

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO**

JOEL JOSÉ RAFALOSKI

**CONSIDERAÇÕES SOBRE O CRIME DE DESACATO NO ESTADO
DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

Florianópolis

2017

JOEL JOSÉ RAFALOSKI

CONSIDERAÇÕES SOBRE O CRIME DE DASACATO NO ESTADO DEMOCRÁTICO
DE DIREITO

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao Centro de Ciências Jurídicas
da Universidade Federal de Santa Catarina
(UFSC), como requisito parcial à obtenção
do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Professor Doutor Alexandre
Morais da Rosa.

Florianópolis

2017

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
COLEGIADO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

TERMO DE APROVAÇÃO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso, intitulado “**Considerações sobre o crime de desacato no Estado democrático de direito**”, elaborado pelo(a) acadêmico(a) “**Joel José Rafaloski**”, defendido em **30/06/2017** e aprovado pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 10 (dez), cumprindo o requisito legal previsto no art. 10 da Resolução nº 09/2004/CES/CNE, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução nº 01/CCGD/CCJ/2014.

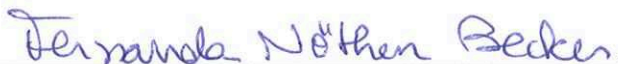
Florianópolis, 30 de junho de 2017



Dr. Alexandre Moraes da Rosa
Professor Orientador



Fernanda Pacheco Amorim
Membro de Banca



Fernanda Nothen Becker
Membro de Banca



Universidade Federal de Santa Catarina
Centro de Ciências Jurídicas
COORDENADORIA DO CURSO DE DIREITO

TERMO DE RESPONSABILIDADE PELO INEDITISMO DO TCC E
ORIENTAÇÃO IDEOLÓGICA

Aluno: Joel José Rafaloski

RG: 3867615

CPF: 008.198.099-00

Matrícula: 12200064

Título do TCC: Considerações sobre o crime de desacato no Estado democrático de direito

Orientador: Dr. Alexandre Morais da Rosa

Eu, Joel José Rafaloski, acima qualificado; venho, pelo presente termo, assumir integral responsabilidade pela originalidade e conteúdo ideológico apresentado no TCC de minha autoria, acima referido

Florianópolis, 30 de junho de 2017.



JOEL JOSÉ RAFALOSKI

“Se a liberdade significa alguma coisa,
será sobretudo o direito de dizer às outras
pessoas o que elas não querem ouvir”.

George Orwell

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a minha companheira Alessandra e nosso filho Lorenzo, pela paciência, compreensão e os bons momentos que me proporcionaram ao longo deste curso, com escusas as minhas faltas em momentos importantes de nossas vidas.

Sou muito grato aos meus pais e irmãos, os quais, por diferentes modos, prestaram suas contribuições a redundar nesta conquista.

Gostaria de agradecer profundamente aos meus tios Amauri e Udila, pela imensurável contribuição que prestaram em minha vida, pela referência que foram, pelo estímulo aos estudos e pelos ensinamentos que prestaram, devo a vocês, parte de minhas conquistas.

Agradeço ao meu orientador, professor Alexandre Morais da Rosa, pela atenção despendida, pelo encorajamento e pelas indicações e direcionamentos precisos que regaram a realização deste trabalho.

Faço meu agradecimento aos colegas de trabalho que sempre se apresentaram disponíveis a suprir minhas dificuldades com as jornadas laborais.

Sou grato a todo corpo docente do Centro de Ciências Jurídicas desta Universidade, por contribuírem de forma singular para minha formação acadêmica, levarei comigo, um pouco de cada um.

Agradeço também aos demais colegas de graduação pela convivência e interação as quais também contribuíram para nossa formação.

RESUMO

O objeto desta monografia é verificar a compatibilidade entre o crime de desacato e o Estado Democrático de Direito. Apresenta-se inicialmente a ideia de Estado Democrático de Direito. Analisa-se o crime de desacato desde sua possível origem, sua transfiguração até os dias atuais. É apresentado o conceito de injúria para posteriormente indicar a subsunção parcial do crime de desacato. Busca-se demonstrar como se deu a internalização dos direitos humanos e apresenta-se os mecanismos que norteiam a sua efetivação, o funcionamento dos órgãos que compõe o sistema interamericano de proteção aos direitos oriundos da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e as formas utilizadas para imporem a observância desses direitos. Trata-se da possibilidade de invocação do controle de convencionalidade, frente a situações de incompatibilidade do ordenamento ordinário perante tratados internacionais e ao caráter supralegal da CADH. Analisa-se decisões do STJ onde é debatida a questão da incompatibilidade do crime de desacato com os direitos fundamentais, a livre manifestação do pensamento e a liberdade de expressão. Feitas buscas de projetos leis que tratam sobre a descriminalização do desacato, encontramos um cenário bastante conflituoso e incerto, assim como o é, no judiciário. Passamos a fazer nossas considerações sobre o desacato, que implicam: criticamos o grande número de condutas que atualmente são utilizadas para tipificar o desacato; indicamos a observância ao princípio da taxatividade; apontamos alternativas para a descriminalização; demonstramos que não restará proteção deficiente aos funcionários públicos, pois, possuem a seu dispor opção da criminalização pela injúria, disso, resta observância, inclusive, ao princípio da primazia da vontade da vítima. Evidenciada a incompatibilidade do crime de desacato com direitos fundamentados na Convenção Americana de Direitos Humanos e também com direitos fundamentais expressos na Constituição Federal de 1988, concluímos que a descriminalização do desacato é medida necessária para o exercício pleno dos direitos fundamentais à livre manifestação de pensamento e à liberdade de expressão.

Palavras-chave: Estado Democrático de Direito. Direitos fundamentais. Livre manifestação de pensamento. Liberdade de expressão. Desacato. Injúria.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceitos Fundamentais

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade

Art. – Artigo

CADH – Convenção Americana sobre Direitos Humanos

CIDH – Comissão Interamericana de Direitos Humanos

CF – Constituição Federal

CPB – Código Penal Brasileiro

CRFB/1988 – Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

EC – Emenda Constitucional

HC – Habeas Corpus

IDH – Interamericana de Direitos Humanos

LC – Lei Complementar

ONU – Organização das Nações Unidas

PEC – Proposta de Emenda à Constituição

PLP – Projeto de Lei Complementar

PLS – Projeto de Lei do Senado

RE – Recurso Extraordinário

Resp – Recurso Especial

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

Sumário

INTRODUÇÃO	10
1 CARACTERIZAÇÃO DE ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO, ORIGEM E CONCEITOS DOS CRIMES DE DESACATO E INJÚRIA	13
1.1 Formação do Estado Democrático de Direito	13
1.2 Os direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito	15
1.3 O sentido universalizante dos direitos fundamentais alcançam a Constituição de 1988	16
1.3.1 Direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988.....	17
1.3.2 A condição formal e material dos direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988.....	18
1.3.3 Classificação dos direitos fundamentais individuais.....	19
1.4 Liberdades: Liberdade de expressão e do pensamento	19
1.4.1. As expressões merecedoras de proteção são as que possuem valor expressivo.....	22
1.4.2 A liberdade de expressão constitui instrumento indispensável às democracias.....	23
1.5 Origem do Crime de desacato	24
1.6 Conceito e configuração do crime de desacato	26
1.7 Conceito e configuração do crime de injúria	28
2 A INTERNALIZAÇÃO DO PACTO DE SÃO JOSÉ DA COSTA RICA E O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE ENSAIAM A DESCRIMINALIZAÇÃO DO DESACATO	30
2.1 A internalização dos direitos humanos	30
2.2 O sistema interamericano de proteção aos direitos humanos	31
2.2.1 Convenção Americana de Direitos Humanos	31
2.2.2 Comissão Interamericana de Direitos Humanos	33
2.2.3 Corte Interamericana de Direitos Humanos	33
2.2.4 Relatórios da CIDH desaprovam a existência do crime de desacato	34
2.3 O <i>status</i> dos Tratados Internacionais no ordenamento brasileiro	35
2.3.1 A Emenda Constitucional nº 45 de 2004 e suas incongruências.....	37
2.3.2 Hierarquia dos tratados internacionais que versem sobre direitos humanos ratificados antes da EC nº 45.....	39
2.4 O controle de convencionalidade e sua aplicação.....	39
2.5 Quinta Turma do STJ decide pela descriminalização do crime.....	41
2.6 Terceira Seção do STJ define que desacato continua a ser crime	46

3 AS TRATATIVAS NO LEGISLATIVO E AS ALTERNATIVAS QUE SE APRESENTAM PARA A DESCRIMINALIZAÇÃO DO DESACATO	47
3.1 Projetos de lei que tratam sobre o desacato	48
3.2 A propositura de arguição de preceito de descumprimento fundamental.....	49
3.3 Da ampliação a figura do desacato à descriminalização e sua repercussão na proteção ao funcionário público	50
3.3.1 Nossa crítica à ampliação ao desacato à aplicação da consunção.....	50
3.3.2 Pela observância e aplicação do princípio da taxatividade	52
3.3.3 A injúria subsume o crime de desacato e protege o funcionário mesmo no exercício ou em razão da função.....	53
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	56
REFERÊNCIAS	59

INTRODUÇÃO

O presente trabalho de conclusão de curso tem como objetivo geral, demonstrar a incompatibilidade do crime de desacato com o Estado Democrático de Direito, quer seja pela inobservância da Convenção Americana de Direitos Humanos como também pelo desrespeito aos direitos fundamentais de livre manifestação de pensamento e expressão já consagrados na Constituição Federal de 1988.

O método científico de abordagem a ser utilizado neste trabalho é o dedutivo. Asseveram Mezzaroba e Monteiro (2009, p. 65): “a questão fundamental da dedução está na relação lógica que deve ser estabelecida entre as proposições apresentadas, a fim de não comprometer a validade da conclusão. Aceitando as premissas como verdadeiras, as conclusões também o serão”. Quanto aos procedimentos técnicos que balizarão nossa pesquisa bibliográfica, utilizaremos técnicas como problematização, leitura, análise e fichamento de material bibliográfico e articulação de conceitos operacionais.

Este ensaio divide-se em três capítulos, no primeiro, buscamos nos inteirar de como se deu a formação do Estado Democrático de Direito, que também chamamos de Estado constitucional. Falaremos da vinculação que há entre direitos fundamentais e o Estado constitucional, sua consolidação e a proteção que é devida a tais direitos.

Verificaremos que os direitos fundamentais foram posicionados na Constituição observando-se sua importância, entre os quais tratamos aprioristicamente dos direitos à livre manifestação de pensamento e à liberdade de expressão. Ainda que o legislador constituinte tenha incluído um enorme leque de direitos que estavam dispostos nas principais declarações internacionais sobre direitos humanos, preocupou-se em manter a CF aberta a novos direitos advindos de tratados avalizando assim novos incrementos.

Demonstraremos que a livre manifestação de pensamento e expressão é condição basilar para o funcionamento do Estado Democrático de Direito, razão pela qual é digna de proteção na legislação nacional e internacional. Ainda que de modo geral sejam tratados como sinônimos, apontaremos as diferenças que há entre a livre manifestação de pensamento e a liberdade de expressão.

Trataremos sobre o crime de desacato, visto estar sendo invocado para muitas situações, que podem estar impondo limitação descabida a alguns direitos fundamentais, trazendo sua possível origem e sua configuração atual.

Para fechar o capítulo, levantaremos a configuração e conceito do crime de injúria, visto suas semelhanças com o crime de desacato serem um indicativo de possível substituição, em que pese conhecermos da corrente que defenda a descriminalização também dos crimes contra honra, não é o que pretendemos nesta pesquisa.

No segundo capítulo, veremos que a internalização da Convenção Americana de Direitos Humanos, também conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, implica ao Estado brasileiro a observância daqueles direitos fundamentais nela pactuados. Trataremos da força que exercem esses tratados sobre o ordenamento interno, seu *status* e as pressões para adaptação da legislação ordinária que estão sendo feitas através de relatórios da Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

Destacaremos parte do nosso enfoque, para o denominado controle de convencionalidade, recurso este, à disposição dos magistrados em geral, para avaliar a conformidade de uma norma interna com um tratado internacional de direitos humanos e as situações e em que está sendo aludido.

Para finalizar o capítulo II, cuidaremos em tratar de duas decisões emblemáticas do Supremo Tribunal Federal acerca do crime de desacato, quando tratam do controle de convencionalidade, da (in)compatibilidade do desacato com os direitos fundamentais a livre manifestação de pensamento e expressão, da proteção (in)devida aos funcionários públicos, entre outros pontos de relevante interesse para esta pesquisa.

No terceiro e último capítulo, inicialmente, apresentaremos o que há de projetos de lei no legislativo a respeito do tema. Veremos que há projetos nos dois sentidos: visando aumentar a pena para alguns casos de desacato e noutro sentido buscando descriminalizar; também veremos porque são poucas as chances de prosperarem. Contudo, ainda que em passos lentos, está tramitando a PLS de reforma ao código penal brasileiro. Atentaremos ao novo texto, apresentado pela comissão responsável por sua elaboração, o amplo debate pelo qual se depuraram os seus membros e a conclusão que chegaram sobre o crime de desacato.

Frente a imprevisibilidade do tempo que levará para aprovação do novo código penal, sem falar nas mudanças que ainda poderão ocorrer em seu texto, apresentaremos a ideia de propositura de Arguição de Descumprimento de Direito Fundamental levantada pela procuradora federal dos direitos do cidadão, como medida a curto prazo e em decorrência da necessidade de adoção imediata de instrumentos que inviabilizem a violação da livre manifestação de pensamento e liberdade de expressão, onde analisaremos a chance dessa ideia prosperar.

Diante do cenário atual que envolve o crime de desacato e da necessidade de lidar com problema no presente, faremos algumas críticas quanto à extensão que vem sendo dada ao crime de desacato. Muitas condutas que se resolveriam entre vítima e autor, estão sendo subsumidas pelo crime de desacato, verificaremos o que isso implica. Se cabe a supressão da vontade da vítima, e outras implicações que decorrem da aplicação do princípio da consunção.

Analisar-se-á se a ampliação das condutas que tipificam o desacato constitui uma violação ao princípio da taxatividade.

Destarte, este trabalho buscar avaliar se a existência do crime de desacato é compatível com o Estado Democrático de Direito, tomaremos o cuidado em responder alguns questionamentos com os quais nos deparamos no início da pesquisa, por exemplo, se restaria vulnerável o exercício da função pública, se é devida tal proteção à administração pública em um Estado que se diz democrático de direito e se estariam resguardados os direitos personalíssimos à honra do funcionário público. Buscaremos também responder se a descriminalização do desacato é medida necessária para o exercício pleno do direito fundamental de liberdade de expressão e manifestação do pensamento. Ao final, apontaremos as alternativas que entendemos compatíveis com o Estado constitucional.

Atualmente, existem poucos trabalhos monográficos sobre o assunto em estudo, porém, muitos artigos vêm sendo escritos nos últimos anos. Fica demonstrado que o debate vem se acirrando, ainda mais com as recentes decisões em sede de Tribunal Superior diametralmente opostas.

O interesse em explanar o tema em questão, baseia-se primeiramente na afeição pela disciplina de direito penal, na função pública exercida e na preocupação com o respeito e a promoção dos direitos fundamentais.

Nossa justificativa para essa pesquisa condiz com um tema que se demonstra bastante atual e que depende de adoção de medidas que convergem em máximo respeito aos direitos fundamentais. A conduta tipificada no artigo 331 do Código Penal, “desacatar funcionário público no exercício da função ou em razão dela” é tema de acirrados debates. A Comissão Interamericana de Direitos Humanos há muito tempo tem pressionado os países sob sua jurisdição a revogarem o crime de desacato. A partir do posicionamento daquela Comissão o crime de desacato não converge com o Estado Democrático de Direito, que teria a função de calar críticas, conflitando diretamente com o direito à liberdade de expressão de pensamento. Levantaremos como o tema está sendo abordado por nossos legisladores e juristas, e as tendências e perspectivas que se apresentam.

1 CARACTERIZAÇÃO DE ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO, ORIGEM E CONCEITOS DOS CRIMES DE DESACATO E INJÚRIA

Trataremos inicialmente sobre a formação e caracterização de um Estado Democrático de Direito, sua relação com os direitos fundamentais e o marco de sua implementação na Constituição Federal de 1988. Dentre as liberdades consagradas no Estado constitucional, a liberdade de expressão e de manifestação de pensamento possuem significado singular, merecendo nosso enfoque. Na sequência, faremos uma retrospectiva sobre a origem do desacato, na qual veremos que se tornará mais fácil aceitar seu padecimento. Finalizando o capítulo I, traremos a conceituação e configuração do desacato e também a conceituação do crime de injúria para que possamos conferir suas similitudes e diferenças.

1.1 Formação do Estado Democrático de Direito

A Constituição Federal de 1988 traz logo em seu primeiro artigo a concepção de Estado Democrático de Direito. Faremos breve análise sobre a inserção desta expressão no texto constitucional, onde depuramos que além da reunião formal, há certa superação dos conceitos de Estado Democrático e Estado de Direito.

Seguindo o que nos ensina o constitucionalista José Afonso da Silva, *Estado de Direito*, em sua origem, era um conceito tipicamente liberal, então passou-se a falar em Estado Liberal de Direito. Suas características essenciais eram: “a submissão ao império da lei”; “a divisão de poderes” e o “enunciado e garantias dos direitos individuais”. Apesar da concepção liberal de Estado de Direito denotar um sentido de proteção aos direitos do homem, houve concepções deformadoras desse conceito que também fundamentaram a concepção do Estado fascista (SILVA, 2011, p. 113).

No Estado Liberal de Direito, a neutralidade do Estado desencadeou uma série de injustiças sociais desvelando-se a necessidade de intervenção estatal, quando então, a partir de regimes ocidentais, surge o Estado Social de Direito. Mas, conforme nos apresenta José Afonso da Silva, a concepção de Estado Social de Direito ainda era insuficiente, pois ainda que apresentada como um tipo de “Estado Material de Direito”, que consistiria em um tipo de Estado que “tende a criar uma situação de bem-estar geral que garanta o desenvolvimento da pessoa humana”, apresenta manifesta ambiguidade. Sendo assim, o Estado Social era compatível com “regimes políticos antagônicos, como seja, a democracia, o fascismo e o nacional-socialismo” (SILVA, 2011 p. 115).

É a partir desse contexto que surge a expressão *Estado Democrático*. Alexandre de Moraes enfatiza que a “evolução do Estado”, fez nascer “a necessidade de o Direito ser respeitoso com as liberdades individuais tuteladas pelo Poder Público” (MORAES, 2012, p. 4). E segue:

Essa evolução foi acompanhada pela consagração de novas formas de exercício da democracia representativa, em especial, com a tendência de universalização do voto e constante legitimação dos detentores do Poder, fazendo surgir a ideia de Estado Democrático (MORAES, 2012 p.4).

Dos ensinamentos de Silva no que diz respeito ao Estado Democrático extrai-se que:

Este se funda no princípio da soberania popular, que ‘impõe a participação que não se exaure, na simples formação das instituições representativas, que constituem um estágio da evolução do Estado Democrático, mas não o seu completo desenvolvimento’. Visa assim, a realizar o princípio democrático como garantia geral dos direitos fundamentais da pessoa humana. Neste sentido, na verdade contrapõe-se ao Estado Liberal, pois como lembra Paulo Bonavides, ‘ a ideia essencial do liberalismo não é a presença do elemento popular na formação da vontade estatal, nem tampouco a teoria igualitária de que todos têm direito igual a essa participação ou que a liberdade é formalmente esse direito’ (SILVA, 2011 p. 117).

Das considerações já apresentadas, é de se notar, que o Estado de Direito, quer como Estado Liberal de Direito quer como Estado Social de Direito, não necessariamente se coadunam com o que constituiria um Estado ideal, o Estado Democrático de Direito.

A expressão mais recente que então une os conceitos de Estado Democrático e Estado de Direito, consiste em Estado Democrático de Direito. Porém, não só os une, sintetiza um conceito novo. De acordo com José Afonso, essa cisão, além de considerar seus elementos componentes, forma um conceito novo que, por sua vez, “incorpora um componente revolucionário de transformação do *status quo*” (SILVA, 2011 p. 119). Ainda seguindo o que nos ensina Silva:

É um tipo de Estado que tende a realizar a síntese do processo contraditório do mundo contemporâneo, superando o Estado capitalista para configurar um Estado promotor de Justiça social que o personalismo e o monismo político das democracias populares sob o influxo do socialismo real não foram capazes de construir (SILVA, 2011 p. 120).

Para Canotilho, o Estado hoje só se concebe como Estado Constitucional, que em seu conceito é ‘um[sic] tecnologia política de equilíbrio político-social através do qual se combateram dois arbítrios ligados a modelos anteriores, a saber a autocracia absolutista do poder e os privilégios orgânico-corporativo medievais’ (apud MORAES, 2012 p. 4). O Estado Constitucional caracteriza-se por ser um *Estado com qualidades*, das quais: Estado de Direito e Estado Democrático. “O Estado Constitucional, portanto, é mais que um Estado de Direito, é

também o Estado Democrático, introduzido no constitucionalismo como garantia de legitimação e limitação do poder” (MORAES, 2012, p. 6).

1.2 Os direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito

A concepção de direitos fundamentais está intimamente ligada e vinculada à noção de Constituição e Estado de Direito. Segundo a lição de Klaus Stern, temos que ‘as ideias de Constituição e direitos fundamentais são, no âmbito do pensamento da segunda metade do século XVIII, manifestações *paralelas e unidirecionadas* na mesma *esfera espiritual*. Ambas se compreendem como limites normativos ao poder estatal’ (apud SARLET, 2015, p. 59).

Essa diretiva já estava sendo dada pela Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), a qual conferia em seu artigo 16 que “toda sociedade na qual a garantia dos direitos não é assegurada, nem a separação dos poderes determinada não possui Constituição” (PFDC). Sarlet, é incisivo em afirmar a vinculação que há entre Constituição, Estado de Direito e direitos fundamentais, de modo que estes integram ao lado da definição da forma de Estado, do sistema de governo e da organização do poder, a essência do Estado constitucional, instituindo que sua concretização passa ser tarefa permanente (SARLET, 2015, p. 59).

Para Hans-P. Schneider apud Sarlet (2015), os direitos fundamentais podem ser considerados, *conditio sine qua non* do Estado Constitucional. Acrescenta Sarlet, “os direitos fundamentais somente poderão aspirar eficácia no âmbito de um autêntico Estado constitucional” (SARLET, 2015, p. 60). Sintetiza-se disso que a concepção de que os direitos fundamentais constituem, para além de sua função limitativa do poder, critérios de legitimação do poder estatal e, em decorrência da própria ordem constitucional, ‘o poder se justifica por e pela realização dos direitos do homem e que a ideia de justiça é hoje indissociável de tais direitos’ (CABRAL PINTO, apud SARLET, 2015, p. 60).

Na mesma linha, a lição dada por Ferrajoli, no sentido de que:

[...]todos os direitos fundamentais equivalem a vínculos substanciais que condicionam a validade substancial das normas produzidas no âmbito estatal, ao mesmo tempo em que expressamos fins últimos que norteiam o moderno Estado constitucional de Direito (apud SARLET, 2015, p.60).

Ainda falando a respeito da correlação que há entre os direitos fundamentais com a noção de Estado de Direito, ensina-nos Pérez Luño que:

[...]‘existe um estreito nexo de interdependência genético e funcional entre o Estado de Direito e os direitos fundamentais, uma vez que o Estado de Direito exige e implica, para sê-lo, a garantia dos direitos fundamentais, ao passo que estes exigem e implicam, para sua realização, o reconhecimento e a garantia do Estado de Direito (apud SARLET, 2015, p. 61).

Das ideias desenvolvidas por Ingo Sarlet, rememoramos sua sustentação, em que enfatiza a íntima relação existente entre Estado de Direito, Constituição e direitos fundamentais. Especificamente sobre os direitos fundamentais, frisa que sob o aspecto de concretizações do princípio da dignidade da pessoa humana, bem como dos valores da *igualdade, liberdade e justiça*, constituem condição de existência e medida da legitimidade de um autêntico Estado de Democrático e Social de Direito, tal qual como consagrado em nosso direito constitucional atual (SARLET, 2015).

Trataremos a seguir da universalização dos direitos fundamentais até a concretização em nossa atual Constituição.

1.3 O sentido universalizante dos direitos fundamentais alcançam a Constituição de 1988

Os direitos fundamentais garantidos em nossa Constituição são conquistas de séculos de lutas e construções. Destacamos momentos marcantes de nossa história que proporcionaram a condição constitucional atual destes direitos, sua catalogação na CF de 1988.

A partir de ideias iluministas foi proclamada na França, em 1789, a *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão*. Sua grande marca que a diferenciou das demais proclamadas na América do Norte foi seu caráter “universalizante” em que proclamava princípios como o da liberdade, da igualdade e da propriedade (SILVA, 2011, p. 157).

Ainda segundo Silva:

O sentido universalizante das declarações de direitos, de caráter estatal, passou a ser objeto de reconhecimento supraestatal em documentos declaratórios de feição multinacional ou mesmo universal. As primeiras manifestações nesse sentido foram propostas de organismos científicos internacionais, visando estender a defesa dos direitos humanos a todos os países e a todos os indivíduos de todas as nacionalidades [...] (SILVA 2011, p. 162).

Já em 1948, a Assembleia Geral da ONU aprovou a Declaração Universal dos Direitos do Homem que, tendo em sua composição trinta artigos antecedidos por preâmbulo com sete *considerandos*, reconhece: *a dignidade da pessoa humana; o ideal democrático; o direito de resistência à opressão; e a concepção comum desses direitos* (SILVA, 2011 p.163).

Da contribuição de Enrique Pérez Luño apud Piovesan (2011, p. 79), extrai-se que ‘os direitos fundamentais refletem um sistema de valores e princípios de alcance universal que hão de informar todo o ordenamento jurídico’. Nesse sentido, segue Flávia Piovesan, “o valor da dignidade da pessoa humana impõe-se como núcleo básico e informador de todo o ordenamento jurídico, como critério e parâmetro de valoração a orientar a interpretação e compreensão do sistema constitucional” (PIOVESAN, 2011, p. 79).

1.3.1 Direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988

No Brasil, todas as constituições, mesmo que de formas e com títulos diferentes, traziam rol de direitos oriundo das *declarações de direitos*. Claro que a inserção de maior relevo está em nossa CF atual, que já em sua abertura, introduz o título II – *Dos Direitos e Garantias Fundamentais*, nele incluindo os *Direitos Individuais e Coletivos*, os *Direitos Sociais*, os *Direitos da Nacionalidade*, os *Direitos Políticos e os Partidos Políticos* (SILVA, 2011, p. 171).

A Constituição de 1988 institucionaliza a instauração de um regime político democrático no Brasil. Contudo, ela não se reduz a isso, vai muito além ao “introduzir avanço na consolidação legislativa das garantias e direitos fundamentais e na proteção de setores vulneráveis da sociedade” (PIOVESAN, 2011, p. 76). Ainda de acordo com Flávia Piovesan:

[...] a Carta de 1988, como marco jurídico da transição ao regime democrático, alargou significativamente o campo dos direitos e garantias fundamentais, colocando-se entre as Constituições mais avançadas do mundo no que diz respeito à matéria. Desde seu preâmbulo, a Carta de 1988 projeta a construção de um Estado Democrático de Direito, ‘destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça, como valores supremos de uma sociedade fraterna pluralista e sem preconceitos’ (PIOVESAN, 2011, p. 77 e 78).

A referida autora ainda destaca que a cidadania e dignidade da pessoa humana, fundamentos que alicerçam o Estado Democrático de Direito, ensejam o encontro com os direitos fundamentais, eis que estes constituem-se como “elemento básico para a realização do princípio democrático, tendo em vista que exercem função democratizadora” (PIOVESAN, 2011 p. 78).

Um aspecto importante que condiz aos direitos fundamentais, está no fato da CF de 1988 ter sido precedida pelo período ditatorial, em que imperava o autoritarismo. Nesse sentido, vale destacar a contribuição de Sarlet:

A relevância atribuída aos direitos fundamentais, o reforço de seu regime jurídico e até mesmo a configuração de seu conteúdo são frutos da reação do Constituinte, a das forças sociais e políticas nele representadas, ao regime de restrição e até mesmo de aniquilação das liberdades fundamentais (SARLET, 2015, p. 67).

Sarlet também destaca a posição topográfica que os direitos fundamentais tomaram na atual Constituição. Positivados no início, logo após o preâmbulo e os princípios fundamentais, ensejam, “maior rigor lógico, na medida em que constituem parâmetro hermenêutico e valores superiores de toda ordem constitucional e jurídica, também vão ao encontro da melhor tradição do constitucionalismo na esfera dos direitos fundamentais” (SARLET, 2015, p. 67).

Como maior inovação na CFRB/1988, Sarlet destaca aquela contida no art. 5º § 1º, de acordo com o qual as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais possuem

aplicabilidade imediata. Também destaca, a consagração do *status* jurídico diferenciado dos direitos fundamentais, os quais passam a ter maior proteção, mediante a inclusão destes no rol das *cláusulas pétreas* do art. 60, § 4º, da CF, impedindo assim que sejam suprimidos pela ação do poder Constituinte derivado (SARLET, 2017).

Também é plausível afirmar que o catálogo de direitos fundamentais positivado na CF de 1988, contempla direitos fundamentais de diversas *dimensões*, o que demonstra estar em sintonia com a Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948, e também com os principais pactos internacionais existentes até então.

1.3.2 A condição formal e material dos direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988

Introduziremos de maneira superficial a questão que envolve os direitos fundamentais formalmente constitucionais e os materialmente constitucionais, a qual aprofundaremos no capítulo II desta pesquisa.

De acordo com os ensinamentos de Ingo Wolfgang Sarlet, a noção de direitos fundamentais está precisamente ligada à característica da *fundamentalidade*. Extraída do conceito de Robert Alexy, seu significado denota a “especial dignidade dos direitos num sentido formal e num sentido material” (SARLET, 2015, p. 75).

Ainda conforme Sarlet, a *fundamentalidade* formal encontra-se ligada ao direito constitucional positivo e resulta dos seguintes aspectos, devidamente adaptados ao nosso direito constitucional pátrio:

- a) como parte integrante da Constituição escrita, os direitos fundamentais situam-se no ápice de todo o ordenamento jurídico, de tal sorte que - neste sentido - se cuida de direitos de natureza *supralegal*; b) na qualidade de normas constitucionais, encontram-se submetidos aos limites formais (procedimento agravado) e materiais (cláusulas pétreas) da reforma constitucional (art. 60 da CF) [...]; c) por derradeiro, cuida-se de normas diretamente aplicáveis e que vinculam de forma imediata as entidades públicas e privadas (art. 5º, § 1º, da CF) (SARLET, 2015, p. 75 e 76).

No que concerne à *fundamentalidade* material Sarlet expõe que:

A *fundamentalidade* material, por sua vez, decorre da circunstância de serem os direitos fundamentais elemento constitutivo da Constituição material, contendo decisões fundamentais sobre a estrutura básica do Estado e da sociedade. Inobstante não necessariamente ligada à *fundamentalidade* formal, é por intermédio do direito constitucional positivo (art. 5º, § 2º, da CF) que a noção da *fundamentalidade* material permite a abertura da Constituição a outros direitos fundamentais não constantes de seu texto e, portanto, apenas materialmente fundamentais, assim como a direitos fundamentais situados fora do catálogo, mas integrantes da Constituição formal (SARLET, 2015, p.76).

No que concerne à transferência dos direitos fundamentais materiais à *fundamentalidade* formal, escreve Sarlet:

Os direitos fundamentais são todas aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram por seu conteúdo e importância (fundamentalidade em sentido material), integradas ao texto da Constituição e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal), bem como as que por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparados, agregando-se à Constituição material, tendo, ou não assento na Constituição formal (SARLET, 2015, p. 78)

Ademais, assevera Konrad Hesse que os direitos fundamentais em sentido formal são aquelas posições jurídicas que por vontade do legislador constituinte foram incluídas no catálogo dos direitos fundamentais. Já os direitos fundamentais em sentido material, são aqueles que, mesmo estando fora do catálogo, em razão da importância de conteúdo, podem ser comparados aos formalmente fundamentais (apud SARLET, 2015, p. 81).

1.3.3 Classificação dos direitos fundamentais individuais

Nossa tratativa neste tópico se resume aos direitos fundamentais individuais, pois é nesta categoria que se encontram os direitos às *liberdades* de onde se desprende o direito à liberdade de expressão e de pensamento.

O critério para classificação dado pela Constituição é o do *objeto imediato*, o que de certa forma é observável quando assegura à inviolabilidade do direito à *vida*, à *igualdade*, à *liberdade*, à *segurança* e à *propriedade* (SILVA, 2011).

Dada esta classificação constitucional, José Afonso da Silva ainda os distingue em três grupos:

1) *direitos individuais expressos*, aqueles explicitamente enunciados nos incisos do art. 5º; 2) *direitos individuais implícitos*, aqueles que estão subentendidos nas regras de garantias, como o direito à identidade pessoal, certos desdobramentos do direito à vida, o direito à atuação geral (art. 5º, II); 3) *direitos individuais decorrentes do regime e de tratados internacionais* subscritos pelo Brasil, aqueles que não são nem explícita nem implicitamente enumerados, mas provêm ou podem vir a provir do regime adotado, como *direito de resistência*, entre outros de difícil caracterização *a priori* (SILVA, 2011, p. 194).

No que concerne ao direito fundamental de liberdade de expressão e de pensamento, nos parece permissível poder enquadrá-lo em dois destes grupos, pois enquanto está expresso no catálogo do artigo 5º da CF, também está no artigo 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH). Faz-se necessário coligirmos alguns aspectos sobre essas liberdades.

1.4 Liberdades: Liberdade de expressão e do pensamento

Uma das hipóteses a ser esclarecida com essa pesquisa é a discussão acerca da incompatibilidade do crime de desacato com o Estado Democrático de Direito. Assevera-se que a criminalização por desacato ultrajaria o direito fundamental à liberdade de expressão e pensamento. Iniciamos tratando da liberdade em sentido geral.

Uma das teorias que melhor definem liberdade, é sintetizada pelo ilustre professor João dos Passos Martins Neto. Para ele, a liberdade corresponde “à ausência de obrigação de conduta ou”, em outros termos, “à ausência de uma norma jurídica que proíba ou ordene um determinado comportamento”. Desprende-se então um sentido positivo e um sentido negativo de liberdade. As normas jurídicas proibitivas impõem obrigações de não-fazer, sentido negativo, ao passo que as normas jurídicas mandamentais impõem obrigações de fazer, sentido positivo (MARTINS NETO, 2008, p. 25).

Expressivo também é o conceito de liberdade proposto por Afonso da Silva: “liberdade consiste na possibilidade de coordenação consciente dos meios necessários à realização da felicidade pessoal”, e de forma sofisticada acrescenta argumentos que exprimem a noção dos elementos objetivos e subjetivos necessários à ideia de liberdade, e aqui só nos resta transcrição literal:

[...] é *poder* de atuação sem deixar de ser resistência à opressão; não se dirige contra, mas *em busca*, em perseguição de alguma coisa, que é a felicidade pessoal, que é subjetiva e circunstancial, pondo a liberdade, pelo seu fim, em harmonia com a consciência de cada um, com o interesse do agente. Tudo que impedir aquela possibilidade de coordenação dos meios é contrário à liberdade. E aqui aquele sentido histórico da liberdade se insere na sua acepção jurídico-política. Assim, por exemplo, deixar o povo na ignorância, na falta de escola, é negar-lhe a possibilidade de coordenação consciente daqueles meios; oprimir o homem, o povo, é retirar-lhe aquela possibilidade etc. Desse modo, também na medida em que se desenvolve o conhecimento, se fornecem informações ao povo, mais se amplia a sua liberdade com abrir maiores possibilidades de coordenação de meios necessários à expansão da personalidade de cada um (SILVA, 2011, p. 233).

Ainda de sua contribuição, vale dizer que é em um regime democrático que a liberdade encontra campo para expansão, é nela que o homem dispõe de ampla possibilidade de coordenar os meios necessários à realização de sua felicidade pessoal. E quanto mais o processo de democratização avança, mais o homem se liberta dos obstáculos que os constroem e mais liberdade conquista (SILVA, 2011, p. 234).

As liberdades, quando tratadas no plural, referem-se às *formas de liberdade* que no Direito Constitucional positivo constituem cinco grandes grupos:

(1) *liberdade da pessoa física* (liberdades de locomoção, de circulação); (2) *liberdade de pensamento*, com todas as suas liberdades (opinião, religião informação, artística, comunicação do conhecimento); (3) *liberdade de expressão coletiva* em suas várias formas (de reunião, de associação); (4) liberdade de ação profissional) livre escolha e de exercício de trabalho, ofício e profissão); (5) *liberdade de conteúdo econômico e social* (liberdade econômica, livre iniciativa, liberdade de comércio, liberdade ou autonomia contratual, liberdade de ensino e liberdade de trabalho) (SILVA, 2011, p. 235).

Destas, cuidaremos de tratar apenas do grupo da liberdade de manifestação de pensamento e suas externalizações, liberdade de expressão (opinião, informação, etc.), ainda

que na maioria das vezes a expressão *liberdade de expressão* seja usada indistintamente, é tratada em dispositivos constitucionais diversos, o que significa possuir sentidos próprios. Mesmo que para nosso objeto de estudo não seja necessário diferenciá-la, a faremos de maneira simplória para melhor compreensão de seu alcance.

Segundo Sampaio Dória apud Silva (2011, p. 241), “a liberdade de pensamento ‘é um direito de exprimir, por qualquer forma, o que se pense em ciência, religião, arte, ou o que for’”. Ela se caracteriza como exteriorização do pensamento no seu sentido mais abrangente, em que é possível expor todo e qualquer ato que vise comunicar.

A liberdade de opinião é que melhor expressa o próprio conceito de liberdade de pensamento. É o que a doutrina chama de liberdade *primária* e consiste em permitir que o indivíduo seja livre para expor publicamente um pensamento íntimo que crê como verdadeiro (SILVA, 2011, p. 241). A Constituição a reconhece em duas dimensões, a *interna*, que se traduz na seguinte passagem:

Como pensamento íntimo, prevê a *liberdade de consciência e de crença*, que declara inviolável (art. 5º, VI), como a de *crença religiosa* e de *convicção filosófica ou política* (art. 5º, VIII). Isso significa que todos têm de aderir a qualquer crença religiosa como o de recusar qualquer delas [...] (SILVA, 2011, p. 242).

E a outra dimensão diz respeito a *aspectos externos*, uma vez que a liberdade de opinião se exterioriza “pelo exercício das liberdades de comunicação, de religião, de expressão intelectual, artística, científica e cultural e de transmissão e recepção de conhecimento” (SILVA, 2011, p. 242).

Para Silva, a *liberdade de comunicação* consiste em um conjunto de direitos, formas, processos e veículos que propiciam a expressão e difusão do pensamento e da informação, de forma que não sofrerão qualquer restrição qualquer que seja processo ou veículo utilizado para as expressarem (SILVA, 2011, p. 243).

Outro aspecto *externo* da liberdade de opinião figura na própria *liberdade de manifestação do pensamento*. A CF em seu art. 5º, IV sedimentou da seguinte forma: “é livre a manifestação do pensamento, vedado o anonimato” (BRASIL, 1988), e em seu art. 220 quando dispôs que:

A manifestação de pensamento, sob qualquer forma ou processo ou veiculação, não sofrerá qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição, vedada qualquer forma de censura de natureza política, ideológica e artística (BRASIL, 1988).

Frisa-se que ao *vedar o anonimato*, neste segundo momento, a liberdade de manifestação de pensamento traz seu ônus. Muitas são as vezes que situações jurídicas de outras

pessoas são atingidas, que por sua vez, terão a possibilidade de exercerem o *direito de resposta*, assegurado também no art. 5º, V da CF (SILVA, 2011).

Como vimos, o direito à liberdade de manifestação de pensamento e de expressão se encontram formalmente assegurados na CF de 1988. Somada a essa garantia, há ainda a proteção advinda com a Convenção Americana dos Direitos Humanos, sobre a qual trataremos adiante na seção 2.3. Por ora, impende destacarmos as expressões consideradas dignas de proteção.

1.4.1. As expressões merecedoras de proteção são as que possuem valor expressivo

Ao falarmos em liberdade de expressão não poderíamos deixar de mencionar a contribuição de Stuart Mill. Mill elencou alguns fundamentos importantes pelos quais deve ser garantida a liberdade para exprimir a opinião. Destacaremos dois deles.

O primeiro, designa que se uma opinião é compelida ao silêncio, é possível que seja verdadeira, e só poderemos tomar certeza disso, conhecendo-a. Para Mill, “nunca podemos estar seguros de que a opinião que procuramos sufocar seja falsa; e se estivéssemos seguros, sufocá-la seria ainda um mal” (MILL, 1991, p. 60). O segundo diz o seguinte: “se a opinião a que se impôs o silêncio seja um erro, poderia conter uma parte de verdade, sendo que esta parte poderia suprir uma falta em outra verdade, é da colisão de opiniões que se chega a uma verdade” (MILL, 1991).

Quanto às comunicações (aqui com sentido de ato comunicativo), importante destacarmos que não é todo qualquer ato que está protegido. Existem comunicações cuja repressão legal deve ser aceita, enquanto outras não hão de ser. Nesse sentido, é de se supor que exista alguma característica que as diferencie, diferença que será relevante para orientar as decisões parlamentares ou judiciais a respeito das restrições admissíveis à livre expressão. Existem expressões (falas e ou gestos) que podem constituir crimes, mesmo sendo previstos em lei inferior, não resta dúvidas sobre a necessidade de tal previsão em lei penal, pois como já dito, não é todo e qualquer ato comunicativo que se reserva de proteção (MARTINS NETO, 2008).

Em sua obra *os fundamentos da liberdade de expressão* o professor João dos Passos clarifica que as diferenças entre o que pode ser dito e o que não pode, podem ser pontuadas quando considerado o *valor expressivo* de cada comunicação. Nessa linha, frisa que “um ato comunicativo tem valor expressivo quando são aplicáveis a ele uma ou mais das possíveis razões de proteção que são os fundamentos da norma constitucional que garante a liberdade de

expressão” (MARTINS NETO, 2008, p. 47), quais sejam: afirmar uma verdade, aperfeiçoar um conhecimento, etc., do contrário o ato comunicativo não desfruta de proteção constitucional, pois como bem afirmou, atos comunicativos sem valor expressivo, a rigor, nem constituem expressão. “Se a liberdade de expressão protege a expressão o que não é expressão a liberdade de expressão não protege” (MARTINS NETO, 2008, p. 47). Ainda nesse sentido segue:

[...] determinar se o ato comunicativo tem ou não valor expressivo é fundamental no exame da plausibilidade das restrições legais impostas à liberdade de expressão tanto no âmbito da política legislativa quanto nas decisões judiciais. [...] Discernir a respeito do requisito do valor expressivo exige que se investigue a fundo as razões de proteção da liberdade de expressão (MARTINS NETO, 2008, p. 48)

Para João dos Passos, mesmo que as constituições assegurem o direito à liberdade de expressão, o fazem de modo superficial, de modo que é necessária uma investigação mais a fundo, uma análise filosófica de seus fundamentos.

1.4.2 A liberdade de expressão constitui instrumento indispensável às democracias

Segundo Martins Neto, a principal razão de proteção da liberdade de expressão consiste em promover o funcionamento do modelo democrático de governo, no qual influi da seguinte forma:

Na lógica do sistema, a liberdade de expressão cumpre funções cruciais: permitir que os eleitores façam escolhas informadas nas eleições a partir da ampla discussão entre candidatos; que as pessoas possam influenciar as escolhas das políticas governamentais; que as autoridades públicas sejam submetidas a críticas que podem levar à sua substituição; que o abuso de poder e os atos de corrupção sejam denunciados ou prevenidos pelo receio de sua revelação; que aspirações contraditórias na comunidade sejam identificadas e os respectivos interesses acomodados em favor da estabilidade social; que indivíduos e minorias, à medida que podem abertamente dissentir, aliviem frustrações e não precisem recorrer a violência como alternativa para alcançar o poder, combater ações de governo ou obter atenção para pretensões reformistas; que melhores deliberações sejam tomadas com a audiência de todos os lados do debate (MARTINS NETO, 2008, p. 49).

Nos cabe destacar que uma das funções da liberdade de expressão é possibilitar críticas ao governo e seus agentes, portanto, aquelas expressões que visem criticar suas ações, de modo algum podem ser criminalizadas.

Martins Neto observa que para realmente proteger a liberdade de expressão a democracia tem que ser compreendida no contexto do Estado constitucional. Frisando que:

O direito constitucional, contudo, não separa em valor o pensamento argucioso e o pensamento mentecapto, o politicamente correto e o politicamente incorreto. A liberdade de expressão valoriza indiscriminadamente todo o ato comunicativo que se concilie com os fundamentos de sua proteção. (MARTINS NETO, 2008, p. 76).

Disso resulta que por detestável, incômodo ou desagradável que seja tal pensamento, estando nos limites que as razões da liberdade expressão, – “promoção do funcionamento da

democracia, da busca da verdade e do conhecimento, da autonomia de consciência e do ensino da tolerância” – pode ser expressado e não admite controles (MARTINS NETO, 2008, p.71).

1.5 Origem do Crime de desacato

Inicialmente, tentamos buscar a origem do crime de desacato em seu primórdio. Muitos doutrinadores atuais atribuem a origem no crime de lesa-majestade. Veremos como surgiu esta expressão. Ao nosso alcance, a obra de Arno dal Ri Junior, *O Estado e Seus Inimigos*, muito nos serviu e a partir dela damos nossa partida.

Na cultura penal da Grécia antiga estava inserida a ideia de crime contra o Estado. No primeiro momento, era um crime contra o monarca dotado de conotação religiosa, dado que este encontrava-se “sob proteção de entidades divinas” (ARNO, 2006 p. 31). O *ostracismo*, como era chamado, era aplicado com o intuito de impedir que “conflitos políticos internos que ameaçassem a defesa nacional e a estabilidade política da cidade-Estado tivessem continuidade”. Tinha como fim a “defesa da democracia” e como pena, o banimento. “O condenado deveria partir ao exílio de dez anos, sem prejuízo, contudo, para sua honra ou seus bens” (ARNO, 2006 p. 32).

Os textos bíblicos também evidenciam como eram tratadas as condutas envolvendo desobediência à autoridade. Segundo Arno, tais condutas são relatadas pelos redatores dos textos sacro em duas categorias diferentes – “àquelas que atentam diretamente contra a autoridade divina e a soberania divina, e as que atentam contra a autoridade temporal derivada da autoridade divina” – ou seja, o descumprimento à lei mosaica redundava em desobediência ao comando divino (ARNO, 2006 p. 42 e 43).

Já no século XVII, Baruch de Espinosa em sua obra *Tratado Político-Teológico* demonstra a forte vinculação entre a autoridade divina e a autoridade do Estado. Nela consta que ‘os inimigos do Estado eram inimigos de Deus, os cidadãos que quisessem usurpá-lo eram réus de lesa-divina-majestade, e finalmente as leis em vigor eram leis e mandamentos divinos’ (apud ARNO, 2006, p. 44).

Extrai-se ainda da obra de Arno, a partir da leitura que o autor faz das passagens bíblicas do *Antigo Testamento*, que o desacato à autoridade de Javé era crime grave, diante do qual advinham inclusive castigos divinos. Já da leitura que faz do *Novo Testamento*, Arno apresenta passagem bíblica onde se inaugura a noção de atentado contra a autoridade temporal. Menciona o caso de Herodes, “rei judeu que via como lesivo à sua autoridade o nascimento de uma criança – que poderia ser considerada rei pelo povo” – (ARNO, 2006 p. 53); esta razão o fez emanar

ordem de sacrificar todas as crianças com até dois anos. Pouco tempo depois foi a vez de *Jesus de Nazaré* ser acusado e julgado por ter cometido – entre outros crimes – “blasfêmia” contra o Imperador César (ARNO, 2006).

Avançando para a Idade Média, Arno coleciona os ensinamentos deixados pelo historiador do direito penal, o italiano Carlo Calisse, no que trata da ampliação do núcleo do delito de *lesa-majestade* :

‘Compreendidos todos na denominação geral de delitos de lesa-majestade, estes no decorrer desta época, tiveram sempre uma maior compreensão e uma ampliação mais vasta, seja no que concerne às pessoas contra as quais poderiam ser voltados, seja no que diz respeito aos fatos que poderiam ser objeto. A respeito das pessoas, era qualificado como delito de lesa-majestade não somente aquele contra o próprio soberano, mas contra o papa, o imperador, o senhor feudal, a comuna, os cardeais, os conselheiros reais e também os oficiais públicos, quando estarem cumprindo deveres de ofícios. A respeito dos fatos, **de muitos modos se poderia cometer o delito de lesa-majestade, seja praticando-o propriamente para causar danos ao príncipe e ao Estado, seja usurpando funções públicas ou em outro modo causando danos aos interesses públicos**’ (CALISSE, 1895, apud ARNO, 2006, p. 90, grifo nosso).

Em se tratando de pena para tal crime, a morte não bastava:

‘A pena de morte para esse delito parecia de pouca monta, e por isso vinha agravada ao máximo: frequentemente usava-se esquarterar vivo o culpado e pendurar os pedaços do corpo nos lugares de maior frequência, mas não existia, além disto, arbítrio e crueldade que a razão de Estado não surgisse contra os réus ou os acusados somente de traição. Atrás da morte estavam a infâmia e o confisco de bens, que atingiam também os filhos, os quais nem sempre conseguiam escapar da vingança de quem tudo podia’ (CALISSE, 1895, apud ARNO, 2006, p. 91).

Em Portugal, do medievo para a modernidade, o delito de *lesa-majestade* tinha por castigo o banimento da sociedade portuguesa, onde a África e terras brasileiras seriam opções para o *degredo*. Neste contexto, o crime de *lesa-majestade* já atingia aqueles que “resistissem ou desobedecessem aos oficiais da justiça ou lhes dirigissem palavras injuriosas” (ARNO, 2006 p. 139).

No Brasil, o delito de *lesa-majestade* adentra no ordenamento através das *Ordenações Filipinas*, que considerava crime a injúria feita aos ministros, magistrados ou seus oficiais, em razão do ofício (NORONHA, 1984, p. 306). O marco de sua utilização ocorreu na Inconfidência Mineira e na Conjuração Baiana (ARNO, 2006).

Com o advento do Iluminismo a configuração do delito de *lesa-majestade* passou a ser questionada. Montesquieu criticou severamente a extensão dada ao referido delito, e apurou que era utilizado para crimes de pouco relevo:

[...] a importância da contribuição de Montesquieu ao direito penal, advém justamente do fato de ter criticado firmemente a previsão do delito no direito então vigente, utilizando uma terminologia precisa que expressava a tendência a limitar a noção do crime e os seus tipos [...]. Em particular, o nobre tenta, a todo custo, **resgatar o direito**

do cidadão de discordar e de criticar o soberano, militando por uma **maior liberdade de expressão** e também de imprensa. É ainda significativo o combate levado a cabo por Montesquieu contra o poder central na tentativa de fazer com que o atestado aos funcionários do soberano deixasse de ser configurado como lesa-majestade (TARRELO apud ARNO, 2006, p.164 e 168, grifo nosso).

Observamos que a partir do Iluminismo e após a Revolução Francesa o crime de *lesa-majestade* passa por uma reconfiguração, em que diversas condutas que configuravam o delito passam a ser descriminalizadas e as que restaram, têm suas penas mitigadas.

No Brasil, o Código Criminal de 1830 parece sintetizar o crime de *lesa-majestade* trazendo em seu rol apenas os crimes de calúnia e a injúria, este, com o seguinte texto: “art. 237 - o crime de injuria commettido por algum dos meios mencionados no artigo duzentos e trinta [...]; 2º contra qualquer depositario, ou agente de autoridade publica em razão do seu officio” (BRASIL, 1930).

Já o código de 1890 em seu art. 134 insere a terminologia “desacatar”, prevendo da seguinte forma: “desacatar qualquer autoridade, ou funcionario publico, em exercicio de suas funcções, offendendo-o directamente por palavras ou actos, ou faltando á consideração devida e á obediencia hierarchica” (BRASIL, 1890). Grife-se, em exercício da função, condição que seria ampliada no próximo código, assunto que desenvolveremos adiante.

1.6 Conceito e configuração do crime de desacato

No Código Penal de 1940, o crime de desacato está previsto no art. 331 com o seguinte texto: “desacatar funcionário público no exercício da função ou em razão dela: pena de 6 (seis) a 2 (dois) anos, ou multa” (BRASIL, 1940).

Os funcionários públicos, independentemente da posição ou do grau hierárquico que ocupem na administração pública são depositários de parte da “soberania do Estado”. Em razão disso, a lei penal visa proteger de modo especial determinado nicho, os funcionários públicos. Hungria acrescenta que: “visa resguardar não somente a incolumidade a que tem direito qualquer cidadão, mas também o desempenho normal, a dignidade e o prestígio da função exercida em nome ou por delegação do Estado” (HUNGRIA, apud PIERANGELI, 2007 p. 890).

Em primeira análise, verificamos o sentido que toma o verbo “desacatar”. O verbo nuclear do tipo denotativo da conduta é desacatar, com o sentido de afrontar, menoscabar, desprezar, humilhar. Para Mirabete desacato consiste em:

[...] toda e qualquer forma ofensa direta e voluntária à honra ou ao prestígio de funcionário público com a consciência de atingi-lo no exercício ou por

causa de suas funções, tutelando a figura delituosa a dignidade da Administração Pública personificada em seus mandatários (MIRABETE, 2009 p. 336).

De acordo com o que o excerto acima já sugere, “o sujeito passivo é o Estado, representado pela União Estados-membros, Distrito Federal e os Municípios. Igualmente, ainda que em plano secundário o funcionário público” (PIERANGELI, 2005 p. 891). Para tanto, não importa se o funcionário se sinta ofendido, a ação é incondicionada a sua vontade, ou seja, se o fato intenta uma ofensa, por mais que o funcionário não a tenha assim considerado, resta constituído o crime de desacato. Na jurisprudência o crime caracteriza-se por diversas maneiras entre as quais:

[...] nas ofensas morais seguidas de agressão física; na tentativa de agressão; no insulto seguido de um tapa; nas palavras grosseiras; nas palavras de baixo calão; nas palavras de desafio, brandindo o agente um facão; nos altos brados, provocando escândalo; na ofensiva caçoadada; na gesticulação desrespeitosa, nas ameaças veladas; no dirigir-se ao funcionário de modo arrogante, grosseiro e insultuoso; no desafio a magistrado, com afronta e irreverência ao mesmo; nas palavras e atos que ofendem, humilham ou espezinham funcionário; no tapa no rosto, ainda que não deixe vestígios; no arrebatar, amassar e rasgar ou atirar ao solo auto de infração que está sendo lavrado; no amassar, atirar sobre balcão do cartório contrafé recebida e proferir expressões inamistosas contra funcionário; no atirar ovos contra policiais. Como acentuou Sérgio da Silveira em parecer acatado pelo STF, até o riso ou sorriso, como outra forma de expressão qualquer, pode representar essa injúria qualificada que é o desacato (MIRABETE, 2009 p. 336).

Em segunda análise, a partir da leitura de Nelson Hungria, analisamos a amplitude que adotou o Código Penal de 1940, quando inclui em seu texto “no exercício da função ou em razão dela”:

[...] ‘desacato se verifica não só quando o funcionário se acha no exercício de função (seja ou não o ultraje infligido *propter officium*), senão também quando se acha *extra officium*, desde que a ofensa seja *propter officium*’ [...] Assim quando o funcionário se encontra *in officium*, não importa que a ofensa irrogada se prenda a uma desavença particular; mas se o funcionário se acha *extra officium* é indispensável (para configuração do desacato) que a ofensa tenha sido ligada ao exercício da função (HUNGRIA, 1958 p. 420).

Ainda segundo ensinamentos de Hungria, não há configuração do crime de desacato fora a presença do ofendido. Transcrevo:

Não é desacato a ofensa *in litteris*, ou por via telefônica, ou pela imprensa, em suma: por qualquer modo, na ausência do funcionário. Em tais casos, poderão configurar os crimes de injúria difamação, calúnia ou ameaça, se ocorrerem os respectivos *essentialia*, e sômente por qualquer deles responderá o agente (HUNGRIA, 1958, p. 420).

Também não constitui crime a crítica ou censura justa, por mais que seja incisiva. Nas palavras de Noronha:

Não comete crime quem, embora de modo enérgico, mas não ultrajante, diz a um funcionário que, ele está errado”. Condizem perfeitamente com os interesses sociais e com as finalidades da própria administração, a fiscalização e crítica do indivíduo e da coletividade (NORONHA, 1984, p. 311).

O sujeito ativo pode ser qualquer pessoa que desacate funcionário público, podendo ser inclusive outro funcionário da Administração Pública. O entendimento da doutrina atual é de que não importa o grau hierárquico em que se encontre os sujeitos. O crime se configura tanto de inferior hierárquico para com superior, como também de superior para inferior.

Das razões para a particular tutela que o crime de desacato oferece, afirma Pagliaro e Costa Junior, de um lado está a pessoa física que age por conta da administração pública. Disso convém que o Estado assuma a tarefa de tutela das ofensas que venha a padecer no exercício ou por conta de suas funções. Por este viés, a honra do funcionário é tutelada de forma muito mais rigorosa que a honra do particular (PAGLIARO e COSTA JUNIOR, 1997).

Por outro lado, a turbação psicológica que poderia apossar-se do funcionário quando ofendido em suas funções ou em razão delas eventualmente alteraria seu processo decisório, quando poderia incorrer em decisões erradas, hesitadas ou incertas de maneira que acarretaria dano ao bom andamento da administração pública (PAGLIARO e COSTA JUNIOR, 1997, p. 203).

Francesco Antolisei afirma que “o desacato não é senão uma forma de injúria” (apud PAGLIARO, COSTA JUNIOR, 1997, p. 203). Aduziremos no próximo item, o conceito e configuração do crime de injúria no intuito de apontar a semelhança e a possível subsunção do desacato propriamente.

1.7 Conceito e configuração do crime de injúria

A nossa lei penal traz em seu capítulo V nos crimes contra a honra três tipos penais sendo: a calúnia, a difamação e a injúria. A despeito destes, nos interessa nessa pesquisa, clarificar as situações em que resta configurado o crime de injúria. Está previsto em nosso CP em seu artigo 140:

Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro:

Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa.

§ 1º - O juiz pode deixar de aplicar a pena:

I - quando o ofendido, de forma reprovável, provocou diretamente a injúria;

II - no caso de retorsão imediata, que consista em outra injúria.

§ 2º - Se a injúria consiste em violência ou vias de fato, que, por sua natureza ou pelo meio empregado, se considerem aviltantes:

Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa, além da pena correspondente à violência.

§ 3º Se a injúria consiste na utilização de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião, origem ou a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência: Pena - reclusão de um a três anos e multa (BRASIL, 1940).

Temos, então, três espécies de injúria: “simples”, prevista no caput; a “injúria real” prevista no § 2º e a “injúria preconceituosa”, tipificada no § 3º (GRECO, 2013 p. 377). Buscamos em primeiro lugar compreender em que consiste seu conceito.

Noronha pontuou que ainda que lexicologicamente dignidade e decoro sejam sinônimos, no contexto da injúria apresentam diferenças. A dignidade é o juízo que a pessoa tem da própria honra. Decoro é decência, respeitabilidade e consideração que merecemos e que é lesado por outrem, quando por exemplo, são sofridos xingamentos do tipo, “estúpido”, “ignorante”, “arara” (NORONHA, 1996 p. 130).

Segundo Aníbal Bruno:

‘Injúria é a palavra ou gesto ultrajante com que o agente ofende o sentimento de dignidade da vítima. O Código distingue, um pouco ociosamente, dignidade e decoro. A diferença entre os dois elementos do tipo é tênue e imprecisa, o termo dignidade podendo compreender o decoro. Entre nós costuma-se definir a dignidade como o sentimento que tem o indivíduo de seu próprio valor social e moral; o decoro como a sua respeitabilidade. Naquela estariam contidos os valores morais que integram a personalidade do indivíduo; neste as qualidades de ordem física e social que conduzem o indivíduo à estima de si mesmo e o impõem o respeito dos que com ele convivem’ (apud GRECO, 2013 p. 377).

No mesmo sentido, temos a contribuição de Pierangeli: na injúria, diversamente da calúnia e difamação, a honra é atingida em seu aspecto subjetivo, ou seja, há ofensa à honra dignidade e à honra decoro, e se estabelece quando, por qualquer meio, é manifestado um “conceito ou pensamento que importe desrespeito, desprezo, ultraje ou vilipêndio contra alguém” (PIERANGELI, 2007 p. 129).

Hungria nos ensina que enquanto na calúnia e na difamação o agente busca essencialmente o descrédito moral do ofendido perante outrem, ‘na injúria seu objetivo primacial é feri-lo no seu brio ou pudor’ (apud PIERANGELI, 2007 p. 129).

Ressaltamos que na injúria não há necessidade de o conteúdo injurioso chegar a terceiro, basta apenas que seja ouvido, lido ou percebido pelo sujeito passivo do fato. Dito por Noronha, “ofensa que é à honra subjetiva, prescinde a injúria, da comunicação a terceiros” (NORONHA, 1996, p. 131).

Quanto ao seu elemento subjetivo, é necessário que exista dolo, mesmo que eventual, ou não haverá injúria, logo é imprescindível o *animus injuriandi*, para a configuração do delito. (GRECO, 2013).

Após termos rememorado como se deu a formação do Estado Democrático de Direito, sua ligação com os direitos fundamentais, em que consiste a livre manifestação de pensamento e de expressão, e apresentada a possível origem do desacato o seu conceito e do crime de injúria, trataremos no próximo capítulo da internalização dos direitos advindos da Convenção Americana, dos instrumentos de efetivação que a Comissão Interamericana tem usado para efetivá-los, e o porquê da implicância com o crime de desacato.

2 A INTERNALIZAÇÃO DO PACTO DE SÃO JOSÉ DA COSTA RICA E O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE ENSAIAM A DESCRIMINALIZAÇÃO DO DESACATO

Veremos inicialmente que avanço do direito internacional em prol dos direitos humanos proporcionou a criação de instrumentos de proteção com extensão continental. Isso influenciou na agregação de direitos fundamentais de caráter universal em nossa CF de 1988. Em seguida, um indicativo de como esses organismos internacionais buscam dar efetividade aos seus propósitos, a força da CADH no ordenamento interno, e como o STJ tem se posicionado em relação à incompatibilidade do desacato com a Convenção Americana.

2.1 A internalização dos direitos humanos

É no pós-guerra sob o prisma da reconstrução dos direitos humanos, em resposta às atrocidades cometidas pelo fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha com o respaldo da lei, que emerge o chamado Direito Internacional dos Direitos Humanos e também o Direito Constitucional ocidental, com destaque para o valor da dignidade humana (PIOVESAN, 2011).

Nesse contexto, nossa CF de 1988 introduz relevantes inovações a despeito da internacionalização dos direitos humanos, a respeito das quais destacamos aqui o art. 4º: “a República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: [...] II - prevalência dos direitos humanos; (BRASIL, 1988). Para Piovesan (2011), a CF de 1988 rompe com a sistemática das Cartas anteriores ao ineditamente consagrar o primado do respeito aos direitos humanos como paradigma propugnado para a ordem internacional. Esse princípio invoca a abertura da ordem jurídica interna ao sistema internacional de proteção dos direitos humanos. Continua a autora:

A prevalência dos direitos humanos, como princípio a reger o Brasil no âmbito internacional, não implica apenas o engajamento do País no processo de elaboração de normas vinculadas ao Direito Internacional dos Direitos Humanos, mas sim a busca da plena integração de tais regras na ordem jurídica interna brasileira. Implica, ademais, o compromisso de adotar uma posição política contrária aos Estados em que os direitos humanos sejam gravemente desrespeitados. A partir do momento em que o Brasil se propõe a fundamentar suas relações com base na prevalência dos direitos humanos, está ao mesmo tempo reconhecendo a existência de limites e condicionamentos à noção de soberania estatal. Isto é, a soberania do Estado brasileiro fica submetido a regras jurídicas, tendo como parâmetro obrigatório a prevalência dos direitos humanos. Rompe-se com a concepção tradicional de soberania estatal absoluta, reforçando o processo de sua flexibilização e relativização, em prol da proteção dos direitos humanos. Esse processo é condizente com as exigências do Estado Democrático de Direito constitucionalmente pretendido (PIOVESAN, 2011, p. 91 e 92)

Outrossim, é importante destacar que o princípio da prevalência dos direitos humanos contribuiu significativamente para a ratificação, pelo Estado brasileiro, de instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos. Como frisou o ministro Celso Lafer:

‘O princípio da prevalência dos Direitos Humanos foi um argumento constitucional politicamente importante para obter no Congresso a tramitação da Convenção Americana dos Direitos Humanos – o Pacto de San José. Foi em função dessa tramitação que logrei depositar na sede da OEA, nos últimos dias de minha gestão (25-09-92), o instrumento correspondente de adesão do Brasil a este significativo Pacto’ (apud PIOVESAN, 2011, p. 93).

Trataremos especificamente sobre a Convenção Americana de Direitos Humanos, também conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, pois é a partir desta Convenção que se passou a questionar a existência do crime de desacato. Antes, porém, veremos o *status* dos Tratados em nosso ordenamento.

2.2 O sistema interamericano de proteção aos direitos humanos

O sistema interamericano de proteção aos direitos humanos é composto pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. Trataremos das peculiaridades de cada uma, antes, porém, trataremos do principal arcabouço institucional que é a Convenção Americana de Direitos Humanos.

2.2.1 Convenção Americana de Direitos Humanos

A Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) também conhecida por Pacto de São José da Costa (local onde foi assinada no ano 1969), é um dos principais instrumentos de defesa dos direitos humanos que atua entre os Estados-membros. Entrou vigor em 1978, e atualmente 25 países entre os que compõem a Organização dos Estados Americanos (OEA) já aderiram a CADH. Apesar de tardia, o Brasil também o fez, em setembro de 1992.

A Convenção traz logo em seu preâmbulo o *considerando* que revela o propósito precípua dos Estados americanos signatários, o qual consiste em: "consolidar neste Continente, dentro do quadro das instituições democráticas, um regime de liberdade pessoal e de justiça social, fundado no respeito dos direitos essenciais do homem" (CADH, 1969).

Em seu segundo *considerando* assim está:

[...] os direitos essenciais da pessoa humana não derivam do fato de ela ser nacional de determinado Estado, mas sim do fato de ter como fundamento os atributos da pessoa humana, razão por que justificam uma proteção internacional, de natureza convencional, coadjuvante ou complementar da que oferece o direito interno dos Estados Americanos (CADH, 1969).

A respeito de sua característica coadjuvante ou complementar ao direito interno dos Estados, Mazzuoli frisa que o sistema internacional de proteção de direitos humanos somente deve operar depois de se dar oportunidade de agir ao Estado (GOMES; MAZZUOLI, 2010).

Em seu capítulo I, estabelece a CADH que é obrigação dos Estados respeitar os direitos e as liberdades nela reconhecidos e o dever desses mesmos Estados de adotar as medidas de direito interno que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos. Em segundo momento, a Convenção define os direitos e as liberdades protegidas, principalmente os direitos civis e políticos. Nossa ênfase será reduzida ao artigo 13 que trata da liberdade de pensamento e de expressão, a qual estabelece que:

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.
3. Não se pode restringir o direito de expressão por vias ou meios indiretos, tais como o abuso de controles oficiais ou particulares de papel de imprensa, de freqüências 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 idéias 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 incitação à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência (CADH, 1969).

Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento e de expressão, são direitos estes "constantes da maioria dos ordenamentos constitucionais democráticos e que também encontram eco na normativa internacional, sendo *conditio sine qua non* do Estado

constitucional e humanista de direito” (GOMES; MAZZUOLI, 2010, p. 156). Continua Mazzuoli (2010, p. 156), “compõem eles o chamado ‘*standard* democrático’, sem o qual o pleno desenvolvimento dos direitos humanos não se realiza”.

2.2.2 Comissão Interamericana de Direitos Humanos

A Comissão interamericana de Direitos Humanos (CIDH) é um órgão autônomo da Organização dos Estados Americanos (OEA), encarregado da promoção e proteção dos direitos humanos no continente americano. É integrada por sete membros independentes que atuam de forma pessoal e tem sua sede em Washington, EUA. Criada pela OEA em 1959 passou a ser seu órgão principal e, juntamente com a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), instalada em 1979, é uma instituição do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos (SIDH). A CIDH tem como função, além de promover a observância e a defesa dos direitos humanos, servir como órgão consultivo da OEA em matérias que tenham relação com os direitos humanos (CIDH, 1959).

2.2.3 Corte Interamericana de Direitos Humanos

A Corte IDH é composta de sete juízes nacionais de Estados membros da OEA, a título individual dos Estados partes da Convenção. Trata-se de um tribunal típico, que julga casos contenciosos entre cidadãos e países, além de supervisionar a aplicação de suas sentenças e ditar medidas cautelares.

A corte interamericana também apresenta competência consultiva, em que qualquer membro da OEA – parte ou não da Convenção – pode solicitar parecer da Corte em relação aos direitos humanos nos Estados americanos. A corte ainda pode opinar sobre a compatibilidade de preceitos da legislação doméstica em face dos instrumentos internacionais, efetuando assim o controle de ‘convencionalidade das leis’, de modo que realiza interpretação dinâmica e evolutiva permitindo uma expansão dos direitos (PIOVESAN, 2011).

No plano contencioso, a competência da corte é limitada aos Estados-partes da Convenção que reconheçam tal jurisdição expressamente, razão que o faz receber grande crítica. Para Cançado Trindade apud Piovesan (2011, p. 326), “isso constitui um anacronismo histórico, que deve ser superado, a fim de que se consagre o automatismo da jurisdição obrigatória da Corte para todos os Estados-partes da Convenção”.

A Corte IDH tem jurisdição para examinar casos que envolvam a denúncia de que um Estado-parte violou direito protegido pela Convenção. Quando reconhecer que houve violação, determinará a adoção de medidas que se façam necessárias à restauração do direito então violado e ainda condenar o Estado a pagar compensação à vítima (PIOVESAN, 2011, p. 327).

Quanto à competência jurisdicional da Corte IDH, lembramos que o Estado brasileiro finalmente a reconheceu em dezembro de 1998 através do Decreto Legislativo nº 89 de 1998 (BRASIL, 2002). Atualmente há vários casos contra o Estado brasileiro submetidos à Corte. Em relação ao desacato, após condenação em primeira e segunda instância e esgotamento das medidas no Brasil, a Defensoria do Pública do Estado de São Paulo, protocolou pedido à CIDH, sustentando que a decisão final do Judiciário nacional violou os artigos 7º e 13º da CADH, requerendo em caráter liminar, a exigência ao Estado brasileiro para que (NOTÍCIAS, 2012):

a) identifique todas as pessoas que estejam sofrendo inquéritos policiais ou processos pelo crime de desacato, bem como todas as pessoas que estão condenadas a cumprimento de pena pelo crime de desacato; b) suspenda imediatamente o cumprimento de pena das pessoas já condenadas por desacato e os processos e inquéritos por desacato em curso e c) suspenda a aplicabilidade do artigo 331 do Código Penal Brasileiro (desacato), impedindo-se a prisão, o processamento ou a punição de cidadãos pela prática desse delito (NOTÍCIAS, 2012).

Ainda não há notícias sobre o posicionamento da CIDH, e como os casos são processados em regime confidencial não foi possível analisá-lo.

2.2.4 Relatórios da CIDH desaprova a existência do crime de desacato

Foi criada pela CIDH em outubro de 1997, a *Relatoria Especial para a Liberdade de Expressão*. A respectiva relatoria visa promover a “consciência pelo pleno respeito do direito à liberdade de pensamento e de expressão” nos países que compõem a OEA, “em consideração ao papel fundamental que esse direito tem no fortalecimento e desenvolvimento do sistema democrático, e na denúncia e proteção dos demais direitos humanos”. Primariamente, tem a função de emanar relatórios anuais que consistem em informar ou denunciar como está sendo tratado o direito à liberdade de expressão e de pensamento nesses países (CIDH, Relatoria Especial para a Liberdade de Expressão).

No relatório anual de 1995, a CIDH já firmava entendimento de que as leis de desacato são incompatíveis com o art. 13 da CADH. A CIDH entendeu que a incompatibilidade ocorre “porque leis desse gênero 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 democráticas” (CIDH, Relatoria Especial para a Liberdade de Expressão).

Segundo a CIDH, existem outros meios menos restritivos, além das leis de desacato, pelos quais o governo poderia defender sua reputação frente a ataques infundados, como a réplica através dos meios de comunicação ou impetrando ações cíveis por difamação ou a injúria (CIDH, 1995).

Em relatórios correspondentes aos anos 1998 e 2000, foi incluído o tema relacionado com as leis de desacato vigentes nos países ligados a CIDH. Ao que nos interessa, os relatórios fazem recomendações enfatizando a necessidade de derrogar o crime de desacato, tendo por efeitos ajustar a legislação interna aos padrões consagrados pelo sistema interamericano quanto ao respeito ao exercício da liberdade de expressão. Para a CIDH, as leis de desacato proporcionam um maior nível de proteção aos funcionários públicos do que aos cidadãos privados, quando se percebe um desajuste com o princípio fundamental de um sistema democrático, em que o governo se sujeita ao controle popular para impedir e controlar o abuso de seus próprios poderes coercitivos. Disso resulta que os cidadãos têm o direito de criticar e examinar as ações e atitudes dos funcionários públicos no que se refere à função pública. Para os relatores, as leis de desacato dispersam as críticas pelo temor das pessoas às ações judiciais ou outras sanções (CIDH, 2002).

Em 2013, a *Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos* enviou nota técnica ao Estado brasileiro alertando sobre os parâmetros internacionais a respeito da liberdade de expressão, intuindo que essa observância emplacasse o projeto de reforma do código penal brasileiro. Nesta nota, a *Relatoría* coligiu alguns dos países que revogaram o crime de desacato, seja por meio de mudanças legislativas ou por decisões de tribunais superiores, os quais cito: a Argentina em 1993, o Paraguai em 1998, a Costa Rica em 2002, o Chile, Honduras e Panamá em 2005, a Guatemala em 2006, a Nicarágua em 2007 e a Bolívia em 2012 (CIDH, 2013).

Já em relatório mais recente, o *informe de la relatoría especial para la libertad de expresión*, apontou como um avanço a decisão do Juiz Alexandre Morais da Rosa, no julgamento dos autos nº 0067370-64.2012.8.24.0023, da comarca da Capital de Santa Catarina, que, ao efetuar o controle de convencionalidade, reconheceu a inexistência do crime de desacato em um Estado Democrático de Direito. Invocando a *Declaração de Princípios sobre a Liberdade de Expressão*, afastou a incidência do disposto no art. 331 do CP (CIDH, 2015).

2.3 O status dos Tratados Internacionais no ordenamento brasileiro

A CF de 1988 consagrou em seu § 2º do art. 5º que: “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” (BRASIL, 1988). Diante dessa previsão Piovesan afirma que:

[...] ao prescrever que ‘os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros direitos decorrentes dos tratados internacionais’, a *contrario sensu*, a Carta de

1988 está a incluir, no catálogo de direitos constitucionalmente protegidos, os direitos enunciados nos tratados internacionais em que o Brasil seja parte. Esse processo de inclusão implica a incorporação pelo Texto Constitucional de tais direitos. Ao efetuar a incorporação, a Carta atribui aos direitos internacionais uma natureza especial e diferenciada, qual seja, a natureza de norma constitucional. Essa conclusão advém ainda da interpretação sistemática e teleológica do Texto, especialmente em face da força expansiva dos valores da dignidade humana e dos direitos fundamentais, como parâmetros axiológicos a orientar a compreensão do fenômeno constitucional (PIOVESAN, 2011, p. 104).

Para Piovesan, não resta dúvidas acerca da hierarquia constitucional dos direitos enunciados em tratados internacionais, pois, se não tratasse de matéria constitucional, ficaria sem sentido a previsão do art. 5º § 2º. Como bem frisou:

A constituição assume expressamente o conteúdo constitucional dos direitos constantes dos tratados internacionais dos quais o Brasil é parte. Ainda que esses direitos não sejam enunciados sob a forma de normas constitucionais, mas sob a forma de tratados internacionais, a Carta lhes confere o valor jurídico de norma constitucional, já que preenchem e complementam o catálogo de direitos fundamentais previsto pelo Texto Constitucional. Nesse sentido, afirma Canotilho: ‘o programa normativo-constitucional não pode se reduzir, de forma positivística, ao texto da Constituição. Há que densificar, em profundidade, as normas e princípios da constituição alargando o ‘bloco da constitucionalidade’ a princípios não escritos, mais ainda reconduzíveis ao programa normativo-constitucional, como formas de densificação ou revelação específicas de princípios ou regras constitucionais positivamente plasmadas’ (PIOVESAN, 2011, p. 107).

Em outras palavras e de acordo com a posição de Piovesan alinhavada com o entendimento de Canotilho, os direitos advindos dos tratados internacionais integrariam o chamado “bloco de constitucionalidade”, ajustados plenamente com o § 2º do art. 5º, por sua vez considerada como cláusula constitucional aberta. Nesse entendimento, os direitos enunciados em tratados internacionais de proteção dos direitos humanos teriam valor de norma constitucional, diferente dos demais tratados que teriam força hierárquica infraconstitucional.

Ocorre que tal posicionamento não era majoritário, haviam outros entendimentos doutrinários e que também diferiam do entendimento da jurisprudência. Em suma, havia quatro diferentes correntes que versavam sobre a hierarquia dos tratados de proteção dos direitos humanos: a que sustentava a hierarquia *supraconstitucional*; a que defendia a hierarquia constitucional; a que sustentava a hierarquia infraconstitucional, mas supralegal; e a que considerava a paridade hierárquica entre tratado e lei federal.

No intuito de fazer cessar as divergências acerca do tema é que a Emenda Constitucional nº 45 introduz no art. 5º o § 3º, sobre o qual trataremos a seguir.

2.3.1 A Emenda Constitucional nº 45 de 2004 e suas incongruências

Com o acréscimo ao art. 5º trazido pela EC nº 45/04, passou-se a dispor de duas formas para tratar da incorporação de tratados internacionais que versem sobre direitos humanos, das quais se percebe *status* ordinário ou *status* constitucional (MORAES, 2011, p. 724).

Terá equivalência às leis ordinárias quando for incluída pelo critério exposto no art. 49, inciso I da CF que prevê: “é da competência exclusiva do Congresso Nacional: I – resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional” (BRASIL, 1988). Já os tratados que atenderem a previsão do § 3º do art. 5º da CF terão *status* constitucional:

§ 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 (BRASIL, 1988).

De acordo com Rezek:

As normas previstas no atos, tratados, convenções ou pactos internacionais devidamente aprovadas pelo Poder Legislativo e promulgadas pelo Presidente da República, inclusive quando preveem normas sobre direitos fundamentais, ingressam no ordenamento jurídico como atos normativos infraconstitucionais, salvo na hipótese do § 3º, do art. 5º, pelo qual EC nº 45/04 estabeleceu que 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 (apud MORAES, 2011 p. 725).

Para Sarlet, o preceito inserido no § 3º art. 5º, interpretado em sintonia com o § 2º do art. 5º, asseguram a condição de direitos formal, e materialmente constitucionais aos direitos consagrados no plano das convenções internacionais. Pondera, porém, que o mesmo entendimento seja dado a todos os tratados incorporados anteriormente a EC nº 45, pois não haveria como aplicar o argumento da “recepção”, isso porque, tratam-se de procedimentos legislativos distintos (SARLET, 2015, p. 129).

Para Mazzuoli, o texto incluso com § 3º do art. 5º é passível de duras críticas, ao passo que não fez qualquer menção ou ressalva aos compromissos assumidos anteriormente pelo Brasil. Na visão do autor, não há qualquer impedimento que tratados sobre direitos humanos mesmo que ratificados há vários anos possam ser objeto de nova votação agora pelo rito do § 3º, ou seja, os referidos tratados, antigamente considerados pela jurisprudência com *status* de lei ordinária, que a partir de 2008 após o julgamento do RE 466.343-1/SP passaram a possuir *status supralegal*, poderiam sofrer nova alteração passando a possuir *status* de norma constitucional (MAZZUOLI, 2013, p. 45).

A inclusão do § 3º no art. 5º da CF, não esgotou a discussão acerca da incorporação dos mencionados tratados. Há quem defenda que tal inclusão dificultou a internalização dos tratados e convenções em matéria de direitos humanos. Como já vimos, há também doutrinadores que sustentam que o ato de ratificação, por si só, seja suficiente para a incorporação. Resta ainda a corrente que aponta uma possível inconstitucionalidade do novo dispositivo em razão da falta de estancamento em relação à escolha do procedimento de votação, pois há controvérsia quanto a tal discricionariedade. A respeito deste último, sem objetivar avançar nessa problemática, Moraes enfatiza que a escolha pela “incorporação dos tratados e convenções sobre direitos humanos, nos termos do art. 49, I ou do § 3º do art. 5º será discricionária do Congresso Nacional” (MORAES, 2011 p. 726).

De maneira oposta e muito mais incisiva, Mazzuoli, alinhavado com o entendimento de Cançado Trindade, defende que a inserção feita pelo § 3º de modo algum prejudica o *status* constitucional que os tratados de direitos humanos já possuem respaldados no § 2º também do art. 5º, tão pouco prejudica a aplicação imediata dos tratados de direitos humanos já ratificados ou que vierem a ser ratificados no futuro. Isso porque a previsão feita no § 1º do art. 5º *garante aplicação imediata às normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais*, o que de modo algum faz “pensar que os tratados de direitos humanos só terão tal aplicabilidade depois de aprovados pelo Congresso Nacional pelo *quorum* estabelecido no § 3º do art. 5º” (MAZZUOLI, 2013, p. 77).

Mazzuoli é enfático ao dizer que a CF de 1988, ao prever o disposto § 1º do art. 5º, não deixa pendente a questão de serem ou não aprovados por maioria qualificada, ou se advém do próprio direito interno ou do direito internacional. Efeito disso é que bastaria que os tratados internacionais fossem ratificados para poderem ser imediatamente aplicados pelo Poder Judiciário (MAZZUOLI, 2013, p. 77).

Em síntese, segundo o entendimento de Mazzuoli, todos os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Estado Brasileiro estão em nível de normas constitucionais, quer seja uma hierarquia somente *material*, a que se denomina chamar de *status* de norma constitucional, quer seja uma hierarquia além de *material*, também *formal*, ao que se nomina ‘equivalência de emenda constitucional’ (MAZZUOLI, 2013, p. 78).

2.3.2 Hierarquia dos tratados internacionais que versem sobre direitos humanos ratificados antes da EC nº 45

Vimos que no entendimento de Mazzuoli pouco importa o momento em que o tratado foi ratificado, se antes da EC nº 45 ou depois dela. Para ele, em ambos os casos o tratado terá o *status* de norma constitucional por integrar o núcleo material do *bloco de constitucionalidade*, ou seja, independentemente de qualquer aprovação, seriam *materialmente constitucionais* os tratados de direitos humanos anteriores ou posteriores a EC nº45/2004, por força do § 2º do art. 5º. Caso aprovados pelo quórum estabelecido no § 3º do mesmo artigo, seriam considerados *formalmente constitucionais*. (MAZZUOLI, 2013, p. 76).

No entanto, segundo o entendimento atual do STF em relação a matéria, é possível dizer que todos os tratados de direitos humanos incorporados ao direito interno antes da EC nº 45/2004 possuem hierarquia *supralegal*, ou seja, prevalecem sobre qualquer norma infraconstitucional interna. Foi em 2008, proclamada pelo Pleno do STF em RE 466.343-SP (julgados conjuntamente o RE 349703 HC, 87.585-TO e HC 92566 SP, que discutiam a prisão civil de alienante fiduciário infiel), a prolação da decisão considerada marco de sua jurisprudência nesse assunto. Em debate estavam duas correntes: a do ministro Gilmar Mendes, que sustentava o valor supralegal desses tratados, e a outra do ministro Celso de Mello, que lhes conferia valor constitucional. Em votação apertada por cinco votos a quatro, foi vencedora a primeira tese, ou seja, a Corte Suprema reconheceu que os tratados de direitos humanos estão acima das leis ordinárias.

Dito que tratados de direitos humanos são materialmente ou formalmente constitucionais, é indispensável analisarmos, o controle que há de ser realizado, perante possível incompatibilidade com o ordenamento interno.

2.4 O controle de convencionalidade e sua aplicação

Ainda pouco trabalhado entre os juristas brasileiros o tema passa a ter um lugar de maior destaque com a introdução feita por Valério de Oliveira Mazzuoli. Apesar de ter sido utilizado anteriormente é este renomado professor quem teoriza e explica como funciona, como se processa tal controle. O termo convencionalidade das leis é utilizado para designar a conformidade de uma norma interna com um tratado internacional de direitos humanos. Como bem afirmou:

[...]à medida que os tratados de direitos humanos ou são materialmente constitucionais (art. 5º, § 2º) ou material e formalmente constitucionais (art. 5º § 3º), é lícito entender que, para além do clássico ‘controle de constitucionalidade’, deve ainda existir

(doravante) um ‘controle de convencionalidade’ das leis, que é a compatibilização das normas de direito interno com os tratados de direitos humanos ratificados pelo governo e em vigor no país (MAZZUOLI, 2015, p. 79).

Na mesma linha, Ingo Sarlet defende a possibilidade de aferição da compatibilidade dos atos baseados na normativa interna com os tratados:

Independentemente da posição pessoal adotada, em prol de uma hierarquia constitucional de todos os tratados em matéria de direitos humanos ratificados pelo Brasil, é possível afirmar que, tanto os tratados incorporados pelo rito previsto no parágrafo 3º do artigo 5º da Constituição Federal, quanto os demais tratados ratificados por maioria simples e aprovados até o advento da Emenda Constitucional 45/2004 (que, de acordo com o Supremo Tribunal Federal, possuem hierarquia supralegal), ensejam, por força de sua superior hierarquia em relação ao restante da normativa interna, notadamente todo e qualquer ato de matriz legal ou infralegal, a possibilidade de aferição da compatibilidade entre tais atos normativos e os tratados (SARLET, 2015, p. 138 e 139).

Sarlet destaca a decisão do STF que inaugurou a aplicação do controle de convencionalidade no Brasil:

Isso, como já referido, ficou evidenciado na decisão do STF sobre a proscricção — mediante um efeito “paralisante” — da eficácia de toda e qualquer hipótese legal prevendo a prisão civil do depositário infiel, seja ela criada antes da aprovação do tratado, seja ela introduzida posteriormente. Assim, sem que se vá aqui adentrar o tema específico da prisão civil e do acerto da decisão do STF no concernente ao tema, o que importa nesta quadra é a constatação de que se cuidou da primeira vez em que a mais alta Corte brasileira efetuou o que passou, também no Brasil, a ser chamado de um controle de convencionalidade, pelo menos no sentido de afastar a aplicação de norma interna de matriz infraconstitucional (SARLET, 2015, p. 139).

Importante salientarmos que o controle de *convencionalidade* nunca se confunde com o controle de *constitucionalidade*. De maneira muito breve intuindo deixar mais clara a diferenciação, o princípio da supremacia da Constituição requer que todas as situações jurídicas se conformem com os princípios e preceitos da Constituição Federal. Na CF de 1988 estão dispostas duas formas de inconstitucionalidades: por *ação* e por *omissão*, sendo que o controle de constitucionalidade é o jurisdicional, combinando os critérios *difusos* e *concentrado* (SILVA, 2011).

Tentaremos explorar um pouco mais a ideia apresentada por Mazzuoli sobre o controle de *convencionalidade*. O referido autor defende o seguinte:

[...] quer tenham os tratados de direitos humanos “status de norma constitucional” (nos termos do art. 5º, § 2º, da Constituição), quer sejam ‘equivalentes às emendas constitucionais’ (posto que aprovados pela maioria qualificada prevista no art. 5º, § 3º), em ambos os casos serão eles paradigma de controle das normas domésticas brasileiras, ao que se nomina de controle de convencionalidade das leis (em suas modalidades *difuso* e *concentrado*) (MAZZUOLI, 2013, p. 80).

Mazzuoli sistematizou seu entendimento a respeito da incorporação dos tratados internacionais sobre direitos humanos e a mecânica de controle da seguinte forma: o controle difuso de convencionalidade se dá quanto às normas que forem incorporadas com nível constitucional (materialmente constitucionais); o controle concentrado de convencionalidade para os tratados incorporados com equivalência de emenda constitucional (material e formalmente constitucionais); (MAZZUOLI, 2013, p. 90).

Frisa-se que as cortes internacionais somente controlarão a convencionalidade de uma norma interna caso o Poder Judiciário de origem não o tenha feito. Em primeira mão, são os juízes e tribunais locais que deverão fazer tal controle, sendo que na sua omissão ou insuficiência, restará o caminho no plano internacional. Segundo Mazzuoli a exigência de os juízes e tribunais internos controlarem suas normas domésticas decorrem da própria Corte Internacional (MAZZUOLI, 2013).

Veremos a seguir, duas decisões judiciais de grande relevância para nossa pesquisa, onde são tratadas a incompatibilidade de normas do direito interno com a CADH.

2.5 Quinta Turma do STJ decide pela descriminalização do crime

A decisão da Quinta Turma de direito criminal do STJ em dezembro de 2016 era um forte indicativo que novas decisões acerca do assunto tomassem o mesmo direcionamento. Abarcada de séria análise do ministro relator, apresenta ao seu final saídas plausíveis ao crime de desacato. Analisaremos com certa profundidade a referida decisão, pois os assuntos abordados em nossa pesquisa são tratados pontualmente no relatório da decisão.

O recurso especial nº 1.640.084/SP (2016/0032106-0) foi impetrado por A. C. G. através da Defensoria Pública do Estado de São Paulo contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que manteve sentença condenatória à pena de 5 (cinco) anos, 5 (cinco) meses e 10 (dez) dias de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 12 (doze) dias-multa, pela prática do crime do art. 157, caput, do Código Penal; à pena de 2 (dois) meses e 21 (vinte e um) dias de detenção, em regime inicial semiaberto, como incurso no art. 329, caput, do CP; **e à pena de 8 (oito) meses e 5 (cinco) dias de detenção, em regime inicial semiaberto, conforme o art. 331, do CP**, todos na forma do art. 69, caput, do mesmo diploma legal, pelo cometimento dos seguintes atos (STJ, 2016, grifo nosso):

[...]ter subtraído para si, mediante grave ameaça exercida com emprego de um vergalhão de ferro, uma garrafa de conhaque 'Dreher', de propriedade da vítima Faedra de Jesus Tavares; b) **desacatado com gestos e palavras os policiais militares** André Luiz Eduardo Gonçalves e Luiz Teixeira Fernandes, que estavam no exercício de suas funções públicas; e c) se oposto à execução de ato legal, consistente em sua

abordagem e detenção, mediante o emprego de grave ameaça e violência exercida contra os policiais André Luiz Eduardo Gonçalves e Luiz Teixeira Fernandes, funcionários públicos competentes para executá-lo (STJ, 2016, grifo nosso).

A alegação do recorrente indica a existência de violação dos arts. 381, III, do Código de Processo Penal, 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos e 157 do Código Penal. Do acórdão, nos deteremos apenas ao que é objeto de nossa pesquisa, que consiste na alegação de violação do artigo 13 da CADH, aludido com os seguintes dizeres:

[...]a) embora entre as teses apresentadas para requerer a absolvição da acusação de crime de desacato estivesse a incompatibilidade do tipo penal deste crime com a Convenção Americana de Direitos Humanos o juízo de primeira instância não enfrentou esta questão, resultando assim ofensa ao disposto no art. 381, III, do Código de Processo Penal [...]. c) **o processo em tela apura suposta prática de crime de desacato pelo recorrente (art. 331 do Código Penal), crime que não existe mais em nosso ordenamento jurídico.** É que a Relatoria para a Liberdade de Expressão da Comissão Interamericana de Direitos Humanos firmou entendimento de que as normas de direito interno que tipificam o crime de desacato são incompatíveis com o artigo 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos (STJ, 2016 grifo nosso)

Por estas razões, buscou reconhecimento de nulidade da sentença de primeiro grau, ante a indicada omissão. Requereu a absolvição do crime de desacato, em face do disposto no art. 13 do Pacto de São José da Costa Rica.

Do relatório do ministro Ribeiro Dantas, sintetizamos seu posicionamento com o que consideramos apropriado à nossa pesquisa. Sobre os argumentos defensivos atinentes à incompatibilidade do crime de desacato com o art. 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos, que protege a liberdade de expressão e pensamento, a Corte paulista assim se manifestou:

a) a abolição de qualquer tipo penal somente poderia ocorrer por meio de lei; b) o Tratado não é incompatível com o crime de desacato, pois a garantia da liberdade de expressão e pensamento não autoriza ofensa gratuita dirigidas a servidores públicos; e c) a previsão do delito de desacato insere-se em hipótese de responsabilidade ulterior pela ocorrência das violações mencionadas no item 2 do art. 13 da Convenção. (STJ, 2016, p. 8).

Com propriedade, o ministro relator pondera, ao mencionar que o art. 2º, c/c o art. 29, da Convenção Americana de Direitos Humanos 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:

‘Artigo 2. Dever de adotar disposições de direito interno. Se o exercício dos direitos e liberdades mencionados no artigo 1 ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza, os Estados Partes comprometem-se a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, **as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades.**’ (...)

Artigo 29. Normas de interpretação. Nenhuma disposição desta Convenção pode ser interpretada no sentido de: **a. permitir a qualquer dos Estados Partes, grupo ou pessoa, suprimir o gozo e exercício dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção ou limitá-los em maior medida do que a nela prevista**; b. limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos de acordo com as leis de qualquer dos Estados Partes ou de acordo com outra convenção em que seja parte um dos referidos Estados; c. excluir outros direitos e garantias que são inerentes ao ser humano ou que decorrem da forma democrática representativa de governo; e d. excluir ou limitar o efeito que possam produzir a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e outros atos internacionais da mesma natureza" (STJ, 2016, p. 12, grifo do ministro relator).

Em seguida, faz referência aos RE 466.343 e REsp 914.253/SP, os quais atribuem aos tratados de direitos humanos, ratificados pelo país, força *supralegal*, ainda que já pontuados aqui, frisamos o que extraímos do voto do ministro:

Os acórdãos mencionados, ao reconhecerem o caráter supralegal dos tratados que cuidam da proteção aos direitos humanos, enfatizaram que, ‘no plano material, as regras providas 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’ (STJ, 2016, p. 14).

Pontuou que para então resolver tal incoerência, há de se realizar o *controle de convencionalidade* – remeteu a Mazzuoli a importação de tal instrumento – e acentuou que sua finalidade é “compatibilizar as normas internas com os tratados e convenções de direitos humanos” (STJ, 2016, p. 14). Ainda faz menção a contribuição de Marinoni:

[...] no atual sistema normativo brasileiro, os tratados que possuem status normativo supralegal apenas abrem oportunidade ao controle difuso. O exercício do controle de convencionalidade é um dever do juiz nacional, podendo ser feito a requerimento da parte ou mesmo de ofício (STJ, 2016, p. 15).

O relator também deixou claro seu posicionamento a respeito da convencionalidade das leis. Frisou que o *controle de convencionalidade* não se confunde com o *controle de constitucionalidade*, e que a posição *supralegal* do tratado de direitos humanos supera a lei ou ato normativo interno que lhe for contrária, abrindo ensejo a recurso especial, como, aliás, já fez a Corte Superior ao entender pela inconvenção da prisão civil do depositário infiel (STJ, 2016).

Isso decorre, segundo o ministro, da previsão do art. 105, III, "a", da Constituição Federal de 1988 quando estabelece a competência do Superior Tribunal de Justiça para ‘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 contrariar **tratado** ou lei federal, ou negar-lhes vigência’ (STF, 2016, p. 15, grifo do autor).

Daí que o relator, diferente do que entenderam as instâncias ordinárias, mesmo na ausência de lei veiculadora de *abolitio criminis*, nada impede a atuação do Poder Judiciário na verificação de possível inconformidade do art. 331 do CP, 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. Após tais considerações, o relator faz apropriada análise dos dispositivos em confronto, quando apresenta uma ponderação relevante e convincente ao mencionar que a CIDH aprovou em 27/10/2000, a *Declaração de Princípios sobre Liberdade de Expressão*, que em seu princípio 11 estatui (STJ, 2016): “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” (STJ, 2016, p. 13).

O relatório do ministro também apresenta a *justificativa* da CIDH para a criação do referido princípio, e incisivamente frisa que as recomendações da CIDH assumem força normativa interna, transcrevemos:

[...] o pleno exercício da liberdade de expressão é um dos principais mecanismos com que a sociedade conta para exercer um controle democrático sobre as pessoas que têm a seu cargo assuntos de interesse público. A CIDH se pronunciou claramente sobre a incompatibilidade das leis de desacato com a Convenção Americana: A aplicação de leis de desacato para proteger a honra dos funcionários públicos que atuam em caráter oficial outorga-lhes injustificadamente um direito a proteção especial, do qual não dispõem os demais integrantes da sociedade. Essa **distinção inverte diretamente o princípio fundamental de um sistema democrático, que faz com que o governo seja objeto de controles, entre eles, o escrutínio da cidadania, para prevenir ou controlar o abuso de seu poder coativo**. Considerando-se que os funcionários públicos que atuam em caráter oficial são, para todos os efeitos, o governo, então é precisamente um direito dos indivíduos e da cidadania criticar e perscrutar as ações e atitudes desses funcionários no que diz respeito à função pública. Juntamente com as restrições diretas, **as leis de desacato restringem indiretamente a liberdade de expressão, porque carregam consigo a ameaça do cárcere ou multas para aqueles que insultem ou ofendam um funcionário público**. A esse respeito, a Corte Europeia afirmou que, apesar de as penas posteriores de multa e revogação de um artigo publicado não impedirem que o peticionário se expresse, elas ‘equivalem, não obstante, a uma censura, que podem dissuadi-lo de formular críticas desse tipo no futuro’. O temor de sanções penais necessariamente desencoraja os cidadãos de expressar suas opiniões sobre problemas de interesse público, em especial quando a legislação não distingue entre os fatos e os juízos de valor. A crítica política com frequência inclui juízos de valor. Quando são aplicadas, as leis de desacato têm um efeito direto sobre o debate aberto e rigoroso sobre as políticas públicas, que o Artigo 13 garante e que é essencial para a existência de uma sociedade democrática. Ademais, a Comissão observa que, ao contrário da estrutura estabelecida pelas leis de desacato, em uma sociedade democrática, as personalidades políticas e públicas devem estar mais - e não menos - expostas ao escrutínio e à crítica do público. Como essas pessoas estão no centro do debate público e se expõem de modo consciente ao escrutínio da cidadania, devem demonstrar maior tolerância à crítica’ (STJ, 2016, p. 17, grifo do ministro relator)

O relator registra sua crítica à legislação por ainda manter o crime de desacato e ressalta a proposta de ADPF feita pela Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão perante o STF, na

qual aduz que, “por muitas vezes, o desacato serviu de instrumento de abuso de poder pelas autoridades estatais, para suprimir direitos fundamentais, em especial a liberdade de expressão” (STJ, 2016, p. 18).

No que se refere à expectativa de atuação dos juízes nacionais sobre o referido conflito, o ministro faz nova menção à contribuição de Mazzuoli, consignando que:

[...] o *Institut de Droit International*, na sua sessão de Milão de 1993, na Resolução sobre 'A atividade do juiz interno e as relações internacionais do Estado', da qual foi relator o Sr. BENEDETTO CONFORTI, propôs que os juízes internos apliquem com total independência as normas provindas do direito internacional e as **interpretem segundo os métodos seguidos pelos tribunais internacionais**. Falando de outra maneira, o que o *Institut* pretendeu foi que os **juízes internos interpretem e apliquem o direito internacional da mesma maneira que um tribunal internacional o faria, ou seja, como se uma jurisdição internacional fossem** (STJ, 2016, p. 18, grifo do ministro relator).

Disso impera que “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 nele reconhecidos” (STJ, 2016, p. 18).

Frisa ainda que, embora a jurisprudência afaste a tipicidade do desacato quando a palavra ou o ato ofensivo resultar de reclamação ou crítica à atuação funcional do agente público, há sempre grande dificuldade em diferenciar censura de insulto à dignidade da função exercida em nome do Estado, abrindo espaço para a imposição abusiva do poder punitivo estatal, em que pese “depender da suscetibilidade do funcionário, uma palavra ou um gesto poderá sujeitar o autor a longa e tormentosa ação penal, até que um tribunal venha reconhecer a arbitrariedade da imputação do crime do art. 331 do CP” (STJ, 2016, p.19). Ainda nesse sentido, acrescenta o ministro relator:

[...] não há dúvida de que a criminalização do desacato está na contramão do humanismo, porque ressalta a preponderância do Estado - personificado em seus agentes - sobre o indivíduo[...]. A continuar dessa forma, o funcionário público que se sentir vitimado por qualquer desaire tem direito de invocar a cláusula absolutista e dizer, sem exagero, *L'État c'est moi*, porquanto com respaldo no art. 331 do CP. [...] 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 preconizado pela CF/88 e pela Convenção Americana de Direitos Humanos (STJ, 2016, p. 20).

De modo a concluir a sintetização de seu relatório, firma o ministro entendimento totalmente alinhavado com as recomendações da CIDH, de veras, “a punição do 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” (STJ, 2016, p. 21).

Ao finalizar, inseriu as possíveis alternativas à criminalização pelo desacato. Observou que, mesmo afastada a tipificação criminal do desacato, não há nada que impeça “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 ofensiva, utilizada perante o funcionário público” (STJ, 2016, p. 21).

A quinta turma deu provimento parcial ao recurso, quando por unanimidade afastou a condenação pelo crime de desacato. Embora tal decisão não tenha efeito vinculante, se aplicando apenas ao caso concreto, ficava efetivamente demonstrada a tendência do tribunal em seguir com esse posicionamento servindo também de precedente para os tribunais de todo país.

Eis que em março do corrente ano, o colegiado da 5ª Turma, afeta habeas corpus para que a Terceira Sessão do STJ decidisse em caso semelhante e pacificasse a questão. A surpresa é uma decisão diametralmente oposta à decisão da 5ª Turma, a qual exploraremos a seguir.

2.6 Terceira Seção do STJ define que desacato continua a ser crime

Ainda que a decisão anterior não tenha significado revogação do crime de desacato, assim o era divulgado “desacato não mais é crime”. Tão logo divulgada nas notícias do STJ a nova decisão do STJ, não foi diferente, foi rapidamente replicada nas redes sociais e sites jurídicos, demonstrando ser tema que desperta muito interesse e de grande controvérsia.

Em que pese o inteiro teor da decisão ainda não ter sido divulgado, analisaremos com base nas parciais do conteúdo disponibilizado.

O colegiado da 5ª Turma afetou o HC nº 379269/MS (2016/0303542-3) para que a decisão fosse tomada pela 3ª Seção. O ministro Antonio Saldanha Palheiro, autor do voto vencedor, defendeu que “a tipificação do desacato como crime é uma proteção adicional ao agente público contra possíveis ‘ofensas sem limites’” (STJ, NOTÍCIAS, 2017). A posição do ministro ignorou que a proteção adicional aos funcionários públicos é exatamente um dos motivos que levou a CIDH a sugerir a revogação do crime de desacato, medida que não seria mais cabida a um Estado Democrático de Direito.

Ainda de acordo com o Palheiro, “a figura penal do desacato não prejudica a liberdade de expressão, pois não impede o cidadão de se manifestar, ‘desde que o faça com civilidade e educação’ (STJ, NOTÍCIAS, 2017). Importa-nos dizer que discordamos pontualmente da afirmação do ministro. A liberdade de expressão protege até mesmo as falas, gestos ou condutas emanadas com falta de civilidade e até por falta de educação, ou seja, a falta de respeito, de

cumprimento de formalidades, de boas maneiras, de polidez, de modo algum podem ser criminalizados pelo desacato.

Outro ponto destacado pelo ministro é que “a responsabilização penal por desacato existe para inibir excessos e constitui uma salvaguarda para os agentes públicos, expostos a todo tipo de ofensa no exercício de suas funções” (STJ, NOTÍCIAS, 2017). Convenhamos, os funcionários públicos estão expostos a todos os tipos de ofensa, mas não será por isso que todas as ofensas deverão ter tutela penal.

Mesmo usando outros fundamentos, o ministro Rogerio Schietti Cruz acompanhou o voto vencedor frisando que “a exclusão do desacato como tipo penal não traria benefício concreto para o julgamento dos casos de ofensas dirigidas a agentes públicos”, pois passariam a ser tratadas pelos tribunais como injúria (STJ, NOTÍCIAS, 2017). Ao nosso ver, criminalizar por desacato é diferente de criminalizar pela injúria, isso implica em diferenças substanciais as quais trataremos no próximo capítulo.

Destacamos o voto do relator do caso, ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Vencido no julgamento, sustentou a concessão do habeas corpus para afastar a imputação penal por desacato. Com base em argumento similar ao defendido pelo ministro Ribeiro Dantas no recurso especial explorado na seção 2.5, o ministro Fonseca registrou que o Brasil assinou em 1992 a Convenção Americana sobre Direitos Humanos e que a tipificação do desacato como tipo penal seria contrária ao pacto por afrontar a liberdade de expressão (NOTÍCIAS, STJ, 2017). O ministro Ribeiro Dantas seguiu o posicionamento que adotou ao julgar o Resp nº 1.640.084, já explorado na seção anterior, completando os votos vencidos.

3 AS TRATATIVAS NO LEGISLATIVO E AS ALTERNATIVAS QUE SE APRESENTAM PARA A DESCRIMINALIZAÇÃO DO DESACATO

Já tratamos no capítulo anterior a possibilidade da realização do *controle de convencionalidade*, frente à incompatibilidade do crime de desacato com a Convenção Americana dos Direitos Humanos. Não obstante concordamos com a aplicação deste instrumental importante para efetivação dos direitos fundamentais a liberdade de expressão e manifestação de pensamento, há necessidade de adoção de medidas que estendam em caráter geral a proteção aquelas liberdades basilares ao funcionamento de um Estado constitucional.

3.1 Projetos de lei que tratam sobre o desacato

As discrepâncias em torno da criminalização do desacato não ocupam apenas orla do judiciário, mas também do legislativo. Enquanto há projetos de lei buscando a revogação do delito, há outros que buscam o aumento de pena. Vejamos o que alguns dos projetos lei, em tramitação, inferem sobre a matéria.

O projeto de lei nº 1.768 de 2011 visa acrescentar parágrafo único ao artigo 331, Código Penal, aumentando a pena do crime de desacato quando praticado contra policiais civis e militares e guardas civis, onde a pena prevista seria: “reclusão, de dois a quatro anos, e multa” (BRASIL, 2011).

A justificativa contida no referido projeto sugere que classificação do delito de desacato como crime de menor potencial ofensivo tenha acarretado sérias dificuldades ao exercício das atribuições dos profissionais da área da segurança pública, deixando-os privados de um “importante instrumento de controle, o auto de prisão em flagrante, normalmente, utilizado para conter pessoas exaltadas e descontroladas”. Sustenta o projeto, a alegação que a “escalada alarmante da violência e criminalidade e a falta de controle da ordem pública demonstram a necessidade de alteração legislativa, no sentido de aumentar a pena do delito de desacato”, quando deixando de ser crime de menor potencial ofensivo, recuperaria seu “efeito intimidativo” (BRASIL, 2011).

Também em tramitação na Câmara, está o projeto de lei nº 602 de 2015, em que pese buscar a revogação art. 331, não nos parece prosperar, pois carece de uma justificativa adequada, de tal modo que sua ênfase se resume a tratar de um caso específico, sem fazer qualquer menção às recomendações da CIDH e a violação do direito à liberdade de expressão e manifestação do pensamento (BRASIL, 2015).

Quanto ao projeto lei do Senado nº 236 de 2012 (reforma do código penal brasileiro), observamos o crime de desacato não mais consta em seu novo texto (BRASIL, 2012a). Não por acaso, mas depois de profundo debate acerca do tema, a comissão responsável pela elaboração do anteprojeto do novo código, presidida pelo ministro do STJ Gilson Dipp, optou por revogar o desacato fazendo referência à cobertura já dada pelo crime de injúria praticada contra funcionário público.

Importante destacar que a escolha levou em consideração vários pontos, dentre eles, debates em audiências públicas, as ponderações apresentadas por órgãos policiais, a falta de cobertura ao bem jurídico administração pública, o *status* supralegal da CADH, a questão da

incompatibilidade com a artigo 13 da CADH, os precedentes em outros países que compõem a OEA, o uso do desacato para cometimento de abusos, a preocupação em manter protegido o funcionário público, os relatórios da CIDH, as garantias que advém de um Estado Democrático de Direito e o fato de se estarem “legislando para o futuro” (BRASIL, 2012b).

3.2 A propositura de arguição de descumprimento de preceito fundamental

No âmbito do Judiciário, há certa expectativa quanto ao posicionamento que o STF adotaria diante da matéria. Para tanto, a Procuradora Federal dos Direitos do Cidadão, Deborah Duprah, representou ao Procurador-Geral da República, a propositura de arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) em face do art. 331 do CP. A tese em que se baseia para tal propositura, firma-se no entendimento de que o crime de desacato é incompatível com a liberdade de expressão, direito fundamental que tem centralidade na ordem constitucional brasileira e com o próprio regime democrático.

Para a procuradora, a propositura de ADPF se apresenta como medida possível com respaldo na Lei nº 9.882 de 1999, situação em que seu cabimento é previsto para impugnar normas anteriores à Constituição (art. 1º, parágrafo único, I). Ainda justifica que o reconhecimento de invalidade de ato normativo anterior à Constituição não pode ser obtido através da propositura de ação direta de inconstitucionalidade, tendo em vista a orientação do STF, no sentido de que a não-recepção envolve hipótese de revogação, e não de inconstitucionalidade superveniente (PFDC, 2016)

O documento elaborado pela procuradora enfatiza que não foi gratuitamente que o constituinte brasileiro se preocupou em sagrar a liberdade de expressão em múltiplos dispositivos na CF, e buscou sim, dar uma resposta ao passado de desrespeito a essa liberdade pública fundamental. Advém disso a incompatibilidade do desacato com a Constituição de 1988, somada à necessidade de revogação das leis de desacato por também serem incompatíveis com a Convenção Americana sobre os Direitos Humanos (PFDC, 2016).

Assim justificou Debora Duprah em sua representação:

[...] persistência do art. 331 no ordenamento jurídico brasileiro é ofensivo à Constituição sob múltiplas perspectivas: atenta contra o regime democrático, na medida em que impede o controle da atuação de servidores públicos a propósito de suas funções; inibe a liberdade de expressão nos seus aspectos e fundamentos essenciais; atinge mais severamente aqueles que estão em luta pela implementação de seu catálogo de direitos, em clara ofensa ao princípio da igualdade; e compromete o Brasil no cenário internacional, pelo não cumprimento de obrigações às quais aderiu livremente (PFDC, 2016).

Diante do contexto em que está imbuída a criminalização do desacato, consideramos oportuno que tenha seguimento tal representação. Em que pese, ao nosso ver, o controle de convencionalidade ser um instrumento importante no sentido de dar efetividade aos direitos advindos dos tratados internacionais, restam muitas divergências sobre sua aplicação. De outro modo, o posicionamento do STF em ADPF resolveria definitivamente a questão.

3.3 Da ampliação a figura do desacato à descriminalização e sua repercussão na proteção ao funcionário público

A elasticidade que ao longo dos anos foi dada ao crime de desacato passou a ser percebida e questionada. O advento da CADH está tendo papel preponderante nesse sentido, pois é a partir de sua implementação que se passou a questionar tal criminalização. Ainda que haja projetos leis que se inclinam à descriminalização, seu contorno está indefinido. Identificamos alguns pontos a respeito, ainda que nem todos façam parte das discussões no legislativo e no judiciário, os quais acreditamos contribuir para uma solução adequada.

3.3.1 Nossa crítica à ampliação ao desacato à aplicação da consumção

Destacamos que o entendimento atual, doutrinário e jurisprudencial, fixou-se na aplicabilidade do princípio da consumção. Por este diapasão, estendeu-se a aplicação do referido tipo penal, abrangidas também condutas que tipificam os crimes contra a honra, ameaça, lesões leves, entre outras. Vejamos:

A consumação do delito se perfaz com a prática do ultraje, consubstanciado na injúria, calúnia, difamação, lesão corporal, não se perquirindo, *in casu*, se funcionário sentiu-se ou não ofendido, já que a tutela recai diretamente sobre a dignidade e o prestígio do cargo ou da função por n ele exercida (PRADO, 2006).

Cabe-nos salientar – mesmo que este não seja o critério para aplicação ou não do princípio da consumção – que os bens tutelados são diferentes. Enquanto a calúnia e difamação protegem a honra objetiva das pessoas e a injúria a honra subjetiva, o bem jurídico protegido pelo desacato é a dignidade o prestígio o respeito devido a função pública, e tão somente indiretamente, a honra do funcionário público. Não nos parece razoável suprimir a hierarquia de importância que o próprio legislador atribuiu aos referidos crimes. É perspicaz que os crimes contra a pessoa tenham precedência de proteção em relação aos crimes contra a administração pública. Disso resulta, por exemplo, não ser prudente transfigurar os crimes de calúnia, difamação e injúria, quando contra funcionário público, em desacato. A proteção destinada ao funcionário público não deve se sobrepor ao direito personalíssimo à honra.

Em relação aos bens jurídicos protegidos, remetemos aos ensinamentos de Ferrajoli (2010), ao defender que direito deve se reduzir em proteger *bens jurídicos fundamentais* o que redundaria em *proibições mínimas*. Por este viés, questionamos a necessidade de proteção ao bem jurídico “administração pública” oferecida pelo desacato, frente a limitação que impõe aos direitos à liberdade de expressão.

Da análise que Ferrajoli faz ao princípio da lesividade, expõe que “o princípio da lesividade permite considerar ‘bens’ somente aqueles cuja lesão se concretiza em um ataque lesivo a outras pessoas de carne e osso” (FERRAJOLI, 2010 p. 439). Segue sua crítica aos delitos contra a personalidade do Estado:

À medida que que o Estado, num ordenamento democrático, não constitui um bem ou um valor enquanto tal, esses delitos – descritos normalmente em termos vagos e valorativos e, por isso, opostos ao princípio de estrita legalidade – resultam, na maior parte dos casos, sem objeto, perdendo sua razão de ser. Alguns, como os delitos de [...] **desacatos**, são apenas formas agravadas de outros delitos ou tentativas dos denominados delitos ‘comuns’; outros como os ultrajes e todos os delitos de opinião, dirigem-se a tutelar privilégios ou imunidades que contradizem os **princípios de liberdade e democracia** e que, mais ainda, não constituem bem algum para ninguém e muito menos para o cidadão comum (FERRAJOLI, 2010, p. 439).

Além dos bens jurídicos tutelados serem diferentes, temos também sujeitos passivos diferentes. Ao capitular o crime como desacato onde o sujeito passivo é a administração pública/Estado e secundariamente o indivíduo, se exclui as possibilidades do próprio indivíduo resolver o conflito com o autor, por vias que consideramos serem mais adequadas.

Apropriando-nos da produção de Baratta, entendemos ser crível um olhar ao princípio da primazia da vítima. Baratta defendia ser injustificável a pretensão do sistema penal de proteger bens jurídicos que extrapolem o interesse da própria vítima. A interferência do Estado em um conflito que na verdade é entre vítima e autor retira o poder de a vítima de resolver o conflito segundo seus interesses (NASPOLINI SANCHES, 2002).

Como bem defendeu Baratta, a aplicação do princípio da primazia da vítima serve como estratégia de descriminalização de boa parte dos conflitos, sujeitando um maior canal de comunicação entre a vítima e o autor do delito e impondo uma política criminal voltada para a aplicação de sanções antes repressivas, do que repressivas (NASPOLINI SANCHES, 2002).

Partindo do que afirmou Miguel Feu Rosa “ a honra é, para o homem, um patrimônio tão pessoal e tão individual quanto a vida” (ROSA, 1995, p. 219), ao nosso ver, é questionável a criminalização pelo desacato em detrimento do cometimento de crimes contra a honra. Nossa crítica à aplicação do princípio da consunção consiste na ideia de que criminalizar pelo desacato – quando atingida secundariamente a honra do funcionário – suprime a autonomia do indivíduo

esgotando inclusive a possibilidade de consentimento com aquela ofensa, quando por consequência estaria excluída a ilicitude. Assim fosse, permaneceria ainda a possibilidade de composição entre as partes e a retratação (para a difamação e calúnia).

Diante do exposto, entendemos ser pertinente a aplicação do instituto *emendatio libelli*, previsto no art. 383 do CPP: “o juiz, sem modificar a descrição do fato contida na denúncia ou queixa, poderá atribuir-lhe definição jurídica diversa, ainda que, em consequência, tenha de aplicar pena mais grave” (BRASIL, 1941), ou seja, oferecida a denúncia pelo Ministério Público pelo crime de desacato pode o juiz ajustar sua capitulação nos casos em que notar a ocorrência de outros crimes. Mesmo diante das críticas que sofre tal instituto, é possível sua compatibilização com a Constituição, afirmam Lopes Jr. e Morais da Rosa. Ainda que os autores defendam a exclusão do referido instituto, apontam dois caminhos que podem ser seguidos pelo juiz:

- a) Consultar previamente as partes, em nome do princípio constitucional do contraditório, acerca da possível reclassificação do fato (a exemplo “*del plantamiento de la tesis*” do sistema espanhol); b) Intimar as partes, após a *emendatio* para que em nome do contraditório, conheçam e se manifestem sobre a nova classificação jurídica do fato (LOPES Jr e ROSA, 2015, p. 85).

É providente lembrar que enquanto a ação penal do crime de desacato é pública incondicionada, o delito de injúria majorada é de ação penal pública condicionada, problema este que também poderá ser sanado após a *emendatio*, com a intimação dos interessados. Atentamos também para observância devida ao legislador ao princípio da taxatividade.

3.3.2 Pela observância e aplicação do princípio da taxatividade

Aos princípios inerentes a um Estado Democrático de Direito, que Bitencourt (2009, p. 10) ousou chamar de *princípios fundamentais de garantia do cidadão*, há o princípio da legalidade. Conseqüência deste, há outro princípio conhecido doutrinariamente como princípio da taxatividade.

Quando tratamos de sanções penais não são admitidas “expressões vagas, equívocas ou ambíguas” (BITENCOURT, 2009, p. 11). A esse respeito, Claus Roxin apud Bitencourt (2009, p. 11), afirma que “uma lei indeterminada e imprecisa e, por isso mesmo, pouco clara não pode proteger o cidadão da arbitrariedade, porque não implica uma autolimitação do *ius puniendi* estatal, ao qual se possa recorrer”.

No mesmo sentido, Nilo Batista (2007, p. 78) afirma que a função de garantia individual exercida pelo princípio da legalidade estaria comprometida se as normas, ao definir os crimes, não dispusessem de clareza denotativa na significação de seus elementos, que fosse inteligível

por todos. Ainda, segundo Batista, ter tipos penais genéricos ou ambíguos é sempre perigoso, não por acaso, em épocas e países diversos, legislações penais escolheram esse caminho para permitir a “perseguição judicial de opositores do governo” (BATISTA, 2007, p. 78).

É possível perceber que o verbo desacatar tem tomado dimensão que fere a taxatividade que se exige da lei penal em um Estado Democrático de Direito. As condutas que o tipificam, estão em constante ampliação, ao ponto de vermos o verbo desacatar despossuir-se da precisão que possuía em sua origem linguística. Consoante ao que afirmou Zaffaroni (2011, p. 203), “um tipo penal não é um instrumento para que o poder surpreenda os cidadãos com sua arbitrariedade”. Vimos no capítulo 1, que em um Estado Democrático de Direito, aos direitos fundamentais deve ser dada constante expansão, ao contrário dos tipos penais, em que se exige clareza e limitação.

Diante da constatação de que o crime de desacato está em constante transfiguração, vemos a necessidade de apreciação mais depurada quer em plano legislativo, enquanto discute os projetos de lei, quer em âmbito do judiciário nos casos *in concreto* que estejam sob sua apreciação, ainda que esta última não seja uma solução definitiva. Nesse quesito, entendemos que a aplicação da injúria comprime as condutas dignas de tutela penal sem obstruir a livre manifestação de pensamento e liberdade de expressão.

3.3.3 A injúria subsume o crime de desacato e protege o funcionário mesmo no exercício ou em razão da função

Dissemos que o desacato está parcialmente subsumido pelo crime de injúria, porque não são todas as condutas – consideradas pela doutrina e jurisprudência como desacato – que ao nosso ver, configurarão a injúria. Ainda que já tenhamos tratado sobre o tipo objetivo do desacato, rememoramos pela ótica de Mirabete: “é, pois, o desacato, toda e qualquer ofensa direta e voluntária a honra ou ao prestígio de funcionário público com a consciência de atingi-lo no exercício ou por causa de suas funções” (MIRABETE, 2009, p. 336). Exploraremos melhor esse conceito, porém, com uma diferente percepção sinalizando uma saída mais factível em um Estado Democrático de Direito.

Por mais que o sujeito ativo vise atingi-lo no exercício ou em razão da função, ainda que seja uma atividade complexa aferir, nos parece plenamente possível que seja atingido de antemão em sua honra subjetiva, dado o conceito que cada pessoa possui sobre si mesma, quando poderia restar configurado o crime de injúria. Daí, que ele poderá ser atingido mesmo no exercício ou em razão da função, pois a proteção à honra, acompanha a pessoa não só na

condição de particular, mas também no exercício da função pública, razão pela qual não pode ser desconsiderada.

Inferimos que descriminalização do desacato não acarretará em proteção deficiente aos funcionários públicos, pois a proteção se manterá através da criminalização pela injúria com causa de aumento de pena prevista no artigo 141, II do CP: “II - contra funcionário público, em razão de suas funções” (BRASIL, 1940). E se antes o desacato proporcionava proteção à honra secundariamente, a aplicação do art. 140 com a majorante do 141, II garante proteção via direta à pessoa do funcionário público.

Nessa vereda, a descriminalização do tipo não deixaria o funcionário vulnerável ou suscetível, que, se antes era protegido via reflexa, agora o seria de maneira direta pela proteção devida a sua honra, assegurada pelo tipo penal da injúria.

Todavia, lembramos que a suscetibilidade excessiva do funcionário público não está protegida. Noronha enfatizou que o funcionário “não há de ser um *alfenim* com sensibilidade à flor da pele que à menor contrariedade oposta se sinta ofendido” (NORONHA, 1984, p. 308). Apesar de gozarem dos mesmos direitos, é perfeitamente plausível que quem esteja investido de função pública seja submetido maiores críticas e a depender de seus melindres, até possa se sentir ofendido. Porém, advertimos que, os melindres, não gozam de tutela penal. Ressaltamos que toda expressão ou manifestação de pensamento que vise à crítica é protegida e nunca será injúria, mesmo que o funcionário, por sua suscetibilidade, se veja ofendido, ou seja, toda fala, gesto, condutas, externados **para criticar**, mesmo que ofendam, não serão crime, porém, aqueles externados **visando ofender**, poderão ser criminalizados (grifo nosso).

Ao encontro do que estabelece o art. 13 da CADH e em consonância com os direitos fundamentais de liberdade de manifestação de pensamento e expressão, entendemos como saída viável e orientada ao respeito às tais liberdades, a criminalização pela injúria quando a ofensa atingir a honra subjetiva do funcionário, e ou dano moral, quando em caso de violação à intimidade, à vida privada, à honra e a imagem do funcionário.

Dada essa perspectiva, pensar que a descriminalização do referido tipo penal depravaria ou envileceria a função de funcionário público, ou que inviabilizaria o exercício da atividade administrativa, não passa de um ledro engano. Como já apontamos em momentos anteriores, ao nosso ver, a possibilidade de o funcionário público poder optar entre mover uma ação penal

condicionada, ou ainda promover uma ação de iniciativa privada¹, proporciona autonomia ao funcionário, que só a exercerá quando tiver sua honra atingida, através de manifesto interesse em responsabilizar o autor da ofensa, quer seja por de ação privada ou ação penal condicionada, sem prejuízo a ação em instância cível, que também está a seu dispor.

Quanto a proteção de que carecerá a administração pública sem a cobertura hoje dada pelo desacato, nos filiamos ao entendimento de que não é admissível que os direitos fundamentais de livre manifestação do pensamento e liberdade de expressão, em qualquer de suas formas de externalização, atinjam com lesividade suficiente o “bem jurídico” administração pública, a ponto de merecer alguma tutela penal. Fechamos com a expressão marcante de Martins Neto (2008, p. 97) quando infere à liberdade de expressão, “máximo do máximo de permissão e o mínimo do mínimo de restrição”.

¹ É concorrente a legitimidade do ofendido, mediante queixa, e do ministério público, condicionada à representação do ofendido, para a ação penal por crime contra a honra de servidor público em razão do exercício de suas funções (Súmula 714, STF).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir da escolha do nosso tema, considerações sobre o desacato no Estado Democrático de Direito, não poderíamos deixar de tratar da formação deste. Eis que no capítulo I, apresentamos uma noção de como se deu sua formação.

Vimos que é condição *sine qua non* para um Estado Democrático de Direito a existência e prevalência de um rol de direitos fundamentais. Há uma relação de interdependência entre estes, em que um não se concretiza sem o outro. É num Estado constitucional que é possível a concretização de princípios da dignidade humana.

Mencionamos que o sentido universalizante dos direitos humanos tiveram origens em declarações internacionais em momentos muito ríspidos da história, como resposta a abusos e atrocidades que os antecederam.

Vimos que esses direitos emplacaram também em nossas constituições, tendo seu ápice, na Constituição de 1988. Nela estão inseridos, composto rol de direitos humanos, os quais tomam nome de direitos fundamentais. Das liberdades garantidas na CF de 1988, está a que consideramos um dos direitos fundamentais mais importante, direito à liberdade.

Direito à liberdade que se desdobra em várias liberdades, nosso enfoque se deu na livre manifestação de pensamento e liberdade de expressão. Estas são liberdades basilares para concretização de um Estado Democrático de Direito.

Tratamos da origem do desacato quando constatamos que sua existência remonta a um Estado autoritário. Trazemos também seu conceito e formas e também do crime de injúria, por entendermos que este subsume o próprio desacato.

No capítulo II, falamos da internalização do Pacto de São José da Costa Rica, após várias discussões sobre tal Convenção, viu-se que foi reconhecido seu caráter supralegal. A CADH, é um dos principais documentos internacionais de proteção aos direitos humanos nos países que compõem a OEA. A discussão acerca da compatibilidade da Convenção com o nosso ordenamento interno surgiu pela existência do artigo 13 da Convenção, que, por sua vez, trata exatamente sobre a liberdade de expressão e informação. A CIDH, é o principal órgão de proteção a esses direitos e responsável por criar mecanismos de proteção. Assim como a CIDH, outros de seus órgãos têm expedido relatórios anuais solicitando aos países que ainda possuem vigentes em suas legislações o crime de desacato para que o revoguem. Identificamos que ao Estado brasileiro foi enviado documento específico solicitando a revogação do crime de desacato aproveitado o momento de tramitação do novo Código Penal.

Em seguida trouxemos a ideia de controle de convencionalidade das leis. Observamos que, mesmo de forma singular, tal controle passa a ser invocado como medida para deixar de criminalizar o desacato frente à observância daquele tratado internacional sobre direitos humanos.

Elencamos duas decisões advindas do STJ que trataram de discutir a compatibilidade do crime de desacato com os direitos a livre manifestação de pensamento e expressão. Enquanto acreditávamos que a primeira decidida por uma das Turmas – no sentido de aplicação da CADH – se tornaria precedente para os magistrados de todo Brasil, eis que surge a segunda decisão, quando na votação em Seção, o posicionamento foi diametralmente oposto à anterior.

No capítulo III buscamos avaliar como a questão vem sendo tratada em âmbito legislativo. Entre muitos projetos de lei que buscavam a descriminalização do desacato e se encontram arquivados, há outros em tramitação, porém, não só para descriminalizar, e sim buscando aumento de pena. Da análise que fizemos de suas justificativas, não nos parecem prosperar. Há que se fazer referenciar a producente discussão feita pela comissão responsável pela elaboração do projeto do novo código penal, a PLS nº 236 de 2012, quando decidiu por não incluir o desacato como crime.

Ao final da pesquisa, tentamos emplacar nossas considerações, apresentando alternativas para o desacato enquanto figura penal. Vimos durante a pesquisa que a doutrina e jurisprudência tem considerado perfeitamente aplicável o princípio da consunção diante de condutas antecedidas por infrações penais como lesões corporais leves, ameaça e crimes contra a honra, quando fizemos nossa primeira crítica. Entendemos que essa é uma forma de criminalizar mais, pois, retira a faculdade do próprio funcionário público, na condição de vítima, de deixar de propor a ação penal ou de representar, ou mesmo da retratação, para alguns dos casos. Defendemos nesse ponto a aplicação do princípio da primazia da vontade da vítima.

Quanto à ampliação que vem sendo dada às condutas que tipificam o desacato, a ponto de desconfiarmos que o legislador de 1940 tenha pretendido tanta indeterminação ao tipo. Porém, ao que constitui desacato atualmente, concordamos que viola o princípio da taxatividade. São dezenas de verbos, palavras, gestos, sujeitos a constituir o tipo penal, que a depender de como e contra quem forem usados, poderão ensejar crimes.

Concluimos, firmando entendimento de que o crime de desacato está subsumido pela injúria. Algumas razões nos levaram a essa conclusão, acreditamos que os direitos fundamentais à livre manifestação de pensamento e à liberdade de expressão – não importa se por já estarem

contidos no rol do art. 5º da Constituição Federal ou advindos da Convenção Americana de Direitos Humanos – devem ser cuidadosamente protegidos, é o que se espera num Estado Democrático de Direito. Enquanto a criminalização pelo desacato e seu uso indevido tem servido para violações da livre manifestação de pensamento e de expressão – quer seja pelo temor que causa nas pessoas quer seja pela ampliação que lhe foi dada – enquanto na injúria, o leque de condutas que o configuram é estreitado consideravelmente.

Frisamos a diferença que há entre expressões que visam criticar, e as que visam ofender. Aquelas que visam a crítica, a busca de uma verdade e ou tornar pública uma opinião, recebem total proteção não podendo sofrer limitações. Já aquelas expressões que manifestadas com intuito estreito de ofender, atingirem a honra subjetiva do funcionário público, poderão ser criminalizadas. Deixamos claro que não estão protegidos os “melindres” e as “susceptibilidades” exageradas, pois é factível que num Estado Democrático de Direito, o funcionário público se sujeite a muito mais críticas que o particular.

Também nos preocupamos em responder se descriminalização pelo crime de desacato tornaria vulnerável o funcionamento da administração pública e secundariamente deficiente a proteção ao funcionário público. Respondemos que num Estado Democrático de Direito é razoável que o “bem jurídico” administração pública não mereça tutela penal frente a um ataque a livre manifestação de pensamento e a liberdade de expressão. Por outro lado, a proteção ao funcionário público será mantida pelo crime de injúria cometido contra funcionário público.

Evidenciada a incompatibilidade do crime de desacato com direitos fundamentados na Convenção Americana de Direitos Humanos e também com direitos fundamentais expressos na Constituição Federal de 1988, a descriminalização do desacato é medida necessária para o exercício pleno dos direitos fundamentais a livre manifestação de pensamento e a liberdade de expressão.

REFERÊNCIAS

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte especial. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 02 mar. 2017.

BRASIL. Constituição (1988). **Emenda constitucional n. 45, de 30 de dezembro de 2004**. Altera diversos dispositivos da Constituição Federal, inserindo parágrafo 3º no art. 5º entre outros. Brasília, 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm>. Acesso em 02 abr. 2017.

_____. Lei de 16 de dezembro de 1830. **Código Criminal do Império do Brasil**. Brasília, 1830. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM-16-12-1830.htm>. Acesso em: 06 mai. 2017.

_____. Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890. **Código Penal dos Estados Unidos do Brasil**. Brasília, 1890. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/D847.htmimpressao.htm>. Acesso em: 06 mai. 2017.

_____. Decreto-lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Brasília, 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 06 mai. 2017.

_____. Decreto lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Brasília, 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm> Acesso em: 10 mai. 2017.

_____. Decreto nº 4.463, de 8 de novembro de 2002. Promulga a Declaração de Reconhecimento da Competência Obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos, sob reserva de reciprocidade, em consonância com o art. 62 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José), de 22 de novembro de 1969. Brasília, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4463.htm> Acesso em: 18 mai. 2017.

_____. Câmara dos Deputados. **Projeto Lei nº 1768 de 2011**. Acrescenta parágrafo único ao art. 331, do Decreto-Lei nº. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, aumentando a pena do crime de desacato quando praticado contra policiais civis e militares e guardas civis. Brasília, DF, 2011. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=511312>>. Acesso em: 18 mai. 2017.

_____. Câmara dos Deputados. **Projeto Lei nº 602 de 2015**. Altera dispositivo do Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940, e acrescenta dispositivos à Lei 8.429, de 2 de junho de 1992, e dá outras providências. Brasília, DF, 2015. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=964537>>. Acesso em: 18 mai. 2017.

_____. Senado Federal. **Projeto de Lei do Senado nº 236 de 2012**. Reforma do Código Penal Brasileiro. Brasília, DF, 2012a. Disponível em:

<<http://www12.senado.leg.br/ecidadania/visualizacaomateria?id=106404>>. Acesso em 18 mai. 2017.

_____. Senado Federal. **Diário Oficial do Senado Federal nº 91**. Publicado em: 19 jun. 2012; pg. 710 à 717. Brasília, DF, 2012b. Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/diarios/BuscaDiario?codDiario=11652&paginaDireta=712>>. Acesso em 05 jun. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.640.084 - SP** (2016/0032106-0), 5ª Turma de Direito Criminal, Relator: Ministro Ribeiro Dantas, Brasília, DF, data de julgamento: 15 dez. 2016; data de publicação: DJe 01 fev. 2017. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1564541&num_registro=201600321060&data=20170201&formato=PDF>. Acesso em: 10 abr. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Notícias STJ. **Terceira Seção define que desacato continua a ser crime**, DF, 29 mai. 2017. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/Terceira-Se%C3%A7%C3%A3o-define-que-desacato-continua-a-ser-crime>. Acesso em: 31 mai. 2017.

Informação publicada em site. “**Desacato: muito além da falta de educação**”, publicada no site: jusbrasil, por STJ. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/noticias/3160592/desacato-muito-alem-da-falta-de-educacao>>. Acesso em: 08. abr. 2017.

CADH. **Convenção Americana de 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: 09. Abr. 2017.

CIDH. **Comissão Interamericana de Direitos Humanos**, mandato e funções, O que é a CIDH, 1959. Disponível em: <<http://www.oas.org/pt/cidh/mandato/que.asp>>. Acesso em: 09 abr. 2017.

_____. **Informe anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión**: Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, vol.2 / Edison Lanza, Relator Especial para la Libertad de Expresión, 2015. Disponível em: <<http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/informes/anales/InformeAnual2015RELE.pdf>> Acesso em: 08 abr 2017.

_____. **Nota Técnica de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos**; 2013. Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/Otros/Nota_tecnica_Brasil_2013.pdf>. Acesso em: 10 mai. 2017.

_____. **Relatoria Especial para a Liberdade de Expressão**, origens. Disponível em: <<http://www.oas.org/pt/cidh/expressao/showarticle.asp?artID=52&IID=4>>. Acesso em: 10 mai. 2017.

_____. **Relatório anual da Relatoria Especial para Liberdade de Expressão 2002**. Disponível em: <<https://www.cidh.oas.org/annualrep/2002port/vol.3i.htm>>. Acesso em: 10 mai. 2017.

_____. **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., 1995.

FERRAJOLI, Luigi; BRITO, Alexis Couto de. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 3. ed. rev. São Paulo: R. dos Tribunais, 2010.

GOMES, Luiz Flávio. MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos: pacto de San José da Costa Rica**. 3.ed. ver., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código penal**: (Decreto-lei n.2848, de 7 de dezembro de 1940). 4. ed. v. 9. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

LUIZI, Luiz. **Os Princípios Constitucionais Penais**. 2ª edição. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2003.

LOPES JR, Auri; ROSA, Alexandre Morais da. **Processo Penal no Limite**, 1ª ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **O controle jurisdicional da convencionalidade das leis**, 3. ed. rev., atual. e ampl. (Coleção “Direito e Ciências Afins”, vol. 4). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MEZZAROBBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. **Manual de Metodologia da Pesquisa em Direito**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Manual de direito penal: parte especial, arts. 235 a 361 do CP**, vol. 3. São Paulo: Atlas, 2009. 3 v.

MILL, John Stuart. **Sobre a liberdade**. Tradução Alberto da Rocha Barros; 2ª. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 1991.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

NASPOLINI SANCHES, Samyra. H D. F. **Os direitos humanos como fundamento do Minimalismo Penal de Alessandro Baratta**. In: Vera Regina Pereira de Andrade. (Org.). Verso e Reverso do Controle Penal: (des) aprisionando a sociedade da cultura punitiva. 1ed. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2002, v. 2, p. 15-31.

NOTÍCIAS. Consultor Jurídico. 2012. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/defensoria-sp-fim-desacato-oea.pdf>>. Acesso em: 10 jun. 2017.

NORONHA, E. Magalhães (Edgard Magalhães). **Direito penal**. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 1984.

NORONHA, E. Magalhães (Edgard Magalhães). **Direito penal**. 28. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 1996.

OEA, Organização dos Estados Americanos, **Declaração de Princípios sobre Liberdade de Expressão**. Disponível em: <<http://www.oas.org/pt/cidh/expressao/showarticle.asp?artID=26&IID=4>>. Acesso em: 07 mai. 2017.

PAGLIARO, Antonio; COSTA JÚNIOR, Paulo José da. **Dos crimes contra a administração pública**. São Paulo: Malheiros, 1997.

PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. 2. ed. rev., atual., ampl. e compl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

PIOVESAN, Flavia. “**Desacato não é crime, diz Juiz em controle de convencionalidade**” Disponível em: <<http://emporiododireito.com.br/desacato-nao-e-crime-diz-juiz-em-controle-de-convencionalidade/>>. Acesso em: 08 abr 05. 2017.

PFDC. Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão. **Declaração dos direitos do homem e do cidadão de 1789**. Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_homem_cidadao.pdf>. Acesso em 20 mai. 2017.

PFDC. Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão. **PFDC quer inconstitucionalidade do crime de desacato**: Procuradora Federal dos Direitos do Cidadão, Deborah Duprat, apresentou ao procurador-geral da República proposta de ADPF sobre o tema. Brasília, DF, 2016. Disponível em: <<http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/institucional/a-procuradoria-federal/a-pfdc/legislacao-institucional/portaria-367-2016-pgr-mpf>>. Acesso em 20 mai. 2017.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: R. dos Tribunais, 2006.

ROSA, Antonio José Miguel Feu. **Direito penal : parte especial**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1995.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos Fundamentais** – Controle de convencionalidade dos tratados internacionais. Revista Consultor Jurídico, abr. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-abr-10/direitos-fundamentais-controle-convencionalidade-tratados-internacionais>>. Acesso em: 04 abr 2017.

SILVA, José Afonso da, **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.