

UNIVERSIDADE PRESBITERIANA MACKENZIE
FACULDADE DE DIREITO

GUILHERME GOMES RAMOS

O CRIME DE DESACATO E O PACTO DE SAN JOSÉ DA COSTA
RICA

SÃO PAULO

2019

GUILHERME GOMES RAMOS

O CRIME DE DESACATO E O PACTO DE SAN JOSÉ DA COSTA
RICA

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à
Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana
Mackenzie, como requisito parcial para obtenção do
grau de Bacharel em Direito.

ORIENTADOR: Prof. Dr. Fábio Ramazzini Bechara

SÃO PAULO

2019

AGRADECIMENTOS

Para Ana Maria e Douglas, meus companheiros de vida eternos, sem os quais não poderia sequer me tornar um terço da pessoa que sou hoje. Muito obrigado pela oportunidade que me deram de acessar o conhecimento, tendo noção de que é algo tão precioso e, infelizmente, tão restrito à maior parte da população. Isto, junto com todo o amor e carinho que me foi transferido, é o seu maior legado para mim. Obrigado, queridos pais.

Ao meu orientador Fábio Bechara que, com seus brilhantes ensinamentos e ímpar conhecimento jurídico, deu vida a esta obra. Agradeço muito pela oportunidade que me foi dada.

Aos demais familiares e bons amigos que me deram suporte e apoio na elaboração da presente obra. Tenham certeza foram parte imprescindível em minha trajetória até aqui. Muito obrigado por tudo.

RESUMO

Pretende-se neste trabalho demonstrar a incompatibilidade material presente na legislação ordinária, que, aqui, estará representada pelo Código Penal vigente, tendo como contraponto do conflito antinômico a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), reconhecendo-se à controvérsia uma evidente inconstitucionalidade. A Corte Interamericana de Direitos Humanos já se manifestou ser contrária ao tipo penal de desacato, previsto no direito interno brasileiro, por sua desconformidade com o tratado interamericano, sendo, portanto, necessária a realização de verdadeiro Controle de Convencionalidade pelo Poder Judiciário, imprescindível de um Estado Democrático de Direito.

O presente trabalho abordará acerca da análise subjetiva e objetiva do tipo penal de desacato, bem como da análise da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica) e de seus dispositivos sob a luz da Constituição Federal Brasileira de 1988.

Palavras-chave: Desacato. Pacto de San José da Costa Rica. Controle de Convencionalidade. Penal. Direitos Humanos.

ABSTRACT

This paper intends to demonstrate the material incompatibility present in the ordinary legislation, which, here, will be represented by the actual Criminal Code, having as a counterpoint to this antinomic conflict the American Convention of Human Rights (Pact San José, Costa Rica), acknowledging the controversy as a truly unconstitutionality. The Interamerican Court of Human Rights has already made a statement condemning the existence of the authority discredit crime, provided by the Brazilian internal legislation, because of its disconformity with said interamerican treaty, demanding, therefore, the implementation of real Conventionality Control by the Judiciary Branch, so necessary in a Democratic State of Law.

The present paper will elaborate about the subjective and objective analysis of the authority discredit crime, as well as the analysis of the American Convention of Human Rights (Pact San José, Costa Rica) and its terms under the light of the Brazilian's 1988 Federal Constitution.

Keywords: Authority Discredit Crime. Pact San José, Costa Rica. Conventionality Control. Criminal. Human Rights.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
1. DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA	8
2. O CRIME DE DESACATO NO DIREITO PENAL BRASILEIRO	12
3. DA CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS.....	14
4. DO PACTO E DOS ÓRGÃOS INTERAMERICANOS DE PROTEÇÃO DE DIREITOS HUMANOS.....	16
5. DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE.....	19
6. CONSIDERAÇÕES FINAIS	24
BIBLIOGRAFIA	25

INTRODUÇÃO

O Código Penal brasileiro (Decreto-Lei nº 2.848/1940) optou por tutelar o bem jurídico “honra”, nesta compreendidos a autoestima e a reputação, constituindo-se crime, portanto, a prática da injúria, da calúnia e da difamação.

Contudo, o legislador à época, utilizando-se de tradição mantida ao longo da história e que remonta à era romana, em que se conferia grande prestígio ao cargo público, também acabou recepcionando um tipo penal que promovesse a proteção à honra da Administração Pública e, secundariamente, ao agente público eventualmente lesado no exercício de sua função ou em razão desta.

No dia 06 de novembro de 1992, o Brasil acabou por ratificar a Convenção Americana de Direitos Humanos, também conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, por meio do Decreto nº 678, obrigando o país a determinar-se conforme o disposto no tratado, adequando sua legislação interna aos dispositivos previstos na convenção.

Acontece que, por meio do Decreto nº 4.463 de 2002, o Brasil ratificou competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos para interpretar e julgar os casos referentes à Convenção Americana de Direitos Humanos e a se sujeitar às decisões proferidas pela referida Corte, tendo, estas, caráter vinculante para os países que assinaram o pacto.

O disposto nos termos da Convenção Americana de Direitos Humanos e das decisões pela Corte Interamericana não vêm sendo cumpridos, dando margem à banalização do uso do tipo penal de desacato pelas autoridades brasileiras, garantindo-se, assim, a intangibilidade de suas ações.

1. DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Partamos da decisão emblemática que o Superior Tribunal de Justiça (STJ) proferiu em 15 de dezembro de 2016.

Foi no julgamento do Recurso Especial de nº 1640084 que a Quinta Turma do STJ entendeu, de forma unânime, pela incompatibilidade do tipo penal de desacato, previsto no artigo 331 do Código Penal, com a Convenção Americana. No caso, um homem havia sido condenado a cinco anos e cinco meses de reclusão por roubar uma garrafa de bebida avaliada em R\$9,00, por resistir à prisão e desacatar os agentes policiais que o prenderam.

O ministro relator Ribeiro Dantas acolheu o parecer da Subprocuradoria-Geral da República no sentido de dar provimento parcial ao recurso e destacou que os funcionários públicos estão mais sujeitos ao escrutínio da sociedade e que, portanto, a legislação de desacato presente no país atenta contra a liberdade de expressão e o direito à informação. Contudo, o ministro ponderou dizendo que, ainda assim, a descriminalização do tipo penal de desacato não abre espaço para agressões verbais ilimitadas, podendo o agressor ser responsabilizado de outras formas já previstas no ordenamento pátrio. “A criminalização do desacato está na contramão do humanismo, porque ressalta a preponderância do Estado – personificado em seus agentes – sobre o indivíduo”, afirmou o ministro relator.

O ministro relator também apontou que o caso em análise demandava a realização do controle de convencionalidade e que este não se confundia com o controle de constitucionalidade, em virtude de os tratados de direitos humanos ostentarem a posição de supralegalidade no país, conforme o entendimento firmado no STF, não havendo, portanto, qualquer óbice de seu feitio em sede de controle difuso. Disse o ministro que o controle de convencionalidade é dever do juiz nacional, podendo ser feito, inclusive, de ofício.

Em seu voto, houve a citação do entendimento da CIDH em que o órgão de proteção se manifestou no sentido de que as legislações de desacato vão contra o disposto no artigo 13 da Convenção Americana e se prestam ao abuso e meio para silenciar ideias e opiniões consideradas incômodas pelo *establishment*, bem como vão

contra a literalidade do texto do artigo 11 da Declaração de Princípios sobre a Liberdade de Expressão, aprovada em 2000 pela própria CIDH.

No mais, o min. Dantas ressaltou que as recomendações da CIDH possuem força normativa interna, devendo os Estados-partes da Convenção Americana prestarem esforços para cumprir as deliberações da Comissão. Dessa maneira, entendeu que os juízes nacionais deveriam interpretar e aplicar o direito internacional como se uma jurisdição internacional o fizesse.

Abaixo segue a ementa do Recurso Especial:

DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. ROUBO, DESACATO E RESISTÊNCIA. APELAÇÃO CRIMINAL. EFEITO DEVOLUTIVO AMPLO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. NÃO OCORRÊNCIA. ROUBO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. DESCLASSIFICAÇÃO DO CRIME DE ROUBO PARA O DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. SÚMULA 284/STF. TEMA NÃO PREQUESTIONADO. SÚMULAS 282 E 356 DO STF. DESACATO. INCOMPATIBILIDADE DO TIPO PENAL COM A CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE.

1. Uma vez interposto o recurso de apelação, o Tribunal, respeitando o contraditório, poderá enfrentar todas as questões suscitadas, ainda que não decididas na primeira instância, desde que relacionadas ao objeto litigioso recursal, bem como apreciar fundamentos não acolhidos pelo juiz (arts. 10 e 1.013, §§ 1º e 2º, do Código de Processo Civil, c/c art. 3º do Código de Processo Penal).

2. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça afasta a aplicabilidade do princípio da insignificância em crimes cometidos mediante o uso de violência ou grave ameaça, como o roubo.

3. O pleito de desclassificação do crime de roubo para o de constrangimento ilegal carece da indicação do dispositivo legal considerado malferido e das razões que poderiam fundamentar o pedido, devendo-se aplicar o veto da Súmula 284/STF. Além disso, o tema não foi objeto de apreciação pelo Tribunal de origem, nem a parte interessada opôs embargos de declaração para suprir tal omissão, o que atrai o óbice das Súmulas 282 e 356 do STF.

4. O art. 2º, c/c o art. 29, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) prevê a adoção, pelos Estados Partes, de "medidas legislativas ou de outra natureza" visando à solução de antinomias normativas que possam suprimir ou limitar o efetivo exercício de direitos e liberdades fundamentais. 5. Na sessão de 4/2/2009, a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, ao julgar, pelo rito do art. 543-C do CPC/1973, o Recurso Especial 914.253/SP, de relatoria do Ministro LUIZ FUX, adotou o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário 466.343/SP, no sentido de que os tratados de direitos humanos, ratificados pelo país, têm força supralegal, "o que significa dizer que toda lei antagônica às normas emanadas de tratados internacionais sobre direitos humanos é destituída de validade."

6. Decidiu-se, no precedente repetitivo, que, "no plano material, as regras provindas da Convenção Americana de Direitos Humanos, em relação às normas internas, são ampliativas do exercício do direito fundamental à liberdade, razão pela qual paralisam a eficácia normativa da regra interna em

sentido contrário, haja vista que não se trata aqui de revogação, mas de invalidade."

7. A adequação das normas legais aos tratados e convenções internacionais adotados pelo Direito Pátrio configura controle de constitucionalidade, o qual, no caso concreto, por não se cuidar de convenção votada sob regime de emenda constitucional, não invade a seara do controle de constitucionalidade e pode ser feito de forma difusa, até mesmo em sede de recurso especial.

8. Nesse particular, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, quando do julgamento do caso *Almonacid Arellano y otros v. Chile*, passou a exigir que o Poder Judiciário de cada Estado Parte do Pacto de São José da Costa Rica exerça o controle de convencionalidade das normas jurídicas internas que aplica aos casos concretos. 9. Por conseguinte, a ausência de lei veiculadora de abolição criminis não inibe a atuação do Poder Judiciário na verificação da inconformidade do art. 331 do Código Penal, que prevê a figura típica do desacato, com o art. 13 do Pacto de São José da Costa Rica, que estipula mecanismos de proteção à liberdade de pensamento e de expressão.

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

11. A adesão ao Pacto de São José significa a transposição, para a ordem jurídica interna, de critérios recíprocos de interpretação, sob pena de negação da universalidade dos valores insertos nos direitos fundamentais internacionalmente reconhecidos. Assim, o método hermenêutico mais adequado à concretização da liberdade de expressão reside no postulado pro homine, composto de dois princípios de proteção de direitos: a dignidade da pessoa humana e a prevalência dos direitos humanos.

12. A criminalização do desacato está na contramão do humanismo, porque ressalta a preponderância do Estado - personificado em seus agentes - sobre o indivíduo.

13. A existência de tal normativo em nosso ordenamento jurídico é anacrônica, pois traduz desigualdade entre funcionários e particulares, o que é inaceitável no Estado Democrático de Direito.

14. Punir o uso de linguagem e atitudes ofensivas contra agentes estatais é medida capaz de fazer com que as pessoas se abstenham de usufruir do direito à liberdade de expressão, por temor de sanções penais, sendo esta uma das razões pelas quais a CIDH estabeleceu a recomendação de que os países aderentes ao Pacto de São Paulo abolissem suas respectivas leis de desacato.

15. O afastamento da tipificação criminal do desacato não impede a responsabilidade ulterior, civil ou até mesmo de outra figura típica penal (calúnia, injúria, difamação etc.), pela ocorrência de abuso na expressão verbal ou gestual utilizada perante o funcionário público. 16. Recurso especial conhecido em parte, e nessa extensão, parcialmente provido para afastar a condenação do recorrente pelo crime de desacato (art. 331 do CP)¹.

Posto isto, pergunta-se: o tipo penal de desacato não faz mais, portanto, parte do ordenamento jurídico brasileiro?

¹ O inteiro teor do voto do Min. Relator está disponível em: http://www.stj.jus.br/static_files/STJ/Midias/arquivos/Noticias/RECURSO%20ESPECIAL%20N%C2%BA%201640084.pdf acesso 21 fev.2019.

A resposta ainda é negativa. Por mais que haja turmas ou juízes singulares que entendam pela inaplicabilidade do referido tipo penal, há ainda quem entenda pela sua manutenção no sistema.

Há de se esclarecer que, atualmente, o controle de constitucionalidade pode ser realizado de forma concentrada e de forma difusa.

Quando falamos em controle de constitucionalidade concentrado, nos referimos às ações impetradas diretamente ao Supremo Tribunal Federal (STF) no caso de a legislação infraconstitucional ou um ato do poder público federal ou estadual se verificarem contrários à Constituição Federal, ou, ao Tribunal de Justiça estadual, quando a legislação municipal ou estadual vai de encontro à Constituição Estadual respectiva. As decisões proferidas possuem efeitos *erga omnes* e vinculam tanto o poder judiciário quanto a administração pública.

O controle de constitucionalidade difuso, por sua vez, pode ser realizado em qualquer instância e sempre que o julgador verificar, em um caso concreto, a incompatibilidade material ou formal de uma norma ou ato do poder público contrários à Constituição Federal ou Estadual. Sendo, portanto, de maneira incidental e não tendo, em regra, efeitos *erga omnes*. Porém, se realizado no STF, a decisão vinculará.

Por ora, no ordenamento não existe plena simetria entre o controle de constitucionalidade e o de convencionalidade, logo, diante da carência de mecanismos para levar a problemática diretamente ao pleno do STF, caberá a este a realização de controle de convencionalidade no julgamento de um caso concreto para que sua decisão possua, de fato, efeitos *erga omnes*. Efeitos estes ausentes nas decisões até então proferidas nas demais instâncias judiciais quanto ao tipo penal de desacato.

2. O CRIME DE DESACATO NO DIREITO PENAL BRASILEIRO

Muito embora o tipo penal de desacato esteja previsto no Código Penal Brasileiro (Decreto-Lei nº 2848 de 1940), a mais antiga remissão, de que se tem conhecimento, remonta ao direito romano, em que um ato ou palavra que fosse capaz de desprestigiar ou ofender um magistrado à época, poderia ensejar punições severas, ou até mesmo, morte².

Decretado pelo então presidente Getúlio Vargas, o atual Código Penal prevê a punição da referida conduta, incluindo, ainda, ofensas proferidas em razão da função pública exercida:

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

Pena – detenção, de seis meses a dois anos, ou multa.

Buscou-se com a tipificação da conduta, a proteção à probidade e prestígio da Administração Pública, bem como da dignidade do funcionário público, o que caracteriza o crime como *pluriofensivo*³. Desacatar é, nada mais e nada menos, que a vontade livre e consciente de desrespeitar, desprestigiar, ofender.

Contudo, questiona-se se, assim como as pessoas jurídicas no ordenamento brasileiro, a Administração Pública, por se tratar de uma mera convenção humana, teria, de fato, uma moral a ser tutelada⁴.

É o funcionário público que está travestido de Administração, não o contrário. Importante ressaltar que o indivíduo deve saber que o ofendido é funcionário público, senão estaria incorrendo em erro de tipo. Em acréscimo ao exposto, deve-se lembrar

² “(...) eram consideradas *injuria atrox* (gravíssimas), cujas penas cominadas eram das mais graves...”. BITENCOURT, Cezar R. **Tratado de Direito Penal, 5: Dos Crimes Contra a Administração Pública e dos Crimes Praticados por Prefeitos**. 9ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2015.

³ “7. (...) **fenômeno pluriofensivo**, de tal modo que pode atingir bens jurídicos e pessoas diversos de maneira concomitante” (Resp 1177910/SE (2010/0009495-0), 1ª Seção do STJ, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 26-08-2015, DJe, 17 fevereiro 2016).

⁴ “(...) ainda predomina o entendimento segundo o qual a pessoa jurídica não possui honra subjetiva e, por isso, não pode ser sujeito passivo do crime de injúria...”. BITENCOURT, Cezar R. **Tratado de Direito Penal, 2: Dos Crimes Contra a Pessoa**. 16ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2016.

que as relações entre os particulares e a Administração Pública é regida verticalmente⁵, sendo os atos praticados por funcionários públicos abarcados de autoexecutoriedade, imperiosidade e submissão por parte dos tutelados, o que pode acabar gerando estados de ânimos atribulados. Dito isto, não podemos ignorar, ainda, o magistério de Cezar R. Bitencourt quando afirma que

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 simplesmente ser desconsiderado.⁶

E mesmo o cidadão, com ânimos exaltados ou não, dificilmente pretenderá ofender a idoneidade da Administração Pública, mas sim, atingir tão somente a honra do próprio agente que detém a função pública, sendo que já há crime previsto no ordenamento pátrio⁷ para lidar com a situação. Caso contrário, se realmente a intenção do indivíduo for de criticar a maneira de atuação da Administração Pública, deve-se entender este fato como um exercício democrático de cidadania. Ora, a crítica ao *modus operandi* estatal é a própria essência da liberdade de expressão. Deve a sociedade mover a “máquina judiciária” para que faça tutelar suposto sentimento de moralidade de um ente que não possui vida?

Estará a Administração Pública, portanto, por meio do código penal, fornecendo uma espécie de “blindagem” ao agente público pelo simples fato de este estar exercendo determinada função na sociedade? Caso se entenda que sim, estaríamos ferindo um princípio tão almejado pelo ordenamento jurídico brasileiro como a isonomia?

⁵ MELLO, Celso Antônio B. de. **Curso de Direito Administrativo**. 32ª Edição, São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

⁶ BITENCOURT, Cezar R. **Tratado de Direito Penal, 5: Dos Crimes Contra a Administração Pública e dos Crimes Praticados por Prefeitos**. 9ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2015.

⁷ Art. 140 do Código Penal Brasileiro (Decreto-Lei 2848 de 1940).

3. DA CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

Também conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, a convenção assinada em 1969⁸ atualmente se encontra com a adesão de 24 países-membros da Organização dos Estados Americanos (OEA), sendo o Brasil um destes⁹.

A Convenção Americana tem como foco não só a positivação de direitos humanos – e sim sua proteção eficaz - no continente americano e está dividida em 82 artigos, abrangendo cerca de 23 direitos individuais disciplinados no capítulo próprio que trata sobre os direitos civis e políticos. A convenção faz, também, breve menção aos direitos sociais, econômicos e culturais. Ademais, o teor restante do tratado determina a maneira como irá funcionar o sistema de proteção de direitos, bem como as competências da Comissão e da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Faz-se necessário, contudo, apontar que houve uma inquietação jurídico-normativa acerca de seu lugar no ordenamento brasileiro, gerando debates e diferentes entendimentos entre os operadores do direito.

Antes da Emenda Constitucional n. 45 de 2004, debateu-se perante o Supremo Tribunal Federal se o ainda existente §2º do artigo 5º da Constituição Federal¹⁰ traria *status* constitucional aos direitos humanos previstos em tratados internacionais, dando a estes, conseqüentemente, *status* de cláusulas pétreas também. Como maiores expoentes desta posição, encontram-se Flávia Piovesan e Valerio Mazzuoli.

Ainda assim, a referida tese não foi acolhida pela Suprema Corte, tendo esta, em diversos julgamentos, recusado o reconhecimento de norma constitucional aos tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil¹¹. Ocorre que, após a entrada em vigor da Emenda Constitucional n. 45 de 2004, foi acrescentado um novo parágrafo ao artigo 5º da Constituição Federal em que diz: “§3º - *Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do*

⁸ A Convenção, assinada em San José, Costa Rica, entrou em vigor apenas em 18 de julho de 1978, conforme o disposto no artigo 74.2 do próprio tratado.

⁹ O Brasil ratificou a Convenção Americana de Direitos Humanos em 1992 por meio do Decreto 678.

¹⁰ Constituição Federal, § 2º, art. 5º: Os direitos e garantias expressos nesta Constituição 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.

¹¹ MENDES, Gilmar F. BRANCO, Paulo Gustavo G. **Curso de Direito Constitucional**. 13ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2018, pag. 129.

Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”.

O acréscimo dado pelo §3º fez com que a Suprema Corte entendesse que, apenas os tratados de direitos humanos que fossem aprovados pelo procedimento estabelecido pelo referido parágrafo, possuiriam, de fato, *status* constitucional. Logo, caso um tratado de direitos humanos não fosse aprovado com o respectivo quórum de emenda, seria incorporado como mera legislação ordinária. Porém, foi no julgamento que versava sobre a ilicitude da prisão civil de depositário infiel (Recurso Extraordinário n. 466.343)¹² que a Corte firmou novo entendimento em que, os tratados de direitos humanos (inclui-se aí o Pacto de San José da Costa Rica) não aprovados com o quórum de emenda constitucional, na verdade, adquiririam *status* de supralegalidade no momento de sua ratificação, estando, portanto, abaixo da Constituição Federal, mas acima da legislação ordinária. Vale aqui a citação do magistério de Gilmar Mendes em sua obra *Curso de Direito Constitucional*, em que diz:

Em outros termos, os tratados sobre direitos humanos não poderiam afrontar a supremacia da Constituição, mas teriam lugar especial reservado no ordenamento jurídico. Equipará-los à legislação ordinária seria subestimar o seu valor especial no contexto do sistema de proteção dos direitos da pessoa humana.¹³

De qualquer forma, evidente que, independentemente da teoria acolhida, a Convenção Americana de Direitos Humanos detém lugar de prestígio dentro do ordenamento jurídico brasileiro, situando-se acima da legislação infraconstitucional.

Dito isto, como proceder caso a legislação infraconstitucional entre em conflito com o que está estabelecido em um tratado de direitos humanos? Haveria algum modo por meio do qual se poderia sanar tal contradição?

¹² Neste sentido, HC 88.240, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ de 24-10-2008, firmou-se: “A esses diplomas internacionais sobre direitos humanos é reservado o lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna. O *status* normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de ratificação”.

¹³ MENDES, Gilmar F. BRANCO, Paulo Gustavo G. **Curso de Direito Constitucional**. 13ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2018.

4. DO PACTO E DOS ÓRGÃOS INTERAMERICANOS DE PROTEÇÃO DE DIREITOS HUMANOS

Em 1648, foi assinado o tratado de Paz de Westfália, pondo fim à Guerra dos Trinta Anos¹⁴. Porém, mais que isto, o documento foi responsável pela formação dos Estados soberanos. Dessa forma, preocupou-se, paulatinamente, com a regulação entre as relações dos Estados uns com os outros e, como bem disse Alberto do Amaral Júnior: “...com o desenvolvimento de instituições, o sistema de Estados gradualmente se transforma numa sociedade internacional caracterizada pela existência de normas comuns que preveem os direitos e as obrigações das partes”¹⁵. De todo o modo, junto do processo de globalização, o Direito Internacional evoluiu no sentido de que os tratados assinados entre os Estados soberanos geram obrigações mútuas que devem ser observadas. E com os países signatários da Convenção Americana de Direitos Humanos não é diferente.

André de Carvalho Ramos pontua que, no Direito Internacional Contemporâneo, os tratados de direitos humanos possuem, ainda, efeito *erga omnes*¹⁶, em que é de interesse de toda a comunidade internacional como um todo ver a efetivação desses direitos, não cabendo a nenhum Estado-parte alegar desrespeito a sua soberania como forma de descumprimento do que foi acordado. A afirmação dos direitos humanos é uma forma de barreira intransponível, tendo qualquer indivíduo ou Estado-parte legítimo interesse de agir para demandar que o Estado inadimplente cumpra o disposto no tratado¹⁷.

Com a ratificação da Convenção Americana ou Pacto de San José da Costa Rica em 1969, foram estabelecidos mecanismos de proteção dos direitos humanos no próprio continente americano, que são a Comissão Interamericana e a Corte Interamericana da de Direitos Humanos.

¹⁴ Conflito armado travado entre as principais nações europeias por razões religiosas e territoriais (1618-1648).

¹⁵ JÚNIOR, Alberto do Amaral. **Curso de Direito Internacional Público**. 5ª Edição. São Paulo: Atlas S.A, 2015.

¹⁶ Oponível contra qualquer sujeito.

¹⁷ RAMOS, André de Carvalho. **Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional**. 4ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2014.

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) é o órgão administrativo e fiscalizador da OEA que promove a observância e o respeito aos direitos humanos em relação aos países-membros, bem como, nas palavras de Flávia Piovesan,

(...) cabe à Comissão fazer recomendações aos governos dos Estados-partes, prevendo a adoção de medidas adequadas à proteção desses direitos; preparar estudos e relatórios que se mostrem necessários; solicitar aos governos informações relativas à medidas por eles adotadas concernentes à efetiva aplicação da Convenção; e submeter um relatório anual à Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos.¹⁸

Dentre suas atribuições estabelecidas pela Convenção Americana, cabe à CIDH, desde que esgotada a jurisdição interna do país de origem, receber petições de reclamação quando houver fundada violação aos direitos humanos, devendo a Comissão trabalhar para que o conflito seja dirimido da forma mais benéfica para ambas as partes¹⁹. Porém, é sabido que, muitas vezes, não é possível se chegar a um acordo entre o indivíduo, cujo direito foi violado, e o Estado-parte responsável. Então, por razões de competência, as suas decisões, por si só, não possuem efeito vinculante, incumbindo à CIDH, por conseguinte, o envio de comunicações à própria Corte Interamericana de Direitos Humanos, haja vista que esta última é a única que detém jurisdição internacional em âmbito americano.

Mas estaria o tipo penal de desacato violando algum direito humano e, portanto, violando a Convenção Americana?

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) entendeu que sim ao ratificar, no ano 2000, a Declaração de Princípios sobre a Liberdade de Expressão, tendo, em seu 11º artigo, disposto que leis punitivas de tipos penais de desacato atentam contra a liberdade de expressão dos cidadãos²⁰.

¹⁸ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 15ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2015.

¹⁹ Art. 46 da Convenção Americana de Direitos Humanos.

²⁰ Art. 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”. Declaração de Princípios sobre a 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).

Nesse mesmo sentido, em 2005, no Caso Palamara Iribarne vs. Chile, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, órgão dotado de jurisdição no continente americano, entendeu que o Estado chileno violou o direito de liberdade de expressão ao punir o indivíduo com uma legislação de desacato quando este havia, apenas, realizado críticas sobre o funcionamento das instituições estatais e seus membros. A Corte também ordenou ao respectivo governo que fizesse uma reforma legislativa de modo que compatibilizasse seu direito interno com a Convenção Americana, respeitando-se assim, a liberdade de pensamento e de expressão.

Lamentavelmente, não há quaisquer outros casos similares julgados pela Corte até o momento.

Ainda assim, o Brasil reconhece a jurisdição da Corte Interamericana²¹ e, por mais que não haja decisão em sede de jurisdição contenciosa envolvendo o próprio país e o seu tipo penal de desacato, já é tempo de o Brasil adequar sua legislação interna também ao entendimento desta Corte, visto que o entendimento destes órgãos coaduna com o da própria Convenção Americana.

Não obstante, em um relatório aprovado pela Relatoria Especial para a Liberdade de Expressão da CIDH no ano de 2016, cuja análise se deu exclusivamente no Brasil, apuraram-se diversos casos em que indivíduos foram denunciados pela prática de crime de desacato entre 2005 e 2015 no país, situação esta que contraria os fins almejados pela Comissão²².

²¹ O Governo da República Federativa do Brasil declara que reconhece, por tempo indeterminado, como obrigatória e de pleno direito a competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, em todos os casos relacionados com a interpretação ou aplicação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em conformidade com o artigo 62, sob reserva de reciprocidade e para fatos posteriores a esta declaração. (Data: 10 de dezembro de 1998). Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/d.Convencao_Americana_Ratif..htm, acesso 01 mar.2019.

²² Liberdade de expressão no Brasil: Relatórios anuais da Relatoria Especial para a Liberdade de Expressão da CIDH 2005-2015 / Relatoria Especial para a Liberdade de Expressão da Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Acesso pelo link: <http://www.oas.org/pt/cidh/expressao/docs/publicaciones/BrasilLibertadExpresion2016.pdf> acesso 01 mar. 2019.

5. DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE

Diante do cenário apresentado pelo capítulo acima, como o país poderia proceder caso o Poder Judiciário entenda que há efetiva violação à Convenção Americana?

Evidente que, diante do entendimento adotado pelo STF já exposto nesta obra, não é possível se utilizar do controle de constitucionalidade, visto que a Convenção Americana possui *status* de supralegalidade, apenas. Contudo, dito controle poderá servir de base para a compreensão do novo instituto que ganha espaço no direito brasileiro.

Alexandre de Moraes nos ensina que controlar a constitucionalidade significa verificar a adequação da lei ou de atos normativos com a constituição²³. Ou seja, sempre que necessário, deve o Poder Judiciário buscar a compatibilização de atos normativos infraconstitucionais com o texto maior, prática esta assumida em Estados Democráticos de Direito.

A incompatibilidade de uma norma poderá ser formal e/ou material. Quando falamos em incompatibilidade material, temos que o conteúdo em si da norma é contrário ao que está disposto na Constituição Federal. Por exemplo, digamos que uma lei ordinária seguiu fielmente o seu processo legislativo adequado, tendo sido, portanto, sancionada, promulgada e, posteriormente, publicada no Diário Oficial da União. Tal lei ordinária faz, nesta hipótese, parte do ordenamento jurídico, portanto. Contudo, em seu texto legal, previa pena de tortura para os condenados por crimes hediondos. Neste caso, caberá ao Poder Judiciário, por meio do controle de constitucionalidade, retirar a sua validade, visto que seu conteúdo viola o disposto expressamente no artigo 5º, inciso XLVII, alínea e)²⁴ da Constituição Federal.

Mas pode ser que uma norma infraconstitucional seja incompatível formalmente com a Constituição. De que maneira isto ocorre? A partir do momento em que se verifica que uma norma não cumpre a formalidade prevista na Constituição, ela estará incorrendo em inconstitucionalidade formal. Dessa vez, não se analisará seu conteúdo, mas sim a mera forma defesa na Lei Maior. Para clarear, imagine a mesma

²³ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 13ª Edição. São Paulo: Atlas, 2014.

²⁴ Vedação constitucional da instituição de penas cruéis.

lei ordinária do exemplo anterior, contudo, desta vez, esta lei havia sido promulgada e publicada pelo chefe do poder executivo estadual. Além da inconstitucionalidade material previamente analisada, haverá inconstitucionalidade formal em razão de ser matéria de competência legislativa privativa da União, não podendo ser criada em âmbito estadual, como dispõe o artigo 22, inciso I da Constituição.

No tocante à Convenção Americana e aos tratados de direitos humanos em geral, o raciocínio não se altera. Como ensina Valerio Mazzuoli, o Controle de Convencionalidade é o processo de compatibilização vertical das normas domésticas com os comandos encontrados nas convenções de direitos humanos²⁵. Portanto, o controle de convencionalidade será a ferramenta idônea a ser utilizada sempre que uma norma infraconstitucional de direito interno estiver em conflito com um tratado de direitos humanos (norma hierarquicamente superior), conflito este que será essencialmente material.

Em verdade, é possível se dizer que o controle de convencionalidade pode ser exercido de duas maneiras. Realizado em âmbito interno pelos juízes dos Estados-membros ou em âmbito externo pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no julgamento de seus casos. Porém, é possível, ainda, que as decisões em jurisdição interna sejam incongruentes com o que venha a ser decidido internacionalmente pela Corte Interamericana. Neste caso, André Ramos de Carvalho aponta que por mais que o controle interno seja de suma importância, deve haver obediência por parte deste perante o entendimento firmado em sede internacional, sob pena de não se cumprir efetivamente o tratado²⁶. E isto tem uma razão de ser. Ora, a Convenção Americana estabeleceu seus órgãos internacionais de proteção, cabendo exclusivamente a estes dar a interpretação mais favorável à Convenção diante do caso concreto.

O termo Controle de Convencionalidade surgiu, pela primeira vez, em 2006 no Caso Almonacid Arellano e outros vs. Chile, em que a Corte Interamericana estabeleceu que os juízes dos Estados-membros deveriam exercer o respectivo controle entre as normas internas aplicáveis ao caso concreto e a Convenção

²⁵ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de Direitos Humanos**. 5ª. ed., rev. atual. ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018.

²⁶ RAMOS, André de Carvalho. **Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional**. 4ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2014.

Americana, assim como levar em conta a interpretação da própria Corte Interamericana dada ao tratado.

Guilherme Madeira explicita pontualmente os marcos importantes sobre o controle de convencionalidade já decididos pela Corte Interamericana:

- a) o controle de convencionalidade deve ser realizado de ofício no marco de competências e regulações processuais correspondentes (Aguado Alfaro e outros vs. Peru de 2006);
- b) a obrigação de realizar o controle de convencionalidade deve ser feita por todos os juízes e órgãos vinculados à administração da justiça em todos os níveis (Caso Cabrera García e Montiel Flores vc. México de 2010);
- c) o controle de convencionalidade é dever de toda a autoridade pública (Caso das pessoas dominicanas e haitianas expulsas vc. República Dominicana de 2014);
- d) o controle de convencionalidade deve ser feito também em relação a outros tratados de direitos humanos (Caso Gudiel Álvarez e outros, Diário Militar, vs. Guatemala e 2012);
- e) não há imposição de modelo único de controle de convencionalidade por parte da Convenção Americana de Direitos Humanos (Caso Liakat Ali Alibux vs. Suriname de 2014);
- f) o controle de convencionalidade deve ser aplicado também para as opiniões consultivas e não apenas para os casos de competência contenciosa da corte (Opinião Consultiva OC-21/14 de 2014); e
- g) o controle de convencionalidade implica o dever de adequação da legislação interna que pode se dar de duas formas, seja pela expulsão das normas contrárias à Convenção Americana de Direitos Humanos, seja pela interpretação destas normas conforme os parâmetros apresentados pela Corte (Caso Mendoza e outros vs. Argentina de 2013 e Caso Norin Catrimán e outros vs. Chile de 2014).²⁷

A título de curiosidade, em dezembro de 2008, o Supremo Tribunal Federal modificou sua jurisprudência do sentido de que não mais caberia a prisão civil do depositário infiel, tendo, inclusive, aprovado a súmula vinculante de nº 25, que tornou obrigatório o novo entendimento para a todo o poder judiciário e à Administração Pública²⁸. Já em 2015, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) determinou a implantação das audiências de custódia aos presos em flagrante delito como maneira de cumprir o disposto na Convenção Americana²⁹. Estes são os maiores exemplos de

²⁷ DEZEM, Guilherme M. **Curso de Processo Penal**. 3ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

²⁸ Recursos Extraordinários (RE 349703) e (RE 466343) e Habeas Corpus (HC 87585).

²⁹ Art. 7º, § 5º da Convenção Americana de Direitos Humanos: “Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que se prossiga o processo”.

controle de convencionalidade interno feito no Brasil e ambos estão em conformidade com o entendimento da CIDH e da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Como se pode perceber, a ausência de manifestação da Corte Interamericana diretamente à legislação de desacato do Brasil não é empecilho para que o país efetive o controle de convencionalidade sobre tal, já que não foi necessária sua condenação em âmbito internacional para que promovesse tanto a impossibilidade da prisão civil de depositário infiel quanto o fomento das audiências de custódias, já demonstrados acima.

A situação acaba por embargar o avanço político-social do país e viola a obrigação de estar em conformidade com os entes internacionais, visto que a Corte já se pronunciou e demonstrou seu entendimento perante as legislações de tipo penal de desacato no Caso Palamara Iribarne vs. Chile tratado no capítulo anterior.

Ainda assim, muito embora o Brasil ainda insista em manter o tipo penal de desacato em sua legislação interna, já há instituições democráticas atuantes e beligerantes como a Defensoria Pública do Estado de São Paulo, órgão auxiliar da justiça paulista, que, segundo dados da própria ANADEP (Associação Nacional das Defensoras e Defensores Públicos), no dia 08 de agosto de 2012, acionou a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) para que anulasse a condenação criminal pela prática do crime de desacato por um de seus defendidos. Posteriormente, em 2015, a fim de complementar a petição já enviada, a instituição novamente se dirigiu à CIDH com um pedido de concessão de medida cautelar coletiva para que o país deixasse de aplicar o artigo 331 do Código Penal, que define o tipo de desacato³⁰. A CIDH ainda não se manifestou definitivamente.

No próprio judiciário também foi possível encontrar casos de controle de convencionalidade acerca do tipo penal em específico. Tendo como base o caso do juiz Alexandre Morais da Rosa, citado pela Relatoria Especial para a Liberdade de Expressão da CIDH³¹ em 2016 e, recentemente, a decisão da 15ª Turma da Câmara

³⁰ Disponível em:

<https://www.defensoria.sp.def.br/dpesp/Conteudos/Noticias/NoticiaMostra.aspx?idItem=58131&idPagina=3086> acesso 15 mar. 2019.

³¹ “Em 17 de março, o juiz Alexandre Morais da Rosa da 4ª Vara Criminal da Comarca da Capital de Santa Catarina julgou improcedente a denúncia apresentada pelo Ministério Público contra Alex Sandro dos Santos Ferraz pelo crime de desacato. De acordo com a sentença, Ferraz disse aos policiais que interviram em uma briga da qual ele participava que “não gostava de polícia, e que eram todos lotes de bichos arrogantes e que não serviam para nada”. O juiz reconheceu a inexistência do crime de desacato

de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo em 2017, que entendeu ser o tipo penal previsto no artigo 331 do Código Penal incompatível com a Convenção Americana de Direitos Humanos³².

em um ambiente democrático e apontou que no ano 2000, a CIDH adotou a Declaração de Princípios sobre Liberdade de Expressão, que em seu princípio 11 afirma que “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”. O juiz também indicou que, considerando “a prevalência do art. 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos sobre os dispositivos do Código Penal, é inarredável a conclusão de [Bruno Haddad] Galvão de que ‘a condenação de alguém pelo Poder Judiciário brasileiro pelo crime de desacato viola o artigo 13 da Convenção Americana sobre os Direitos Humanos, consoante a interpretação que lhe deu a Comissão Interamericana de Direitos Humanos”. O Ministério Público apelou e o recurso continuava aguardando decisão no momento do fechamento do presente relatório”. Disponível em:

<http://www.oas.org/pt/cidh/expressao/docs/publicaciones/BrasilLibertadExpresion2016.pdf> acesso 01 mar.2019.

³² Disponível em:

<https://www.anadep.org.br/wtk/pagina/materia?id=34998> acesso 19 mar.2019.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Vimos que, em verdade, o enorme problema do Brasil como país não é a carência de normas, mas sim, não estar em conformidade com estas.

Muito mais benéfico seria adequar a legislação interna com o entendimento já firmado na Corte Interamericana de Direitos Humanos, bem como na CIDH, do que aguardar um julgamento e, conseqüentemente, uma condenação, perante a referida Corte.

O argumento de que a decisão da Corte Interamericana ainda não vincula o Brasil não cabe aqui, pois, por mais que ainda não haja condenação do país em sede contenciosa, está pacificado o entendimento acerca da legislação de desacato pelos órgãos interamericanos de proteção.

Já é tempo de o legislador retirar o tipo penal de desacato do ornamento jurídico brasileiro, diante de sua flagrante incompatibilidade com a Convenção Americana de Direitos Humanos, pois que serve como instrumento estatal idôneo à censura da crítica cidadã, ferindo, portanto, a base de um Estado Democrático de Direito.

Posto isto, cabe às instituições brasileiras auxiliares da justiça e ao próprio Poder Judiciário, inclusive, o pontapé inicial de um processo ainda novo no Brasil, que é a promoção do Controle de Convencionalidade. E, mais que um simples mecanismo de compatibilizar normas jurídicas, é o único mecanismo capaz de demonstrar que o país cumpre efetivamente os tratados internacionais que assumiu, ainda mais em uma matéria tão sensível como os direitos básicos do ser humano.

Contudo, de qualquer maneira, é certo que caberá, principalmente, ao Supremo Tribunal Federal a pacificação do tema no Brasil por meio do controle difuso, o que, infelizmente, também significa uma mora do sistema, visto que os tratados internacionais de direitos humanos ainda não possuem uma ação de impugnação própria perante a suprema corte brasileira, sendo o meio incidental, desta forma, o único disponível até o presente momento.

BIBLIOGRAFIA

ANADEP. **SP: Após recurso da Defensoria Pública, TJ decide que crime de desacato viola a Convenção Americana de Direitos Humanos.** Disponível em: <https://www.anadep.org.br/wtk/pagina/materia?id=34998> acesso 19 mar.2019.

BITENCOURT, Cezar R. **Tratado de Direito Penal. 2: Dos Crimes Contra a Pessoa.** 16ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2016.

BITENCOURT, Cezar R. **Tratado de Direito Penal. 5: Dos Crimes Contra a Administração Pública e dos Crimes Praticados por Prefeitos.** 9ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2015.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Pacto de San José da Costa Rica.** Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/d.Convencao_Americana_Ratif..htm. acesso 01 mar.2019.

DEFENSORIASP. **Núcleos Especializados da Defensoria Pública de SP acionam OEA para suspensão de processos por desacato.** Disponível em: <https://www.defensoria.sp.def.br/dpesp/Conteudos/Noticias/NoticiaMostra.aspx?idItem=58131&idPagina=3086> acesso 15 mar. 2019.

DEZEM, Guilherme M. **Curso de Processo Penal.** 3ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

JÚNIOR, Alberto do Amaral. **Curso de Direito Internacional Público.** 5ª Edição. São Paulo: Atlas S.A, 2015.

LIBERDADE DE EXPRESSÃO NO BRASIL. Relatórios Anuais da Relatoria Especial para a Liberdade de Expressão da CIDH 2005 -2015. Disponível em:<
<http://www.oas.org/pt/cidh/expressao/docs/publicaciones/BrasilLibertadExpresion2016.pdf> acesso 01 mar. 2019.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de Direitos Humanos**. 5ª. ed., rev. atual. ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018.

MELLO, Celso Antônio B. de. **Curso de Direito Administrativo**. 32ª Edição, São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

MENDES, Gilmar F. BRANCO, Paulo Gustavo G. **Curso de Direito Constitucional**. 13ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2018.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 13ª Edição. São Paulo: Atlas, 2014.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 15ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2015.

RAMOS, André de Carvalho. **Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional**. 4ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2014.