão desta, culminando em uma pena de detenção de seis meses a dois anos ou ainda a aplicação da pena de multa.

Tem-se o desacato como sendo uma ação ofensiva praticada em desfavor ao funcionário público, o qual se consuma quando este encontra-se no exercício de suas funções ou em razão dele, tendo como bem jurídico tutelado a função administrativa estatal.

A conduta daquele que pratica o delito de desacato está no sentido de humilhar, faltar com o respeito, desprezar, ou seja, qualquer ato ou palavra grosseira/ofensiva dirigida àquele que exerce função pública, inserido nesse contexto agressões físicas e ameaças, ressaltando que as expressões proferidas devem ser consignadas de maneira literal, exatamente aquelas utilizadas pelo agente infrator²⁸.

Destaca-se ainda que a caracterização do crime em comento não é concretizada nas hipóteses de crítica ou reclamação a atuação funcional do agente público ou vocabulário grosseiro, mas sim calcado em conduta de menosprezo, injuriosa e de desconsideração para com o funcionário público

²⁷ Art. 327 - Considera-se funcionário público, para os efeitos penais, quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública.

§ 1º - Equipara-se a funcionário público quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal, e quem trabalha para empresa prestadora de serviço contratada ou conveniada para a execução de atividade típica da Administração Pública. [...]

²⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

que esteja exercendo suas atividades²⁹.

Insta salientar que a prática do crime em comento não se restringe única e exclusivamente ao particular, mas também ao agente público que não esteja no exercício regular de suas funções ou em razão dela.

Ademais, para que se tenha a configuração efetiva do delito em questão, se faz necessário que o funcionário público sinta-se, de fato, atingido pela ofensa dirigida ao mesmo, que dentre suas espécies ofensivas (se assim pode-se dizer), pode ser pelo simples fato de não tomar conhecimento da presença do agente público, passando pelo sarcasmo, palavras que acabam por atingir a dignidade e a honra do mesmo em razão da função, desprestígio, vexame ou humilhação.

Importante ressaltar que decorrente a proposta de reforma ao Código Penal, prevaleceu o entendimento entre a comissão de juristas para que a sanção imposta ao crime de desacato ocorra tão somente quando cometida injúria contra o agente público, uma vez que segundo estes, “o desacato não é outra coisa a não ser uma ofensa à honra do funcionário público praticada em razão da função que ele exerce”, sendo assim classificado como sendo condição de crime contra a honra³⁰.

Nesse sentido, o estudo realizado quanto a reforma do Código Penal, trata quanto a descriminalização do crime de desacato, transformando-o em injúria qualificada³¹.

Por fim, o que se pretende tutelar quando se fala no crime de desacato e sua caracterização, capitulada no já referenciado art. 331, CP é salvaguardar a função administrativa estatal.

5 ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA NA DESCONSTITUIÇÃO DO CRIME DE DESACATO

5.1 ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA SOB A LUZ DE MANUEL ATIENZA

O Direito pode ser concebido como uma empresa dirigida a resolução (ou ao tratamento) de certos tipos de problemas mediante a tomada de decisões por meios argumentativos. No Direito é preciso argumentar porque tem que decidir e porque não é aceitável que as decisões (particularmente quando procedem de órgãos públicos) possam se apresentar de maneira desnuda, desprovida de razões. Assim, argumentar e decidir são facetas de uma mesma realidade.³²

²⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**.

³⁰ Associação do Ministério Público de Minas Gerais. **Desacato à autoridade deixará de ser crime**. Disponível em: <<http://amp-mg.jusbrasil.com.br/noticias/3110734/desacato-a-autoridade-deixara-de-ser-crime>>. Acesso em: 11 nov. 2015.

³¹ BRASIL Senado Federal. **Projeto de Lei do Senado nº 236/2012**. Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de Dezembro de 1940 que dispõe sobre as normas incriminadoras atinentes ao Código Penal Brasileiro. Disponível em: <<http://www12.senado.gov.br/noticias/Arquivos/2012/06/pdf-veja-aqui-o-anteprojeto-da-comissao-especialde-juristas>>. Acesso em: 11 nov. 2015.

³² ATIENZA, Manuel. **El Derecho como argumentación**. Barcelona: Ariel Derecho. 2006, p.61-62

Atuar em uma atividade argumentativa significa aceitar que o problema de que se está a se tratar deve ser resolvido mediante razões que se fazem presentes por meio da linguagem: seja oral ou escrita. Argumentar supõe, portanto, renunciar ao uso da força física ou da coação psicológica como meio de resolução de conflitos.³³

Manuel Atienza distingue três concepções de argumentação: formal, material e pragmática.

A concepção formal da argumentação é característica da lógica. É aplicada a resolução de problemas formais, e prevalecerá a lógica dedutiva, que investiga o caminho entre as premissas e as conclusões. Atienza³⁴ ressalta que o que existem, não são propriamente argumentos, mas, sim, esquemas argumentativos, cuja ênfase está no aspecto formal até a passagem para a conclusão.

Ainda, no tocante à concepção formal dos argumentos, Atienza³⁵ sustenta duas limitações existentes quando se faz a análise lógica dos argumentos. A primeira seria o fato de a lógica preocupar-se mais com os esquemas argumentativos do que do conteúdo. E a segunda limitação decorre de que tais esquemas não conseguem explicar todos os tipos de argumentos, pois existem casos a serem analisados que necessitam de conteúdo mais aprofundado, não mencionado em simples esquemas argumentativos.

Já na concepção material, a argumentação aparece como um processo consistente em dar boas razões a favor ou contra alguma tese. O que se persegue não é mostrar se uma inferência é ou não válida, e sim se existem ou não razões para crer em algo ou para realizar uma determinada ação.³⁶

Aquele que tem que solucionar um problema material não pode basear-se tão somente nos enunciados que atuam como premissas em situações hipotéticas. Antes terá que comprometer-se com sua verdade e, em consequência, com a verdade da conclusão.

Na perspectiva da concepção pragmática, a argumentação se vê como uma interação que tem lugar entre dois ou mais sujeitos. O êxito da argumentação depende de que efetivamente se alcance acordo ou que consiga persuadir o outro, respeitando certas regras.³⁷

Enquanto a concepção formal e a material são tipos de argumentação individual, a concepção pragmática é necessariamente uma atividade argumentativa social.

Dentro da concepção pragmática podem-se distinguir dois enfoques. Um deles é a retórica, centrado na idéia de persuadir a um auditório que, na argumentação, assume um papel basicamente estático. E o outro é o da dialética, em que a argumentação tem lugar entre participantes (proponente

³³ ATIENZA, Manuel. **El sentido del derecho**. Barcelona: Ariel Derecho. 2012, p. 270

³⁴ ATIENZA, Manuel. **El derecho como argumentación**. Barcelona: Ariel, 2006, p. 89.

³⁵ ATIENZA, Manuel. **El derecho como argumentación**. Barcelona: Ariel, 2006, p. 176.

³⁶ ATIENZA, Manuel. **El sentido del derecho**. Barcelona: Ariel, 2012, p. 271.

³⁷ ATIENZA, Manuel. **El sentido del derecho**. Barcelona: Ariel, 2012, p. 272.

e oponente) que assumem um rol dinâmico: entre eles há uma interação constante.³⁸

Assim, a necessidade de argumentar no Direito se dá em todas as instâncias, tanto na sua produção como na sua aplicação.

Atribui-se uma especial importância a argumentação judicial – na motivação das sentenças – pelo fato, segundo Atienza, dos juízes não serem eleitos democraticamente; a legitimidade de seu poder não depende de sua origem, e sim exclusivamente de seu exercício e das razões que podem aduzir para justificar suas decisões.³⁹

5.2 A ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA NOS ATOS PROVENIENTES DE AUTORIDADES JURISDICIONAIS

A necessidade de fundamentação das decisões judiciais é tema amplamente e há tempo debatido, situação que ficou evidente com a discussão acerca do dispositivo no Código de Processo Civil a entrar em vigor em março de 2016, acerca do tema.

Josep Aguiló Regla⁴⁰ afirma que em muitas ocasiões os juízes, de acordo com sua função de efetivar o Direito, tem que realizar transformações nas próprias normas de Direito objetivo (as que têm por dever aplicar) para resolver casos que lhe são apresentados. A eles cabe o encargo de tomar decisões.

Os juízes devem então justificar suas decisões; devem fazer explícitas as razões que os levam a tomá-las.

Para que uma decisão se apresente como justificada deve ela ser universal, isto é, deve fundar-se em um critério universal.

A universalidade tem implicações no futuro, supõe o compromisso de tomar a mesma decisão quando se encontrar nas mesmas circunstâncias. Para explicar este compromisso com o futuro pode recorrer-se a dois expedientes distintos, ainda que intimamente relacionados entre si. O primeiro deles supõe ver a universalidade como condição de possibilidade de qualquer discurso racional, seja este teórico ou prático. O segundo, ver a universalidade como condição de igualdade formal no âmbito normativo.⁴¹

Diante disto, pela argumentação jurídica, e através dos “bons argumentos”, pode o juiz fazer norma visando o alcance dos Direitos Fundamentais e aplicação da ordem constitucional, bem como dos Tratados e Convenções que um país se comprometeu a cumprir.

³⁸ ATIENZA, Manuel. **El sentido del derecho**. Barcelona: Ariel, 2012, p. 272.

³⁹ ATIENZA, Manuel. **El sentido del derecho**. Barcelona: Ariel, 2012, p. 277.

⁴⁰ REGLA, Josep Aguiló. **Teoría general de las fuentes del Derecho (y el orden jurídico)**. Barcelona: Ariel, 2012, p. 141.

⁴¹ REGLA, Josep Aguiló. **Teoría general de las fuentes del Derecho (y el orden jurídico)**. Barcelona: Ariel, 2012, p. 140.

Com base nisso, passa-se a analisar a decisão do Magistrado Doutor Alexandre Morais da Rosa, que em controle de convencionalidade, reconheceu a inexistência do crime de desacato devido a sua incompatibilidade com a Convenção Americana de Direitos Humanos, invocando a Declaração de Princípios sobre a Liberdade de Expressão.

Tal decisão utiliza claramente instrumentos da concepção argumentativa material, já que afasta incidência de norma interna por entendê-la em desconformidade com preceitos de garantia dos Direitos Humanos.

5.3 DESMISTIFICANDO O CRIME DE DESACATO

Ressalta-se que conforme previsão no Código Penal, o crime de desacato é considerado crime, muito embora o ante projeto de reforma do Novo Código Penal acaba por descriminalizar tal conduta, transferindo tal ação como sendo causa de aumento de pena no crime de injúria (art. 140, III).

Somado a isso, a decisão proferida nos Autos nº 0067370-64.2012.8.24.0023, da Comarca da Capital de Santa Catarina, o Juiz Dr. Alexandre Morais da Rosa, em análise a infração penal resultando no crime de desacato, reconheceu a inexistência de tal prática delitiva ao efetuar o controle de convencionalidade, invocando a Declaração de Princípios sobre a Liberdade de Expressão e, conseqüentemente, afastou a incidência do art. 331 do CP.

Tem-se o controle de convencionalidade,

O controle de validade das leis, em sua abordagem tradicional, adota por paradigma a compatibilidade entre a norma legal e o texto constitucional, tema estudado no âmbito da teoria do controle de constitucionalidade, dentro do Direito Constitucional. Trata-se da aferição da compatibilidade entre o ato normativo e os limites formais e materiais impostos pela norma fundamental do ordenamento jurídico, sem o que a lei, mesmo que vigente, reputa-se inválida por vício de inconstitucionalidade⁴².

Nesse sentido, o referido autor conceitua o controle de convencionalidade como sendo a “[...] espécie de controle de validade de normas, complementar ao controle de constitucionalidade, pelo qual se verifica a adequação entre a legislação nacional e os compromissos internacionais assumidos pelo país perante a comunidade internacional para proteção dos direitos humanos⁴³”.

Os fatos que motivaram o citado feito transcorreram no ano de 2012, no Norte da Ilha de Santa Catarina, em que policiais militares foram acionados para atendimento de ocorrência de briga generalizada, envolvendo diversas pessoas.

Ao chegarem ao local, a situação foi controlada, com exceção do ora acusado, o qual mostrou-se agressivo e gritando com os agentes públicos, sendo que mesmo os policiais buscando minimizar

⁴² LEITE, Marcos Thadeu. **Controle de convencionalidade e direitos humanos**. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 18, n. 3635, 14 jun. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/24711>>. Acesso em: 14 nov. 2015.

⁴³ LEITE, Marcos Thadeu. **Controle de convencionalidade e direitos humanos**.

a situação, o acusado passou a ofender verbalmente, proferindo-se então sua prisão, vindo ainda tentar empreender em fuga, contudo, sem sucesso, vindo ainda resistir à prisão, “com socos e empurrões, sendo necessária a atuação de quatro policiais para contê-lo. Mesmo após detido e algemado, o denunciado apresentou resistência e continuou a ofender os policiais militares, tudo na presença de diversas pessoas que acudiram ao acontecimento”.

O processo criminal fora devidamente instruído, tendo o Ministério Público requerido a condenação do acusado nas sanções dos art. 331 e absolvição da imputação do crime de resistência previsto no art. 329 do Código Penal.

A decisão em questão foi sustentada calcada no controle de convencionalidade das disposições infraconstitucionais, no que se refere aos direitos humanos reforçada pela imperatividade dos direitos constitucionalmente garantidos, ou seja, “quando os instrumentos internacionais complementam dispositivos nacionais ou quando estes reproduzem preceitos enunciados na ordem internacional – ou ainda [...] quando os instrumentos internacionais adicionam direitos não previstos pela ordem jurídica interna⁴⁴”.

Insta salientar também que o controle de convencionalidade, com o advento da Emenda Constitucional nº 45/2004, não há dúvida quanto “à prevalência dos tratados internacionais de direitos humanos sobre toda a produção normativa infraconstitucional⁴⁵” e, conseqüentemente, compatível com o ordenamento jurídico brasileiro, ante o disposto nos parágrafos 2º e 3º da CRFB/1988.

Trata-se de espécie de controle cujo fundamento é o respeito aos direitos humanos e da soberania do Estado de Direito, sendo certo que, tornando-se signatário de uma convenção sobre direitos humanos, **não se pode admitir o retrocesso de um Estado no sentido de justificar-se que um governo nacional promova ou mesmo tolere a prática ou a manutenção dos efeitos de graves violações de direitos humanos em seu território**, à revelia dos compromissos internacionais assumidos. De fato, deve-se observar que **tal retrocesso é que implicaria em afronta à ordem constitucional**, pois é dela que deriva a proteção da dignidade humana como fundamento da República⁴⁶.(grifo nosso)

No mesmo sentido a referida decisão, há ainda a Recomendação Conjunta nº 02/2015, da Defensoria Pública do Estado do Espírito Santo, quanto a impossibilidade de criminalização do crime de desacato, sustentando tal posicionamento na própria Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 – CRFB/1988, quanto a primazia da dignidade da pessoa humana e na redução das desigualdades sociais, somada a normativa internacional, em especial, no que diz respeito a Convenção Americana de Direitos Humanos⁴⁷, a qual fora ratificada pelo Brasil em 1992.

O art. 13 da referida Convenção, prevê que todos têm o direito à liberdade de pensamento e

⁴⁴ Empório do Direito. Desacato não é crime, diz Juiz em controle de convencionalidade. Disponível em: <<http://emporiiododireito.com.br/desacato-nao-e-crime-diz-juiz-em-controle-de-convencionalidade/>>. Acesso em: 25 ago. 2015.

⁴⁵ LEITE, Marcos Thadeu. **Controle de convencionalidade e direitos humanos**.

⁴⁶ LEITE, Marcos Thadeu. **Controle de convencionalidade e direitos humanos**.

⁴⁷ Pacto de San Jose da Costa Rica.

expressão, inserido nesse contexto, “a liberdade de procurar, receber e difundir informações e ideias de qualquer natureza, sem considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer meio de sua escolha”.

Traz ainda que o exercício de tal direito não poderá estar sujeito a prévia censura e que as responsabilidades posteriores, deverão “ser expressamente previstas em lei”, bem como capazes de garantir o respeito dos direitos e da reputação das demais pessoas; a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas”, dentre outros.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente ensaio teve por finalidade refletir quanto ao crime de desacato, em especial quanto a (im)possibilidade de criminalização de tal conduta.

Iniciou-se o trabalho com a análise da concepção de Estado e Segurança Pública. Discorreu-se breve noção de Administração Pública e os crimes praticados contra ela, em especial o crime de desacato que é objeto central do artigo.

Estudou-se brevemente, então, a teoria da argumentação jurídica, especificamente a de Manuel Atienza - professor ministrante da Escola de Altos Estudos no Programa Pós-graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica – Univali, denominada “A Argumentação Jurídica e o Direito Contemporâneo”, realizada, em regime intensivo na primeira quinzena do mês de agosto de 2015 – em suas três concepções: formal, material e pragmática.

Finalmente, analisou-se a decisão do Magistrado Doutor Alexandre Morais da Rosa, que em controle de convencionalidade reconheceu a inexistência do crime de desacato devido a sua incompatibilidade com a Convenção Americana de Direitos Humanos, invocando a declaração de Princípios sobre a liberdade de Expressão, demonstração clara da utilização da concepção argumentativa material de Manuel Atienza.

7 REFERÊNCIAS

ANDRADE FILHO, Antônio Carlos Barros de. **O poder de polícia no estado democrático de direito: discricionariedade e limites**. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/view/30801/30122>>. Acesso em: 19 jul. 2015.

Associação do Ministério Público de Minas Gerais. **Desacato à autoridade deixará de ser crime**. Disponível em: <<http://amp-mg.jusbrasil.com.br/noticias/3110734/desacato-a-autoridade-deixara-de-ser-crime>>. Acesso em: 11 nov. 2015.

ATIENZA, Manuel. **El Derecho como argumentación**. Barcelona: Ariel Derecho. 2006.

_____. **El sentido del Derecho**. Barcelona: Ariel Derecho, 2012.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Col. Saraiva de Legislação – São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. Senado Federal. **Projeto de Lei do Senado nº 236/2012**. Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de Dezembro de 1940 que dispõe sobre as normas incriminadoras atinentes ao Código Penal Brasileiro. Disponível em: <<http://www12.senado.gov.br/noticias/Arquivos/2012/06/pdf-veja-aqui-o-anteprojeto-da-comissao-especialde-juristas>>. Acesso em: 11 nov. 2015.

CARLIN, Volnei Ivo. **Direito administrativo: doutrina, jurisprudência e direito comparado**. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2005.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Tratado de direito administrativo**. v.1. Rio de Janeiro: Forense, 1966

DAFT, Richard L. **Administração**. São Paulo: Cengage Learning, 2010

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

Empório do Direito. **Desacato não é crime, diz Juiz em controle de convencionalidade**. Disponível em: <<http://emporiოდodireito.com.br/desacato-nao-e-crime-diz-juiz-em-controle-de-convencionalidade/>>. Acesso em: 25 ago. 2015

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia entre a facticidade e validade**. Vol II, 2ª Ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HOBBS, Thomas. **Leviatã: ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil**. Martin Claret, ?.

LAZZARINI, Alvaro. **Temas de direito administrativo**. 2. Ed. rev. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

LEITE, Marcos Thadeu. **Controle de convencionalidade e direitos humanos**. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 18, n. 3635, 14 jun. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/24711>>. Acesso em: 14 nov. 2015.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 31 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

MELO, Rui César. **O papel da polícia militar na segurança pública e as garantias fundamentais do indivíduo**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2000.

MOREIRA NETO, Diego Figueiredo. **Direito Administrativo da Segurança Pública**. In: **Direito**

Administrativo da Ordem Pública. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado.** 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. **Leis penais e processuais penais comentadas.** 7. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

OLIVEIRA, Ana Sofia Schimidt de. **A Polícia e o Mito da Paz.** Folha de São Paulo. 27 dez. 1997.

OLIVEIRA, Denise Helena Schild. **A teoria da argumentação jurídica aplicada a um caso concreto: uma análise da teoria de Manuel Atienza.** Disponível em: <<http://www.upf.br/seer/index.php/rjd/article/viewFile/4561/3130>>. Acesso em: 24 nov. 2015.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica: Teoria e Prática.** 12 ed. rev. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

RABESCHINI, André Gomes. **Crimes Contra Administração Pública – Cometidos Por Agentes Públicos.** Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/32954/crimes-contr-administracao-publica-cometidos-por-agentes-publicos#ixzz3ry8ro9pg>>. Acesso em: 11 nov. 2015.

REGLA, Josep Aguiló. **Teoría general de las fuentes del Derecho (y el orden jurídico).** Barcelona: Ariel, 2012.

SANTIN, Valter Foletto. **Controle judicial da segurança pública: eficiência do serviço na prevenção e repressão ao crime.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

SANTOS JÚNIOR, Clélio Gomes dos. **Levando os Princípios a Sério: Eficiência como Princípio Jurídico.** Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP, Nov. 2009. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/Anais/sao_paulo/2831.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2015.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

SILVA, José Saldanha da Gama e. **Conceito da moderna Administração Pública.** Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/12518/11407>>. Acesso em: 11 nov. 2015.