

CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE: CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS X CRIME DE DESACATO À AUTORIDADE

Jaime Xavier Pereira Neto¹

Orientadora: Stela Velter Pacheco²

RESUMO

Quando da interpretação e aplicação de normas de cunho internacional, apresentam-se diversas hermenêuticas de grande valia para o ordenamento jurídico brasileiro. Sendo assim, após o Brasil se tornar signatário do pacto de San Jose da Costa Rica (Convenção Interamericana de Direitos Humanos – Decreto N. 678/1992), concomitantemente se pôs aceito às normas dispostas neste, conforme sua respectiva força normativa. Todavia, o egrégio Superior Tribunal de Justiça notou-se frente à penosa discussão no que tange à infração da liberdade de expressão pelo crime de desacato à autoridade, previsto no art. 331, do Código Penal brasileiro, no contexto do art. 13 do Pacto em testilha. Outrossim, fora preciso a convocação da terceira seção para que se chegasse a um consenso, resultando, no entanto, em divergência quando do primeiro julgamento. Sendo assim, no presente artigo tratar-se-á da discussão envolvendo as exegeses dos Ministros do STJ frente à decisão do embate, bem como o contexto social abarcado pelo tema e instrumentos normativos aplicáveis a tal. Em suma, o crime de desacato continuou a surtir seus efeitos, divergindo-se –em entendimentos– do contido junto ao Pacto de San José da Costa Rica e de posições adotadas por outros países.

Palavras-chave: Controle de Convencionalidade. Pacto de San José da Costa Rica. Convenção Interamericana de Direitos Humanos. Superior Tribunal de Justiça. Crime de Desacato à Autoridade. Decisão. Divergência.

1 INTRODUÇÃO

A instabilidade jurisprudencial referente à descriminalização do crime de desacato, atrela-se a três importantes ramos dos ordenamentos jurídicos brasileiro e internacional, vez que engloba áreas do Direito Internacional, de Direitos Humanos e Direito Constitucional. Outrossim, trata-se da decorrência de um pensamento –controle de convencionalidade– implantado a pouco, às doutrinas e jurisprudência, pelo pós-doutor, Valerio Mazzuoli.

Controle de Convencionalidade faz referência ao fato das normas de direito interno estarem em consonância com os tratados do qual a nação seja signatária. Há, ainda, grande

¹Acadêmico do curso de Direito do Centro Universitário de Várzea Grande (Univag). E-mail: <jaime7xavier@outlook.com>.

²Professora do Centro Universitário de Várzea Grande (Univag). Mestre em História pela UFMT. Advogada. E-mail: <stelavelter@terra.com.br>.

discussão, ocasião em que alguns doutrinadores e ministros defendem que para que se tenha status formal e material constitucional, necessita-se do quórum expresse no art. 5º §3º, CF/88, adicionado através da emenda constitucional 45/2004, enquanto outra corrente doutrinária intercede pela tese de que basta apenas que o país seja signatário do tratado inerente a Direitos Humanos, no caso em discussão, para que se assuma o aspecto formal e material frente à Constituição Federal de 1988.

Através dos entendimentos elencados, desencadeou-se enaltecido debate, aonde o Superior Tribunal de Justiça, no mês de dezembro do ano de 2016, descriminalizou o crime de Desacato à Autoridade, em vistas ao art. 13 do Pacto de San Jose da Costa Rica -do qual o Brasil é signatário-, sob argumento de que a tipificação da referida conduta viria a ferir o direito à liberdade de expressão.

Todavia, emanada da terceira seção do Superior Tribunal de Justiça, fixou-se que continuaria a ser crime o desacato à autoridade, alimentando, desta forma, a instabilidade de correntes hermenêuticas inerentes ao fato.

Sendo assim, o Brasil, através do STJ, entendeu pela não descriminalização da conduta prevista no art. 331, CPB. Elencou-se diversas teses, a demonstrar a não viabilidade do referido ato perante o ordenamento jurídico brasileiro, assim como frente à sociedade como um todo. Tomou-se, também, viés diferido ao de alguns países também signatários do pacto.

2 CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE

Quando abordam-se normas, sejam de caráter infraconstitucional ou advindas de tratados, as quais infringem ou ocasionalmente venham a ferir a Carta Magna, há de se adentrar, por ocasião, ao Controle de Constitucionalidade. Por outro lado, apresenta-se a situação onde dispositivos de direito interno, ou seja, provenientes do ordenamento jurídico brasileiro, apresentam divergências no tocante às normas de direito internacional, pactuadas pelo Estado, relacionadas aos Direitos Humanos, no caso em questão. Desse embate nasce o que chamam de “Controle de Convencionalidade”. Tal instituto foi invocado pelo pós-doutor Valério Mazzuoli, tanto em sua tese de doutorado perante à Universidade Federal do Rio Grande do Sul, no ano de 2008, quanto em suas doutrinas. Trata-se basicamente da

divergência/incompatibilidade ou convergência entre normas infraconstitucionais de direito interno em relação aos tratados de Direitos Humanos em vigor no Estado.

A interpretação do Controle de Convencionalidade depende-se da entrada em vigor da Emenda Constitucional número 45/2004, passando assim a exercer uma compatibilização vertical (material) das normas infraconstitucionais brasileiras em detrimento dos tratados internacionais de Direitos Humanos. A presente teoria se desdobra tanto em âmbito interno como internacional, sendo esta efetivada perante à Corte Interamericana de Direitos Humanos, e aquela junto ao Supremo Tribunal Federal (quando concentrado) ou qualquer juízo ou Tribunal Nacional (quando difuso). O objeto de estudo do presente artigo encontra-se em meio à última opção supramencionada, ou seja, na seara interna e na forma difusa. Contudo é válido que se promova a definição e distinção de ambas.

O Controle de Convencionalidade concentrado nada mais é do que a harmonização das normas infraconstitucionais frente ao disposto nos tratados internacionais de Direitos Humanos aprovados pelo quórum contido no art. 5º, §3º da Constituição Federal, os quais ocasionalmente possuem força de Emenda Constitucional. Sendo assim, os meios para se efetivar tal controle serão os mesmos do Controle de Constitucionalidade Concentrado, ou seja, os dispostos no art. 103 da CF/88.

Para que seja suscitado o Controle de Convencionalidade Difuso, é necessário que se esteja em pauta um tratado não aprovado pelo quórum já citado, ou seja, basta apenas que o tratado seja ratificado pelo Brasil, bem como obedecidos os trâmites legais. Em suma, é o caso do Pacto de San José da Costa Rica, o qual encontra-se no patamar da suprallegalidade. Outrossim, é imprescindível destacar que o Controle de Convencionalidade Difuso é exercido pelos juízes e/ou tribunais locais –ressalvados os casos que englobem recursos–, diferentemente do Concentrado. Tal instituto poderá ser exercido a requerimento das partes ou até mesmo *ex officio*. Sendo assim, as decisões provenientes do assunto em questão deterão de efeitos *inter partes*, isto é, apenas para os envolvidos na demanda. Contudo, em sede do Supremo Tribunal de Justiça, quando necessário, realizar-se-á seção a fim de se discutir os efeitos provenientes da invalidação de norma interna por Tratado internacional.

Sendo assim, Valério Mazzuoli analisa o tema, para simplificar o contexto, nos seguintes termos:

a) Tratados de direitos humanos internalizados com *quorum* qualificado (*equivalentes* às emendas constitucionais) são paradigma do controle concentrado (para além, obviamente, do controle difuso), cabendo, *v.g.*, uma ADIn no STF a fim de invalidar norma infraconstitucional incompatível com eles;

b) Tratados de direitos humanos que têm somente “*status* de norma constitucional” (não sendo “*equivalentes* às emendas constitucionais”, posto que não aprovados pela maioria qualificada do art. 5.º, §3.º) são paradigma somente do controle difuso de convencionalidade, podendo qualquer juiz ou tribunal neles se fundamentar para declarar *inválida* uma lei que os afronte. (MAZZUOLI, 2017, p. 268)

2.1 QUÓRUM EXPRESSO NO ART. 5º, §3º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

O parágrafo 3º, do artigo quinto da Constituição Federal foi incluído à Carta Magna através da Emenda Constitucional nº 45/2004. Através deste, tem-se que os tratados que versarem sobre Direitos Humanos e forem aprovados por quórum qualificado, serão de valor axiológico normativo condizentes com as Emendas Constitucionais, sendo assim, deterão de poder tanto material quanto formalmente constitucional. Sendo assim, vejamos o disposto no art.5º, §3º da CF/88:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) (Atos aprovados na forma deste parágrafo). (BRASIL 1988)

Por mais que o Doutrinador Valério Mazzuoli entenda que todos os tratados de Direitos Humanos detenham força Constitucional, independentemente de anterior aprovação junto ao quórum em testilha, o Supremo Tribunal Federal expressa outra vertente. Após o julgamento do *Habeas Corpus* 90.172 de São Paulo, bem como do Recurso Extraordinário 466.343, cujo relator foi o Ministro Gilmar Mendes, ficou decidido que os Tratados de Direitos Humanos incorporados pelo Brasil antes da emenda 45/2004 ou após a mesma, porém não sujeitos ao quórum, deteriam valor supralegal. Sendo assim, houve um adendo à vultosa pirâmide de Kelsen. A partir de tal entendimento, os Tratados estariam acima das normas infraconstitucionais, porém abaixo da Constituição. Fora incluído mais um pilar junto à teoria retro mencionada. Mesmo com a decisão proferida pelo STF, ainda não há correntes

majoritariamente destacáveis. No entanto, o mais estável a se basear é no atual entendimento, já aludido.

Sendo assim, tem-se que o Pacto de San José da Costa Rica – Convenção Americana de Direitos Humanos- não foi submetido ao quórum disposto pelo art. 5º, §3º da CF/88, tendo portanto o status de norma supralegal. Depreende-se disso o fato da sujeição da convencionalidade do referido tratado ao Superior Tribunal de Justiça e não ao Supremo Tribunal Federal.

3 CRIME DE DESACATO À AUTORIDADE

Disposto no Título XI (Dos Crimes Contra a Administração Pública), Capítulo II (Dos Crimes Praticados por Particular Contra a Administração em Geral), o crime de desacato à autoridade encontra-se expresso junto ao art. 331 do Código Penal brasileiro:

Art. 331 – Desacatar funcionário público no exercício da função ou em razão dela:

Pena – De seis meses a dois anos, ou multa. (BRASIL, 1940)

É de grande vulto destacar que o núcleo do tipo “desacatar”, segundo Rogério Greco, “deve ser no sentido de faltar com o devido respeito, afrontar, menosprezar, menoscar, desprezar, profanar”. (GRECO, 2015, p. 537). Em reforço, Néelson Hungria se põe a dizer que

A ofensa constitutiva do desacato é qualquer palavra ou ato que redunde em vexame, humilhação, desprestígio ou irrelevância ao funcionário. É a grosseira falta de acatamento, podendo consistir em palavras injuriosas, difamatórias ou caluniosas, vias de fato, agressão física, ameaças, gestos obscenos, gritos agudos etc. Uma expressão grosseira, ainda que não contumeliosa, proferida em altos brados ou de modo a provocar escândalo, bastará para que se identifique o desacato. (HUNGRIA, 1958, p. 424)

Desta forma, tem-se que o desacato engloba diferentes condutas, maximizando seu “rol”, a fim de resguardar seu objeto tutelado. Tal entendimento extensivo é abarcado pela doutrina majoritária, aceitando assim, que qualquer das condutas elencadas acima venha a caracterizar o crime de desacato à autoridade.

Tal conduta trata-se de crime comum, isto é, admite qualquer pessoa no polo ativo. Além disso, pelo entendimento majoritário de doutrinas e jurisprudências, o próprio

funcionário público pode atuar no polo ativo, haja vista que o objetivo fim é a tutela da administração de forma geral. Outrossim, estamos diante de um crime comissivo, onde o agente da conduta precisa exercer o ato do desacato. No entanto, admite-se exceções no que tange ao art. 13, §2º do CPB, ocasião onde o agente deveria e poderia agir a fim de se evitar o resultado, tendo portanto a admissibilidade quanto à possibilidade de se concretizar o referido crime decorrente de conduta comissiva por omissão. O Desacato à autoridade apresenta-se por crime formal e instantâneo (não se prolonga no tempo, a exemplo do sequestro ou cárcere privado). E por ser um crime unissubsistente (praticado com um só ato), não se admite sua modalidade culposa, ou seja, tem-se um crime doloso.

O objeto jurídico a ser tutelado pela tipificação é a administração pública na forma de seus agentes públicos, a zelar pela imagem e o devido respeito para com ambos. Já o objeto material protegido é sobre quem recai a conduta criminosa, ou seja, o funcionário público em si. Importante salientar que o ato praticado pelo sujeito ativo pode vir a atingir inúmeros funcionários públicos. Nesta ocasião, mesmo com diversos indivíduos no polo passivo, ainda trata-se de crime único, contudo tal situação será pleiteada quando da aplicação da pena, pelo Juiz. Mister se faz quanto à imprescindibilidade da presença do funcionário público quando do desacato, tornando condutas realizadas por meio de telefone, carta e dentre outros, crimes contra honra, mesmo que contido o aumento de pena por se tratar de um agente público no polo passivo.

Grande discussão se encontra no fato da exigência de ânimo calmo por parte do sujeito ativo do crime. Por esse viés, o desacato só restaria configurado no momento em que o agente, de ânimo calmo, executasse a ação. No entanto, grande parte da doutrina entende que não se exige tal condição, vez que na maioria dos casos envolvendo o desacato os ânimos dos envolvidos estão exaltados. Tal corrente encontra substrato no art. 28, inciso I do Código Penal Brasileiro, onde preceitua-se que a emoção e a paixão não torna o agente inimputável.

Uma prova do vigor da tipificação em testilha é a declaração de inconstitucionalidade do termo *desacato* consonante ao art. 7º, §2º do Estatuto da Ordem dos advogados do Brasil, através da ADI 1127 MC-QO/DF. Desta forma, o advogado, mesmo no exercício da função, não estará isento de incorrer no crime de desacato caso o faça por merecer.

É fato o descontentamento da sociedade frente à administração pública. Isso se dá tanto por desacordos quanto à própria forma de se administrar do Estado ou até mesmo pelo

tratamento anteposto à população. Todavia, tais empecilhos não podem ser utilizados como pretexto para que se promova ações inconiventes com a harmonia social, mesmo que eivadas de tanta indignação. Nesse contexto, o Superior Tribunal de Justiça entende que:

Penal. Desacato. Ação Penal. Trancamento. Tipicidade. *Habeas Corpus*. Recurso.

1. A intolerância indignada do cidadão em repartição pública onde esbarra com intolerância de servidor com quem discute não configura desacato (CP, art. 331).

2. Um Estado pode ser eficiente ou não dependendo do nível de cidadania dos que pagam impostos. Pagar impostos e conformar-se, aceitando as coisas como sempre estão, em suas mesmices, implica em aumentar o poder dos mandantes e seus mandados, ampliando-se a arrogância entre todos de todas as esferas da administração.

3. Contra a má prestação de serviços públicos em quaisquer de suas formas, quaisquer que sejam os agentes estatais, resta ao contribuinte a indignação. Só pela indignação, pela denúncia, que será possível repor o Estado brasileiro na compatibilidade da Constituição e das Leis, resgatando-se em favor dos pagadores de impostos a verdadeira cidadania.

4. Recurso conhecido e provido para trancar ação penal. (RHC/RS, recurso ordinário em *Habeas Corpus*, na 5ª Turma, Rel. Min. Edson Vidigal, publicado no DJ em 25/9/2000, p. 113)

Em suma, a ação penal aplicada ao delito é a pública incondicionada, competindo ao JECRIM (Juizado Especial Criminal) o julgamento da mesma. Isto se dá devido ao fato da pena máxima não ultrapassar 2 (dois) anos, sendo esta cumulada ou não com pena de multa.

4 DESCRIMINALIZAÇÃO PERANTE À TERCEIRA SEÇÃO DO STJ

A priori, faz-se imprescindível explicitar o conteúdo puro do art. 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos:

Artigo 13 - Liberdade de pensamento e de expressão

1. Toda pessoa tem o direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito inclui a liberdade de procurar, receber e difundir informações e idéias de qualquer natureza, sem considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer meio de sua escolha.

2. O exercício do direito previsto no inciso precedente não pode estar sujeito à censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente previstas em lei e que se façam necessárias para assegurar:

a) o respeito dos direitos e da reputação das demais pessoas;
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 e 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 ideias 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 incitamento à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência. (AMÉRIA, 1969)

O fato desencadeou-se do Recurso Especial N° 1.640.084-SP (2016/0032106-0), tendo por relator o Ministro Ribeiro Dantas, bem como recorrente Alex Carlos Gomes e seu defensor: Defensoria Pública do estado de São Paulo. O recorrido foi o Ministério Público do estado de São Paulo.

A decisão quanto ao certame -proferida pela quinta turma- foi unânime, seguindo, todos os ministros, o voto do relator. Em grande parte da argumentação presente ao voto, se deu por questões já abordadas no presente artigo, quais sejam: diferença entre controle de constitucionalidade e controle de convencionalidade, a competência para o julgamento de incompatibilidade de norma interna em relação ao constado em tratado não sujeito ao quórum do art. 5.º, §3.º da CF/88, assim como o status supralegal dos referidos tratados.

No que tange à competência, foi utilizado como escopo o julgamento proferido pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. Do caso em si, denominado *Almonacid Arellano y otros v. Chile*, resultou o entendimento de que caberia aos Estados signatários promoverem o controle de convencionalidade de suas normas de direito interno em ocasiões *inter partes*. Do mesmo modo, a competência possui respaldo no art. 105, III, “a” da CF/88, onde é expresso que:

Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

III – julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida:

a) Contrariar Tratado ou Lei Federal, ou negar-lhes vigência; (Brasil, 1988).

No mesmo sentido, bem como relacionado ao caso em questão, temos o posicionamento do Doutrinador André de Carvalho Ramos, onde o mesmo disserta sobre o dever de agir de um Estado signatário de tratado internacional voltado aos Direitos Humanos:

No caso *Loayza Tamayo v. Peru* e nos posteriores, a Corte [Interamericana de Direitos Humanos] sustentou que o princípio da boa-fé, consagrado

também na Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, obriga os Estados contratantes da Convenção Americana de Direitos Humanos a realizar seus melhores esforços para cumprir as deliberações da Comissão [CIDH], que é também órgão principal da OEA, organização que tem como uma de suas funções justamente promover a observância e a defesa dos direitos humanos no continente americano. (RAMOS, 2015, p. 234)

Noutro giro, foram citados alguns países, Sul-Americanos, que retiraram de seu ordenamento jurídico a tipificação do crime de desacato, como exemplos: Venezuela, Chile Argentina e Peru. Tais acontecimentos se deram, em grande parte, frente a casos envolvendo indivíduos das searas artísticas e midiáticas no polo passivo das ações.

A grande preocupação é a majoração da questão Estado *versus* particular, ou seja, a coibição da livre liberdade de expressão, propiciando cada vez mais a decaída da equidade entre os envolvidos. Ousa-se se dizer que trata-se de um risco ao estado democrático, onde passa-se a oportunizar o abuso por parte do próprio Estado.

Em suma, o julgamento proferido pelo Superior Tribunal de Justiça visou tutelar os princípios basilares de ordem tanto interna quanto externa. Primou-se pelo viés democrático, a fim de que se almejasse o máximo de igualdade para que a justiça, de forma geral, viesse a prosperar. Em contexto amplo, foi exaltada a prevalência dos Direitos Humanos, assim como a universalidade dos Tratados Internacionais e, por fim, a dignidade da pessoa humana. Neste contexto, vulta-se destacar o pensamento do Doutrinador Antônio Augusto Cançado Trindade que, a priori, possui o condão de compilar, em poucas palavras o objeto em testilha, uniformemente à sentença: “os Estados existem para os humanos e não vice-versa” (TRINDADE, 2012, p. 17).

5 A MANUTENÇÃO DO CRIME DE DESACATO

Devido às conturbadas controversas que permeavam o tema e frente ao *Habeas Corpus* Nº 379.269 - MS (2016/0303542-3), a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça encontrou-se frente à necessidade de se alcançar certo consenso. Sendo assim, reuniu-se as duas turmas especializadas em direito penal da Corte Superior e, desta forma, fomentaram o julgamento cujo impetrante/advogado foi a Defensoria Pública do estado de Mato Grosso do Sul, sendo o paciente, Magno Leandro Santos Angelico e impetrado, o Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul. O relator do acórdão foi o Sr. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, o qual viera a ser vencido ao fim. Acompanhou o voto do relator, o senhor Ministro Ribeiro

Dantas. Em contrapartida, votaram os senhores ministros Antonio Saldanha Palheiros, Felix Fischer, Jorge Mussi, Maria Thereza de Assis Moura e Rogerio Schietti Cruz.

Em seu volto, o relator utilizou-se -de forma citada- basicamente dos argumentos proferidos pela 5ª turma, referente ao julgamento do Recurso Especial N° 1.640.084-SP (2016/0032106-0) e provenientes do voto do Ministro Ribeiro Dantas. Em sequência, teceu brevemente sobre o assentamento da competência de julgamento, fator já tratado neste documento.

5.1 VOTO – SR. MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIROS

Já o voto vencedor, iniciado pelo Ministro Antonio Saldanha Palheiros, por mais que também tenha primado por discorrer sobre o controle de convencionalidade, acabou por tomar rumos divergentes. Através da análise dos dispositivos presentes ao Pacto, assim como doutrinas especializadas, entende-se que o mesmo não detém de condão decisório. As decisões proferidas pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos possuem caráter instrutório, ou seja, uma espécie de recomendação –como é o caso do presente trecho- ao Estado que, por sua vez, transgrida algum de seus dispositivos. Não se trata, no caso, de uma sentença condenatória, haja vista que, ao máximo, se atingirá a moral ou imagem de um Estado em questão. Tais decisões não ultrapassam o campo consultivo. Contudo, o controle vinculante de fato é exercido através de decisões, que por sua vez, possuem caráter judicial ou quase judicial. Neste caso, estaríamos de frente às violações de Direitos Humanos em grande escala, fator não afetado pelo contexto em apreço. Sendo assim, as recomendações não possuem o poder vinculante e, neste sentido, André de Carvalho Ramos sucinta:

(...) essas deliberações compõem o chamado *power of embarras*, que por definição é uma pressão política, já que lhe faltaria a chamada força vinculante. Busca-se, então, a chamada "*mobilisation de la honte*", para que o Estado violador, *sponte propria*, repare integralmente a ofensa aos direitos humanos protegidos. (RAMOS, 2015, p. 359).

Importa destacar que o Brasil, até o momento, não foi alvo de decisões de cunho vinculante por parte da Corte Interamericana de Direitos Humanos, no que tange ao crime de desacato em litigância com a liberdade de expressão.

Sob outra perspectiva, assim como parte maçante de outros direitos, o direito à liberdade de expressão não vela-se de um direito absoluto. Desta forma, tal tipificação torna-

se passível de regulamentações, delimitando sua alçada. Constatase que no próprio art. 13 do Pacto de San Jose da Costa Rica, em seu item 2, alínea “b”, há uma brecha para que os Estados promovam essa delimitação em nome da ordem pública e dentre outros fatores. Vejamos:

Artigo 13. Liberdade de pensamento e de expressão

2. O exercício do direito previsto no inciso precedente não pode estar sujeito a censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente fixadas pela lei e ser necessárias para assegurar:

b. a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas. (BRASIL, 1992).

Em decisões passadas, a Corte Interamericana de Direitos Humanos delimitou, através de jurisprudência, os requisitos necessários para a relativização do direito à liberdade de expressão. São eles:

(1) a restrição deve ter sido definida de forma precisa e clara por meio de uma lei formal e material, (2) a restrição deve se orientar à realização de objetivos imperiosos autorizados pela Convenção Americana, e (3) a restrição deve ser necessária em uma sociedade democrática para o sucesso dos imperiosos fins buscados; estritamente proporcional à finalidade buscada; e idônea para alcançar o imperioso objetivo que procura realizar. (CIDH, 2009).

Desta forma, há mais clareza com a compatibilidade entre o crime de desacato e o contexto do art. 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos, pois o ato normativo atenta aos requisitos supracitados. Em continuidade, temos a conduta do desacato tipificada de maneira formal e material, através de lei, bem como tangenciando objetivos que se justapõem ao pacto. Tão logo, a conduta penal se faz necessária ao contexto social do Estado, de forma harmoniosa e proporcional ao cenário atual brasileiro.

Urge-se explicitar que o funcionário público possui inúmeros deveres quando da sua função, desde o modo de agir até mesmo quanto a seu desempenho. Na mesma lida, quando posto defronte, as consequências aos agentes públicos transgressores de normas são tão penosas quanto as do cidadão eivado da seara privada. A exemplo, temos o crime de abuso de autoridade, ou seja, quando um agente público excede ou desvia sua função em benefício próprio ou alheio (trata-se do abuso de poder, de âmbito administrativo, na seara penal). Não obstante, vale ressaltar que o funcionário público pode responder em patamar administrativo, penal, cível e por improbidade administrativa.

5.2 VOTOS DOS MINISTROS ROGERIO SCHIETTI CRUZ E NEFI CORDEIRO

Em seu voto, o Sr. Ministro Rogerio Schietti procurou atacar diretamente o *status* vinculante que os Ministros vencidos atribuíram às normas constantes nos Tratados internacionais de Direitos Humanos. Em seguida defendeu a tese de que deve o Estado, através de tipos penais, tutelar a moral pública/honra objetiva da administração pública, o que é exercido pelo crime de desacato. Ressalva-se que tal ilícito não visa proteger a honra subjetiva do indivíduo investido da função pública. Foi citado, para tanto, exegese proferida pela Corte Europeia de Direitos Humanos:

[...] o valor preponderante da liberdade de expressão, especialmente em questões de interesse público, não pode prevalecer sempre em todos os casos sobre a necessidade de proteger a honra e a reputação de outros, seja de pessoas privadas ou de funcionários públicos. (Caso *Mamère v. France*, n. 12697, § 27) [...] permanece aberta a possibilidade para as autoridades competentes do Estado de adotar, em sua condição de garantes da ordem pública, medidas, ainda que de natureza penal, destinadas a reagir de maneira adequada e não excessiva frente a imputações difamatórias desprovidas de fundamento ou formuladas de má fé. (Caso *Castells v. Spain*, 23/4/1992, n. 236, § 46).

Schietti ainda destaca que, após análise detalhada dos casos onde houve condenação frente à Corte Interamericana de Direitos Humanos, constatou que na verdade tratavam-se de manifestação de opiniões, sendo elas proferidas, em todos os casos, por jornalistas ou escritores. Neste rumo, conclui-se que não havia a presença do agente quando do momento do núcleo do tipo, ou seja, não são fatos condizentes com a conduta de desacato, expresso perante o ordenamento jurídico brasileiro.

Por fim, fez alusão a entendimento norte-americano e pôs-se a frisar que transferir a responsabilidade de um crime de desacato para um dos crimes contra a honra acabaria por restar lacunas no tipo penal, de forma a não abarcar da forma mais abstrata possível os atos sociais.

O Sr. Ministro Nefi Cordeiro ratificou os votos vencedores, assim como salientou que o direito penal deve proteger a moral da administração pública e, subsidiariamente, tutelar a honra de quem a verdadeiramente exerce em contato com o cidadão de âmbito privado. Ressaltou, ainda, que no caso em apreço do *Habeas Corpus* Nº 379.269 - MS (2016/0303542-3) a conduta do réu, nem de longe representava uma manifestação de pensamento, haja vista que o mesmo proferiu palavras de baixo calão para com os policiais que o abordaram. Em suma, o crime de desacato existe justamente para evitar que excessos como esse aconteça e,

diferencia-se da injúria no que tange ao fato de exigir que o agente encontre-se presente no momento da ação.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Decorrente da análise dos entendimentos doutrinários e jurisprudenciais, restou firmado que os Tratados de Direitos Humanos não aprovados pelo quórum especial trazido pelo art. 5.º, §3º (Constituição Federal de 1988), dos quais o Brasil é signatário, possuem *status* supralegal, ou seja, estão acima das normas infraconstitucionais, porém abaixo da Constituição e/ou dos Tratados aprovados pelo respectivo quórum.

O instituto do Controle de Convencionalidade, já aceito no ordenamento jurídico brasileiro, é responsável por promover a compatibilização entre normas externas e internas. Desta forma, assim como o Controle de Constitucionalidade, possui ramificações postuladas em controle concentrado e controle difuso. O controle difuso trata da interpretação de tratados internacionais por tribunais e juízes de instâncias inferiores, bem como trata-se da ramificação aplicada ao caso em espeque.

Ao Controle de Convencionalidade Difuso, submetem-se os tratados não aprovados ao quórum da emenda constitucional nº 45/2004. Desta forma, tais pactos serão, quando necessário, objeto de apreciação de Tribunais que se diferem do Supremo Tribunal Federal.

Já o crime de desacato, por exigir que o sujeito ativo esteja presente quando da execução do núcleo do tipo, difere-se do direito de opinião de repórteres e escritores, cerceados em outros países da América do Sul, e utilizados como fundamento para a descriminalização da conduta de desacato através da terceira seção do Superior Tribunal de Justiça brasileiro.

O direito à liberdade de expressão não se dá por absoluto, tal qual exige determinados pressupostos para que ocorra a supressão adequada. Outrossim, tais requisitos são preenchidos pela conduta do crime de desacato.

Em suma, partindo da máxima principiológica do sentido de justiça: “tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na exata medida de suas desigualdades” (NERY JUNIOR, 1999, p. 42), torna-se indubitável a imprescindibilidade da tipificação do

crime de desacato perante à atual sociedade brasileira. Desta forma, caso seja viável sua revogação ou invalidez a posteriori, irrefutavelmente estaremos em nível harmônico-social considerável.

7 REFERÊNCIAS

BRASIL. **Pacto de San Jose da Costa Rica (Convenção Americana de Direitos Humanos)**. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>>. Acesso em: 23.08.2018.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 466.343-1 SP**. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>>. Acesso em: 24/08/2018

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 90.172-7 SP**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/hc90172.pdf>>. Acesso em: 24/08/2018

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1640084 SP**. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&termo=REsp%201640084>>. Acesso em 27/08/2018

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus 379269 MS**. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&termo=HC%20379269>>. Acesso em 27/08/2018.

BRASIL. **Artigo: “Descriminalização” do Desacato 2016**. Disponível em: <<https://joaquimleitaonior.jusbrasil.com.br/artigos/418975243/descriminalizacao-do-desacato>>. Acesso em 02/09/2018.

BRASIL. **Emenda Constitucional N.º 45/2004**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm>. Acesso em: 23/08/2018

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**, 15ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

GOMES, Luiz Flávio. **A Questão da Obrigatoriedade dos Tratados e Convenções no Brasil (Particular Enfoque na Convenção Americana Sobre Direitos Humanos)**. Revista dos Tribunais, ano 83, v. 710, dez. 1994.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**, volume IV: parte especial. 11ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015.

MAZZUOLI, Valerio. **Curso de Direitos Humanos**, 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017.

MAZZUOLI, Valerio. **Tratados Internacionais de Direitos Humanos e Direito Interno**. São Paulo: Saraiva, 2010.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 35º ed, São Paulo: Malheiros, 2009.

NERY JÚNIOR, Néelson. **Princípios do processo civil à luz da Constituição Federal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**, 4ª ed. rev., amp. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

RAMOS, André de Carvalho. **Processo internacional de direitos humanos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Direito Internacional das Organizações Internacionais**. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.