



O CRIME DE DESACATO E A LIBERDADE DE EXPRESSÃO CONSAGRADA NOS TRATADOS INTERNACIONAIS

Edson Vieira da Silva Filho¹

Cleyson Rodrigo Brene²

Para citar este artículo puede utilizar el siguiente formato:

Edson Vieira da Silva Filho y Cleyson Rodrigo Brene (2018): "O crime de desacato e a liberdade de expressão consagrada nos tratados internacionais", Revista Caribeña de Ciencias Sociales (octubre 2018). En línea

[//www.eumed.net/rev/caribe/2018/10/crime-desacato-liberdade.html](http://www.eumed.net/rev/caribe/2018/10/crime-desacato-liberdade.html)

RESUMO

O presente trabalho visa analisar o crime de desacato, previsto no artigo 331 do Código Penal Brasileiro, resquício do período ditatorial no Brasil, à luz da Constituição Federal de 1988 e da Convenção Americana de Direitos Humanos, com ênfase no direito fundamental da liberdade de expressão. Diante do panorama contextual de internacionalização dos referidos tratados e de uma atuação dinâmica e contundente da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, o debate resta acalorado e conflui para a análise da extirpação do referido crime dos ordenamentos jurídicos americanos. Outrossim, estariam os magistrados aptos a exercer o controle de convencionalidade da referida norma pena incriminadora? Observa-se que o delito de desacato, que tem como fim a proteção da autoridade estatal, não perdura no ordenamento jurídico brasileiro face à sua incompatibilidade com o direito humano à liberdade de expressão e de pensamento. A pesquisa teórico-bibliográfica e documental foi realizada por meio do método dedutivo numa abordagem crítico-comparativa.

Palavras-chave: Crime de desacato; Constituição Federal; Convenção Americana de Direitos Humanos; CIDH.

ABSTRACT

This study aims to analyze the contempt crime, under article 331 of the Brazilian Penal Code, remnant of the dictatorial period in Brazil, in the light of the Constitution of 1988 and the American Convention on Human Rights, with emphasis on the fundamental right of freedom of expression. Given the contextual panorama of internationalization of these treaties and a dynamic and forceful performance of the Inter-American Commission on Human Rights, the debate remains heated and confused for the analysis of the extirpation of said crime of the American legal systems. Also, would the magistrates be

¹Pós-Doutor pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), Rio Grande do Sul. Doutor em Direito pela Universidade Estácio de Sá (UNESA). Mestre pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Mestre pela Universidade São Francisco (USF), São Paulo. Professor Adjunto da Faculdade de Direito do Sul de Minas (FDSM). Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito do Sul de Minas (FDSM). Vice Presidente da Fundação Sul Mineira de Ensino. E-mail: evsilva@globo.com

² Mestrando em Constitucionalismo e Democracia pela Faculdade de Direito do Sul de Minas – FDSM; Delegado de Polícia Civil de Minas Gerais. E-mail: crbrene@yahoo.com.br

able to exercise the control of conventionality of the standard incriminating penalty? It is observed that the crime of contempt, whose purpose is the protection of state authority, does not last in the Brazilian legal system in view of its incompatibility with the human right to freedom of expression and thought. The theoretical-bibliographic and documentary research was carried out by means of the deductive method in a critical-comparative approach.

Keywords: contempt crime; Federal Constitution; American Convention on Human Rights; IACHR.

RESUMEN

El presente trabajo busca analizar el crimen de desacato, previsto en el artículo 331 del Código Penal Brasileño, resquicio del período dictatorial en Brasil, a la luz de la Constitución Federal de 1988 y de la Convención Americana de Derechos Humanos, con énfasis en el derecho fundamental de la libertad de expresión. Ante el panorama contextual de internacionalización de dichos tratados y de una actuación dinámica y contundente de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, el debate queda acalorado y confluye para el análisis de la extirpación de dicho crimen de los ordenamientos jurídicos estadounidenses. Además, ¿estarían los magistrados aptos a ejercer el control de convencionalidad de dicha norma pena incriminadora? Se observa que el delito de desacato, que tiene como fin la protección de la autoridad estatal, no perdura en el ordenamiento jurídico brasileño frente a su incompatibilidad con el derecho humano a la libertad de expresión y de pensamiento. La investigación teórico-bibliográfica y documental fue realizada por medio del método deductivo en un enfoque crítico-comparativo.

Palabras clave: Crimen de desacato; Constitución Federal; Convención Americana de Derechos Humanos; CIDH.

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 é um marco do processo de redemocratização experimentado pelo Brasil, após longo período ditatorial, marcado por inúmeras violações aos direitos e garantias individuais, alicerces de um Estado Democrático de Direito.

Nesse diapasão, encontramos no ordenamento jurídico brasileiro leis criadas sob a égide de Constituições, declaradamente, de índole fascista, como a de 1937, inspirada no Código Rocco italiano.

O crime de desacato está previsto no Código Penal de 1940, ainda em vigor, e procura proteger a integridade e o bom nome da Administração Pública, tolhendo, para grande parte da doutrina, com fulcro nos tratados internacionais de direitos humanos, o direito fundamental da liberdade de expressão.

Desta maneira, o objetivo desta pesquisa é traçar um panorama sobre os fundamentos que deram supedâneo à decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça, analisando se há incompatibilidade vertical entre o crime de desacato e o tratado internacional acima mencionado.

Para tanto, será necessário, primeiramente, conceituar o Desacato e o Princípio da Liberdade de Expressão, fazendo um estudo aprofundado sobre a eficácia normativa do Pacto de San José da Costa Rica em nosso ordenamento jurídico. Em seguida, será feito um estudo acerca do Controle de Convencionalidade, que se apresenta como uma das técnicas para verificação da compatibilidade vertical entre as normas internas e os tratados internacionais sobre direitos humanos.

Dessa forma, o presente artigo científico tem como propósito contribuir com a discussão acerca da temática envolvendo o conflito de normas internas e as Convenções Internacionais sobre Direitos Humanos, notadamente à luz do Princípio da Liberdade de Expressão, apontando o Controle

de Convencionalidade como possibilidade para solução das antinomias com base no critério hierárquico.

As conceituações propostas serão feitas a partir da pesquisa bibliográfica que permitirá uma releitura da temática dos pontos mais relevantes relacionados à matéria. Neste contexto, a pesquisa documental e bibliográfica permitirá a análise crítica e conceitual sobre o julgado proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, bem como sobre os termos que fundamentaram a decisão objeto da análise.

A abordagem se justifica e mostra-se atual, porque se trata de decisão inovadora que traz um debate interessante sobre a necessidade de compatibilizar as normas penais brasileiras aos Tratados Internacionais que versam sobre Direitos Humanos, analisando a posição hierárquica que estes últimos ocupam em nossa pirâmide normativa.

Para alcançar os objetivos acima estipulados, pretendemos realizar uma revisão de literatura através da releitura de doutrinas que se dedicam a conceituar a o Controle de Convencionalidade, o Princípio da Liberdade de Expressão e o Crime de Desacato, a fim de possibilitar uma maior compreensão sobre a importância do tema.

CONCEITO DO TIPO PENAL DESACATO E CONSIDERAÇÕES HISTÓRICAS

O tipo penal desacato está previsto no art. 331 do Código Penal, etiquetado como crime contra a Administração Pública, sendo o preceito secundário a pena de detenção de seis meses a dois anos, ou multa. Portanto, trata-se de crime de menor potencial ofensivo, conforme dispõe o art. 61 da Lei 9.099/95 (Juizados Especiais).

Nas palavras de Capez³, “o desacato consiste na prática de qualquer ato ou emprego de palavras que causem vexame, humilhação ao funcionário público”. Verifica-se que a conduta punida é aquela que visa se expressar de forma caluniosa, difamatória ou injuriosa. Enfim, todo ato que desprestige, humilhe o funcionário público, de forma a ofender a dignidade, o prestígio e o decoro da função pública.

A caracterização do crime independe de o funcionário público se sentir ou não ofendido, pois o que a lei visa é prestigiar o cargo público e a sua dignidade. E ainda, exige que a ofensa seja feita na presença do funcionário público, sendo atípica, neste particular, a conduta praticada sem que o funcionário público ouça a ofensa no momento da ação ou omissão daquele que a comete⁴.

A origem histórica do delito remonta ao direito romano, que reprimia as ofensas irrogadas contra magistrados, sendo consideradas *injuria atrox* (gravíssimas), cuja pena podia chegar à morte⁵.

Do ponto de vista histórico, a doutrina registra que o crime de desacato já era aplicado na época do Direito Romano, remontando ao período da Antiguidade Clássica. Em relação ao direito brasileiro, o primeiro diploma legislativo a usar expressamente a nomenclatura desacato foi o Código Penal de 1890⁶.

³ CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**: parte especial. 9. ed. vol. 3. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 565.

⁴ GONÇALVES, Victor Eduardo Gonçalves. **Direito Penal**: parte especial. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 274.

⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**, Volume 5. Parte especial: dos crimes praticados contra a Administração Pública, dos crimes praticados por prefeitos (Lei 10.028/2000). São Paulo: Saraiva, 2007, p. 173.

⁶ HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. 4. ed. v. 9 Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 175.

Considera-se que o funcionário público é um representante da Administração Pública e na sua atuação funcional pode praticar atos desagradáveis, mesmo que realizadas para alcançar o interesse público. Ou então, a só constatação do funcionário representar os interesses estatais, pode fazer com que algumas pessoas atuem de forma desrespeitosa em relação as funções que são exercidas pelo funcionário⁷.

A partir da Revolução Burguesa e do respectivo movimento codificador, em especial, com os Códigos Penais franceses de 1791 e 1810, o tipo penal restou ampliado para que a referida infração penal alcançasse a todos os funcionários públicos, sob a denominação *outrage*, com a finalidade de se preservar a atuação dos agentes do poder.

O direito brasileiro seguiu a linha incriminadora de tal conduta, a partir das Ordenações Filipinas⁸, em seu Livro V, Título 50. Todavia, em especial, as injúrias direcionadas aos “juizadores e a seus oficiais”. Já com o Código Penal de 1890⁹ foi introduzida a denominação *desacato*, em seu art. 134, sendo a conduta de “desacatar qualquer autoridade, ou funcionário público, em exercício de suas funções, ofendendo-o diretamente por palavras ou atos, ou faltando à consideração devida e à obediência hierárquica”.

Por fim, o Código Penal de 1940¹⁰, promulgado no contexto da Constituição de 1937, de índole eminente fascista, inspirado no Código italiano do Ministro Rocco, em vigor mesmo após o processo de redemocratização de 1988, prevê o tipo penal, alargando o seu alcance para as ofensas proferidas ainda que fora do exercício da função, mas em razão dela: “desacatar funcionário público no exercício da função ou fora dela”.

Na trilha dos ensinamentos de Magalhães Noronha, o bem jurídico tutelado “é a dignidade, o prestígio, o respeito devido à função pública. É o Estado diretamente interessado em que aquele seja protegido e tutelado, por ser indispensável à atividade dinâmica da administração pública”¹¹. Portanto, o Estado é o sujeito passivo direto da infração penal.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos, conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, adotada no âmbito da Organização dos Estados Americanos, assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos em São José da Costa Rica, em 22 de novembro de 1969, entrou em vigor internacional em 18 de julho de 1978, na forma do segundo parágrafo de seu art. 74.

O Brasil é signatário da referida convenção, aderindo, através do decreto nº678, de novembro de 1992, que em seu artigo 1º estabelece que “deverá ser cumprida tão inteiramente como nela se contém”¹².

⁷ GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**: Arts. 250 ao 361 do código penal. 11. ed. V.4. Niterói: Impetus, 2015, p. 342.

⁸ Ordenações Filipinas. Disponível em: <http://www1.ci.uc.pt/ihiti/proj/filipinas/ordenacoes.htm>. Acesso em 05.09.16

⁹ BRASIL. DECRETO N. 847 – DE 11 DE OUTUBRO DE 1890, **Promulga o Código Penal**. Disponível em: <http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=66049>. Acesso em 05.09.16.

¹⁰ BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em 05.09.16.

¹¹ NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 1988, v. 4, p. 303.

¹² BRASIL. **Decreto nº 678**, de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm. Acesso em 02 de setembro de 2016.

Mister alinhavarmos, nesse contexto, a natureza jurídica dos tratados internacionais no direito pátrio. A Constituição Federal, em seu art. 5º, §2º, estabelece que os direitos e garantias expressos na Carta Magna não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

E com a reforma promovida pela emenda à Constituição nº45, de 2004¹³, o legislador constituinte atribuiu status de norma constitucional aos 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. Mesmo rito, portanto, atribuído às emendas.

Todavia, a celeuma se estabeleceu no tocante à natureza jurídica dos tratados internacionais sobre direitos humanos ratificados pelo Brasil, porém, sem passar pelo processo constitucional de votação acima mencionado, situação na qual se insere o Pacto San José da Costa Rica.

Diante do caráter especial do Pacto Internacional dos Direitos Civis Políticos (art. 11) e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos¹⁴ - Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), ratificados, sem reserva, pelo Brasil, no ano de 1992, o Supremo Tribunal Federal reservou um lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna. Trata-se de status normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil, tornando, por conseguinte, inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de ratificação.

Nesse diapasão, destacamos o julgamento paradigmático da Suprema Corte¹⁵, *verbis*:

Portanto, diante do inequívoco caráter especial dos tratados internacionais que cuidam da proteção dos direitos humanos, não é difícil entender que a sua internalização no ordenamento jurídico, por meio do procedimento de ratificação previsto na Constituição, tem o condão de paralisar a eficácia jurídica de toda e qualquer disciplina normativa infraconstitucional com ela conflitante. Nesse sentido, é possível concluir que, diante da supremacia da Constituição sobre os atos normativos internacionais, a previsão constitucional da prisão civil do depositário infiel (...) deixou de ter aplicabilidade diante do efeito paralisante desses tratados em relação à legislação infraconstitucional que disciplina a matéria (...). Tendo em vista o caráter supralegal desses diplomas normativos internacionais, a legislação infraconstitucional posterior que com eles seja conflitante também tem sua eficácia paralisada. (...) Enfim, desde a adesão do Brasil, no ano de 1992, ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos 'Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), não há base legal par aplicação da parte final do art.5º, inciso LXVII, da Constituição, ou seja, para a prisão civil do depositário infiel.

Assim, a roupagem normativa acima da legislação ordinária reforça a necessidade de se coadunar as leis brasileiras aos tratados internacionais.

LIBERDADE DE EXPRESSÃO

A Convenção Americana de Direitos Humanos, no capítulo destinado aos direitos civis e políticos, consagra expressamente a liberdade de pensamento e de expressão:

Artigo 13. Liberdade de pensamento e de expressão

1. Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito compreende a liberdade de buscar, receber e difundir informações e idéias de toda natureza, sem consideração de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro processo de sua escolha.
2. O exercício do direito previsto no inciso precedente não pode estar sujeito a censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente fixadas pela lei e ser necessárias para assegurar:
 - a. o respeito aos direitos ou à reputação das demais pessoas; ou
 - b. a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas.

¹³ BRASIL. **Emenda Constitucional nº 45**, de 30 de dezembro de 2004. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm. Acesso em 02 de setembro de 2016.

¹⁴ **CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS**. Assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em 02 de setembro de 2016.

A CIDH (Comissão Interamericana dos Direitos Humanos) é um órgão principal e autônomo da Organização dos Estados Americanos (OEA) encarregado da promoção e proteção dos direitos humanos no continente americano. Com sede em Washington, foi criada pela OEA em 1959 e, juntamente com a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CorteIDH), é uma instituição do Sistema Interamericano de proteção dos direitos humanos (SIDH).

Em 1997, foi criada a Relatoria Especial para a Liberdade de Expressão. Nos relatórios correspondentes aos anos 1998 e 2000, foi incluído o tema relacionado com as leis de desacato vigentes nos países do hemisfério. A importância da inclusão visava ao acompanhamento do avanço das recomendações efetuadas em ambos os relatórios, em especial, quanto à necessidade de derrogar esta normativa com o efeito de ajustar a legislação interna aos padrões consagrados pelo sistema interamericano quanto ao respeito ao exercício da liberdade de expressão.

Reconhecendo a importância do tema, em outubro de 2000 (Washington, DC, EUA), foi aprovada a Declaração de Princípios sobre a Liberdade de Expressão¹⁶ (reconhecendo que os princípios do artigo 13 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos representam o marco legal a que estão sujeitos os Estados membros da Organização dos Estados Americanos), buscando a consolidação e o desenvolvimento da democracia, que dependem da existência de tal direito fundamental (reconhecido em diversos tratados internacionais), bem como no intuito de se obstaculizar o livre debate de ideias e opiniões, que limita a liberdade de expressão e o efetivo desenvolvimento do processo democrático. Dentre os princípios, destacamos:

PRINCÍPIOS

1. A liberdade de expressão, em todas as suas formas e manifestações, é um direito fundamental e inalienável, inerente a todas as pessoas. É, ademais, um requisito indispensável para a própria existência de uma sociedade democrática.

(...)

7. Condicionamentos prévios, tais como de veracidade, oportunidade ou imparcialidade por parte dos Estados, são incompatíveis com o direito à liberdade de expressão reconhecido nos instrumentos internacionais.

(...)

11. Os funcionários públicos estão sujeitos a maior escrutínio da sociedade. **As leis que punem a expressão ofensiva contra funcionários públicos, geralmente conhecidas como "leis de desacato", atentam contra a liberdade de expressão e o direito à informação.** (Grifamos)

No ano de 2004, em sede de Informe Anual da Relatoria, foram renovados os argumentos de recomendação da derrogação das leis de desacato.

No capítulo VI, intitulado Leis de Desacato e Difamação Criminal, são enfáticos: as leis de desacato são incompatíveis com o artigo 13 da Convenção. Mencionam a conclusão da Convenção Interamericana de Direitos Humanos no sentido de que tais leis não são compatíveis com a Convenção porque se prestavam ao abuso como um meio para silenciar ideias e opiniões impopulares, reprimindo, desse modo, o debate que é crítico para o efetivo funcionamento das instituições democráticas¹⁷.

A CIDH declarou, igualmente, que as leis de desacato proporcionam um maior nível de proteção aos funcionários públicos do que aos cidadãos privados, em direta contravenção com o

¹⁶ **DECLARAÇÃO DE PRINCÍPIOS SOBRE LIBERDADE DE EXPRESSÃO.** Aprovado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos em seu 108º período ordinário de sessões, celebrado de 16 a 27 de outubro de 2000. Disponível em: <http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/s.convencao.libertade.de.expressao.htm>. Acesso em 02 de setembro de 2016.

¹⁷ CIDH, **Relatório sobre a compatibilidade entre as leis de desacato e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos**, OEA/Ser. L/V/II.88, doc. 9 rev., 17 de fevereiro de 1995, p. 212, acessado em 20/09/2016.

princípio fundamental de um sistema democrático, que sujeita o governo a controle popular para impedir e controlar o abuso de seus poderes coercitivos¹⁸.

Em consequência, os cidadãos têm o direito de criticar e examinar as ações e atitudes dos funcionários públicos no que se refere à função pública.

Além disso, a CIDH instou os Estados que derogassem as chamadas “leis de desacato”. Todavia, elas continuam existindo, de maneiras distintas, na maioria dos Estados das Américas, com frequência utilizada para silenciar aqueles que criticam as autoridades, segundo relatório.

A Relatoria para a Liberdade de Expressão ressaltou que a opinião da CIDH em relação ao tipo penal de desacato também apresenta certas implicações em matéria de reforma das leis sobre difamação, injúria e calúnia. O reconhecimento do fato de que os funcionários públicos estão sujeitos a um menor, e não a um maior, grau de proteção frente às críticas e ao controle popular significa que a distinção entre as pessoas públicas e privadas deve-se efetuar, também, nas leis ordinárias sobre difamação, injúria e calúnia. A possibilidade de abuso de tais leis, por parte dos funcionários públicos, para silenciar as opiniões críticas é tão grande no caso destas leis como no das leis de desacato¹⁹.

No tocante aos avanços dos últimos anos ocorrido na América Latina, destacam o Chile, que derogou, em 2001, o delito de desacato previsto no art. 6, “b” da Lei de Segurança do Estado²⁰, e a Costa Rica, que derogou o delito de desacato em março de 2002²¹.

No Brasil, forçoso mencionar que a comissão de juristas brasileiros responsável pela elaboração do anteprojeto do Novo Código Penal decidiu, por maioria de votos, sugerir a retirada do crime de desacato da legislação brasileira. A ideia é fazer com que o delito desacato seja absorvido tipicamente pelo crime de injúria. Assim, na trilha do anteprojeto, a injúria contra servidor público em razão de suas funções teria a pena dobrada, diante da incompatibilidade com a Convenção Americana de Direitos Humanos²².

APLICABILIDADE NO DIREITO BRASILEIRO

Num primeiro eito, não podemos olvidar o reconhecimento dos direitos fundamentais como sustentáculo balizar na construção de um Estado Democrático de Direito. E a liberdade de expressão resta etiquetada como cláusula pétrea na Constituição Federal de 1988²³, enfatizando ser “livre a manifestação de pensamento” (art. 5º, inc. IV).

O festejado jurista português José Joaquim Gomes Canotilho, discorre, com precisão, sobre o alicerce dos direitos humanos como fundamentação material da Constituição:

A legitimidade material da Constituição não se basta com um “dar forma” ou “constituir” de órgãos; exige uma fundamentação substantiva para os actos dos poderes públicos e daí que ela tenha de ser um parâmetro material, directivo e inspirador desses

¹⁸ Ibid. p. 207.

¹⁹ Informe anual da Relatoria Especial para a Liberdade de Expressão Informe anual da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, 2004. Disponível em: <http://www.oas.org/pt/cidh/expressao/showarticle.asp?artID=533&IID=4>. Capítulo V, item 17, acessado em 20/09/2016.

²⁰ Ibid. Capítulo V, item 30.

²¹ Ibid. Capítulo V, item 32.

²² Informação extraída da reportagem “Desacato: muito além da falta de educação”, publicada no site do Superior Tribunal de Justiça. Link: <http://stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=106170>, acessado em 23/09/2016.

²³ BRASIL. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 02 de setembro de 2016.

actos. A fundamentação material é hoje essencialmente fornecida pelo catálogo de direitos fundamentais (direitos, liberdades e garantias e direitos económicos, sociais e culturais)²⁴.

Na mesma esteira, em outra passagem, enfatiza

Um topos caracterizador da modernidade e do constitucionalismo foi sempre o da consideração dos "direitos do homem" como ratio essendi do Estado Constitucional. Quer fossem considerados como "direitos naturais", "direitos inalienáveis" ou "direitos racionais" do indivíduo, os direitos do homem, constitucionalmente reconhecidos, possuíam uma dimensão projectiva de comensuração universal²⁵.

Estabelecidas as diretrizes de uma ordem constitucional voltada ao pluralismo e respeito ao Direito Internacional, com o objetivo de maximizar-se a preservação de direitos fundamentais, em especial, os direitos humanos, Flavia Piovesan²⁶:

O Direito Internacional dos Direitos Humanos pode reforçar a imperatividade de direitos constitucionalmente garantidos – quando os instrumentos internacionais complementam dispositivos nacionais ou quando estes reproduzem preceitos enunciados na ordem internacional – ou ainda estender o elenco dos direitos constitucionalmente garantidos – quando os instrumentos internacionais adicionam direitos não previstos pela ordem jurídica interna.

A proteção do prestígio, idoneidade e probidade da Administração Pública, se apresenta, no contexto da incriminação do delito desacato, como uma "flagrante negação de cidadania"²⁷, tendo em vista que tais atributos deveriam ser demonstrados e justificados por seus atos e pelos resultados que oferece à coletividade, não o contrário. A postura arbitrária, até mesmo arrogante e despótica, de calar ou impedir o seu exercício saudável da crítica democrática, salutar no ambiente plural, destoa da ideia de Estado Penal Mínimo.

Como bem observa Cezar Roberto Bitencourt²⁸,

A práxis demonstra, sobretudo, a necessidade de levar em consideração o estado emocional do suposto ofensor, suas condições pessoais, classe social, grau de cultura, estado de lucidez, desespero pessoal, os quais podem fragilizar seu equilíbrio emocional, que não pode ser simplesmente desconsiderado.

O autor italiano Vincenzo Mancini²⁹, ao discorrer sobre o tema:

Os funcionários públicos e os empregados encarregados de serviço público devem, realmente, ser respeitados, mas a lei não exige que sejam venerados como pessoas sagradas e intocáveis, de modo que se tenha como delituosa a simples reprovação de seus atos, expressa por modo não injurioso.

Os vetores axiológicos da Constituição Federal confluem para o denominado Direito Penal Mínimo, de índole garantista, em razão da catalogação de um extenso rol de direitos e garantias erigidos a cláusulas pétreas, com o indivíduo sendo tratado como um sujeito de direitos. Nesse diapasão, a jurisprudência remansosa do Supremo Tribunal Federal,

A existência de um Estado Democrático de Direito passa, necessariamente, por uma busca constante de um direito penal mínimo, fragmentário, subsidiário, capaz de intervir apenas e tão-somente naquelas situações em que outros ramos do direito não foram aptos a propiciar a pacificação social.

²⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional**. 6ª ed. rev. Coimbra: Almedina, 1993, p. 74.

²⁵ *Ibid.*, p. 18.

²⁶ PIOVESAN, Flavia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 14ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 170.

²⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**, Volume 5. Parte especial: dos crimes praticados contra a Administração Pública, dos crimes praticados por prefeitos (Lei 10.028/2000). São Paulo: Saraiva, 2007, p. 180.

²⁸ *Idem.*

²⁹ MANZINI, Vincenzo. **Trattado di Diritto Penale italiano**. Turim, 1950, volume V, p. 422 a 430.

O Estado Democrático Constitucional de Direito consagra princípios que limitam o poder punitivo estatal, na tentativa de se evitar a perniciosa intervenção do Direito Penal na liberdade individual.

Dentre os diversos princípios norteadores do Direito Penal Mínimo podemos citar o da ofensividade (ou da lesividade), segundo o qual um comportamento apenas pode ser considerado penalmente relevante se causar uma lesão ou perigo (real, concreto) de lesão a um bem jurídico penal³⁰, e o princípio da intervenção mínima, devendo o direito penal funcionar como *ultima ratio* da intervenção estatal, apenas quando os demais ramos do direito se mostrarem ineficientes para a tutela do bem jurídico. Nesse sentido, O Superior Tribunal de Justiça já se manifestou em diversas oportunidades. Vejamos:

O Direito Penal somente deve se preocupar com os bens jurídicos mais importantes e necessários à vida em sociedade, interferindo o menos possível na vida do cidadão. É a última entre todas as medidas protetoras a ser considerada, devendo ser as perturbações mais leves objeto de outros ramos do Direito.

A proteção constitucional à liberdade de pensamento como salvaguarda não apenas das ideias, propostas e opiniões prevalecentes no âmbito social, mas, sobretudo, como amparo eficiente às posições que divergem, ainda que radicalmente, das concepções predominantes, em dado momento histórico-cultural, no âmbito das formações sociais, nos remete à inadmissibilidade da “proibição estatal do dissenso”, sendo imperiosa a necessidade do respeito ao discurso antagônico no contexto da sociedade civil, compreendida como espaço privilegiado que deve valorizar o conceito de “livre mercado de ideias”³¹.

Malgrado o Supremo Tribunal Federal reconhecer a importância da liberdade de expressão, afirma não se revestir de caráter absoluto,

O direito à livre manifestação do pensamento, embora reconhecido e assegurado em sede constitucional, não se reveste de caráter absoluto nem ilimitado, expondo-se, por isso mesmo, às restrições que emergem do próprio texto da Constituição, destacando-se, entre essas, aquela que consagra a intangibilidade do patrimônio moral de terceiros, que compreende a preservação do direito à honra e o respeito à integridade da reputação pessoal. – A Constituição da República não protege nem ampara opiniões, escritos ou palavras cuja exteriorização ou divulgação configure hipótese de ilicitude penal, tal como sucede nas situações que caracterizem crimes contra a honra (calúnia, difamação e/ou injúria), pois a liberdade de expressão não traduz franquia constitucional que autorize o exercício abusivo desse direito fundamental.

No Brasil, o Juiz Alexandre Morais da Rosa, no julgamento dos autos n. 0067370-64.2012.8.24.0023, da comarca da Capital de Santa Catarina, Florianópolis, efetuando controle de convencionalidade, reconheceu a inexistência do crime de desacato em ambiente democrático. Invocando a Declaração de Princípios sobre a Liberdade de Expressão, afastou a incidência do disposto no art. 331 do CP, frisando que, no exercício do controle de convencionalidade, deve o julgador tomar como parâmetro superior do juízo de compatibilidade vertical não só a Constituição da República, mas também os diversos diplomas internacionais, notadamente no campo dos Direitos Humanos, subscritos pelo Brasil, os quais, moldam o conceito de “bloco de constitucionalidade”.

³⁰ BIANCHINI, Alice; GOMES, Luiz Flávio; CUNHA, Rogério Sanches; OLIVEIRA, William Terra de. **Legislação Criminal Especial**. – 2ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: RT, 2010 (Coleção Ciências Criminais, v. 6, Coordenação: GOMES, Luiz Flávio e CUNHA, Rogério Sanches), p. 84.

³¹ O sentido da existência do “free marketplace of ideas” como elemento fundamental e inerente ao regime democrático: STF - AC 2.695-MC/RS, Rel. Min. CELSO DE MELLO.

Ressalte-se, que, além do controle de convencionalidade a ser aplicado, o referido dispositivo penal já sofria suas críticas baseadas em alguns princípios basilares do direito penal, quais sejam o princípio da fragmentariedade e o princípio da intervenção mínima que, em suma, dispõem que no Direito Penal devem ser tutelados apenas bens jurídicos relevantes que não possam ser protegidos por outro ramo do Direito.

Acerca do caráter fragmentário da esfera penal, Gomes e Bianchini³² explicitam que:

É necessário que o direito penal apenas se ocupe de ataques (ofensas) intoleráveis (geradores de lesões ou perigo de lesão) a bem jurídicos relevantes. O direito penal, por conta do caráter fragmentário que ostenta, somente tutelar e sancionará condutas revestidas de especial gravidade, isto é, condutas que perturbem de forma intolerável o Estado de direito e necessitem da atuação do direito penal.

Sobre o princípio da intervenção mínima, aduz o jurista que “o Direito tem condições de oferecer aos bens uma proteção diferenciada, que pode ser civil, administrativa, penal etc., devendo a tutela penal ser reservada para aquilo que efetivamente cause lesão ou perigo ao bem jurídico-penal protegido”³³.

Observa-se, assim, que o próprio ordenamento penal já dispõe de subsídios principiológicos para o afastamento da tipicidade da conduta descrita no crime de desacato, tendo em vista o caráter de *ultima ratio* do Direito Penal. Logo, o argumento da descriminalização do delito, por meio do controle de convencionalidade das leis, apenas reafirma a imperiosidade desse reconhecimento.

A doutrina penalista brasileira considera que o cidadão tem o direito de efetuar críticas contra a atuação dos agentes públicos e que não se configura desacato a conduta de reclamar contra o desempenho funcional de alguém. Assegura-se, dessa forma, o direito de fiscalização por parte dos cidadãos permitindo que haja reclamações relativamente aos serviços públicos que são prestados, desde que não tenha o propósito de ofender ou injuriar³⁴.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A par dos apontamentos apresentados, releva-se a necessidade da efetivação de direitos fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro, em especial, os relativos aos direitos humanos, pois, assim, seguiremos caminhando para uma sociedade mais justa e plural.

O controle de convencionalidade das leis, embora seja muito difundido na esfera internacional, ainda constitui um instituto novo no ordenamento jurídico brasileiro. Trata-se de um procedimento que revela uma medida assecuratória de efetividade dos direitos humanos, na medida em que se pauta numa técnica judicial de compatibilização vertical das normas internas a partir das disposições normativas internacionais. Nesse sentido, o Brasil possui o dever de aplicar medidas internas para concretizar os direitos humanos baseando-se nos preceitos internacionais e, sobretudo, cumprir as decisões emanadas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Assim, a aplicação do controle de convencionalidade no ordenamento jurídico brasileiro, tendo como paradigma o controle de constitucionalidade, resulta no reconhecimento da CIDH como norma interna e, conseqüentemente, a inconstitucionalidade do crime de desacato. Isso porque, à luz

³² GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice. **Curso de Direito Penal**: parte especial. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 59.

³³ GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice. **Curso de Direito Penal**: parte especial. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 63.

³⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015 e PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**: Parte especial - Arts. 250 a 359-H. 7.ed. v. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

das legislações internacionais, observa-se que a condenação pelo crime de desacato constitui uma grave violação ao dispositivo internacional supralegal (art. 13 da CIDH), considerando que a dita norma estrangeira possui força supralegal e o crime previsto no artigo 331 do Código Penal de caráter infraconstitucional, deve ser inaplicável, justamente por confrontar o diploma internacional.

Nessa perspectiva, esse novo sistema constitucional (com requintes do Direito Internacional) voltado ao ser humano e ao respeito para com seus direitos, impõe ao país a necessidade de descriminalização da figura do desacato já que a liberdade de expressão e de pensamento configuram-se essencialmente como direitos humanos. No entanto, não obstante o posicionamento do sistema interamericano, o Poder Judiciário ainda recebe variados casos de desacato e muitas vezes deixa de aplicar os ditames da Corte IDH, havendo algumas exceções como as exaradas.

Em virtude disso, observa-se que as perspectivas de abolição do crime de desacato no ordenamento jurídico brasileiro ainda são mínimas, Embora o STF entenda que as normas da Corte Interamericana de Direitos Humanos tenham caráter supralegal, observa-se um eventual diálogo entre ambas as Cortes. Com isso, há possibilidade de soluções mais adequadas, criando-se espaços mais favoráveis à proteção dos direitos humanos mediante respeito às especificidades nacionais de cada país.

O que se expõe, nesse contexto, é a banalização do delito desacato, mormente na atuação policial, sede esmagadora de registros de ocorrência de tal infração penal. A igualdade entre os indivíduos deve prevalecer, inclusive no âmbito da atuação da função pública, que possui com destinatário o cidadão. E por defendermos a máxima igualdade, não restará desamparado o funcionário público refém da sociedade, pois, como cidadão, sujeito de direitos, também goza das mesmas garantias constitucionais.

Portanto, não se pugna pela legitimação do escárnio, da ofensa, tendo em vista que o funcionário público tem sua honra pessoal como bem jurídico tutelado pela Constituição Federal e, como todos os cidadãos, diante de uma injusta violação, tem o direito subjetivo de reclamar junto às instituições responsáveis (Polícia Judiciária, Ministério Público e Poder Judiciário) a aplicação da lei penal. Todavia, será sujeito passivo das infrações penais comuns, como ameaça (art. 147, CP), calúnia (art. 138, CP), difamação (art. 139, CP), injúria (art. 140, CP), dentre outras.

Destarte, entendemos possível o controle de convencionalidade realizado pelo juiz de direito, afastando, sim, a aplicação do tipo penal do desacato, considerando a eficácia normativa e paralisante dos tratados internacionais, sem prejuízo da incidência de outras normas penais, considerando que a liberdade de expressão não é um direito absoluto e que o funcionário público é sujeito de direitos no contexto da democracia.

BIBLIOGRAFIA

BIANCHINI, Alice; GOMES, Luiz Flávio; CUNHA, Rogério Sanches; OLIVEIRA, William Terra de. **Legislação Criminal Especial**. – 2ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: RT, 2010 (Coleção Ciências Criminais, v. 6, Coordenação: GOMES, Luiz Flávio e CUNHA, Rogério Sanches).

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**, Volume 5. Parte especial: dos crimes praticados contra a Administração Pública, dos crimes praticados por prefeitos (*Lei 10.028/2000*). São Paulo: Saraiva, 2007.

BRASIL. Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm. Acesso em 02 de setembro de 2016.

_____. **Emenda Constitucional nº45**, de 30 de dezembro de 2004. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm. Acesso em 02 de setembro de 2016.

_____. **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 02 de setembro de 2016.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional**. 6ª ed. rev. Coimbra: Almedina, 1993.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**: parte especial. 9. ed. vol. 3. São Paulo: Saraiva, 2011.

CIDH, Relatório sobre a compatibilidade entre as leis de desacato e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, OEA/Ser. L/V/II.88, doc. 9 rev., 17 de fevereiro de 1995, p. 212, acessado em 20/09/2016.

CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS. Assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em 02 de setembro de 2016.

DECLARAÇÃO DE PRINCÍPIOS SOBRE LIBERDADE DE EXPRESSÃO. Aprovado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos em seu 108º período ordinário de sessões, celebrado de 16 a 27 de outubro de 2000. Disponível em: <http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/s.convencao.liberdade.de.expressao.htm>. Acesso em 02 de setembro de 2016.

DECRETO nº 847 – de 11 de outubro de 1890, **Promulga o Código Penal**. Disponível em: <http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=66049>. Acesso em 05.09.16.

DECRETO-LEI nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em 05.09.16.

GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice. **Curso de Direito Penal**: parte especial. Salvador: Juspodivm, 2015.

GONÇALVES, Victor Eduardo Gonçalves. **Direito Penal**: parte especial. São Paulo: Saraiva, 2015.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**: Arts. 250 ao 361 do código penal. 11. ed. V.4. Niterói: Impetus, 2015.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. 4. ed. v. 9 Rio de Janeiro: Forense, 1958.

Informe anual da Relatoria Especial para a Liberdade de Expressão Informe anual da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, 2004. Disponível em: <http://www.oas.org/pt/cidh/expressao/showarticle.asp?artID=533&IID=4>. Capítulo V, item 17, acessado em 20/09/2016.

Informação extraída da reportagem “Desacato: muito além da falta de educação”, publicada no site do Superior Tribunal de Justiça. Link: <http://stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=106170>, acessado em 23/09/2016.

Íntegra da sentença disponível em: http://emporiiodireito.com.br/desacato-nao-e-crime-diz-juiz-em-controle-de-convencionalidade/#_ftn1. Acesso em 05.09.16.

MANZINI, Vincenzo. **Trattato di Diritto Penale italiano**. Turim, 1950, volume V.

NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 1988, v. 4.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

ORDENAÇÕES FILIPINAS. Disponível em: <http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/ordenacoes.htm>. Acesso em 05.09.16

PIOVESAN, Flavia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 14ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**: Parte especial - Arts. 250 a 359-H. 7.ed. v. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.