



UNIVERSIDADE FEDERAL DO SUL E SUDESTE DO PARÁ
INSTITUTO DE ESTUDOS EM DIREITO E SOCIEDADE
FACULDADE DE DIREITO

MANOEL ÍTALO BORGES MORAES DA SILVA

**ANÁLISE DA MANIFESTAÇÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA A
RESPEITO DA CONVENCIONALIDADE DO CRIME DE DESACATO**

Marabá, PA, Brasil

2019

MANOEL ÍTALO BORGES MORAES DA SILVA

**ANÁLISE DA MANIFESTAÇÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUIÇA A
RESPEITO DA CONVENCIONALIDADE DO CRIME DE DESACATO**

Monografia apresentada como requisito parcial
para obtenção do título de Bacharel em Direito
da Universidade Federal do Sul e Sudeste do
Pará.

Orientador: Prof. Francisco Vilarins Pinto
Coorientador: Prof. M.e. Lucas Daniel Chaves
de Freitas

Universidade Federal do Sul e Sudeste do Pará
Instituto de Estudos em Direito e Sociedade
Faculdade de Direito
Marabá/PA - 2019

Dados Internacionais de Catalogação-na-Publicação (CIP)
Biblioteca Setorial Josineide da Silva Tavares

Silva, Manoel Ítalo Borges Moraes da

Análise da manifestação do Superior Tribunal de Justiça a respeito da convencionalidade do crime de desacato / Manoel Ítalo Borges Moraes da Silva ; orientador, Francisco Vilarins Pinto, coorientador, Lucas Daniel Chaves de Freitas. — Marabá : [s. n.]; 2019.

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação) - Universidade Federal do Sul e Sudeste do Pará, Instituto de Estudos em Direito e Sociedade, Faculdade de Direito, Curso de Bacharelado em Direito, Marabá, 2019.

1. Juízes - Decisões. 2. Brasil. Superior Tribunal de Justiça. 3. Desacato. 4. Habeas-corpus. 5. Direitos humanos. 6. Jurisprudência. I. Pinto, Francisco Vilarins, orient. II. Freitas, Lucas Daniel Chaves de, coorient. III. Universidade Federal do Sul e Sudeste do Pará. IV. Título.

CDDir: 4. ed.: 341.4651

MANOEL ÍTALO BORGES MORAES DA SILVA

**ANÁLISE DA MANIFESTAÇÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA A
RESPEITO DA CONVENCIONALIDADE DO CRIME DE DESACATO**

Monografia apresentada como requisito parcial
para obtenção do título de Bacharel em Direito
da Universidade Federal do Sul e Sudeste do
Pará.

Aprovada em:

Banca Examinadora:

Prof. Francisco Vilarins Pinto (Orientador)

Prof. M.e. Lucas Daniel Chaves de Freitas (Coorientador)

Prof. M.e. Edieter Luiz Ceconello
(Professor da Universidade Federal do Sul e Sudeste do Pará)

Prof. Dr. Jorge Luís Ribeiro dos Santos
(Professor da Universidade Federal do Sul e Sudeste do Pará)

Marabá – PA

2019

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho a Deus, por ser o meu guia em todas as minhas jornadas e essencial em minha vida, e aos meus pais Iranildo e Flaviana, por serem exemplos mais puros de entrega de amor incondicional a um filho. São eles a inspiração por tudo que faço. Toda a minha gratidão por sempre estarem a minha frente, me protegendo e apoiando, e nunca perderem a fé nos meus sonhos.

AGRADECIMENTOS

Vocês não passaram por nenhuma tentação que não fosse simplesmente humana. Deus é fiel. Ele não permitirá que vocês sejam tentados além de suas próprias forças. Mas, com a tentação, lhes dará os meios de sair dela e a força para suportá-la.

(1 Coríntios 10,13)

O fim do Direito é a paz; o meio de atingi-lo, a luta. O Direito não é uma simples ideia, é força viva. Por isso a justiça sustenta, em uma das mãos, a balança, com que pesa o Direito, enquanto na outra segura a espada, por meio da qual se defende. A espada sem a balança é a força bruta, a balança sem a espada é a impotência do Direito. Uma completa a outra. O verdadeiro Estado de Direito só pode existir quando a justiça bradir a espada com a mesma habilidade com que manipula a balança.

(Rudolf von Ihering in A Luta pelo Direito)

Agradeço a Deus que me deu forças para superar todos os momentos difíceis que me deparei ao longo da minha graduação e no decorrer deste trabalho.

Ao meu pai Iranildo e a minha mãe Flaviana, verdadeiros heróis a quem devo tudo na vida. Em que pese as dificuldades, me proporcionaram a tranquilidade e o conforto que tanto preciso para vencer cada etapa da vida. Agradeço o incentivo nas horas difíceis, de desânimo e cansaço, e pela força, apoio e amor incondicional. Sem vocês eu não conseguiria chegar a lugar algum.

Aos meus irmãos Yan Lucas e Philip, pelo apoio nessa trajetória e por me possibilitarem e ensinarem constantemente a graça de ser um irmão.

Aos meus nobres amigos que contribuíram imensamente para a elaboração deste trabalho, bem como para minha formação acadêmica e pessoal: Andrei, Chaira, Davvy e Jonas.

A minha namorada Gabriela, que não posso mais incluir só como minha amiga, obrigado pelo apoio e pela paciência imensuráveis.

Ao meu grande mestre (chefe, coaching, psicólogo, conselheiro, professor, amigo, carrasco ...) e coorientador Lucas Daniel, pela confiança, incentivo, aprendizado e sobretudo pelo espelho que és para mim, peço a Deus que esse espelho nunca se quebre. Obrigado pelos seus ensinamentos que me oportunizaram tornar um acadêmico mais empenhado.

Ao meu orientador, professor Francisco Villarins, por aceitar esse desafio e todo apoio e confiança a mim depositada, bem como pelo tempo despendido durante o curso do presente trabalho.

Aos meus professores da Faculdade de Direito, com os quais muito aprendi nesses últimos cinco anos, seja dentro ou fora da universidade.

Por fim, a todos que, de maneira direta ou indiretamente, fizeram parte da minha formação e contribuíram para a elaboração deste trabalho, o meu muito obrigado.

RESUMO

O Superior Tribunal de Justiça, no HC nº 379.269 – MS (2016/0303542-3), tramitado na Terceira Seção, buscou realizar um controle de convencionalidade em relação ao crime de desacato, previsto no art. 331 do Código Penal Brasileiro. Dessa forma, no presente trabalho, verificaremos os argumentos e fundamentos expendidos pelo Tribunal, e, assim, como eles foram desenvolvidos e justificados no presente julgado para a realização desse controle de convencionalidade. Trata-se, então, de um estudo de precedente, no qual busca-se analisar se houve um verdadeiro controle de convencionalidade em relação ao crime de desacato e, por conclusão, uma decisão adequadamente fundamentada do Superior Tribunal de Justiça em relação ao caso. Empregou-se o método de abordagem indutivo, partindo do caso específico (o HC nº 379.269) para o geral (argumentos e teorias expendidas por cada Ministro) e como método de procedimento foi utilizado o estudo de precedente do Superior Tribunal de Justiça. A pesquisa foi fundamentalmente bibliográfica e documental, levando em consideração a doutrina, a jurisprudência da Comissão Interamericana de Direitos Humanos e da Corte Interamericana de Direitos Humanos e os tratados de direitos humanos. Constatou-se que, em que pese haver um avanço no sentido do reconhecimento da necessidade de controle de convencionalidade no Brasil, este ainda está sendo feito de forma insuficiente e descompassada dos preceitos do direito internacional, tal como ocorreu no julgado em análise, resultando na impossibilidade de se considerar que a matéria a respeito da convencionalidade do crime de desacato chegou ao fim no Brasil, uma vez que, não houve um Diálogo entre as Cortes, levando em consideração as interpretações e o entendimento da Corte Interamericana de Direitos Humanos, da Comissão Interamericana de Direitos Humanos e da doutrina acerca do tema.

Palavras-chave: Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus. Controle de Convencionalidade. Crime de Desacato. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Corte Interamericana de Direitos Humanos.

ABSTRACT

The Superior Court of Justice, in HC n°. 379.269 – MS (2016/0303542-3), in the Third Section, sought to carry out a control of conventionality in relation to the crime of contempt, provided in art. 331 of the Brazilian Penal code. Thus, in the present work, we will verify the arguments and foundations expended by the court, and thus, how they were developed and justified in the present trial for the realization of this control of conventionality. It is, then, a previous study, in which it seeks to analyze whether there was a true control of conventionality in relation to the crime of contempt and, by conclusion, a well-founded decision of the Superior Court of Justice in relation to the case. The method of inductive approach was employed, starting from the specific case (the HC n° 379.269) for the general (arguments and theories expended by each minister) and as a method of procedure was used the previous study of the Superior Court of Justice. The research was fundamentally bibliographic and documental, taking into account the doctrine, jurisprudence of the Inter-American Commission on Human Rights and the Inter-American Court of Human Rights and human rights treaties. It was found that in that there is an advance in the sense of recognizing the need for control of conventionality in Brazil, this is still being done insufficiently and discompassed from the precepts of international law, as occurred in the judgment in analysis, resulting in the impossibility of considering that the matter regarding the conventionality of the crime of contempt came to an end in Brazil, since there was no dialogue between the courts, taking into account the Interpretations and understanding of the Inter-American Court of Human Rights, the Inter-American Commission on Human Rights and the doctrine on the subject.

Keywords: Superior Court of Justice. Habeas Corpus. Conventionality Control. Crime of Contempt. Inter-American Commission on Human Rights. Inter-American Court of Human Rights.

LISTA DE QUADROS

TABELA I – Relação dos argumentos apresentados pelos Ministros.....	38
TABELA II – Relação dos argumentos apresentados pelos Ministros com a devida conclusão da análise.....	73

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Sigla	Descrição da Sigla
ADECON	Ação Declaratória de Constitucionalidade
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
CADH	Convenção Americana de Direitos Humanos
CDDPH	Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana
Comissão IDH	Comissão Interamericana de Direitos Humanos
Corte IDH	Corte Interamericana de Direitos Humanos
CPB	Código Penal Brasileiro
CPC/15	Código de Processo Civil de 2015
CRFB/88	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
DIP	Direito Internacional Público
HC	Habeas Corpus
OEA	Organização do Estados da América
ONU	Organização das Nações Unidas
RE	Recurso Extraordinário
REsp	Recurso Especial
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça

ANEXOS

ANEXO I - HC n° 379.269/MS (2016/0303542-3)	93
--	-----------

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	15
1 ANÁLISE DO ACÓRDÃO.....	17
1.1 Situação fática.....	17
1.2 Descrição das peculiaridades processuais.....	18
1.3 Descrição das controvérsias interpretativas, das normas envolvidas e dos argumentos jurídicos e não-jurídicos do acórdão	19
1.3.1 Argumentos a favor da inconveniência do crime de desacato.....	20
1.3.1.1 O patamar hierárquico supralegal dos tratados de direitos humanos e a Convenção Americana de Direitos Humanos no Brasil	20
1.3.1.2 A necessidade de compatibilização das normas internas com os tratados de direitos humanos.....	21
1.3.1.3 A manifestação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos em relação à inconveniência do crime de desacato em casos análogos.....	22
1.3.1.4 A força normativa interna das recomendações da Comissão Interamericana de Direitos Humanos	23
1.3.1.5 A incompatibilidade do crime de desacato aos princípios democráticos e a <i>fighting words doctrine</i>	24
1.3.1.6 A desnecessidade do crime de desacato	26
1.3.2 Argumentos a favor da convencionalidade do crime de desacato.....	27
1.3.2.1 O patamar hierárquico supralegal dos tratados de direitos humanos e a Convenção Americana de Direitos Humanos no Brasil.	27
1.3.2.2 A ausência de força vinculante das recomendações expedidas pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos	28
1.3.2.3 A ausência de precedente da corte relacionada ao crime de desacato atrelado ao Brasil	29
1.3.2.4 A inadequação da via eleita para decidir pela convencionalidade do crime de desacato	30
1.3.2.5 A não ofensa à liberdade de expressão	30
1.3.2.6 A necessidade de compatibilização das normas internas com os Tratados de direitos humanos.....	31
1.3.2.7 A adequação do crime de desacato no Brasil ao teste tripartite.....	32

1.3.2.8	A não observância da dupla compatibilidade vertical material e a <i>margin of appreciation</i>	33
1.3.2.9	A necessidade do crime de desacato.....	34
1.3.2.10	O <i>Contempt of Court</i>	36
1.3.3	Argumentos que não dizem respeito ao controle de convencionalidade - não aplicação do princípio da consunção em relação ao crime de desobediência e desacato .	37
1.3.4	Considerações finais do capítulo.....	38
2	DESCRIÇÃO E ANÁLISE CRÍTICA DA RETÓRICA ARGUMENTATIVA DO TRIBUNAL.....	40
2.1	O patamar hierárquico supralegal dos tratados de direitos humanos e a Convenção Americana de Direitos Humanos no Brasil.....	40
2.2	A necessidade de compatibilização das normas internas com os tratados de direitos humanos.....	46
2.3	A força vinculante das recomendações expedidas pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a não observância da dupla compatibilidade vertical material e a <i>margin of appreciation</i>	51
2.4	A necessidade do crime de desacato e os princípios democráticos - o <i>teste tripartite</i>	63
2.5	A aplicação da teoria <i>Contempt of Court</i> e da teoria <i>fighting words doctrine</i>	69
2.6	A inadequação da via eleita para decidir a respeito da convencionalidade do crime de desacato.....	71
2.7	Considerações finais do capítulo.....	73
3	DESCRIÇÃO E ANÁLISE CRÍTICA DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE REALIZADO PELO STJ NO HC nº 379.269/MS.....	75
	CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	83
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	85
	ANEXOS.....	92

INTRODUÇÃO

O presente estudo analisará a manifestação do Superior Tribunal de Justiça (STJ) no **HC nº 379.269/MS (2016/0303542-3)** (anexo I), tramitado na Terceira Seção, quando do controle de convencionalidade exercido pelo Tribunal em relação ao crime de desacato, previsto no art. 331 do Código Penal Brasileiro (CPB), o qual prevê pena de detenção, de seis meses a dois anos, ou multa para aquele desacatar funcionário público no exercício da função ou em razão dela. Trata-se de um delito que visa proteger, como bem jurídico, a dignidade, o prestígio, o respeito devido à função pública.

Nesse âmbito, verificaremos os argumentos e fundamentos expendidos pelo Tribunal, e, assim, como eles foram desenvolvidos e justificados no presente julgado para a realização desse controle.

Destarte, analisaremos se o respectivo tribunal, em relação ao crime de desacato, realizou um real controle de convencionalidade, levando em consideração a doutrina, a jurisprudência da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (Comissão IDH) e da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) e os tratados de direitos humanos, notadamente a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) (ou Pacto de São José da Costa Rica), para a formação de um precedente que possa ser reconhecido dentro do direito interno.

Trata-se, então, de um estudo de precedente, no qual iremos analisar se houve um verdadeiro controle de convencionalidade em relação ao crime de desacato e, por conclusão, um precedente do STJ em relação ao caso, não fazendo parte da análise a convencionalidade em si do crime de desacato.

Desse modo, o **problema** do presente trabalho consiste em analisar se o Superior Tribunal de Justiça fez materialmente um efetivo controle de convencionalidade em relação ao crime de desacato, de maneira que a decisão no julgamento seja um verdadeiro precedente desse Tribunal Superior.

Assim, na esteira da professora Christine Oliveira Peter da Silva (2007, p. 2), justifica-se o presente estudo como contribuição para a reflexão daqueles que compartilham da premissa de que é imprescindível para a compreensão e interpretação do Direito a análise e discussão dos precedentes dos tribunais.

Com isso, o **objetivo geral** é analisar o controle de convencionalidade realizado pelo STJ em relação ao crime de desacato no HC 379.269 – MS, tendo por base os critérios

construídos pela jurisprudência dos órgãos do sistema regional americano de Direitos Humanos e pela doutrina acerca do tema.

A **metodologia** utilizada foi pesquisa bibliográfica no direito nacional, direito comparado e direito internacional dos direitos humanos, assim como análise jurisprudencial e legislativa nacional e internacional a partir de um estudo de caso. Dessa forma, em uma perspectiva de estudo indutivo, utilizou-se da metodologia de estudo de precedente de José Joaquim Gomes Canotilho, citado por Christine Oliveira Peter da Silva (2007), que contempla as seguintes etapas: i) descrição da situação fática; ii) descrição das peculiaridades processuais; iii) descrição das normas envolvidas; iv) descrição das controvérsias interpretativas; v) descrição dos argumentos jurídicos e não-jurídicos da decisão; vi) descrição e análise da retórica argumentativa do Tribunal; e, vii) descrição e análise crítica da decisão final do Tribunal (SILVA, 2007, p. 7-8).

A **justificativa** reside na necessidade de avaliarmos se o Superior Tribunal de Justiça vem fazendo um real controle de convencionalidade para formação de verdadeiros precedentes da Corte.

Nesse sentido, para uma análise mais completa do tema, o presente estudo adotou as seguintes etapas: no primeiro capítulo, a exposição da situação fática e processual do caso, descrevendo os argumentos expendidos por cada Ministro para fundamentar o seu voto. No segundo capítulo, apresenta-se a base teórica do trabalho, a fim de realizar a análise dos argumentos defendidos pelos Ministros que forneceram votos apartados, a fim de concluir a sua persistência. Finalmente, no terceiro capítulo, deve-se analisar a decisão como um todo, isto é, a formação do precedente.

Nesse âmbito, o trabalho em epígrafe revela-se de extrema importância, tendo em vista que a formação de um precedente é suma pertinência para o ordenamento jurídico do país, ao contribuir para um incremento de segurança jurídica, racionalidade e coerência à prática do Direito. No entanto, quando mal elaborado, pode ser fonte de desestabilização do ordenamento jurídico interno.

Por fim, pretende-se investigar o Direito e a norma jurídica numa perspectiva pragmática, por meio do estudo do precedente e sua análise crítica. Assim, devemos nos ater que os sujeitos que produzem as normas também devem ser considerados como essenciais para a própria existência e significado das próprias normas, sendo que, o presente estudo de precedente, busca exatamente fazer essa análise crítica. (SILVA, 2007, p. 1-2).

1 ANÁLISE DO ACÓRDÃO

O habeas corpus, com pedido liminar, nº 379.269/MS (2016/0303542-3), cujo julgamento ocorreu em 24 de Janeiro de 2018, tramitado na Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça¹, sob relatoria do ministro Reynaldo Soares da Fonseca, teve como impetrante a Defensoria Pública do Estado do Mato Grosso do Sul, impetrado o Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul e, como paciente, Magno Leandro Santos Angelico. Votaram os Ministros: Antonio Saldanha Palheiro² (Relator do acórdão), Felix Fischer³, Maria Thereza de Assis Moura⁴, Jorge Mussi⁵, Rogerio Schietti Cruz⁶, Nefi Cordeiro⁷, Reynaldo Soares da Fonseca⁸ e Ribeiro Dantas⁹. Ausente, justificadamente, o Ministro Joel Ilan Paciornik¹⁰ e como presidente do julgamento, o Ministro Sebastião Reis Júnior¹¹.

1.1 Situação fática

O fato que deu origem ao caso, ocorreu no dia 16 de agosto de 2015, em Campo Grande/MS, quando Magno Leandro Santos Angelico foi flagrado por policiais militares, conduzindo veículo automotor, com sua capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool e realizando manobras anormais, conforme se extrai dos autos do acórdão.

Nesse cenário, o denunciado teria desobedecido ordem legal de policiais militares, visto que, após parar repentinamente seu automóvel em via pública, não atendeu à solicitação feita pelos policiais para se retirar do veículo. Ato contínuo, ao ser solicitada a identificação do denunciado, este teria desacatado os policiais militares, no exercício de suas funções, realizando gestos obscenos e proferindo dizeres como "*vai tomar no cú seu bosta, o que eu estou fazendo*" (*in verbis*).

¹ O Superior Tribunal de Justiça é composto por 33 ministros, encontrando-se resguardado nos artigos 104 e 105 da Constituição Federal. O respectivo Tribunal apresenta três seções especializadas, cada Seção reúne ministros de duas Turmas, também especializadas. As Seções são compostas por dez ministros e as Turmas por cinco ministros cada. No caso, a Terceira Seção tem competência sobre a matéria de Direito Penal, sendo formada pela Quinta e Sexta Turmas (BRASIL, 2019).

² Compusera no julgamento a Sexta Turma do STJ.

³ Compusera no julgamento a Quinta Turma do STJ.

⁴ Compusera no julgamento a Sexta Turma do STJ.

⁵ Compusera no julgamento a Quinta Turma do STJ.

⁶ Compusera no julgamento a Sexta Turma do STJ.

⁷ Compusera no julgamento a Sexta Turma do STJ.

⁸ Compusera no julgamento a Quinta Turma do STJ.

⁹ Compusera no julgamento a Quinta Turma do STJ.

¹⁰ Compusera no julgamento a Quinta Turma do STJ.

¹¹ Compusera no julgamento a Sexta Turma do STJ.

Sucedeu que, após Magno Leandro descer do veículo, os policiais teriam constatado que ele estaria com forte odor etílico, fala pastosa, olhos vermelhos, sendo então convidado a realizar o teste de alcoolemia, situação que também teria sido recusada. Após o ocorrido, foi instaurado inquérito policial para investigar o fato, tendo sido o caderno inquisitório remetido ao Ministério Público para o oferecimento da denúncia.

1.2 Descrição das peculiaridades processuais

O réu foi denunciado pelos delitos tipificados no art. 306 (conduzir veículo automotor com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência) do Código de Trânsito Brasileiro e nos arts. 330 (desobediência) e 331 (desacato), ambos do Código Penal, em razão dos fatos tratados. Contudo, o Juízo de primeiro grau rejeitou parcialmente a denúncia, sob fundamento de que o delito de desacato absorveu o crime de desobediência (princípio da consunção), de modo que recebeu a denúncia apenas em relação aos crimes previstos nos artigos 331 do Código Penal e 306 do Código de Trânsito Brasileiro.

Contra essa decisão, o Ministério Público interpôs recurso em sentido estrito, objetivando a reforma da decisão para que fosse recebida *in totum* a denúncia ofertada contra Magno Leandro Santos Angelico. O Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul entendeu que os crimes de desobediência e de desacato foram praticados em contextos fáticos distintos, configurando crimes autônomos, dando provimento ao recurso ministerial, determinando o recebimento integral da exordial e o normal prosseguimento do feito.¹²

Destarte, a Defensoria Pública do Estado do Mato Grosso do Sul impetrou o habeas corpus, com pedido liminar, em face do Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul, sustentando que no presente caso haveria a existência de constrangimento ilegal, uma vez que estaria perfeitamente cabível a aplicação do princípio da consunção, devendo o delito de desacato absorver o crime de desobediência. Requereu-se, liminarmente no mérito, que fosse aplicado o princípio da consunção.

De início, foi indeferido o pedido liminar, tendo o Ministério Público opinado pelo não conhecimento do *writ*. Sucedeu que, o Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma,

¹² Para fins de conhecimento, a seguir a ementa: RECURSO EM SENTIDO ESTRITO INTERPOSTO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO - DESOBEDIÊNCIA E DESACATO - APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO NO RECEBIMENTO DA DENÚNCIA - INVIABILIDADE - RECURSO PROVIDO. (TJ-MS – RSE: 004950525220158120001 MS 0049505-25.2015.8.12.0001, Relator: Des. Dorival Moreira dos Santos, Data de Julgamento: 06/10/2016, 3ª Câmara Criminal, Data de Publicação: 07/10/2016).

e a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do habeas corpus, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade. O objetivo seria preservar a utilidade e a eficácia do *mandamus*, que seria o instrumento constitucional mais importante de proteção à liberdade individual do cidadão ameaçada por ato ilegal ou abuso de poder, garantindo a celeridade que o seu julgamento requer.

Assim, não obstante a fixação do entendimento no sentido de que seria incabível o habeas corpus substitutivo de recurso especial, em homenagem ao princípio da ampla defesa, passou-se ao exame da insurgência, para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal passível de ser sanado pela concessão da ordem, *de ofício*.

Quer dizer, em que pese inexistente a possibilidade de reparação da apontada ilegalidade na via do remédio constitucional do habeas corpus, a Quinta Turma do STJ, no julgamento do REsp-1.640.084/SP, de 15 de dezembro de 2016, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, havia afastado a tipicidade do crime de desacato, ante sua incompatibilidade com a Convenção Americana de Direitos Humanos. Assim, os Ministros da Quinta Turma, por unanimidade, assentaram a inconvenção do crime de desacato, sendo eles os Srs. Ministros Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca, os quais votaram nos termos do Ministro Relator Ribeiro Dantas.¹³

Nesse âmbito, a Quinta Turma do STJ deliberou afetar o habeas corpus à Terceira Seção desse Tribunal Superior, com base no regulamento interno do tribunal, em razão da relevância do tema, uma vez que, a questão afetaria ao controle de convencionalidade, que antecede o tema inerente à incidência do princípio da consunção do crime de desacato, gravitando, notadamente, na órbita dos limites aos quais se submetem a liberdade de expressão, consignada no art. 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos.

1.3 Descrição das controvérsias interpretativas, das normas envolvidas e dos argumentos jurídicos e não-jurídicos do acórdão

¹³ Para fins de conhecimento: DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. ROUBO, DESACATO E RESISTÊNCIA. APELAÇÃO CRIMINAL. EFEITO DEVOLUTIVO AMPLO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. NÃO OCORRÊNCIA. ROUBO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. DESCLASSIFICAÇÃO DO CRIME DE ROUBO PARA O DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. SÚMULA 284/STF. TEMA NÃO PREQUESTIONADO. SÚMULAS 282 E 356 DO STF. DESACATO. INCOMPATIBILIDADE DO TIPO PENAL COM A CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE (STJ - REsp-1.640.084/SP, Relator: Ministro Ribeiro Dantas, Data de Julgamento 15/12/2016, T5 – QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 1º/02/2017).

Feitas as devidas exposições fáticas e processuais, passemos a apresentação dos argumentos usados pelos Ministros no acórdão em análise, a fim de identificar e descrever as controvérsias interpretativas e as normas envolvidas que foram levantadas pelos Ministros acerca da convencionalidade do crime de desacato, isto é, iremos nesse momento, examinar o controle de convencionalidade em si, realizado pelo Superior Tribunal de Justiça quanto ao tipo penal.

Assim, separou-se os argumentos proferidos no acórdão em três grupos: I - argumentos a favor da inconveniência do crime de desacato; II - argumentos a favor da convencionalidade do crime de desacato; e, III - argumentos que não dizem respeito ao controle de convencionalidade.

1.3.1 Argumentos a favor da inconveniência do crime de desacato

Quando se analisa os argumentos a favor da inconveniência do crime de desacato, extrai-se que votaram a favor os Ministros Reynaldo Soares da Fonseca e Ribeiro Dantas. Enfatiza-se que apenas o primeiro Ministro argumenta efetivamente a respeito, em voto apartado, por meio de uma fundamentação, *per relationem*¹⁴, isto é, citando em seu voto os fundamentos utilizados pelo Ministro Ribeiro Dantas no julgamento do REsp-1.640.084/SP, tramitado na Quinta Turma do STJ, que afastou a tipicidade do crime de desacato.

1.3.1.1 O patamar hierárquico supralegal dos tratados de direitos humanos e a Convenção Americana de Direitos Humanos no Brasil

O Ministro Reynaldo Soares da Fonseca sustenta que o art. 2º, c/c o art. 29, da Convenção Americana de Direitos Humanos prevê a adoção, pelos Estados Partes, de "medidas

¹⁴ A motivação *per relationem* é aquela, por meio da qual se faz remissão ou referência às alegações de uma das partes, a precedente ou a decisão anterior nos autos do mesmo processo é chamada pela doutrina e jurisprudência de motivação ou fundamentação *per relationem* ou aliunde. Também é denominada de motivação referenciada, por referência ou por remissão (CAVALCENTE, 2015, p. 35).

Destaca-se que, tanto o Supremo Tribunal Federal, quanto o Superior Tribunal de Justiça, entendem esta espécie de motivação, por si só, não viola o art. 93, IX da Constituição Federal, isto é, não caracteriza ausência de fundamentação, desde que as razões adotadas sejam formalmente idôneas ao julgamento da causa e o julgado faça referência concreta às peças que pretende encampar, transcrevendo delas partes que julgar interessantes para legitimar o raciocínio lógico que embasa a conclusão a que se quer chegar. Nesse sentido, para conhecimento, ver os seguintes julgados do STF e do STJ, respectivamente: AI 738982 AgR, Relator Min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma, julgado em 29/05/2012 e STJ. 6ª Turma. HC 214.049-SP, Rel. originário Min. Nefi Cordeiro, Rel. para acórdão Min. Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 5/2/2015 (Info 557).

legislativas ou de outra natureza", visando à solução de antinomias normativas que possam suprimir ou limitar o efetivo exercício de direitos e liberdades fundamentais.

Afirma ainda que, a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, ao julgar, o Recurso Especial 914.253/SP, adotou o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário 466.343/SP, no sentido de que os tratados de direitos humanos, ratificados pelo país, têm força supralegal, o que significaria dizer que toda lei antagônica às normas emanadas de tratados internacionais sobre direitos humanos é destituída de validade.

Nesse contexto, pelos acórdãos, entende o Ministro Soares da Fonseca que foi reconhecido o caráter supralegal dos tratados que cuidam da proteção aos direitos humanos, de forma que, no plano material, as regras provindas da Convenção Americana de Direitos Humanos, em relação às normas internas, são ampliativas do exercício do direito fundamental à liberdade, razão pela qual paralisam a eficácia normativa da regra interna em sentido contrário, haja vista que, para ele, não se trata aqui de revogação, mas de invalidade (REsp 914.253/SP).

1.3.1.2 A necessidade de compatibilização das normas internas com os tratados de direitos humanos

O Ministro Reynaldo Soares da Fonseca defende que decorre dessa supralegalidade dos tratados de direitos humanos - entendimento tratado no subtópico anterior - o controle de convencionalidade, cuja finalidade é para o Ministro, compatibilizar as normas internas com os tratados de direitos humanos.

Afirma Soares da Fonseca então que, a Corte IDH, quando do julgamento do caso *Almonacid Arellano y otros v. Chile*, passou a exigir que o Poder Judiciário de cada Estado Parte do Pacto de São José da Costa Rica exerça o controle de convencionalidade das normas jurídicas internas que aplica aos casos concretos.

O Magistrado cita então o doutrinador Valério de Oliveira Mazzuoli para sustentar que, no atual sistema normativo brasileiro, apenas os tratados que possuem status normativo supralegal abrem oportunidade ao controle difuso de convencionalidade. O exercício do controle de convencionalidade seria um dever do juiz nacional, podendo ser feito a requerimento da parte ou mesmo de ofício.

Destaca ainda, que o controle de convencionalidade não se confunde com o controle de constitucionalidade, uma vez que a posição supralegal do tratado de direitos humanos é bastante para superar a lei ou ato normativo interno que lhe for contrária, abrindo ensejo a

recurso especial, como, inclusive, já realizou o STJ, ao entender pela inconvenção da prisão civil do depositário infiel.

Cita que o art. 105, III, "a", da Constituição Federal de 1988 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”.

Explica Reynaldo Soares da Fonseca que, se a discussão girasse em torno de tratado ou convenção votado sob regime do art. 5º, § 3º, da CRFB/88, seria diferente, porque a norma, nesse caso, seria de status de emenda constitucional e, desse modo, haveria um controle de constitucionalidade, com usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal - na hipótese de controle concentrado - ou da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça - em caso de controle difuso (cláusula de reserva de plenário). Assim, para ele, é necessária a realização do controle de convencionalidade no presente caso.

Dessarte, pontua Soares da Fonseca que, ao contrário do que entenderam as instâncias ordinárias, a ausência de lei veiculadora de *abolitio criminis* não inibe a atuação do Poder Judiciário na verificação de possível inconformidade do art. 331 do CPB, 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.

1.3.1.3 A manifestação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos em relação à inconvenção do crime de desacato em casos análogos

Afirma o Ministro Reynaldo Soares da Fonseca que a Comissão IDH já se manifestou a respeito do tema em casos que envolveram os países da Argentina, Chile, Panamá, Peru e Venezuela, destacando que o resultado é sempre pela prevalência do art. 13 do Pacto de São José da Costa Rica sobre normas internas que tipificam o crime em exame.

Assim, como paradigma, o Magistrado frisou o Caso n. 11.012, relativo ao jornalista Horácio Verbitsky, condenado por desacato em razão de ter chamado de "asqueroso" o Ministro Augusto César Belluscio, da Suprema Corte de Justiça da República Argentina. A controvérsia foi resolvida mediante o compromisso do país vizinho no sentido de extirpar de seu ordenamento jurídico o delito de desacato.

No caso *Palamara Iribarne v. Chile* (2005) a solução não foi amistosa, tendo a Comissão IDH considerado que a República do Chile violou o disposto no art. 13 da CADH ante a imputação do crime de desacato ao escritor Humberto Antônio Palamara Iribarne.

O Ministro destaca que, no relatório especial de 1995, a Comissão IDH afirmou que as leis de desacato se prestam ao abuso, como meio para silenciar ideias e opiniões consideradas incômodas pelo *establishment*, bem assim proporcionam maior nível de proteção aos agentes do Estado do que aos particulares, em contravenção aos princípios democrático e igualitário.

Soares da Fonseca cita ainda que a Comissão IDH aprovou a Declaração de Princípios sobre Liberdade de Expressão, estatuidando no art. 11 que os funcionários públicos estão sujeitos a um maior controle por parte da sociedade. As leis que punem a manifestação ofensiva dirigida a funcionários públicos, geralmente conhecidas como “leis de desacato”, atentam contra a liberdade de expressão e o direito à informação.

Por fim, o Ministro cita o trecho da justificativa da aprovação do Princípio n. 11 sobre Liberdade de Expressão, para a qual essa distinção inverteria 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.

1.3.1.4 A força normativa interna das recomendações da Comissão Interamericana de Direitos Humanos

Defende o Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, que as recomendações da Comissão IDH assumem força normativa interna, para isso, cita que no caso *Loayza Tamayo v. Peru* e nos posteriores, a Corte IDH sustentou que o princípio da boa-fé, consagrado também na Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, obriga os Estados contratantes da Convenção Americana de Direitos Humanos a realizar seus melhores esforços para cumprir as deliberações da Comissão IDH, que é também órgão principal da Organização dos Estados Americanos (OEA), organização que tem como uma de suas funções justamente promover a observância e a defesa dos direitos humanos no continente americano.

Não obstante, o Ministro afirma que mesmo assim, o Brasil não retirou da legislação o crime de desacato, o que, a teor de denúncias formuladas pelas Defensorias Públicas da União e do Estado de São Paulo à Comissão IDH, consubstanciaria descumprimento do art. 13 da CADH e do respectivo Princípio sobre Liberdade de Expressão n. 11.

Afirma, com fundamento na doutrina de Valério de Oliveira Mazzuoli no *Institut de Droit International*, na Resolução sobre ‘A atividade do juiz interno e as relações internacionais

do Estado', que devem os juízes internos aplicar com total independência as normas provindas do direito internacional e as interpretem segundo os métodos seguidos pelos tribunais internacionais. Ou seja, segundo o Ministro, o que o *Institut* pretende é que os juízes internos interpretem e apliquem o direito internacional da mesma maneira que um tribunal internacional o faria, isto é, como se uma jurisdição internacional fossem.

Afirma ainda, que a adesão ao Pacto de São José da Costa Rica 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.

Dessa forma, cita a Opinião Consultiva n. 5/1985, da Corte IDH, a qual consagraria o princípio *pro homine* na hermenêutica das normas domésticas e internacionais relativas à proteção dos direitos fundamentais, havendo idêntica previsão na Constituição brasileira de 1988, que estabelece, como fundamento do Estado Democrático de Direito, a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CRFB/88) e, como parâmetro das relações internacionais, a prevalência dos direitos humanos (art. 4º, II, CRFB/88). Destaca ainda que, no controle de convencionalidade, o intérprete deve estar imbuído da premissa de que os Estados existem para os humanos e não vice-versa.

Logo, para o Ministro Soares da Fonseca, tendo em vista que a criminalização do desacato contraria a CADH, resta inviabilizada a condenação por esse crime com fundamento em norma interna incompatível com Convenção Americana de Direitos Humanos (norma supralegal), do qual o Brasil é signatário. Desse modo, embora entendendo as razões práticas dos que pensam em sentido contrário (ordem, respeito à autoridade, etc.), sustenta que se deve retirar da ação penal na origem a imputação do crime de desacato, em razão do controle de convencionalidade ora realizado.

1.3.1.5 A incompatibilidade do crime de desacato aos princípios democráticos e a *fighting words doctrine*

Ainda sobre o crime de desacato, Reynaldo Soares da Fonseca cita, com base no doutrinador Guilherme de Sousa Nucci, que o sujeito passivo seria o Estado e, apenas em segundo plano, também o funcionário público, e isto porque o bem jurídico precipuamente tutelado seria o prestígio da função pública.

Dessa forma, embora a jurisprudência tivesse afastado a tipicidade do desacato quando a palavra ou o ato ofensivo resultar de reclamação ou crítica à atuação funcional do agente público, o esforço intelectual de discernir censura de insulto à dignidade da função exercida em

nome do Estado é por demais complexo, abrindo espaço para a imposição abusiva do poder punitivo estatal. Com efeito, a 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.

Cita, por exemplo, que o STJ já trancou ação penal por desacato, movida contra Promotora de Justiça que pronunciou a frase "*eu nunca ouvi tanta besteira*", direcionada ao Corregedor Procurador Geral do Ministério Público do Estado. Noutra oportunidade, sustenta que o STJ afirmou que não houve desacato ao magistrado em razão da função jurisdicional, tendo sido as ofensas a ele dirigidas em caráter pessoal, decorrentes de sua atitude como passageiro de companhia aérea.

Outro caso de repercussão citado, é o da morte de três jovens do Morro da Providência, no Rio de Janeiro/RJ, na sequência de suas prisões por desacato a militares do Exército em operações naquela localidade. Dispõe que no caso, foi investigado pelo Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana (CDDPH), que, no relatório de 30/9/2008, recomendou eliminar esse tipo penal, por violar parâmetros protetivos internacionais.

Dessa forma, explica o Ministro que esse estado de coisas induziu à proposta de dois projetos de lei favoráveis à abolição do delito, o PL. nº. 4.548/2008, apresentado pelo Deputado Federal Edson Duarte, e o PL nº. 602/2015, de autoria do Deputado Federal Jean Wyllys.

O Ministro menciona ainda os argumentos usados pela Procuradora Federal dos Direitos do Cidadão, Deborah Duprat, em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) perante o Supremo Tribunal Federal, destacando que a tipificação do crime de desacato atenta contra o regime democrático, na medida em que impede o controle da atuação de servidores públicos a propósito de suas funções. Do mesmo modo, inibiria a liberdade de expressão nos seus aspectos e fundamentos essenciais, além de atingir mais severamente aqueles que estão em luta pela implementação de seu catálogo de direitos, em clara ofensa ao princípio da igualdade. Ressalta que a situação compromete o Brasil no cenário internacional, em razão do não cumprimento de obrigações às quais aderiu livremente.

Fundamenta também em Néelson Hungria, para afirmar que 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. Assim, para ele, seria de tal posição o conceito de que todo funcionário público, desde o mais graduado ao mais humilde, é instrumento da soberana vontade e atuação do Estado, daí a especial proteção que lhe consagra a lei penal.

Ademais, a punição do uso de linguagem e atitudes ofensivas contra agentes estatais seria medida capaz de fazer com que as pessoas se abstenham de usufruir do direito à liberdade de expressão, por temor de sanções penais, sendo esta, uma das razões pelas quais a Comissão IDH estabeleceria a recomendação de que os países aderentes ao Pacto de São José abolissem suas respectivas leis de desacato.

Exceto as normas e regras de interpretação do sistema interamericano de proteção aos direitos humanos, o ministro menciona a construção jurisprudencial norte-americana sobre a *fighting words doctrine* (“palavras duras”, tradução livre), pela qual, a Suprema Corte dos Estados Unidos teria desenvolvido, a partir do caso *Chaplinsky v. New Hampshire* (1942), o entendimento de que o *right of free speech* (Primeira Emenda) não protegeria a utilização de palavras que incitassem à quebra imediata da paz social (*fighting words doctrine*). Entretanto, em casos posteriores, tendo como paradigma o precedente firmado em *Lewis v. City of New Orleans*, aquele Tribunal teria passado a reduzir a margem de aplicação da teoria das "palavras belicosas", para declarar a inconstitucionalidade de leis de desacato redigidas de maneira vaga ou cujo alcance fosse excessivo, de modo a conferir ao funcionário poder ilimitado para prender ou processar o suposto infrator.

Destaca ser importante a ponderação da Suprema Corte norte-americana pois, no tocante à liberdade de expressão, há de se ter redobradas cautelas ao prospectar limites a seu uso, sobretudo quando o particular se volta contra o Estado, ainda que para externar sentimentos desconexos ou de aleivosia, pois, particularmente aí, a liberdade costuma ofender.

Posto isso, o Ministro Reynaldo Soares deu razão ao recorrente no ponto em que aduz a inviabilidade da condenação por desacato com fundamento em tipo penal incompatível com os parâmetros normativos oferecidos pelo art. 13 do Pacto de São José da Costa Rica, do qual a República Federativa do Brasil é signatária.

1.3.1.6 A desnecessidade do crime de desacato

Soares da Fonseca, também destaca que o afastamento da tipificação criminal do desacato não impediria 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.

Assim, na linha de argumentação expendida pelo Subprocurador-Geral da República, Nívio de Freitas Silva Filho, ressalta que eventuais condutas que exorbitem os limites da razoabilidade podem ser suficientemente responsabilizadas por instrumentos de natureza cível

e mesmo penal, aplicáveis a toda e qualquer pessoa, mostrando-se desnecessário manter um tipo dotado de conceitos vagos e imprecisos, que tem servido mais como meio de intimidação dos cidadãos do que para a proteção da Administração Pública.

1.3.2 Argumentos a favor da convencionalidade do crime de desacato

Apontaremos a seguir os fundamentos que foram extraídos do julgado a fim de defender a convencionalidade do crime de desacato. Votaram a favor da convencionalidade os Ministros Antonio Saldanha Palheiro, que lavrara o acórdão, Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro, Felix Fischer, Maria Thereza de Assis Moura e Jorge Mussi. Destaca-se que apenas os três primeiros tiveram votos apartados, os demais aderiram ao voto do Ministro Antônio Saldanha Palheiro.

1.3.2.1 O patamar hierárquico supralegal dos tratados de direitos humanos e a Convenção Americana de Direitos Humanos no Brasil.

O Ministro Antônio Saldanha expressamente adotou o patamar hierárquico supralegal dos tratados de direitos humanos e a Convenção Americana de Direitos Humanos no Brasil como argumento, aduzindo que tal Convenção, promulgada por intermédio do Decreto n. 678/1992¹⁵, deve, necessariamente, ser observada na sua integralidade.

Destacou que no Brasil firmou-se o entendimento de que, os tratados de direitos humanos, ao serem incorporados antes da Emenda Constitucional n. 45/2004, portanto, sem a observância do rito estabelecido pelo art. 5º, § 3º, da CRFB, exprimem status de norma supralegal, produzindo, segundo ele, efeito paralisante sobre as demais normas que compõem o ordenamento jurídico, à exceção da Magna Carta.

Nesse âmbito, cita precedentes que resultaram no caráter supralegal conferido aos Tratados sobre Direitos Humanos ratificados pelo Brasil, inicialmente sufragado pela Pretória Corte e, em ato contínuo, pelo Superior Tribunal de Justiça - RE 466343 e REsp 914.253/SP, respectivamente.

Pontua ainda no voto, a menção à Convenção IDH, no tocante à enumeração de deveres, notadamente em seu Capítulo I, o qual traz diretrizes gerais impostas aos Estados aderentes.

¹⁵ Trata-se do Decreto Presidencial que promulgou a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969.

1.3.2.2 A ausência de força vinculante das recomendações expedidas pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos

Os Ministros Antônio Saldanha Palheiro e Rogerio Schietti Cruz adotaram como argumento a ausência de força vinculante das recomendações expedidas pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, como argumento.

Assim, o Saldanha Palheiro menciona o art. 33 da CADH, que trata da estrutura do Sistema Interamericano, estabelecendo que são competentes para conhecer das matérias concernentes na CADH: a Comissão IDH e a Corte IDH. De forma que, segundo ele, de acordo com o art. 41 do Pacto de São José da Costa Rica, a Comissão IDH possui a função primordial de promover a observância e a defesa dos direitos humanos.

Sucedo que, para o Magistrado, quando da análise do art. 41, deduz-se que os verbos relacionados às suas funções não ostentam caráter decisório, mas tão somente instrutório ou cooperativo, e não possuem qualquer função jurisdicional.

Nesse sentido, em sua visão, a Corte IDH é uma instituição judiciária autônoma destinada à aplicação e a interpretação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, possuindo função jurisdicional e consultiva, fundamentando no art. 2º do Estatuto da Comissão IDH. Destaca ainda, o art. 68 da CADH, segundo o qual os Estados Partes na Convenção se comprometem a cumprir a decisão da Corte IDH em todo caso em que forem partes, o que denota de forma patente seu caráter vinculante.

Não obstante, para Saldanha Palheiro, as deliberações internacionais de direitos humanos decorrentes dos processos de responsabilidade internacional do Estado podem resultar em: recomendações; decisões quase judiciais e decisão judicial. Na sua visão, a primeira revela-se ausente de qualquer caráter vinculante, ostentando mero caráter "moral", podendo resultar dos mais diversos órgãos internacionais. Os demais institutos, porém, situam-se no âmbito do controle, propriamente dito, da observância dos direitos humanos.

Conclui então que as recomendações da Corte IDH não possuem força vinculante, mas somente "poder de embaraço" ou "mobilização da vergonha", razão pela qual entende insuficiente para afirmar a inconveniência do desacato.

No mesmo sentido o Ministro Rogerio Schietti Cruz, defendeu ainda, que a manutenção do crime de desacato no ordenamento jurídico pelo Brasil não implica no descumprimento do art. 13 da CADH e do respectivo princípio da liberdade de expressão, uma vez que as normas de direito internacional, integrantes do nosso ordenamento jurídico, podem

ser interpretadas como qualquer outra, não teriam essas a força vinculante que se procurou a elas emprestar.

1.3.2.3 A ausência de precedente da corte relacionada ao crime de desacato atrelado ao Brasil

Os Ministros Antônio Saldanha Palheiro e Rogerio Schietti Cruz adotaram expressamente a ausência de precedente da corte relacionada ao crime de desacato atrelado ao Brasil como argumento.

Dessa forma, Antônio Saldanha Palheiro sustenta que, embora a Corte IDH já tenha se pronunciado sobre o tema "leis de desacato", entende o Ministro que os casos foram significativamente distintos, não havendo ainda precedente da Corte IDH relacionada ao crime de desacato atrelado ao Brasil.

Aderindo ao mesmo argumento, o Ministro Rogerio Schietti Cruz, afirma ainda que, dos casos que foram analisados no voto do relator, alguns dizem respeito a manifestações apenas da Comissão IDH. Além disso, desses casos referidos, alguns, como o *Kimel vs. Argentina* – que inclusive teria resultado, posteriormente, na revogação do crime de desacato pela Argentina –, foram analisados apenas pela Comissão IDH.

Segundo o Ministro Schietti Cruz, lendo as decisões proferidas pela Corte IDH nesses casos, perceber-se-ia que cuidaram de delitos de opinião, imputados às condutas de pessoas que, segundo os respectivos governos, demandaram a reação estatal ao mau uso da liberdade de expressão, quase sempre cometidos por jornalistas ou escritores.

Cita então, os crimes imputados ao escritor Palamara Iribarne, punido pela publicação de um livro em que ele criticou o serviço de inteligência chileno, e a Eduardo Gabriel Kimel, autor do livro “O Massacre de São Patrício”, no qual critica severamente a atuação de inúmeras autoridades, entre elas um juiz, que não teriam investigado os referidos crimes por supostos interesses do regime militar que teve lugar na Argentina.

Destaca o Ministro, que todos os outros casos - *Ricardo Canese vs. Paraguai*; *Herrera Ulloa vs. Costa Rica*; *Tristan Donoso vs. Panamá*; *Usón Ramírez vs. Venezuela*; *Verbitsky vs. Argentina* - se refeririam a manifestações de opinião de escritores e jornalistas contra autoridades, e não a ofensas proferidas na presença de um servidor público.

Logo, para Schietti Cruz, quanto ao crime de desacato, é muito diferente o que se observa no Brasil quando tal figura delitiva é invocada. O típico caso de desacato no sistema de justiça, trataria de situações de abordagem policial, de prisão em flagrante, de cumprimento

de mandado pelo oficial de justiça, de entrevista ocorrido em audiências judiciais, de atendimento de servidor em hospitais, repartições públicas, etc.

Então, para ele, não haveria identidade entre as situações fáticas que resultaram nos julgamentos referidos e as que os tribunais brasileiros correntemente enfrentam quando são processados os autores de crimes de desacato à autoridade. Não sendo, ainda, adequado invocar esses parâmetros que a Comissão IDH e, em alguns casos, a Corte IDH utilizam para extrair a conclusão de que o crime de desacato deve ser abolido em todos os países sob a jurisdição do sistema interamericano de direitos humanos.

1.3.2.4 A inadequação da via eleita para decidir pela convencionalidade do crime de desacato

O Ministro Rogerio Schietti Cruz adotou ainda como argumento, a inadequação da via eleita para decidir pela convencionalidade do crime de desacato. Para ele, pelo menos neste momento – ainda mais em um habeas corpus, dada a dificuldade de ter a exata dimensão dos fatos ocorridos –, não iria tão longe para afirmar que o crime de desacato não mais integra o ordenamento jurídico penal brasileiro, por conta de relatórios ou informes da Comissão IDH e de casos julgados pela Corte IDH que não tiveram o Brasil como parte e não trataram da situação fática idêntica à que foi versada no habeas corpus.

1.3.2.5 A não ofensa à liberdade de expressão

Os Ministros Antônio Saldanha Palheiro e Nefi Cordeiro adotaram expressamente a não ofensa a liberdade de expressão como argumento.

Nessa perspectiva, Saldanha Palheiro, sustenta que a Corte IDH já teria se posicionado acerca da liberdade de expressão, rechaçando tratar-se de direito absoluto, tal como demonstrado no Marco Jurídico Interamericano sobre o Direito à Liberdade de Expressão.

No mesmo sentido, o segundo Ministro que não vê o crime de desacato incompatível com as normativas internacionais, pois somente protegem a liberdade de opinião ou crítica de expressão ou informação, mas não tornam com isso incompatível o crime de desacato. Para Nefi Cordeiro, embora até fosse possível ponderação diversa, destaca que não pode ser classificado como absurdo o tratamento do Direito Penal como um desvalor maior à ofensa que é feita ao servidor público em razão de sua função. Tem-se, para ele, a proteção da

administração pública, mas, também, tem-se, subsidiariamente, a proteção da honra de quem está mantendo contato com pessoas pelo exercício da função e não por contatos da vida privada.

Também afirma que no caso concreto, não há qualquer discussão quanto à crítica ou manifestação de pensamento, uma vez que as palavras proferidas pelo recorrente no caso não foram manifestação de pensamento, direito de crítica ao Estado ou uma ofensa irrogada em face do servidor. Inclusive, essa ausência de ofensa em face do servidor, é para o Ministro, outras das grandes diferenciações entre a injúria e o desacato, porque a injúria não precisaria ser realizada pessoalmente.

1.3.2.6 A necessidade de compatibilização das normas internas com os Tratados de direitos humanos

O Ministros Antônio Saldanha Palheiro e Rogerio Schietti Cruz adotaram expressamente a necessidade de compatibilização das normas internas com os Tratados de direitos humanos como argumento.

Defende Saldanha Palheiro, que a Comissão IDH e a Corte IDH têm perfilhado o entendimento de que o exercício dos direitos humanos deve ser feito em respeito aos demais direitos, de modo que, no processo de harmonização, o Estado desempenha um papel crucial mediante o estabelecimento das responsabilidades ulteriores necessárias para alcançar tal equilíbrio exercendo o juízo entre a liberdade de expressão manifestada e o direito eventualmente em conflito, citando o ocorrido no caso *Eduardo Kimel vs. Argentina*, no qual a Comissão IDH anunciou importantes princípios sobre o alcance do direito fundamental à liberdade de expressão, com base no artigo 13 da CADH.

Dessarte, sustenta que esse cenário deve ser submetido ao denominado controle de convencionalidade, que, na espécie, revela-se difuso, tendo por finalidade, compatibilizar verticalmente as normas domésticas com os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Estado e em vigor no território nacional.

O Ministro Rogerio Schietti Cruz, apresenta o mesmo entendimento acima e acrescenta que o controle de convencionalidade deve obrigar todo e qualquer magistrado ou órgão que integra o respectivo Poder Judiciário a segui-lo, além das normas dos tratados internacionais, notadamente a CADH, a jurisprudência da Corte IDH que os interpreta e, acima de tudo, as decisões da Corte IDH relativas aos processos dos quais o Estado faça parte.

Assim, o ministro cita que em recente julgado (*Cabrera García y Montiel Flores Vs. México*), a Corte IDH fixou, que para exercer o controle de convencionalidade, os juízes e

órgãos vinculados à administração da justiça devem ter em conta não somente o tratado, senão também a interpretação que lhe tenha dado a Corte IDH, intérprete última da CADH - destaca no mesmo sentido o caso *Liakat Ali Alibux Vs. Surinam*; e, o caso de *personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana*.

Contudo, diferente do Ministro Saldanha Palheiro, entende Schietti Cruz que, a composição do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos difere da organização do sistema europeu. Enquanto neste somente há a Corte Europeia de Direitos Humanos, o sistema interamericano conta também com a Comissão IDH, com o objetivo de receber os pedidos, seja de um Estado, seja de um indivíduo, de tutela de direito humano protegido pelo sistema. Isto é, recebida a petição, abrir-se um procedimento, em cujo âmbito se realiza, eventualmente, visitas, nomeação de relatores, tratativas com o Estado questionado e, a partir desses procedimentos, fixação de recomendações por parte da Comissão IDH, que, se não atendidas a tempo e modo, podem engendrar o acionamento da Corte IDH. Pontua ainda que, como tal não se deu ainda em relação ao desacato no caso brasileiro, não haveria a necessidade de tal harmonização.

1.3.2.7 A adequação do crime de desacato no Brasil ao teste tripartite

O Ministro Antônio Saldanha Palheiro adotou expressamente a adequação do crime de desacato no Brasil ao teste tripartite como argumento. Sustenta que, no Marco Jurídico Interamericano sobre o Direito à Liberdade de Expressão, é definido o denominado teste tripartite, no qual se exige o preenchimento cumulativo de específicas condições emanadas do art. 13.2. do Pacto de São José da Costa Rica, para que se admita eventual restrição do direito à liberdade de expressão, citando elas: (1) a restrição deve ter sido definida de forma precisa e clara por meio de uma lei formal e material, (2) a restrição deve se orientar à realização de objetivos imperiosos autorizados pela Convenção Americana, e (3) a restrição deve ser necessária em uma sociedade democrática para o sucesso dos imperiosos fins buscados; estritamente proporcional à finalidade buscada; e idônea para alcançar o imperioso objetivo que procura realizar.

O Ministro levanta que, em se tratando de restrição oriunda da norma penal, soma-se a este rol a estrita observância do princípio da legalidade. Outrossim, os vetores de hermenêutica dos Direitos tutelados na CADH encontrariam assento em seu art. 29, ao passo que o alcance das restrições se situaria no art. 30 do mesmo diploma.

Nesse diapasão, frisa que, sob o prisma de ambos instrumentos de interpretação, não vislumbra qualquer transgressão do direito à liberdade de expressão pelo teor do art. 331 do Código Penal, ante as singularidades que norteiam o caso em tela. Para o Ministro, o citado dispositivo legal preenche de forma plena todos os requisitos exigidos para que se admita a restrição ao direito de liberdade de expressão, tendo em vista que, além de ser objeto de previsão legal com acepção precisa e clara, revela-se essencial, proporcional e idôneo a resguardar a moral pública e, por conseguinte, a própria ordem pública.

1.3.2.8 A não observância da dupla compatibilidade vertical material e a *margin of appreciation*

O Ministro Antonio Saldanha Palheiro adotou expressamente a não observância da dupla compatibilidade vertical material e *margin of appreciation* (margem de apreciação) como argumento. Afirma que, para a produção normativa doméstica ter validade e, por conseguinte, eficácia, exige-se uma dupla compatibilidade vertical material. Nessa toada, atraindo essa conjuntura à situação em concreto, ter-se-ia que o crime de desacato não pode, sob qualquer viés, seja pela ausência de força vinculante às recomendações expedidas pela Comissão IDH, como já explanado, seja pelo viés interpretativo, o que mereceria especial importância, ter sua tipificação penal afastada.

Nada obstante, para ele, ainda que existisse decisão da Corte IDH sobre a preservação dos direitos humanos, essa circunstância, por si só, não seria suficiente a elidir a deliberação do Brasil acerca da aplicação de eventual julgado no seu âmbito doméstico, tudo isso por força da soberania inerente ao Estado.

Diante dessa ótica, Saldanha Palheiro fundamenta com base na teoria da margem de apreciação nacional (*margin of appreciation*), nos termos do autor Luiz Guilherme Arcaro Conci, que, em que pese se parta do pressuposto de que os direitos humanos tenham pretensão universalista, pode-se pensar na necessidade de que os Estados nacionais estejam – apesar de vinculados ao direito internacional dos direitos humanos – em situação econômica, social, política ou jurídica diferenciada, o que, em algumas situações, legitimaria uma diversidade de resultados no processo hermenêutico.

Concluindo, aponta para uma reflexão que relativiza a perspectiva universalista, no sentido de entender que os Estados nacionais, apesar de signatários dos mesmos tratados e vinculados pela jurisprudência da Corte IDH, no caso americano, ou pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos, naquele continente, continuam a manter um espectro de discricionariedade

para a concretização dos direitos humanos, ainda que existam decisões tomadas por órgãos judiciários, não judiciários ou que exerçam função quase judicial. Não se trata da possibilidade do descumprimento ou da violação, mas de entender que há uma margem de discricionariedade para temperamento de algumas decisões proferidas internacionalmente, quando de seu cumprimento internamente.

1.3.2.9 A necessidade do crime de desacato

Os Ministros Antônio Saldanha Palheiro e Rogerio Schietti Cruz adotaram expressamente como argumento a necessidade do crime de desacato.

O Ministro Saldanha Palheiro traz à baila a natureza jurídica do crime de desacato, a fim de justificar a sua necessidade no ordenamento jurídico, apontando que o crime de desacato tem origem no fato de se considerarem qualificadas as injúrias e ofensas para certa categoria de pessoa, tal qual acontecia em Roma, quando as respectivas penas eram majoradas caso praticadas contra magistrados.

Ato contínuo, afirma que no Brasil, o mencionado delito tem seu ineditismo rompido nas Ordenações Filipinas, posteriormente, adequado à época do Código Criminal do Império de 1830, quando abordado como espécie qualificada de injúria (art. 237, § 2º), em seguida, à do Código Penal dos Estados Unidos do Brasil de 1890 (art. 134), ao ser previsto como crime autônomo de desacato, e, por fim, passou a ser consignado no atual Código Penal (art. 331).

Sustenta ainda que, o desacato é especial forma de injúria, caracterizado como uma ofensa à honra e ao prestígio dos órgãos que integram a Administração Pública. Cita Magalhães Noronha para defender que o crime de desacato visa a proteger o bem jurídico da dignidade, o prestígio e o respeito devido à função pública. O Estado é sujeito diretamente interessado em que aquele seja protegido e tutelado, por ser indispensável à atividade e à dinâmica da administração pública. Sem isso, não poderiam os agentes desta exercer de modo eficaz suas funções, por via das quais é atingida a finalidade superior, de caráter eminentemente social, que a administração busca.

Em síntese, para Saldanha Palheiro, demonstra-se frágil a proposta de tratamento igualitário e uniforme à tutela dos direitos da Administração contra o particular pautar-se pelos crimes de injúria e difamação, diante de eventual desonra dirigida ao servidor, pois exigiria desse, quando ofendido no exercício ou em decorrência da função pública, a representação para postulação de seu direito, dado o caráter condicionado da ação penal pertinente, ou, ainda, caso não opte pela via do Juizado Especial Criminal, a necessária contratação de advogado, no caso

de inércia do *Parquet*, para que intentada a ação penal privada subsidiária da pública, bem como caso optasse pelo oferecimento de queixa-crime, passando ao largo, por ora, das controvérsias que circundam o verbete n. 714 da Súmula do STF, a respeito da legitimidade concorrente nela referida.

Para Saldanha Palheiro, a consequência desse desamparo normativo poderia culminar em desforço pessoal ou acomodação e, até mesmo, desídia do funcionário no exercício de suas atribuições. Não devendo olvidar que o servidor público tem a obrigação legal de dispensar tratamento diferenciado ao particular, atuando com urbanidade, educação, civilidade, lhanza, entre outros múnus decorrentes da função que derivam do bom trato que lhe é exigido no seu desempenho, submetendo-se a procedimento disciplinar que pode vir a resultar na imposição de severas sanções, no caso de inobservância de tais deveres, listados no rol do art. 116 da Lei 8.112/1990.

Ressalta que, o excesso no desatendimento dos deveres administrativos transbordaria para o tipo penal, a incorrer em possíveis sanções provenientes da Lei de Abuso de Autoridade ou outro delito previsto no próprio Código Penal. Com isso, na sua visão, o tratamento destinado aos deslizes do servidor desafiaria punições muito mais severas do que ao particular, atraindo a simetria em sua proteção quando no exercício da função pública.

Concluindo então, que o processo de circunspeção evolutiva da norma penal teve por fim seu efetivo e concreto ajuste à proteção da condição de funcionário público e, por via reflexa, em seu maior espectro, a honra *lato sensu* da Administração Pública. Para o Ministro, o panorama desenhado no corpo de seu voto desembocaria no entendimento de que foram preenchidas as condições antevistas no art. 13.2. do Pacto de São José da Costa Rica, de modo a acolher, de forma patente e em sua plenitude, a incolumidade do crime de desacato pelo ordenamento jurídico pátrio, nos termos em que entalhado no art. 331 do Código Penal.

No mesmo sentido afirma ainda o Ministro Rogério Schietti Cruz, que em mais de uma oportunidade, a Comissão IDH assentou que 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, deveriam demonstrar maior tolerância à crítica.

Cita então que o art. 13, II, da CADH, que ao cuidar do direito à informação, permitiria a criação de tipos penais que objetivam proteger, como bem jurídico digno de proteção, a honra subjetiva da pessoa humana, bem como o respeito à ordem e à moral públicas, de que devem ser destinatários os serviços prestados pelo Estado ao público em geral.

Sustenta ainda que, a Corte IDH permite que qualquer servidor, no exercício de uma função pública, ao tratar com o particular, deve merecer essa proteção, não tanto para tutelar a sua honra subjetiva, mas para garantir o respeito que se deve destinar aos funcionários que representam e apresentam o estado nos variados tipos de serviços públicos que são prestados.

Logo, para o Ministro Schietti Cruz, em casos como estes, de extrema gravidade do abuso da liberdade de expressão, caberia a utilização do direito penal para a proteção da honra, ressaltando que a aplicação dessas medidas ser avaliada com especial cautela. Para isso, cita os casos *Ricardo Canese vs. Paraguai*; *Kimel vs. Argentina*, e caso *Herrera Ulloa vs. Costa Rica*. Destaca ainda, que a Corte IDH, ao tratar de casos concretos sobre o conflito entre o direito à liberdade de expressão e o direito à honra, propõe analisar, segundo as circunstâncias de cada hipótese, se a aplicação desses tipos penais (difamação, injúria, calúnia ou desacato) enseja contrariedade à CADH ao impor penas desnecessárias e desproporcionais.

Para o Ministro Schietti Cruz, no futuro, provavelmente ter-se-ia, por via legislativa ou até jurisprudencial, uma modificação sobre o tratamento jurídico-penal desta matéria – quem sabe, ao menos, dando contornos mais fechados e claros ao tipo penal em análise.

Por fim, afirma que, normalmente, é favorável a caminhos que privilegiem uma menor intervenção do Direito Penal na vida das pessoas, no entanto, no caso em tela, assume uma posição, que, segundo ele, seria conservadora. Segue a orientação de que, as proibições e as penas têm por objetivo assegurar o máximo de bem-estar possível dos não desviantes e o mínimo mal-estar necessário dos desviantes. Todos os meios interpretativos que, na medida do possível - sem o sacrifício da segurança cidadã e da necessária proteção aos bens jurídicos -, minimizem a intervenção do Direito Penal seriam bem-vindos.

1.3.2.10 O *Contempt of Court*

O Ministro Rogerio Schietti Cruz adotou expressamente o *contempt of court* (“desobediência ao tribunal”, tradução livre) como argumento. Destaca que, o direito estadunidense trabalha com um conceito ainda mais sutil de ofensa a servidores públicos, o *contempt of court*, que consistiria, consoante citação pelo Ministro Dan Dobbs, em um ato ou omissão que substancialmente perturbe ou obstrua o processo judicial em um caso em particular, seja por meio de comportamento durante o julgamento, com a interrupção deste, seja via comportamentos obstrutivos fora da Corte propriamente dita. Podendo incluir, ainda, a desobediência de uma ordem judicial, como por exemplo, quando uma parte viola uma tutela específica, ou quando uma testemunha se recusa a responder a uma pergunta efetuada pelo juiz.

Assim, o Ministro menciona Joseph Moskovitz, que ressalta o *contempt of court* (“desrespeito ao poder”, tradução livre) como sendo aquele que se expressando em diversas condutas e por diferentes pessoas, de algum modo, conecta-se com o ato que afronta a dignidade da justiça: pessoa que comete perjúrio, o litigante que desafia o juiz ou tenta corromper um jurado, o advogado que se comporta inadequadamente no curso do processo ou perante a Corte, a testemunha que se recusa a falar, o oficial da Corte que pratica conduta inadequada e inclusive o próprio juiz.

Nessa toada, cita que a Suprema Corte já teria afirmado que o *contempt power* de todas as Cortes, Federais ou Estaduais, seria limitado pela garantia da Primeira Emenda contra a interferência na liberdade de expressão ou de imprensa, a imposição de *gag orders* (“ordens de mordaça”) vem sendo considerada lícita a fim de evitar que publicações prejudiquem o curso de um processo judicial, visto que um tribunal de justiça sem poder para reivindicar sua própria dignidade, para impor a obediência aos seus mandatos, para proteger seus oficiais ou para proteger aqueles que são confiados a seus cuidados, seria uma anomalia que não poderia ser permitida em qualquer comunidade civilizada.

Destarte, tem o Ministro que os tribunais estadunidenses conferem grande margem de expressão aos cidadãos em suas manifestações críticas contra agentes públicos. Em 1987, a Suprema Corte dos EUA decidiu em *City of Houston VS. Hill*, que a Primeira Emenda permite que uma quantidade significativa de críticas e desafios verbais sejam dirigidos a policiais, ao cassar uma norma municipal que considerava ilícito qualquer ato de oposição, molestamento ou interrupção de qualquer policial no cumprimento de seu dever, ou qualquer pessoa convocada para ajudar a fazer uma prisão. Segundo ele, o juiz da Suprema Corte Lewis F. Powell Jr., ao deixar claro que os indivíduos têm o direito de insultar os policiais, consignou que a polícia deveria ser capaz de lidar com linguagem mais ofensiva do que um cidadão particular.

Então, concluiu que o direito estadunidense tem esse contraponto: ao mesmo tempo em que prevê punição contra o advogado ou um participante de uma audiência por qualquer deslize contra a prestação jurisdicional, oferece tolerância muito maior com atos semelhantes em relação aos policiais (*contempt of cop* – “desrespeito à polícia”, tradução livre) e demais servidores públicos.

- 1.3.3 Argumentos que não dizem respeito ao controle de convencionalidade - não aplicação do princípio da consunção em relação ao crime de desobediência e desacato

Importante ainda tratar dos argumentos que foram usados do julgado objeto do presente trabalho, que não versaram acerca do controle de convencionalidade.

Fundamentação extraída apenas do voto do Ministro Antonio Saldanha Palheiro, sustenta ser inaplicável o princípio da consunção tão logo quando do recebimento da denúncia, considerando que os delitos apontados foram violadores de tipos penais distintos e originários de condutas autônomas, o que, por certo, demandaria maior esgotamento probatório a fim de se alcançar a conclusão acerca de sua incidência – cita nesse sentido o RHC 59.287/RS, cujo relator foi o Ministro Felix Fischer.

1.3.4 Considerações finais do capítulo

Até aqui, foi possível entender de forma ampla e clara os fundamentos proferidos por cada Ministro do Superior Tribunal de Justiça, quando da convencionalidade ou inconvenção do crime de desacato. Assim, o quadro I abaixo indica, sumariamente, os votos e os argumentos que foram aderidos por cada ministro no HC nº 379.269/MS:

Quadro I – Relação dos argumentos apresentados pelos Ministros

Voto	Ministros que aderiram ao voto	Argumento	Ministros que aderiram expressamente ao argumento
<i>A favor da inconvenção</i>	Reynaldo Soares da Fonseca e Ribeiro Dantas	O patamar hierárquico supralegal dos tratados de direitos humanos e a Convenção Americana de Direitos Humanos no Brasil	Reynaldo Soares da Fonseca
		A necessidade de compatibilização das normas internas com os tratados de direitos humanos	Reynaldo Soares da Fonseca
		A manifestação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos em relação à inconvenção do crime de desacato em casos análogos	Reynaldo Soares da Fonseca
		Força normativa interna das recomendações da Comissão Interamericana de Direitos Humanos	Reynaldo Soares da Fonseca
		A incompatibilidade do crime de desacato aos	Reynaldo Soares da Fonseca

		princípios democráticos e a <i>fighting words doctrine</i>	
		A desnecessidade do crime de desacato	Reynaldo Soares da Fonseca
A favor da convencionalidade	Antonio Saldanha Palheiro, Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro, Felix Fischer, Maria Thereza de Assis Moura e Jorge Mussi	O patamar hierárquico supralegal dos tratados de direitos humanos e a Convenção Americana de Direitos Humanos no Brasil	Antonio Saldanha Palheiro
		A ausência de força vinculante das recomendações expedidas pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos	Antonio Saldanha Palheiro e Rogerio Schietti Cruz
		Ausência de precedente da corte relacionada ao crime de desacato atrelado ao Brasil	Antonio Saldanha Palheiro e Rogerio Schietti Cruz
		Inadequação da via eleita para decidir pela convencionalidade do crime de desacato	Rogerio Schietti Cruz
		A não ofensa a liberdade de expressão	Antonio Saldanha Palheiro e Nefi Cordeiro
		A adequação do crime de desacato no Brasil ao teste tripartite	Antonio Saldanha Palheiro
		Controle de convencionalidade	Antonio Saldanha Palheiro e Rogerio Schietti Cruz
		A não observância da dupla compatibilidade vertical material e o <i>margin of appreciation</i>	Antonio Saldanha Palheiro
		A necessidade do crime de desacato	Antonio Saldanha Palheiro e Rogerio Schietti Cruz
Não diz respeito ao controle de convencionalidade	Antonio Saldanha Palheiro	Não aplicação do princípio da consunção em relação ao crime de desobediência e desacato	Antonio Saldanha Palheiro
Obs.: O Ministro Joel Ilan Paciornik esteve ausente justificadamente			

Org.: SILVA, M. I. B. M. (2019).

Fonte: STJ (HC n° 379.269 – MS)

2 DESCRIÇÃO E ANÁLISE CRÍTICA DA RETÓRICA ARGUMENTATIVA DO TRIBUNAL

Neste capítulo faremos uma análise crítica dos argumentos expendidos pelos Ministros no acórdão em estudo, apresentando-se então, a base teórica do trabalho. Dessa forma, para facilitar este estudo, desenvolve-se e organiza-se, de forma lógica, a abordagem de cada um dos fundamentos expostos pelos Ministros no presente julgado, isto é, partindo do ponto mais abrangente ao mais específico, com base nos fundamentos emanados.

2.1 O patamar hierárquico supralegal dos tratados de direitos humanos e a Convenção Americana de Direitos Humanos no Brasil

Como visto no capítulo anterior, os Ministros Reynaldo Soares da Fonseca e Antônio Saldanha Palheiro, expressamente, reconheceram que os tratados de direitos humanos, aprovados antes da EC 45/2004, apresentam natureza supralegal. Por conseguinte, que as regras provindas da Convenção Americana de Direitos Humanos, em decorrência de sua supralegalidade, têm efeito paralisante sobre as normas em sentido contrário que compõem o ordenamento jurídico interno.

Nessa perspectiva, tendo em vista as intensas e constantes relações entre os Estados no âmbito internacional, tornou-se cada vez mais necessário o estudo a respeito dos tratados¹⁶. Atualmente, considerados a fonte mais segura, importante e concreta do Direito Internacional e das relações entre os sujeitos do Direito Internacional Público (DIP) (MAZZUOLI, 2016, 242), passando, inclusive, a serem vistos como a fonte do mais democrática do Direito Internacional, já que nela, há a participação direta dos Estados na sua elaboração (MELLO, 2000, p. 200).

Desta feita, os tratados correspondem a acordos realizados de forma escrita¹⁷, os quais são firmados por Estados e organizações internacionais, dentro dos limites estabelecidos pelo DIP, com a finalidade de produzir efeitos jurídicos relativo a temas de interesse comum entre eles (PORTELA, 2018, p. 83). Assim, têm a natureza jurídica de instrumentos que veiculam

¹⁶ Os Tratado apresentam definição imprecisa na prática, como lembra Celso D. de Albuquerque Mello (2000), mas, no presente trabalho, deve-se entender o termo como o gênero que incorpora as várias espécies, a saber: convenção, acordo, pacto, protocolo etc (PORTELA, 2018)

¹⁷ Ainda que os tratados adotem a forma escrita, e por isso, são considerados acordos formais, a Comissão Internacional da ONU admite o acordo oral, o que também é previsto na Convenção de Viena de 1969, em seu art. 3 (MELLO, 2000, p. 200).

regras jurídicas, pelas quais os agentes internacionais se sujeitam a direitos e obrigações quando ratificados, sendo a fonte irradiadora o acordo entre as vontades soberanas dos Estados (FERRAZ JÚNIOR, 2015, p. 196).

Nesse cenário, a Convenção de Viena de 1969¹⁸, importante regulamento internacional e principal tratado que rege a elaboração e aplicação dos tratados, conhecida ainda como tratado dos tratados, em seu artigo 2º, 1, "a", conceitua esse instituto como sendo aqueles que designam um acordo internacional concluído por escrito entre Estados e regido pelo direito internacional, quer esteja consignado num instrumento único, quer em dois ou mais instrumentos conexos e qualquer que seja a sua denominação particular.

Importante citar que, a Convenção de Viena de 1969 assegura um princípio basilar dos tratados, qual seja, que o direito interno não pode legitimar a inexecução de um tratado (art. 27), não prejudicando a aplicação do art. 46, o qual afirma que:

1. Um Estado não pode invocar o fato de que seu consentimento em obrigar-se por um tratado foi expresso em violação de uma disposição de seu direito interno sobre competência para concluir tratados, a não ser que essa violação fosse manifesta e dissesse respeito a uma norma de seu direito interno de importância fundamental. 2. Uma violação é manifesta se for objetivamente evidente para qualquer Estado que proceda, na matéria, de conformidade com a prática normal e de boa fé. (BRASIL, 1969)

Dessarte, extrai-se que os tratados internacionais têm o objetivo de regular o plano do direito internacional, tornando-o mais dinâmico, representativo e autêntico. Isto é, o que era regulado por normas advindas dos costumes, passa-se então a ser organizado por normas convencionais e legais. São, portanto, verdadeiros instrumentos internacionais por meio do qual os Estados e as organizações intergovernamentais acomodam seus interesses contrastantes e cooperam entre si para a satisfação de suas necessidades comuns (MAZZUOLI, 2016, 242-243).

À vista disso, em razão desse progressivo fortalecimento dos tratados e seu reconhecimento pelos Estados, urge a necessidade de regulamentar procedimentalmente a eficácia de sua aplicação interna.

Destaca-se que, no Brasil, a promulgação da Constituição de 1988 foi um marco significativo para o início do processo de redemocratização do Estado brasileiro, de institucionalização dos direitos humanos no país e de abertura do sistema jurídico para essa chamada nova ordem estabelecida a partir de então. Todo esse processo se desenvolveu concomitantemente a cada vez mais intensa ratificação, pelo Brasil, de inúmeros tratados

¹⁸ Recepcionada pelo Brasil pelo Decreto nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009, com reserva aos Artigos 25 e 66.

internacionais globais e regionais protetivos dos direitos da pessoa humana, os quais perfazem uma imensa gama de normas diretamente aplicáveis pelo Judiciário e que agregam vários novos direitos e garantias àqueles já constantes do nosso ordenamento jurídico interno (MAZZUOLI, 2011, p. 26).

Nesse âmbito, a Carta Magna em reflexo a essa abertura do sistema jurídico brasileiro ao internacional de proteção dos direitos humanos, trouxe claro em seus §§ 1º e 2º, do art. 5º, que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata e que os direitos e garantias expressos na 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.

Não obstante, ainda que com parte da doutrina em sentido diverso¹⁹, o Supremo Tribunal Federal, até a edição da Emenda Constitucional n. 45/2004, manteve o entendimento de que essa aplicação imediata regeria somente no âmbito interno dos direitos e garantias fundamentais, sem relação com a necessidade ou não de decreto executivo na incorporação de tratados. Isto é, para o STF, nada mudaria no processo de formação e incorporação dos tratados, todo eles deveriam passar pelas quatro fases para que pudessem ter validade nacional e teriam a mesma hierarquia dos demais tratados, isto é, de lei ordinária federal – inclusive os tratados de direitos humanos²⁰ (RAMOS, 2017, p. 472-475).

Sucedo que, publicada em 2004, a EC n. 45, introduziu o §3º no art. 5º da CRFB/88, firmando que, os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem

¹⁹ “Esse termo ‘aplicação imediata’ teria, para uma determinada parte da doutrina, a consequência da dispensa do decreto de promulgação. Consequentemente, houve quem defendesse que, desde 1988, a Constituição ordenava dispensa da incorporação e adoção automática dos tratados internacionais de direitos humanos ratificados pela Brasil.” (RAMOS, 2017, p. 472).

²⁰ As quatro fases correspondentes ao trâmite da aprovação dos Tratados são as seguintes: I – **(Fase da Assinatura)** Tudo se inicia com as negociações do teor do futuro tratado, que são consideradas atribuição do Chefe de Estado, com a assinatura, o Estado manifesta sua predisposição em celebrar, no futuro, o texto do tratado. Assim, após a assinatura, cabe ao Poder Executivo encaminhar o texto assinado do futuro tratado ao Congresso. II – **(Fase da Aprovação Congressual)** o Presidente encaminha mensagem presidencial ao Congresso Nacional, fundamentada (esse que feita pelo Ministro das Relações Exteriores), solicitando a aprovação congressual ao texto do futuro tratado, que vai anexado na versão oficial em português, nascendo, então, um projeto de decreto legislativo. Após a aprovação, o Presidente do Senado promulga e publica o decreto legislativo com o texto do tratado. III – **(Fase da Ratificação)** Após a aprovação congressual, fica o Presidente da República autorizado a celebrar em definitivo do tratado por meio da ratificação ou ato similar. Temos, após a ratificação, o fim do ciclo de formação de um tratado para o Brasil. IV – **(Fase do Decreto Presidencial)** Porém, a norma, válida internacionalmente, não será válida internamente até que seja editado o Decreto de Promulgação (também chamado de Decreto Executivo ou Decreto Presidencial) pelo Presidente da República e referendado pelo Ministro das Relações Exteriores (art. 87, I da Constituição). Esse Decreto inova a ordem jurídica brasileira, tornando válido o tratado no plano interno. (RAMOS, 2017, 462-466).

aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

Dessa forma, essa alteração motivou uma pontual revisão no posicionamento do Supremo Tribunal Federal (STF) a respeito da hierarquia dos tratados de direitos humanos no Brasil, quando provocado em 2008. Quer dizer, no julgamento do RE 466.343 SP²¹, referente à prisão civil do depositário infiel, a maioria dos Ministros sustentou que os tratados internacionais de direitos humanos, que não forem aprovados pelo Congresso Nacional pelo rito especial do art. 5º, §3º, da CRFB/88, têm natureza supralegal, isto é, abaixo da Constituição, mas acima das demais leis²² (RAMOS, 2017, p. 478).

Destarte, o voto do Ministro Gilmar Mendes no RE 466.343-1 SP, relatoria do Ministro Cezar Peluso, notadamente em sua conclusão, esclarece o entendimento fixado pelo Tribunal:

(...) desde a ratificação, pelo Brasil, sem qualquer reserva, do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), ambos no ano de 1992, não há mais base legal para prisão civil do depositário infiel, pois o caráter especial desses diplomas internacionais sobre direitos humanos lhes reserva lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna. **O status normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil, dessa forma, torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de ratificação.** Assim ocorreu com o art. 1.287 do Código Civil de 1916 e com o Decreto-Lei nº 911/69, assim como em relação ao art. 652 do Novo Código Civil (Lei nº 10.406/2002). (RE 466.343, Rel. Min. Cezar Peluso, voto do Min. Gilmar Mendes, julgamento em 3-12-2008, Plenário, DJE de 5-6-2009, com repercussão geral²³ (STF, 2009, grifo nosso)

Contudo, os tratados aprovados pelo Congresso conforme especial do §3º do art. 5º da CRFB/88, quer dizer, com votação em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, terão *status* constitucional (RAMOS, 2017, p. 479).

²¹ PRISÃO CIVIL. Depósito. Depositário infiel. Alienação fiduciária. Decretação da medida coercitiva. Inadmissibilidade absoluta. Insustentabilidade da previsão constitucional e das normas subalternas. Interpretação do art. 5º, inc. LXVII e §§ 1º, 2º e 3º, da CRFB/88, à luz do art. 7º, §7, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica). Recurso improvido. Julgamento conjunto do RE nº 343;703 e dos HC nº 87.585 e nº 92.566. É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade de depósito. (STF - RE 466.343 SP, Rel. Min. Cezar Peluso, data de julgamento: 03/12/2008, Tribunal Pleno, Data de publicação: DJe-104 Divulg 04-06-2009 Public 05-06-2009 Ement Vol-02363-06 PP-0106 RDECTRAB v. 17, n. 186, 2010, p. 29-165)

²² Pontua-se que o Superior Tribunal de Justiça adotou o mesmo entendimento do STF a respeito da supralegalidade dos tratados no Recurso Especial 914.253/SP 2006/0283913-8, Relator: Ministro Luiz Fux, Data de Julgamento: 02/12/2009, CE – Corte Especial, Data de Publicação DJe 04/02/2010.

²³ Ver Súmula Vinculante 25: É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade de depósito.

Logo, como explica RAMOS (2017, p. 479), nesse momento ficou consagrado no Brasil a teoria do duplo estatuto dos tratados de direitos humanos. Com base nesta, apresentarão natureza constitucional os tratados aprovados pelo rito do §3º do art. 5º da CRFB/88; e natureza supralegal todos os demais tratados de direitos humanos, quer sejam anteriores ou posteriores à EC n. 45 e que tenham sido aprovados pelo rito comum – maioria simples, turno único em cada Casa do Congresso.

Nesse âmbito, com a consagração da teoria do duplo estatuto, tem-se o seguinte: i – leis e atos normativos são válidos se forem compatíveis com a CRFB/88 e com os tratados internacionais de direitos humanos; ii – cabe ao Poder Judiciário realizar o chamado controle de convencionalidade nacional das leis²⁴, utilizando os tratados de direitos humanos como parâmetro supralegal ou mesmo equivalente à EC; e, iii – os tratados incorporados pelo rito especial previsto no art. 5º, §3º, da CRFB/88 passam a integrar o bloco de constitucionalidade restrito²⁵, podendo servir de parâmetro para avaliar a constitucionalidade de uma norma infraconstitucional qualquer (RAMOS, 2017, p. 479).

Partindo dessa análise, no caso vertente, tem-se a Convenção Americana de Direitos Humanos²⁶, a qual foi adotada no âmbito da Organização dos Estados Americanos, por ocasião

²⁴ Este tema será abordado no próximo subtópico do trabalho.

²⁵ Segundo RAMOS (2017, p. 485-486), o bloco de constitucionalidade consiste no reconhecimento da existência de outros diplomas normativos de hierarquia constitucional, além da constituição. No Brasil, o STF, em 2002, na ADI 595/ES, constatou a existência do debate sobre bloco de constitucionalidade, o qual influencia na atuação do Tribunal, uma vez que os dispositivos normativos pertencentes ao bloco poderiam ser utilizados como paradigma de confronto das leis e atos normativos infraconstitucionais no âmbito do controle de constitucionalidade. De forma que, o texto constitucional ao dispor em seu art. 5º, §2º, 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, permite o reconhecimento de um bloco de constitucionalidade amplo, que abarca os direitos previstos nos tratados internacionais de direitos humanos. Assim, até a edição da EC n. 45/2004, o estatuto desses tratados, na visão do STF, era equivalente à mera lei ordinária. Não obstante, com a introdução do art. 5º, §3º, o STF modificou sua posição, mas ainda situou os tratados aprovados sem o rito especial do citado parágrafo no patamar da supralegalidade. Restando, então, os tratados aprovados pelo rito especial do art. 5º, §3º, como parte integrante de um bloco de constitucionalidade restrito e como consequência, todos os dispositivos que dizem respeito ao princípio da supremacia da norma constitucional devem ser lidos como componentes do mecanismo de preservação da supremacia do lobo de constitucionalidade como um todo.

²⁶ A Convenção Americana de Direitos Humanos define os direitos humanos que os Estados ratificantes se comprometem internacionalmente a respeitar e a dar garantias para que sejam respeitados. Ela cria, ainda, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, e define atribuições e procedimentos tanto da Corte como da Comissão IDH.

Na oportunidade, deve-se entender a Comissão interamericana de Direitos humanos como aquele a que cabe a missão de promover o respeito dos direitos previstos na Convenção Americana de Direitos Humanos, podendo recomendar condutas aos estados, sugerir soluções amistosas entre vítimas de violação de Direitos humanos e estados, bem como, no limite, propor ação de responsabilidade internacional contra um estado perante a Corte interamericana de Direitos humanos. A Corte interamericana de Direitos humanos, por seu turno, exerce a função similar à do Ministério Público brasileiro (parte processual e fiscal da lei), só podendo ser acionada pelos estados contratantes e pela Comissão interamericana de Direitos humanos, sendo que, atualmente são 21 estados que reconhecem a jurisdição obrigatória da Corte interamericana de Direitos humanos, a saber:

da Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos de 22 de novembro de 1969, em São José, na Costa Rica, entrando em vigor internacionalmente em 18 de julho de 1978. A ela aderiu o Brasil em 9 de julho de 1992, com carta de adesão em 25 de setembro de 1992, promulgada por meio do Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992, e o ato unilateral entrou em vigor para o Brasil em 25 de setembro de 1992, data de depósito de seu instrumento de ratificação, conforme dispõe o seu art. 74, §2º (RAMOS, 2017, p. 293-294).

Logo, no Brasil, resta claro concluir que a Convenção Americana de Direitos Humanos tem força de norma supralegal, ou seja, está abaixo apenas da Constituição e acima das demais leis em termos de hierarquia das normas.

Ainda sobre os efeitos de tal supralegalidade, a CADH traz, em sua parte I, os deveres impostos aos Estados-Partes e os direitos por ela protegidos, e, notadamente no capítulo I, os deveres dos Estados aderentes.

ARTIGO 1. 1. Os Estados-Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social. 2. Para os efeitos desta Convenção, pessoa é todo ser humano.

ARTIGO 2. Se o exercício dos direitos e liberdades mencionados no artigo 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 outras natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades (BRASIL, 1969, grifo nosso).

Assim, é certo que, quando o Brasil aderiu ao referido tratado e lhe deu força supralegal, se comprometeu a respeitar os direitos e liberdades nele reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição. Ademais, a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições dessa Convenção, as medidas legislativas ou de outras naturezas que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades, quando o exercício dos direitos e liberdades mencionados ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza.

Nesse cenário, extrai-se que os Ministros reconheceram no caso em epígrafe, que os tratados de direitos humanos, aprovados antes da EC 45/2004, apresentam natureza supralegal, bem como, que a Convenção Americana de Direitos Humanos tem o status supralegal, de forma

Argentina, Barbados, Bolívia, Brasil, Chile, Colômbia, Costa Rica, El Salvador, equador, Guatemala, Haiti, Honduras, México, Nicarágua, Panamá, Paraguai, Peru, República Dominicana, Suriname, Uruguai, Venezuela (RAMOS, 2009, p. 249).

que, as regras provindas dela apresentam efeito paralisante sobre as demais normas que compõem o ordenamento jurídico interno em sentido contrário.

2.2 A necessidade de compatibilização das normas internas com os tratados de direitos humanos

Os Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Antônio Saldanha Palheiro e, com uma pequena ressalva, Rogerio Schietti Cruz, reconheceram a necessidade do controle de convencionalidade.

O Ministro Reynaldo Soares da Fonseca constatou que no julgado em análise estava presente um real controle de convencionalidade, o qual cuida da verificação da compatibilidade vertical do crime de desacato aos tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Estado e em vigor no território nacional, tendo para isso o Estado um papel crucial, já que esse controle obriga todo e qualquer magistrado ou órgão que integra o respectivo Poder Judiciário a seguir, além das normas dos tratados internacionais, notadamente a CADH, a jurisprudência da Corte IDH que os interpreta e, acima de tudo, as decisões da Corte.

Dessa forma, o Ministro Schietti Cruz defendeu que a composição do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos conta com a Comissão IDH, seria diferente, pois teria o objetivo de receber os pedidos de tutela de direito humano protegido pelo sistema, daí então iria-se abrir um procedimento e, a partir desses procedimentos, fixação de recomendações por parte da Comissão IDH, que, se não atendidas a tempo e modo, poderão engendrar o acionamento da Corte IDH.

Nesse âmbito, no subtópico anterior, concluiu-se que o Brasil, com a Constituição de 1988, ao fixar em seu art. 5º, §2º, que as garantias expressas na 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, reconhece a necessidade de um novo tipo de controle à normatividade interna ao direito brasileiro: o controle de convencionalidade²⁷ das leis.

Ademais, foi possível extrair que com a entrada da EC 45/2004 no ordenamento jurídico brasileiro acrescentando o § 3º ao art. 5º da CRFB/88, houve reformulação no entendimento do Supremo Tribunal Federal, firmando que, os tratados internacionais de direitos

²⁷ “A expressão reflete um neologismo talvez pouco elegante, mas é a melhor já encontrada até o momento para designar a conformidade de uma norma interna com um tratado internacional de direitos humanos.” (MAZZUOLI, 2011, p. 73).

humanos terem status equivalentes às emendas constitucionais e em relação aos demais tratados de direitos humanos, quer sejam anteriores ou posteriores à Emenda Constitucional n. 45 e que tenham sido aprovados pelo rito comum, passaram a receber natureza supralegal.

Quer dizer, levando em consideração que os tratados de direitos humanos, independente da sua aprovação pelo rito específico do § 3.º ao art. 5.º da CRFB/88, terão força supralegal, evidenciando-se a necessidade de um controle para além do controle de constitucionalidade, que busque a compatibilização das normas de direito interno com os tratados de direitos humanos ratificados pelo governo e em vigor no país (MAZZUOLI, 2011, p. 73).

É imperioso deixar claro que o controle de constitucionalidade deve ser entendido apenas no estrito caso de (in)compatibilidade vertical das leis com a Constituição, e o controle de convencionalidade para os casos de (in)compatibilidade legislativa com os tratados de direitos humanos - sejam elas formalmente constitucionais ou não - em vigor no país (MAZZUOLI, 2011, p. 74).

Dessa forma, esse controle de convencionalidade das leis consiste no processo de compatibilização vertical das normas domésticas com os comandos encontrados nas convenções internacionais de direitos humanos (MAZZUOLI, 2019, p. 502).

Quer dizer, essa análise da compatibilidade dos atos internos em face das normas internacionais consiste exatamente no conceito de controle de convencionalidade (RAMOS, 2017, p. 488).

RAMOS (2017, p. 488) destaca que esse controle pode ser positivo – quando da interpretação adequada das normas nacionais para que estas sejam conformes às normas internacionais, em um controle construtivo de convencionalidade – ou negativo – quando da invalidação das normas e decisões nacionais contrárias às normas internacionais, no chamado controle destrutivo ou saneador de convencionalidade.

O autor ainda suscita duas subcategorias: o controle de convencionalidade de matriz internacional e o controle de convencionalidade de matriz nacional.

O controle de convencionalidade de matriz internacional é atribuído a órgãos compostos por julgadores independentes, criados por tratados internacionais, para evitar que os próprios Estados sejam, ao mesmo tempo, fiscais e fiscalizadores, tendo como parâmetro de confronto a norma internacional, bem como objeto toda a norma interna, não importando a sua hierarquia nacional, podendo mesmo ser oriunda do Poder Constituinte Originário e com os tratados de direitos humanos sempre como norma paramétrica superior (RAMOS, 2017, p. 489).

O controle de convencionalidade de matriz nacional é aquele no exame de compatibilidade do ordenamento interno diante das normas internacionais incorporadas, realizado pelo próprios Tribunais internos.

No Brasil, esse controle de convencionalidade, na seara dos direitos humanos, consiste na análise da compatibilidade entre as leis e os tratados internacionais de direitos humanos realizada pelos juízes e tribunais brasileiros no julgamento de casos concretos, não havendo limite ao objeto de controle, uma vez que não se analisam normas do Poder Constituinte Originário²⁸. Aqui, a hierarquia do tratado-parâmetro depende do próprio direito nacional que estabelece o estatuto dos tratados internacionais - como visto, no Brasil há tratados de estatura supralegal e constitucional (RAMOS, 2017, p. 489).

Destarte, no sistema interamericano de direitos humanos, a teoria do controle de convencionalidade veio à tona, pela primeira vez, em 26 de setembro de 2006, quando a Corte Interamericana de Direitos Humanos julgou o *Caso Almonacid Arellano e outros Vs. Chile*, a qual estabeleceu no parágrafo 124 da sentença:

124. A Corte tem consciência de que os juízes e tribunais internos estão sujeitos ao império da lei e, por isso, são obrigados a aplicar as disposições vigentes no ordenamento jurídico. Mas quando um Estado ratifica um tratado internacional como a Convenção Americana, seus juízes, como parte do aparato estatal, também estão submetidos a ela, o que os obriga a velar para que os efeitos das disposições da Convenção não se vejam diminuídos pela aplicação de leis contrárias a seu objeto e a seu fim e que, desde o início, carecem de efeitos jurídicos. **Em outras palavras, o Poder Judiciário deve exercer uma espécie de “controle de convencionalidade” entre as normas jurídicas internas aplicadas a casos concretos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Nesta tarefa, o Poder Judiciário deve levar em conta não apenas o tratado, mas também a interpretação que a Corte Interamericana, intérprete última da Convenção Americana, fez do mesmo** (CORTE IDH, 2006, parágrafo 124, grifo nosso).

Isto é, a partir de 2006 a Corte Interamericana de Direitos Humanos transportou essa obrigatoriedade de controle, de forma prioritária, para o Judiciário interno dos Estados-partes, isto é, no sentido de ser um dever do Poder Judiciário interno o de controlar a convencionalidade de suas leis em face dos tratados de direitos humanos em vigor no país²⁹ (MAZZUOLI, 2019, p. 505).

Destaca-se ainda o *Caso Gelman Vs. Uruguai*, julgado em 24 de fevereiro de 2011, quando então entendeu a Corte que todos os órgãos do Estado, incluídos os juízes, estão

²⁸ O STF já fixou que não tem jurisdição para fiscalizar a validade das normas aprovadas pelo poder constituinte originário (ADI 815, Rel. Min. Moreira Alves, julgamento em 28-3-1996, Plenário, DJ de 10-5-1996).

²⁹ Outros casos em que a corte reiterou o argumento: *Caso dos Trabalhadores Demitidos do Congresso Vs. Peru*, julgado em 24 de novembro de 2006, no parágrafo 128 da sentença e *Caso Cabrera García e Montiel Flores Vs. México*, julgado em 26 de novembro de 2010, nos parágrafos 225 a 233 da sentença.

submetidos à autoridade da CADH, cabendo aos juízes e órgãos vinculados à administração da Justiça em todos os níveis exercer *ex officio* o controle de convencionalidade das normas internas relativamente à CADH, no âmbito de suas respectivas competências e das regras processuais pertinentes (parágrafo 197 da sentença) (MAZZUOLI, 2019, p. 505).

Frisa-se que, no *Caso Comunidade Garífuna de Punta Piedra e seus Membros Vs. Honduras*, julgado em 8 de outubro de 2015, a Corte Interamericana de Direitos Humanos advertiu ao Estado que devesse controlar a convencionalidade das leis à luz da jurisprudência interamericana e dos “padrões internacionais aplicáveis” (parágrafos 221 e 225 da sentença).

É preciso destacar que todo e qualquer tratado de direitos humanos é paradigma para o controle de convencionalidade, e não apenas a Convenção Americana de Direitos Humanos, de forma que a Corte Interamericana de Direitos Humanos se refere “a um tratado internacional como a CADH” (MAZZUOLI, 2011, p. 505-506).

Assim, esse controle de convencionalidade exercido pelos juízes e tribunais nacionais deve-se pautar pelos padrões estabelecidos pela “intérprete última” da Convenção - qual seja, a Corte Interamericana de Direitos Humanos -, havendo evidentes reflexos ao chamado controle difuso de convencionalidade (MAZZUOLI, 2019, p. 504).

Sucedo que, se a Corte Interamericana de Direitos Humanos não limita o controle a um pedido expresso das partes em um caso concreto, e se, ao seu turno, os juízes e tribunais locais devem levar em conta a interpretação que do tratado faz aquele Tribunal, tem-se que o Poder Judiciário interno não deve se prender à exclusiva solicitação das partes, mas controlar a convencionalidade das leis *ex officio* sempre que estiver diante de um caso concreto cuja solução possa ser encontrada em tratado internacional de direitos humanos em que o Estado seja parte (MAZZUOLI, 2019, p. 504).

Nesse âmbito, a negativa do Poder Judiciário estatal em controlar a convencionalidade pela via difusa, sob o argumento de que não solicitado pelas partes ou de que não é possível exercê-lo *ex officio*, é motivo suficiente para acarretar a responsabilidade internacional do Estado por violação de direitos humanos, para além de atribuir à Corte Interamericana de Direitos Humanos a competência última para o exercício desse controle (MAZZUOLI, 2019, p. 506).

Dessa forma, a Corte Interamericana de Direitos Humanos defende a realização do controle nacional da convencionalidade das leis, sendo que, apenas no caso da falta de sua realização interna - ou seu exercício insuficiente - é que deverá a Justiça Internacional atuar, trazendo para si a competência de controle em último grau – controle de convencionalidade internacional, o qual deve ser visto como suplementar.

PORTELA (2018, p. 139) explica o controle de convencionalidade na modalidade concentrada, é aquele de competência do STF exercer no tocante aos tratados que equivalem a emendas constitucionais, efetuado por meio de ADI (Ação Direta de Inconstitucionalidade), ADECON (Ação Declaratória de Constitucionalidade) ou de ADPF (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental), de forma que, a ação poderia ser movida pelos entes legitimados a ajuizar feitos voltados a promover o controle de constitucionalidade, que aqui atuaria como controle de convencionalidade; e, o controle difuso, é aquele que poderá ser levado a cabo por qualquer juiz ou órgão julgador nacional a requerimento da parte ou *ex officio*, referindo-se a todos os tratados de direitos humanos.

Nesse âmbito, no HC nº 379.269/MS, está-se a tratar exatamente da convencionalidade do crime de desacato, tipificado no art. 331 do Código Penal Brasileiro, perante os tratados de direitos humanos que versam acerca do tema, notadamente em relação à Convenção Americana de Direitos Humanos, que dispõe em seu artigo 13 acerca da liberdade de pensamento e de expressão e estipula mecanismos para sua proteção:

Artigo 13 - Liberdade de pensamento e de expressão

1. Toda pessoa tem o direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito inclui a liberdade de procurar, receber e difundir informações e ideias de qualquer natureza, sem considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer meio de sua escolha.
2. O exercício do direito previsto no inciso precedente não pode estar sujeito à censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente previstas em lei e que se façam necessárias para assegurar:
 - a) o respeito dos direitos e da reputação das demais pessoas;
 - b) a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas.
- 3. Não se pode restringir o direito de expressão por vias e meios indiretos, tais como o abuso de controles oficiais ou particulares de papel de imprensa, de frequências radioelétricas ou de equipamentos e aparelhos usados na difusão de informação, nem por quaisquer outros meios destinados a obstar a comunicação e a circulação de 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 incitamento à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência. (BRASIL, 1969, grifo nosso)

Assim, no caso em tela, trata-se de controle de convencionalidade negativo - buscando a invalidação do crime de desacato e das decisões nacionais contrárias às normas internacionais - de matriz nacional, aquele no exame de compatibilidade do ordenamento interno diante das normas internacionais incorporadas, realizado pelos próprios Tribunais internos, de forma

difusa, porquanto realizado por Tribunal diverso do Supremo Tribunal Federal, no caso, pelo Superior Tribunal de Justiça.

Destaca-se que, é competência do STJ fazer o referido controle de convencionalidade, posto que nos termos do art. 105, I, “c” c/c III, “a”, ambos da CRFB/88, no qual se resguarda ser de competência desse Tribunal julgar, originalmente, os habeas corpus, quando o coator ou paciente for os desembargadores dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal e, por meio de 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**. Assim, em acordo com os parâmetros do sistema interamericano, cumpre ao Tribunal observar as diretrizes de aplicação das normas neste produzidas.

Dessa forma, como analisado acima, a Corte Interamericana de Direitos Humanos não limita o controle de convencionalidade difuso a um pedido expresso das partes em um caso concreto, e fomenta, inclusive, o controle de convencionalidade interno pelos Estados *ex officio* sempre que estiver diante de um caso concreto cuja solução possa ser encontrada em tratado internacional de direitos humanos em que o Estado seja parte, calcado no compromisso assumido de ajuste da norma interna aos comandos internacionais. Não obstante, no caso da falta ou insuficiência de sua realização interna, é que deverá a Justiça Internacional atuar, exercendo o controle de convencionalidade internacional, de forma suplementar.

Pelo exposto, ao analisar a manifestação dos Ministros, se nota que eles reconheceram a necessidade do controle de convencionalidade no caso em tela, isto é, o dever de compatibilização das normas internas do Brasil com os tratados de direitos humanos, notadamente com a Convenção Americana de Direitos Humanos.

2.3 A força vinculante das recomendações expedidas pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a não observância da dupla compatibilidade vertical material e a *margin of appreciation*

Como observado ao norte do trabalho, os Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Antônio Saldanha Palheiro e Rogerio Schietti Cruz suscitaram em seus votos a acerca da força vinculante das recomendações expedidas pela Convenção Americana de Direitos Humanos.

O Ministro Reynaldo Soares da Fonseca afirmou que a Comissão IDH já se manifestou a respeito da inconventionalidade do crime de desacato em casos que envolveram outros países da América Latina, os quais tiveram como resultado a prevalência do art. 13 do Pacto de São

José sobre normas internas que tipificam o desacato. Também menciona o art. 11 da Declaração de Princípios sobre a Liberdade de Expressão, o qual dispõe que as leis que penalizam a expressão ofensiva dirigida a funcionários públicos, geralmente conhecidas como "leis de desacato", atentam contra a liberdade de expressão e o direito à informação. Ademais, defendeu que as recomendações da Comissão IDH assumem força normativa interna.

Por sua vez, os Ministros Antônio Saldanha Palheiro e Rogerio Schietti Cruz afirmaram que embora a Corte IDH já tenha se pronunciado sobre o tema "leis de desacato", as circunstâncias que balizaram teriam sido significativamente distintas às da presente abordagem, não havendo precedente da Corte IDH relacionada ao crime de desacato atrelado ao Brasil. Sustentaram, ainda, que as recomendações da Comissão IDH não possuem força vinculante, mas tão somente "poder de embaraço" ou "mobilização da vergonha", pelo que entendem insuficiente para afirmar a inconveniência do desacato.

O Ministro Antônio Saldanha Palheiro, pontuou também a respeito da não observância da dupla compatibilidade vertical material, afirmando que, para a produção normativa doméstica ter validade e eficácia, exige-se uma dupla compatibilidade vertical material, de forma que, pela teoria da margem de apreciação nacional (*margin of appreciation*), há necessidade de que os estados nacionais estejam – apesar de vinculados ao direito internacional dos direitos humanos – em situação econômica, social, política ou jurídica diferenciada, o que, em algumas situações, legítima uma diversidade de resultados no processo hermenêutico realizado pelos Tribunais Internacionais.

Nesse diapasão, após intensos e persistentes conflitos e muito por influência da Organização das Nações Unidas (ONU), os Estados passaram a desenvolver tratados objetivando a manutenção da paz e da segurança internacional, ou seja, focados na proteção do ser humano e da dignidade da pessoa humana (MAZZUOLI, 2016)³⁰.

Por conseguinte, hodiernamente, os direitos humanos³¹ passam a assumir a centralidade do ordenamento jurídico, o que ocasiona na “aceitação da vinculação de todos os poderes públicos e agentes privados ao conteúdo desses direitos” (RAMOS, 2017, p. 102).

³⁰ A dignidade humana deve ser entendida como a matéria indivisível para a condição humana, garantida no art. 1º, III da CRFB/88. É uma qualidade (ou valor) intrínseca da pessoa humana, irrenunciável e inalienável, constituindo elemento que qualifica o ser humano como tal e dele não podendo ser destacado (SARLET, 2005, p. 19).

³¹ Os direitos humanos devem ser compreendidos como o “conjunto de direitos considerados indispensáveis para uma vida humana pautada na liberdade, igualdade e dignidade” (RAMOS, 2017, p. 29). Ou seja, são aqueles direitos que buscam garantir a própria condição de ser humano, sendo essenciais e indispensáveis à vida humana digna.

Logo, é reconhecido que, não apenas os poderes públicos, mas todos os indivíduos e as pessoas jurídicas de direito privado têm o dever de respeitar os direitos humanos de qualquer espécie, pois a essência ontológica do ser humano é apenas uma, merecendo todos igual respeito e proteção, a todo tempo e em todas as partes do mundo em que se encontrem (COMPARATO, 2013, p. 70-81).

Norberto Bobbio (2004) afirma que

sem direitos do homem reconhecidos e efetivamente protegidos não existe democracia, sem democracia não existe as condições mínimas para a solução pacífica dos conflitos que surgem entre os indivíduos, entre os grupos e entre as grandes coletividades tradicionalmente indóceis e tendencialmente autocráticas que são os Estados, apesar de serem democráticas com os próprios cidadãos (BOBBIO, 2004, p. 203).

Além disso, foi proclamado solenemente na Conferência Mundial de Direitos Humanos, realizada em Viena em 1993, a respeito de seu programa de ação, que:

5. Todos os Direitos Humanos são universais, indivisíveis, interdependentes e interrelacionados. A comunidade internacional deve considerar os Direitos Humanos, globalmente, de forma justa e equitativa, no mesmo pé e com igual ênfase. Embora se deva ter sempre presente o significado das especificidades nacionais e regionais e os diversos antecedentes históricos, culturais e religiosos, compete aos Estados, independentemente dos seus sistemas políticos, econômicos e culturais, promover e proteger todos os Direitos Humanos e liberdades fundamentais. (CONFERÊNCIA MUNDIAL DE DIREITOS HUMANOS, 1993, p. 4, grifo nosso)

Por isso, com esse progressivo fortalecimento dos tratados em favor da garantia aos direitos indispensáveis aos indivíduos e seu reconhecimento pelos Estados, surge a necessidade de regulamentar procedimentalmente a eficácia de sua aplicação interna.

Logo, tema que sempre foi muito discutido nas relações internacionais “diz respeito à situação do direito internacional na ordem jurídica interna dos Estado” (MAZZUOLI, 2016). Isto é, qual é a situação dos tratados internacionais frente ao ordenamento interno do Estado³².

É interessante porque há uma constante dicotomia que permeia o Direito Internacional, uma vez que, por um lado há a soberania dos Estados e do outro, há a relativização dessa soberania pela vinculação do Estado aos tratados internacionais. Nessa toada, explica Portela (2018) que enquanto no Direito Interno

[...] as normas são elaboradas por órgãos estatais, representantes de um poder soberano capaz de se fazer impor aos particulares. Na ordem internacional, como não

³² Como destaca Portela (2018) o Direito Internacional é fortemente marcado pela dicotomia entre a relativização da relação nacional e a manutenção de sua importância. (PORTELA, 2018, p. 43).

há um poder central responsável por essa tarefa, a construção do ordenamento jurídico é fruto de um esforço de articulação entre Estados e organizações internacionais, que elaboram as normas internacionais a partir de negociações e podem expressar seu consentimento em observá-las (PORTELA, 2018, p. 43).

Diante disso, a construção do direito internacional dentro da era dos direitos humanos resultou logicamente na alteração das relações em seara internacional, pois nota-se que a “interação entre tais ordens jurídicas convergiu para a garantia da proteção dos direitos humanos e deixou de voltar-se para a concessão de benefícios e estabelecimento de obrigações entre os Estados” (FERNANDES, 2018, p. 19).

O Direito Internacional dos Direitos Humanos, traduz-se, na esteira do professor Dunshee de Abranches (1964), como

[...]o conjunto de normas substantivas e adjetivas do Direito Internacional, que tem por finalidade assegurar ao indivíduo, de qualquer nacionalidade, inclusive apátrida, e independente da jurisdição em que se encontre, os meios de defesa contra os abusos e desvios de poder praticados por qualquer Estado e a correspondente reparação quando não for possível prevenir a lesão (ABRANCHES, 1964, p. 149)

Trata-se então de uma definição que busca romper paradigmas estabelecidos, pois sustenta a natureza de universalidade da incidência dos direitos humanos, sem discriminação entre nacionais ou não de um Estado.

Quando se tem por diretriz os direitos internacionais dos direitos humanos, está-se tratando de uma construção jurídica de direito internacional que cria e impõe obrigações para os Estados, pautadas no respeito e garantia de determinados direitos a todos os seres humanos sob suas jurisdições, sem relação com a nacionalidade (SIMMA, 1995, p. 166).

Na mesma esteira se encontra Norberto Bobbio (2004), ao destacar que o “reconhecimento e a proteção dos direitos do homem são a base das constituições democráticas, e, ao mesmo tempo, a paz é o pressuposto necessário para a proteção efetiva dos direitos do homem em cada Estado e no sistema internacional (BOBBIO, 2004, p. 203).

Contudo, nota-se ainda uma certa resistência por parte dos Estados em consolidar efetivamente essa perspectiva Internacionalista dos Direitos Humanos, pois ainda mantém uma suposta distinção entre as normas de direito humanos de cunho nacional e aquelas de origem internacional (FERNANDES, 2018, p.19).

No entanto, defende-se que, havendo colisão ou na ausência de possibilidade de concordância prática entre as normas, deverá sempre prevalecer a interpretação hermenêutica que promova de forma mais acentuada a dignidade da pessoa humana (SARLET, 2011, p. 15).

Nesse norte, tal como defende BARROSO (2010, p. 19), é necessário definir conteúdos mínimos, que deem unidade e objetividade na interpretação e aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana. Pois, do contrário, ela se transformaria em uma embalagem para qualquer produto, um mero artifício retórico, sujeito a manipulações diversas. Veja no caso em tela, a dignidade do Estado e a dignidade do cidadão.

BARROSO (2010, p. 21-22) então afirma existir três conteúdos essenciais da dignidade: o seu valor intrínseco; a autonomia e o valor social da pessoa humana. Destaca-se o valor intrínseco, do qual advém vários direitos fundamentais, dentre ele o da igualdade, preceituando que todas as pessoas têm o mesmo valor intrínseco e, portanto, merecem igual respeito e consideração, incluindo o tratamento não-discriminatório na lei e perante a lei (igualdade formal), bem como o respeito à diversidade e à identidade de grupos sociais minoritários, como condição para a dignidade individual (igualdade como reconhecimento).

Quer dizer, não se pode usar a dignidade humana como mecanismo para desigualar as pessoas, isto é, para dizer que alguém – no caso, o Estado – é mais digno do que outro alguém – o agente privado. Assim, diferente de outros tempos em que a dignidade estava relacionada à condição superior de certas pessoas ou dos ocupantes de determinados cargos, hoje, a dignidade incorporou-se à teoria dos direitos fundamentais, democratizou-se, e assumiu uma dimensão igualitária (BARROSO, 2010, p. 39).

No mesmo sentido é o que afirma COMPARATO (2013, p. 34), na esteira do postulado ético de Kant, de que o ser humano existe como um fim em si mesmo, não simplesmente como meio, de forma que, “a dignidade [...] resulta também do fato de que, pela vontade racional, só a pessoa vive em condições de autonomia, isto é, como ser capaz de guiar-se pelas leis que ele próprio edita.”

Nesse âmbito, o princípio da primazia da norma mais favorável ao indivíduo é defendido por parte significativa da doutrina e, já foi, inclusive, objeto de manifestação do STF, quando afirmou no Julgamento do HC 96.772, de relatoria do Ministro Celso de Mello que:

Os magistrados e Tribunais, no exercício de sua atividade interpretativa, especialmente no âmbito dos tratados internacionais de direitos humanos, devem observar um princípio hermenêutico básico (tal como aquele proclamado no Artigo 29 da Convenção Americana de Direitos Humanos), consistente em atribuir primazia à norma que se revele mais favorável à pessoa humana, em ordem a dispensar-lhe a mais ampla proteção jurídica. - O Poder Judiciário, nesse processo hermenêutico que prestigia o critério da norma mais favorável (que tanto pode ser aquela prevista no tratado internacional como a que se acha positivada no próprio direito interno do Estado), deverá extrair a máxima eficácia das declarações internacionais e das proclamações constitucionais de direitos, como forma de viabilizar o acesso dos indivíduos e dos grupos sociais, notadamente os mais vulneráveis, a sistemas institucionalizados de proteção aos direitos fundamentais da pessoa humana, sob pena de a liberdade, a tolerância e o respeito à alteridade humana

tornarem-se palavras vãs. - Aplicação, ao caso, do Artigo 7º, n. 7, c/c o Artigo 29, ambos da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica): um caso típico de primazia da regra mais favorável à proteção efetiva do ser humano” (STF, 2009, grifo nosso).

Por conseguinte, eventuais alegações de “competência exclusiva dos Estados” ou mesmo de “violação da sagrada soberania estatal” no domínio da proteção dos direitos humanos se encontram ultrapassadas (RAMOS, 2009, p. 246).

Em vista disso, o professor GRAU (2016, p. 25) defende que a interpretação engloba os fatos, cabendo ao intérprete reconformar, de modo que o direito institui a sua própria realidade. Sendo certo que, quando interpretamos “jamais descrevemos a realidade. O que descrevemos é o nosso modo de ver a realidade”.

Nesse norte, a interpretação hermenêutica aplicada para com os tratados hoje, deve ser pautada pelo ponto de vista de uma realidade traçada nas lentes dos direitos humanos e da dignidade da pessoa humana, a fim de que possamos fomentar uma sociedade em que o Estado possa realmente levar a sério a garantia de igualdade, liberdade e dignidade em favor dos indivíduos.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 marcou de forma significativa o mecanismo de redemocratização e institucionalização dos direitos humanos no Brasil, na proporção em que insere novos princípios a guiar as relações do Brasil no contexto internacional e ao conferir tratamento especial e privilegiado aos direitos internacionais (PIOVESAN, 2010, p. 4).

Destaca-se, então, a presença basilar do princípio internacional *pro homine* no Brasil, o qual se subdivide em dois princípios conceituados alhures e positivados na Carta Magna: *dignidade da pessoa humana* (art. 1º, III da CRFB/88) e a *prevalência dos direitos humanos* (art. 4º, II, da CRFB/88). Tal princípio é considerado um princípio geral de direito, “por meio dele fica assegurada ao ser humano a aplicação da norma mais protetiva e mais garantidora dos seus direitos” (MAZZUOLI, 2011, p. 125-127).

Nesse sentido, tem-se a teoria da margem de apreciação (“*margin of appreciation*”), a qual dispõe que determinadas questões controvertidas relacionadas com as restrições estatais devem ser debatidas e solucionadas pelas comunidades nacionais, ficando a cargo do próprio Estado nacional estabelecer os limites e as restrições ao gozo de direitos em face do interesse público (MORAIS, 2013, p. 1).

Ou seja, parte da ideia de subsidiariedade do controle exercido pelos Tribunais internacionais, tendo por base que as autoridades nacionais estão numa posição melhor do que

um tribunal internacional para julgar o que é necessário de acordo com as condições locais (FELDMAN, 2002, p. 57).

Não obstante, a teoria da margem de apreciação não encontra o devido amparo na Corte Americana de Direitos Humanos. Não há nenhum dispositivo do Pacto de San José que preveja expressamente a aplicação do princípio da margem de apreciação, mesmo que a discussão sobre a melhor posição dos órgãos nacionais tenha feito parte de seus trabalhos preparatórios (NETTO, 2018, p. 75).

Assim, ainda que a Corte Interamericana de Direitos Humanos entenda haver a possibilidade de aplicação da presente teoria, na Opinião Consultiva 4/84, os próprios julgadores já demonstram uma preocupação com a disseminação do uso do poder discricionário dos Estados, quando mencionam a necessidade de aplicação restrita da margem de apreciação no tocante aos testes que devem ser aplicados para averiguar se as exigências legais para concessão da nacionalidade foram satisfeitas (CORRÊA, 2013, p. 277).

Nesse âmbito, André de Carvalho Ramos (2012) dispõe que:

(...) o alargamento normativo no Direito internacional convenceu os Estados sobre os benefícios para o abandono do truque de ilusionista, pelo qual os Estados descumpriam uma obrigação internacional, mas alegavam que estavam cumprindo-a, de acordo com sua interpretação. Esse alargamento gerou uma crescente complexidade das normas internacionais, com obrigações cada vez mais invasivas e reguladoras das mais diversas facetas da vida social doméstica. Ao aceitar tais obrigações, os Estados – ao mesmo tempo – exigiram um sistema que assegurasse que os demais estados parceiros não iriam adotar o truque de ilusionista. Assim, a desconfiança entre os Estados fez nascer uma aceitação galopante de sistemas de solução de controvérsias, nos quais se obtém uma interpretação internacionalista das normas (RAMOS, 2012, p. 501).

Contudo, o autor explica que, no Brasil, há um uso deturpado dos tratados e demais normas internacionais, em razão de um hábito de interpretação nacional, sem conexão com a interpretação internacional, resultando em uma nova espécie de norma: os tratados internacionais nacionais. Quer dizer, o Brasil ratifica tratados e reconhece a jurisdição de órgãos internacionais encarregados de interpretá-los; porém, subsequentemente, o Judiciário nacional continua a interpretar tais tratados nacionalmente, sem qualquer remissão ou lembrança da jurisprudência dos órgãos internacionais que os interpretam (RAMOS, 2012, p. 511).

Sucedo que, analisando a situação do Brasil frente ao reconhecimento da supervisão e controle internacionais sobre o cumprimento dos tratados internacionais de direitos humanos

pelo Brasil³³, extrai-se que o Brasil aceitou a interpretação internacional dos direitos humanos, de forma que, no plano nacional, há juízes e tribunais que interpretam cotidianamente esses tratados de direitos humanos, e no plano internacional, há órgãos internacionais que podem ser acionados, caso a interpretação nacional desses tratados seja incompatível com o entendimento internacional (RAMOS, 2017, p. 493-495).

Até por isso, a necessidade de compatibilização entre o resultado do controle de convencionalidade nacional com o decidido no controle de convencionalidade internacional. Como explica RAMOS (2017):

Não seria razoável, por exemplo, que, ao julgar a aplicação de determinado artigo da Convenção Americana de Direitos Humanos, o STF optasse por interpretação não acolhida pela própria Corte Interamericana de Direitos Humanos, abrindo a possibilidade de eventual sentença desta Corte contra o Brasil (RAMOS, 2017, p. 493).

É imperioso a existência de um “Diálogo das Cortes”, o qual deve ser realizado internamente, para impedir violações de direitos humanos oriundas de interpretações nacionais equivocadas dos tratados e evitar que um “Diálogo das Cortes” como mera peça de retórica judicial.

É evidente não ser possível obrigar os juízes nacionais ao “Diálogo das Cortes”, pois isso desnaturaria a independência funcional e o Estado Democrático de Direito. Assim, no caso de o diálogo inexistir ou ser insuficiente, deve ser aplicada a teoria do duplo controle ou crivo de direitos humanos, que reconhece a atuação em separado do controle de constitucionalidade (STF e juízos nacionais) e do controle de convencionalidade internacional (órgãos de direitos humanos do plano internacional). Os direitos humanos, então, no Brasil possuem uma dupla garantia: o controle de constitucionalidade nacional e o controle de convencionalidade

³³ 1998: reconhecimento da jurisdição obrigatória e vinculante da Corte Interamericana de Direitos Humanos; 2002: adesão ao Protocolo Facultativo à Convenção para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, conferindo poder ao seu Comitê para receber petições de vítimas de violações de direitos protegidos nesta Convenção; 2002: reconhecimento da competência do Comitê para a Eliminação de Toda a Forma de Discriminação Racial para receber e analisar denúncias de vítimas de violação de direitos protegidos pela Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial; 2006: reconhecimento da competência do Comitê contra a Tortura; 2007: adoção do Protocolo Facultativo à Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, que estabelece a competência, para fins preventivos, do Subcomitê de Prevenção da Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes do Comitê contra a Tortura; 2009: reconhecimento da competência do Comitê dos Direitos das Pessoas com Deficiência para receber petições de vítimas de violações desses direitos; 2009: aprovação pelo Congresso e ratificação do Primeiro Protocolo Facultativo ao Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, permitindo a propositura de petições de vítimas de violações de direitos protegidos no citado Pacto ao Comitê de Direitos Humanos. (RAMOS, 2017, p. 495).

internacional. Qualquer ato ou norma deve ser aprovado pelos dois controles, para que sejam respeitados os direitos no Brasil (RAMOS, 2017, p. 494).

Como exemplo concreto, tem-se o “Caso da Guerrilha do Araguaia”, em que, de um lado, o STF exerceu o controle de constitucionalidade na ADPF 153 (controle abstrato de constitucionalidade), decidindo por maioria dos votos, que o formato amplo de anistia foi recepcionado pela nova ordem constitucional. Por outro lado, a Corte de San José exerceu o controle de convencionalidade, decidindo a Corte IDH que a Lei da Anistia não é passível de ser invocada pelos agentes da ditadura (RAMOS, 2017, p. 496).

Quer dizer, a partir dessa nova ótica de duplo controle, devemos exigir que todo ato interno se conforme não só ao teor da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, mas também ao teor da jurisprudência interamericana.

Dessa maneira, será possível evitar o antagonismo entre o Supremo Tribunal Federal e os órgãos internacionais de direitos humanos, evitando a ruptura e estimulando a convergência em prol dos direitos humanos. Caso não supere um deles (por violar direitos humanos), deve o Estado – por meio de seus órgãos internos (Ministério Público, Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário) – deve envidar todos os esforços para cessar a conduta ilícita e reparar os danos causados e cumprirem a sentença internacional (RAMOS, 2017, p. 496).

Nessa mesma linha, MAZZUOLI (2011, p. 94) afirma 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”, 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. Ou seja, pretende-se 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.

Como bem afirma RAMOS (2017, p. 491), em que pese a importância do controle nacional, deve-se tomar cuidado para não adotar um controle de convencionalidade nacional (jurisdicional ou não jurisdicional) isolado, que não dialoga com a interpretação internacionalista dos direitos humanos, uma vez que tal conduta nega a universalidade dos direitos humanos e desrespeita o comando dos tratados celebrados pelo Brasil. O controle nacional deve dialogar com a interpretação ofertada pelo controle de convencionalidade internacional, para que se possa chegar à conclusão de que os tratados foram efetivamente cumpridos.

Por fim, na esteira do professor André de Carvalho Ramos (2012),

[...] o Direito Internacional no Brasil está manco: formalmente, o Brasil está plenamente engajado; na aplicação prática, há quase um total silêncio sobre a interpretação dada pelo próprio Direito Internacional. Se a interpretação judicial brasileira for contrária à interpretação desses órgãos internacionais, o Brasil responderá por isso e, pior, para o jurisdicionado existirá a sensação de que o tratado em tela foi distorcido e só foi usado como retórica judicial para fins de propaganda externa. (RAMOS, 2012, p. 511, grifo nosso).

Nessa perspectiva, o Ministro Edson Fachin, no julgamento do habeas corpus 141.949/DF, pela Segunda Turma do STF, em 13/03/2018, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, afirmou que mais importante do que saber se são ou não obrigatórios os precedentes do Sistema Interamericano, é investigar as razões pelas quais determinada conduta é ou não incompatível com a proteção dos direitos humanos, bem como destacou que:

É certo que, ao contrário do que lamentavelmente assentou o Superior Tribunal de Justiça, quando do julgamento do HC 379.269, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Rel. para o Acórdão Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Terceira Seção, DJe 30.06.2017, **a função da Comissão Interamericana, ao interpretar as normas do sistema interamericano, corrobora para a correta interpretação da Convenção, contribuindo decisivamente para a atividade jurisdicional dos Estados e da Corte.**

Os órgãos do sistema interamericano registraram, em diversas oportunidades, que os chamados delitos de desacato são incompatíveis com o direito à liberdade de expressão e pensamento, tal como expresso no Artigo 13 do Pacto de São José (...). É evidente que, de modo diverso do que assentou o Superior Tribunal de Justiça no HC 379.269, as inúmeras manifestações dos órgãos do Sistema Americano não são meras recomendações aos Estados-parte, mas, na linha do disposto no art. 31, § 3º, da Convenção de Viena, verdadeira medida de interpretação evolutiva. Limitar a discussão apenas sobre a força vinculante da atividade dos órgãos do sistema interamericano é, no entanto, desmerecer a autoridade do argumento utilizado por eles (BRASIL, 2018, grifo nosso).

Dessa forma, analisando o cenário internacional, a Corte Interamericana de Direitos Humanos em vários momentos já perfilhou o seu entendimento a respeito da inconvenção do crime de desacato, inclusive em casos em que envolveram vários países da América Latina, tais como: Argentina, Chile, Panamá, Peru e Venezuela.³⁴

Destaca-se desses casos, *Palamara Iribarne Vs. Chile*, no qual, Palamara havia sido condenado penalmente por desacato, em função de declarações críticas que fez contra os funcionários da justiça penal militar que moviam um processo contra ele.

³⁴ *Fontevicchia e D'amico Vs. Argentina*, sentença de 29 de novembro de 2011; *Tristán Donoso Vs. Panamá*, sentença de 27 de Janeiro de 2009; *Kimel Vs. Argentina*, sentença de 2 de maio de 2008; *Herrera Ulloa Vs. Costa Rica*, sentença de 2 de julho de 2004; *Ricardo Canese Vs. Paraguai*, sentença de 31 de agosto de 2004; *Palamara Iribarne Vs. Chile*, sentença de 22 de Novembro de 2005; *Usón Ramírez Vs. Venezuela*, sentença de 20 de Novembro de 2009. Todos os casos citados resultaram em decisões pela prevalência do art. 13 do Pacto de São José sobre normas internas que tipificam o crime em exame.

A Corte Interamericana de Derechos Humanos estableció en el párrafo 82 de la sentencia *Palamara Iribarne Vs. Chile*:

[...] é lógico e apropriado para expressões relativas a funcionários públicos ou outras pessoas que desempenhe funções de natureza pública para apreciar, nos termos do artigo 13.2 da Convenção, uma maior proteção que permita uma margem de abertura para um amplo debate, essencial para o funcionamento de um sistema verdadeiramente democrático ³⁵ (CORTE IDH, 2005, parágrafo 82, tradução livre).

Ou seja, conforme dispõe a Relatoria Especial para a Liberdade de Expressão Comissão Interamericana de Derechos Humanos (2014, p. 14-15), a Corte Interamericana de Derechos Humanos constatou que esse padrão era aplicável às declarações críticas de Palamara sobre as atuações da justiça penal militar em relação ao processo que a ele se referia.

Nos termos da Corte Interamericana de Derechos Humanos, no parágrafo 83 de la sentencia *Palamara Iribarne Vs. Chile*:

O controle democrático, por parte da sociedade através da opinião pública, promove a transparência das atividades estatais e promove a responsabilidade dos funcionários pela sua governação, razão pela qual deve haver uma maior tolerância e abertura às críticas face às reivindicações e apreciações feitas por aqueles no exercício de tal controle democrático. Isso se aplica aos funcionários e membros da Armada, incluindo aqueles que compõem os tribunais. Além disso, permitir que este controle democrático seja exercido incentiva uma maior participação das pessoas no interesse da sociedade ³⁶(CORTE IDH, 2005, parágrafo 83, tradução livre).

Ademais, em Relatório do Relator Especial para a Liberdade de Expressão da Comissão Interamericana de 2014, afirmou-se que em 1995, a Comissão IDH já concluiu que as leis de desacato não são compatíveis com a Convenção Americana de Derechos Humanos, porque se prestam 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 (COMISSÃO IDH, 2014, p. 4-5).

³⁵ Texto original: §82. “que es lógico y apropiado que las expresiones concernientes a funcionarios públicos o a otras personas que ejercen funciones de una naturaleza pública gocen, en los términos del artículo 13.2 de la Convención, de una mayor protección que permita un margen de apertura para un debate amplio, esencial para el funcionamiento de un sistema verdaderamente democrático.”

³⁶ Texto original: §83. El control democrático, por parte de la sociedad a través de la opinión pública, fomenta la transparencia de las actividades estatales y promueve la responsabilidad de los funcionarios sobre su gestión pública, razón por la cual se debe tener una mayor tolerancia y apertura a la crítica frente a afirmaciones y apreciaciones vertidas por las personas en ejercicio de dicho control democrático. Ello se aplica a los funcionarios y miembros de la Armada, incluyendo aquellos que integran los tribunales. Además, al permitir el ejercicio de ese control democrático se fomenta una mayor participación de las personas en los intereses de la sociedad.

Inclusive, no Brasil, quando, na referida Relatoria Especial, reconheceu-se como avanço as sentenças que declaram como inconventionais os crimes de desacato no país (COMISSÃO IDH; 2005-2015, p. 16).

Quer dizer, não obstante não ter havido ainda nenhum caso do Brasil envolvendo o crime de desacato perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, é possível concluir que o seu entendimento é pela incompatibilidade desse crime presente no Brasil e a Convenção Americana de Direitos Humanos.

Por essa análise, conclui-se não ser possível suscitar qualquer espécie de distinção entre os casos julgados pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos a respeito da inconventionalidade do crime de desacato nos países supracitados e o crime de desacato no Brasil.

Desse modo, é de suma importante destacar que foi aprovado pela Comissão IDH, a Declaração de Princípios sobre Liberdade de Expressão, a qual estatuiu no princípio 11 que 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.

Assim, em justificativa à criação do citado princípio, a Corte Interamericana de Direitos Humanos explica que 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, tendo a Comissão IDH se pronunciado claramente sobre a incompatibilidade das leis de desacato com a Convenção Americana.

Nesse compasso, extrai-se desse princípio e de sua justificativa, que, no entendimento da Corte Interamericana de Direitos Humanos e da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, o crime de desacato, ainda que no Brasil, é incompatível com os princípios democráticos.

Dessa forma, não cabe aos juízes internos deturparem a interpretação já realizada pelo Tribunal Internacional. Isto é, diante da jurisprudência internacional - que claramente se posicionou pela inconventionalidade do crime de desacato - persiste, sim, um dever do Superior Tribunal de Justiça de fundamentação para não aplicar no caso em tela o que já foi decidido pela Corte IDH e pela Comissão IDH, o que não foi devidamente cumprido.

Nesse norte, a dupla compatibilidade vertical, mesmo com base na teoria da margem de apreciação, não autoriza o descumprimento das diretrizes da Comissão Interamericana de Direitos Humanos e da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Uma vez que, a força das recomendações da comissão vem dos argumentos nela expendidos, sendo que a mera negativa

formal de sua vinculação é insuficiente para apontar como as preocupações nela veiculadas são equacionadas no caso do crime de desacato no Brasil.

Por fim, conclui-se que a argumentação dos Juízes, não obstante se voltar a reconhecer e realizar o controle de convencionalidade, ele está sendo feito fora dos parâmetros estabelecidos pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos e pela doutrina.

2.4 A necessidade do crime de desacato e os princípios democráticos - o teste tripartite

No julgado em análise, os Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Antônio Saldanha Palheiro, Nefi Cordeiro e Rogerio Schietti Cruz, tratam a respeito da necessidade do crime de desacato.

O Ministro Reynaldo Soares da Fonseca afirmou que a tipificação do crime de desacato atenta contra o regime democrático, na medida em que impede o controle da atuação de servidores públicos a propósito de suas funções e na mesma medida a liberdade de expressão. Dessa forma, destacou que o afastamento da tipificação criminal do desacato não impediria 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.

Noutro norte, os Ministros Antônio Saldanha Palheiro e Nefi Cordeiro, afirmaram que a Corte Interamericana de Direitos Humanos já haveria se manifestado a respeito da liberdade expressão não ser um direito absoluto, não sendo o crime de desacato incompatível com as normativas internacionais que somente protegem a liberdade de opinião ou crítica de expressão ou informação, mas não tornam com isso incompatível o crime de desacato. Desse modo, sustentam a necessidade da existência do crime de desacato, já que os outros delitos contra a honra, não seriam capazes de proteger o mesmo bem jurídico, qual seja, a honra e o prestígio dos órgãos que integram a Administração Pública, bem como o respeito à ordem e à moral públicas.

O Ministro Antônio Saldanha Palheiro ainda traz à baila o teste tripartite, para o qual o crime de desacato preencheria de forma plena todos os requisitos exigidos para que se admita a restrição ao direito de liberdade de expressão.

Dessa forma, inicialmente, é importante pontuar que o crime de desacato foi inserido na legislação penal brasileira, pela primeira vez, com a promulgação do Código Penal brasileiro de 1890, em seu art. 134³⁷ (BRASIL, 1890).

Hodiernamente, o art. 331 do Código Penal Brasileiro tipifica a conduta de “desacatar funcionário público no exercício da função ou em razão dela”, cominando a pena de detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, ou multa (BRASIL, 1940).

Dessa forma, a doutrina dispõe que o núcleo do tipo deve ser entendido no sentido de: faltar com o devido respeito, afrontar, menosprezar, menoscabar, desprezar, profanar. Assim, para ocorrer o delito em comento, faz-se necessária a presença do funcionário público, não se exigindo, contudo, que a ofensa seja proferida face a face, bastando que, de alguma forma, possa escutá-la, presenciá-la, enfim, que seja por ele percebida (GRECO, 2015, p. 537-538).

Neste norte, é fundamental, ainda, que as ofensas sejam proferidas contra o funcionário público no exercício da função (*in officio*) ou em razão dela (*propter officium*). A conduta de menosprezo deve, portanto, dizer respeito às funções exercidas pelo funcionário, que atingem, diretamente, a Administração Pública, a qual corresponde ao bem jurídico tutelado pelo tipo penal em epígrafe (GRECO, 2015, p. 538).

Assim, a vítima primária deste delito é o Estado, ou seja, o servidor ofendido é apenas o sujeito passivo secundário. Pois, a tutela penal que está no interesse em se assegurar é o normal funcionamento do Estado, protegendo-se o prestígio do exercício da função pública (CAVALCANTE, 2017).

Nesse cenário, é certo que nenhum direito é absoluto, tal como a liberdade de expressão, de forma que, o artigo 13 da CADH dispõe em seus incisos 2, 4 e 5 que ela pode estar sujeita a certas restrições e estabelece o marco geral das condições que tais restrições devem cumprir para serem legítimas. Assim, segundo o inciso 2º, o exercício do direito previsto no inciso precedente não pode estar sujeito à censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente fixadas pela lei e ser necessárias para assegurar: (a) o respeito aos direitos e à reputação das demais pessoas; (b) a proteção da segurança nacional, da ordem pública ou da saúde ou da moral públicas (COMISSÃO IDH, 2014, p. 21).

³⁷ Art. 134. Desacatar qualquer autoridade, ou funcionário público, em exercício de suas funções, ofendendo-o diretamente por palavras ou atos, ou faltando á consideração devida e á obediência hierárquica: Pena - de prisão celular por dois a quatro meses, além das mais em que incorrer.
Parágrafo único. Si o desacato for praticado em sessão pública de câmaras legislativas ou administrativas, de juízes ou tribunais, de qualquer corporação docente ou dentro de alguma repartição pública:
Pena - a mesma, com aumento da terça parte (BRASIL, 1890).

Por sua vez, o inciso 4 dispõe que 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. O inciso 5 prevê que 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 (COMISSÃO IDH, 2014, p. 30)

Ao interpretar o artigo 13 da CADH, a Corte Interamericana de Direitos Humanos desenvolveu em sua jurisprudência o *teste tripartite*, o qual apresenta critérios restritos e pré-fixados, a serem aplicados para análise da compatibilidade de tipos penas que restringem a liberdade do indivíduo com a CADH em casos concretos (ARAÚJO, 2012, p. 73).

Desse modo, conforme a opinião 5, de novembro de 1985 da Corte Interamericana (1985, p.10, tradução livre), o abuso de liberdade de informação não pode ser controlado por medidas preventivas, mas apenas através da subsequente imposição de sanções a quem é culpado dos abusos. Dessa forma, para que a imposição de tal responsabilidade seja válida ao abrigo da Convenção, devem ser cumpridos os seguintes requisitos: a) a existência de motivos de responsabilidade previamente estabelecidos; b) a definição expressa e precisa desses fundamentos por lei; c) a legitimidade dos fins pretendidos; e, d) demonstrar que estes fundamentos de responsabilidade são "necessários para garantir" os fins acima mencionados³⁸ (CORTE IDH, 1985, p. 10, tradução livre).

Assim, em relação ao primeiro requisito (a), para a Corte Interamericana de Direitos Humanos, a restrição à liberdade de expressão deve estar prevista de forma prévia e de maneira expressa, taxativa, precisa e clara em uma lei, tanto no sentido formal quanto material, uma vez que o marco legal deve prover segurança jurídica aos cidadãos. Ou seja, o texto da lei deve prever inequivocamente as razões de responsabilidade posterior às quais pode estar sujeito o exercício da liberdade de expressão (COMISSÃO IDH, 2014, p. 23-24).

Segundo a Corte Interamericana de Direitos Humanos, as normas jurídicas vagas ou ambíguas que outorgam faculdades discricionárias muito amplas às autoridades são incompatíveis com a Convenção Americana, pois podem respaldar potenciais atos de arbitrariedade que equivalham à censura prévia ou que imponham responsabilidades

³⁸ Texto original: §39. Abuse of freedom of information thus cannot be controlled by preventive measures but only through the subsequent imposition of sanctions on those who are guilty of the abuses. But even here, in order for the imposition of such liability to be valid under the Convention, the following requirements must be met: a) the existence of previously established grounds for liability; b) the express and precise definition of these grounds by law; c) the legitimacy of the ends sought to be achieved; d) a showing that these grounds of liability are "necessary to ensure" the aforementioned ends. All of these requirements must be complied with in order to give effect to Article 13(2).

desproporcionais pela expressão de discursos protegidos, além de dissuadir a expressão de informações e opiniões pelo medo de sanções e podem levar a interpretações judiciais amplas que restringem indevidamente a liberdade de expressão (COMISSÃO IDH, 2014, p. 24).

Logo, é necessário a taxatividade do crime de desacato, a fim de que possa ser uma restrição legítima à liberdade de expressão, devendo os Ministros fundamentarem devidamente o preenchimento do requisito, não podendo simplesmente citar que estaria preenchido ou que ficaria a cargo do Judiciário aplicar caso a caso, já que de encontro ao próprio sistema de separação dos Poderes (art. 2º da CRFB/88) e o princípio da legalidade (art. 5º, inc. XXXIX, da CRFB/88), e estar-se-ia afirmando que na verdade não seria taxativo o tipo penal em epígrafe.

No segundo requisito (b), a Corte Interamericana de Direitos Humanos sustentou que a proteção da reputação e da honra de uma pessoa é um fim legítimo para a restrição da liberdade de expressão, mesmo se tal pessoa for funcionário público (ARAÚJO, 2012, p. 76).

Não obstante, a jurisprudência interamericana tem defendido de forma clara que se impuserem restrições à liberdade de expressão para a proteção dos direitos dos outros, é necessário que esses direitos estejam claramente lesados ou ameaçados, e demonstrar isso é algo que compete à autoridade que impõe a restrição. Se não houver uma lesão clara a um direito de outrem, as responsabilidades ulteriores terminam sendo desnecessárias (COMISSÃO IDH, 2014, p. 26).

Nesse sentido, para a Corte Interamericana de Direitos Humanos, a “ordem pública” não pode ser invocada para suprimir um direito garantido pela Convenção Americana. Havendo a invocação de qualquer prejuízo para a ordem pública como justificativa para restringir a liberdade de expressão, deve-se obedecer a causas reais e objetivamente verificáveis, que postulem a ameaça certa e crível de uma perturbação potencialmente grave das condições básicas para o funcionamento das instituições democráticas (COMISSÃO IDH, 2014, p. 27).

Como sustenta a CIDH, “os Estados que impuserem restrições à liberdade de expressão estão obrigados a demonstrar que estas são necessárias em uma sociedade democrática para a realização dos objetivos imperiosos que buscam” (COMISSÃO IDH, 2014, p. 28). E ainda afirmam que:

(...) o adjetivo “necessárias” não equivale a “úteis”, “razoáveis” ou “oportunas”. Para que a restrição seja legítima, deve-se estabelecer claramente a necessidade certa e imperiosa de efetuar a restrição, ou seja, estabelecer que tal objetivo legítimo e imperativo não pode ser alcançado razoavelmente por um meio menos restritivo dos direitos humanos. (COMISSÃO IDH; 2014, p. 28).

Logo, para sustentar-se a necessidade do crime de desacato em razão do respeito à ordem e à moral públicas, segundo a Corte Interamericana de Direitos Humanos, deve-se demonstrar claramente o dano a esses institutos, o que exige argumentação específica. Porém não se percebe, nos votos, a existência de argumentos específicos nesse talante.

Como terceiro requisito (c), a Corte IDH explicou que para a determinação de uma medida é preciso avaliar, dentre as medidas alternativas capazes de alcançar a finalidade pretendida, se esta era aquela com menor lesividade para o direito que está sendo restringido, como parte do processo de harmonização de direitos (ARAÚJO, 2012, p. 77).

Nesse âmbito, para a Corte IDH, as “leis de desacato” são desnecessárias porque os ataques abusivos contra a reputação e a honra de funcionários públicos podem ser contrarrestados por meio de outras ações, que são meios menos restritivos do direito: “a proteção especial proporcionada pelas ‘leis de desacato’ aos funcionários públicos contra uma linguagem insultante ou ofensiva é incongruente com o objetivo de uma sociedade democrática de fomentar o debate público”. Segundo a Corte IDH, toda crítica que não se relacionar ao cargo do funcionário pode estar sujeita, como ocorre no caso de todo particular, a ações civis por difamação e calúnia (COMISSÃO IDH, 2014, p. 49).

Ademais, as “leis de desacato”, consoante a Comissão IDH, contrariam o princípio de que, em uma sociedade democrática, os funcionários públicos devem estar mais expostos ao escrutínio do público, e mostrar uma tolerância maior em relação à crítica. Isto é, a sua existência no ordenamento, viola preceitos fundamentais republicanos (art. 1º, parágrafo único, da CRFB/88), e os princípios da igualdade (art. 5º, caput, da CRFB/88) e do Estado Democrático de Direito (art. 1º, da CRFB/88) (COMISSÃO IDH, 2014, p. 49).

Como quarto requisito (d), a Corte Interamericana de Direitos Humanos firma que, para estabelecer a proporcionalidade de uma restrição quando se restringe a liberdade de expressão com o objetivo de preservar outros direitos, deve-se avaliar três fatores: (i) o grau de prejuízo para o direito contrário; (ii) a importância de satisfazer o direito contrário; e (iii) se a satisfação do direito contrário justifica a restrição da liberdade de expressão (COMISSÃO IDH, 2014, p. 29), o que não foi observado no caso em análise.

Assim, em relação ao crime de desacato, não houve uma análise pelos Ministros a respeito dos referidos critérios, a fim de que se possa concluir o grau de proporcionalidade da responsabilidade aplicada.

Nesse sentido, segundo a Comissão IDH e a Corte IDH, as leis de desacato são um meio para silenciar ideias e opiniões impopulares, e dissuadem as críticas ao gerarem o temor às ações judiciais, sanções penais e sanções monetárias. A legislação sobre desacato seria

desproporcional por conta das sanções que prevê para críticas sobre o funcionamento das instituições estatais e de seus membros, e por isso suprime o debate essencial para o funcionamento de um sistema democrático, restringindo desnecessariamente a liberdade de expressão (COMISSÃO IDH, 2014, p. 49).

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos ainda assentou que nos casos de conflito entre o direito à honra de funcionários públicos e o direito à liberdade de expressão, o exercício de ponderação deve partir da prevalência a princípio da liberdade de expressão, pois, dado o interesse do debate sobre assuntos públicos, este direito adquire um valor ponderado maior (COMISSÃO IDH, 2014, p. 34).

Segundo a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos,

[...] as “leis de desacato” se baseiam em uma noção errônea sobre a preservação da ordem política, que é incompatível com os regimes democráticos e contraria a definição da “ordem pública” que pode fundamentar legitimamente uma restrição da liberdade de expressão: “o fundamento das ‘leis de desacato’ contradiz o princípio de que uma democracia devidamente funcional é, com certeza, a maior garantia da ordem pública. As leis de desacato pretendem preservar a ordem pública precisamente pela restrição de um direito humano fundamental, que é também internacionalmente reconhecido como a pedra angular sobre a qual se baseia a sociedade democrática. As leis de desacato, quando aplicadas, têm efeito direto sobre o debate aberto e rigoroso, e sobre a política pública que o artigo 13 garante, que é essencial para a existência de uma sociedade democrática. A esse respeito, invocar o conceito de ‘ordem pública’ para fundamentar leis de desacato é algo que se opõe diretamente à lógica que sustenta a garantia da liberdade de expressão e pensamento garantida na Convenção [Americana]” (COMISSÃO IDH, 2014, p. 49).

Nesse âmbito, como já afirmou a Procuradora Federal dos Direitos do Cidadão DUPRAT (2016, p. 4), a liberdade de expressão é um dos mais importantes direitos fundamentais do sistema constitucional brasileiro, pois representa um pressuposto para o funcionamento da democracia, possibilitando o livre intercâmbio de ideias e o controle social do exercício do poder – estando garantido no texto constitucional em mais de uma vez: art. 5º, IV e IX e 220. Trata-se de direito essencial ao livre desenvolvimento da personalidade humana, uma vez que, como ser social, o homem sente a necessidade de se comunicar, de exprimir seus pensamentos e sentimentos e de tomar contato com os seus semelhantes.

Dessa maneira, pela análise ao norte tratada, é possível concluir que os Ministros discorreram a respeito da necessidade do crime de desacato, mas não trataram dos problemas sobre o desacato apontados pela Corte Interamericana de Direitos Humanos e pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Ademais, quando realizaram o teste tripartite, o fizeram

sem seguir efetivamente as etapas e a fundamentação necessária, nos moldes da Corte IDH e da Comissão IDH.

2.5 A aplicação da teoria *Contempt of Court* e da teoria *fighting words doctrine*

Os Ministros Reynaldo Soares da Fonseca e Rogerio Schietti Cruz aplicaram, respectivamente em seus votos, a teoria do *fighting words doctrine* e a teoria do *Contempt of Court*, a fim de fundamentar seus votos.

O Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, menciona a construção jurisprudencial norte-americana sobre a *fighting words doctrine*, para sustentar que a Suprema Corte estadunidense, no tocante à liberdade de expressão, tem tecido cautelas ao prospectar limites a seu uso, sobretudo quando o particular se volta contra o Estado, ainda que para externar sentimentos desconexos ou de aleivosia, pois, particularmente aí, a liberdade costuma ofender. Entretanto, advoga o Ministro que, nos Estados Unidos América, em casos posteriores, passou-se a reduzir a margem de aplicação da teoria das "palavras belicosas", para declarar a inconstitucionalidade de leis de desacato redigidas de maneira vaga ou cujo alcance fosse excessivo, de modo a conferir ao funcionário poder ilimitado para prender ou processar o suposto infrator

Schietti Cruz aplicou a teoria do *Contempt of Court*, para defender que no direito norte-americano há o seguinte contraponto: ao mesmo tempo em que prevê punição contra o advogado ou um participante de uma audiência por qualquer deslize contra a prestação jurisdicional, oferece tolerância muito maior com atos semelhantes em relação aos policiais (*contempt of cop*) e demais servidores públicos.

Nesse passo, a doutrina do *fighting words doctrine* foi inicialmente apresentada no caso *Chaplinsky v. New Hampshire* em 1942, quando Walter Chaplinsky, testemunha de Jeová, foi preso por atacar verbalmente um delegado da cidade, depois de ser avisado para parar de pregar na calçada e causar distúrbios. Assim, foi preso e acusado sob uma lei municipal que proibia "qualquer palavra ofensiva, irônica ou irritante a alguém que esteja legalmente em qualquer rua ou local público" O caso chegou à Suprema Corte, a qual, em decisão unânime assentou que:

É sabido que o direito à liberdade de expressão não é absoluto em todos os momentos e sob todas as circunstâncias. Existem certas classes de expressão bem definidas e estritamente limitadas, cuja prevenção e punição nunca foram consideradas como suscitando qualquer problema constitucional. Isso inclui as palavras lascivas e obscenas, profanas, difamatórias e ofensivas ou "brigadas" - aquelas que por sua própria expressão causam ferimentos ou tendem a incitar uma violação imediata da paz. Observou-se bem que tais enunciados não são parte essencial de nenhuma

exposição de idéias e têm um valor social tão leve como um passo para a verdade que qualquer benefício pode ser derivado deles é claramente superado pelo interesse social em ordem e moralidade. (tradução livre) (HUDSON JR, 2009)

Trata-se de uma teoria que em síntese, afirma que há determinadas palavras que não são protegidas pela primeira emenda³⁹ da Constituição Americana, uma vez que, o uso dessas palavras não são realmente discurso, mas um ataque verbal.

Noutro norte, a teoria do *Contempt of Court* (desrespeito à ordem da Corte, em tradução literal), desenvolvida no direito anglo-saxão e no seio dos países da *Common Law*, tende à coação dos jurisdicionados à cooperação por intermédio da aplicação de sanções, com vistas à análise das técnicas e instrumentos fornecidos pelo direito pátrio para se evitar o *contempt*, ou seja, o ato de desprezo ao tribunal ou de desobediência a uma ordem judicial. Não obstante, ainda não é possível se vislumbrar no ordenamento jurídico pátrio instituto com a mesma amplitude e poder de coerção do *contempt of court* inglês e estadunidense (GIUBERTI, 2017, p. 347-354).

Nesse sentido, o professor ASSIS (2003, p. 20) define *contempt of court* como sendo a ofensa ao órgão judiciário ou à pessoa do juiz, que recebeu o poder de julgar do povo, comportando-se a parte conforme suas conveniências, sem respeitar a ordem emanada da autoridade judicial.

Ocorre que, no presente julgado, tais doutrinas de ordem estrangeiras foram citadas pelos Ministros sem uma justificativa acerca de sua pertinência para o caso e cabimento dentro do ordenamento jurídico brasileiro, em especial em contraste com o crime de desacato, isto é, sem verdadeira análise do cabimento e um estudo aprofundado da sua aplicação no caso em tela.

Destarte, em razão dessa discricionariedade na aplicação, tem-se uma verdadeira prática do *cherry picking* (colher cerejas, em tradução literal), a qual ocorre quando o juiz, ao citar o direito estrangeiro, vale-se daquilo que melhor lhe convier e como bem entender, podendo decidir qual o peso a ser dado a esta ou àquela fonte de direito estrangeiro, abrindo margem para demasiada subjetividade e discricionariedade (FONSECA, 2009).

Outra prática também observada é que é do *nose counting* (contar narizes, tradução literal), tratando-se de referências tendenciosas ao direito estrangeiro em abundância, citação do maior número de casos semelhantes para respaldar a opinião do juiz (FONSECA, 2009).

³⁹ O congresso não deverá fazer qualquer lei a respeito de um estabelecimento de religião, ou proibir o seu livre exercício; ou restringindo a liberdade de expressão, ou da imprensa; ou o direito das pessoas de se reunirem pacificamente, e de fazerem pedidos ao governo para que sejam feitas reparações de queixas.

Tais práticas refletem uma má utilização do direito estrangeiro, o qual para ser aplicado requer discussão aprofundada e sofisticada para que não seja utilizado de forma inadequada ou superficial. Isso é, apenas por meio do uso de métodos claros e de procedimentos seguros é que pode a jurisdição constitucional enfrentar tal ordem de desafios à utilização do direito estrangeiro, em perspectiva comparada, na fundamentação de suas decisões (HORBACH, 2015, p.202).

Nesse sentido, tanto a teoria de *fighting words doctrine*, aplicada pelo Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, quanto a teoria do *Contempt of Court*, aplicada pelo Ministro Rogerio Schietti Cruz, de raízes estrangeiras, não foram devidamente defendidas no precedente, tendo sido citadas de forma avulsa e sem um estudo aprofundado necessário para o tema ou demonstração de que forma se adequam ao crime de desacato. Quer dizer, não houve um real estudo a respeito das referidas teorias e dos casos que foram aplicadas, a fim de analisar a sua viabilidade de aplicação no direito brasileiro e no caso em epígrafe de modo a ter validade argumentativa.

2.6 A inadequação da via eleita para decidir a respeito da convencionalidade do crime de desacato

Como visto no capítulo anterior, o Ministro Rogerio Schietti Cruz defendeu em seu voto a inadequação da via eleita. Isto é, sustentou que pelo menos neste momento, não iria tão longe para afirmar que o crime de desacato não mais integra o ordenamento jurídico penal brasileiro, por conta de relatórios ou informes da Comissão IDH e de casos julgados pela Corte IDH que não tiveram o Brasil como parte e não trataram da situação fática idêntica à que foi versada no habeas corpus.

Ocorre que, quando se analisa o caso em epígrafe, a Quinta Turma decidiu afetar o presente habeas corpus à Terceira Seção, a fim de unificar a jurisprudência do Tribunal, o que foi aceito com o objetivo de analisar a convencionalidade do crime de desacato. Dessa maneira, não é cabível o argumento de que o habeas corpus seria a via eleita inadequada, até porque não houve uma justificativa fática do porquê seria inadequado para o caso.

Ademais, já houve vários casos em que o habeas corpus foi usado para definir matérias tão importantes quanto a realização do controle de convencionalidade.

No HC 143641/SP, rel. Ministro Ricardo Lewandowski, julgamento em 20/02/2018 na Segunda Turma do STF, em que foi concedido HC coletivo, substituindo a prisão preventiva pela domiciliar em nome de todas as mulheres presas grávidas e mães de crianças com até 12

anos de idade, estendendo a decisão às adolescentes em situação semelhante do sistema socioeducativo e mulheres que tenham sob custódia pessoas com deficiência. Na oportunidade, inclusive, afirmou o Ministro Ricardo Lewandowski que: "É chegada a hora de agirmos com coragem e darmos, realmente, uma abrangência maior nesse histórico instrumento de proteção dos direitos fundamentais, que é o *habeas corpus*" (BRASIL, 2018).

Outro caso ainda mais pertinente é o precedente a respeito do depositário infiel, HC 95.967, rel. min, Ellen Gracie, 2^{oa} T, j. 11/11/2008, no qual discutiu-se a admissibilidade da prisão civil do depositário infiel no ordenamento jurídico pátrio, no período posterior ao ingresso do Pacto de São José da Costa Rica no direito nacional. Assim, no referido habeas corpus foi reconhecido que os diplomas internacionais sobre direitos humanos subscritos pelo Brasil apresentam o status normativo supralegal, o que torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de ratificação. E ainda, foi realizado um efetivo controle de Convencionalidade, ao afirmar que, em respeito ao Pacto de São José da Costa Rica, é ilícita a prisão civil do depositário infiel (BRASIL, 2008).

Nesse cenário, destaca-se ainda que, próprio Superior Tribunal de Justiça, quando do habeas corpus nº 92.197/SP, relator o Ministro Luiz Fux, julgado pela Primeira Turma em 16/12/2008, Data da Publicação no DJe 19/02/2009, decidiu que o Pacto de São José da Costa Rica, tratado sobre direitos humanos, tem estatura supralegal e prevalece sobre a legislação interna brasileira que a autorizava, bem como realizou um efetivo controle de convencionalidade, ao considerar que não haveria mais base legal para prisão civil do depositário infiel (STJ, 2008).

Destaca-se ainda o habeas corpus nº 141.949/DF, julgado em 13/03/2018, e o Agravo de Regimento no habeas corpus nº 143.968/RJ, julgado em 29/06/2018, nos quais o Supremo Tribunal Federal, por meio de sua Segunda Turma, realizou um controle de convencionalidade, decidindo pela convencionalidade do crime de desacato no ordenamento brasileiro ⁴⁰(BRASIL, 2018).

Nesse âmbito, o habeas corpus já foi usado em outros momentos para a realização de controle de convencionalidade e para decidir temas tão relevantes quanto esse, tanto pelo Supremo Tribunal Federal quanto pelo Superior Tribunal de Justiça.

Posto isso, para que os Ministros concluíssem que o habeas corpus não seria a via adequada para a realização do controle de convencionalidade no presente caso, necessitavam de justificativas e fundamentações claras e precisas a respeito, até porque o controle de

⁴⁰ Importante pontuar que em que pese a Segunda Turma ter se manifestado a respeito do tema, não houve ainda uma manifestação do Pleno, a qual, quando houver, representará o entendimento desse Tribunal superior.

convencionalidade não se trata de matéria de fato, o que necessitaria de dilação probatória. Ademais, suscitar a inadequação da via eleita, apenas leva a crer que o não foi realizado um efetivo controle de convencionalidade no habeas Corpus em análise.

2.7 Considerações finais do capítulo

Nesse capítulo organizou-se e explicou-se os argumentos expedidos pelos Ministros que decidiram pela convencionalidade, bem como pela inconvenção, em seis tópicos, a fim de melhor realizar a análise do julgado em tela, com base na doutrina, na jurisprudência nacional e internacional, nas leis internas e nos tratados internacionais, em especial a Constituição da República de 1988 e a Convenção Americana de Direitos Humanos, bem como, no entendimento da Corte Interamericana de Direitos Humanos e da Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Nesse norte, o quadro II abaixo indica, sumariamente, a construção argumentativa extraída do acórdão e a conclusão da análise crítica realizada:

Quadro II – Relação dos argumentos apresentados pelos Ministros com a devida conclusão da análise.

Argumento	Ministros que aderiram expressamente	Análise crítica
O patamar hierárquico supralegal dos tratados de direitos humanos e a Convenção Americana de Direitos Humanos no Brasil	Reynaldo Soares da Fonseca e Antônio Saldanha Palheiro	Os Ministros reconheceram no caso em epígrafe, que os tratados de direitos humanos, aprovados antes da EC 45/2004, apresentam natureza supralegal, bem como, que a Convenção Americana de Direitos Humanos tem o status supralegal, de forma que, as regras provindas dela, apresentam efeito paralisante sobre as demais normas que compõem o ordenamento jurídico interno em sentido contrário.
A necessidade de compatibilização das normas internas com os tratados de direitos humanos	Reynaldo Soares da Fonseca, Antônio Saldanha Palheiro e Rogério Schietti Cruz	Os Ministros reconheceram a necessidade do controle de convencionalidade no caso em tela, isto é, do dever de compatibilização das normas internas do Brasil com os tratados de direitos humanos, notadamente a CADH
A força vinculante das recomendações expedidas pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a não observância da dupla compatibilidade vertical material e a <i>margin of appreciation</i>	Reynaldo Soares da Fonseca, Antônio Saldanha Palheiro e Rogério Schietti Cruz	A argumentação dos Juízes, não obstante se voltarem a reconhecer o controle de convencionalidade, está sendo realizada fora dos parâmetros estabelecidos pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos e pela doutrina.

<p>A necessidade do crime de desacato e os princípios democráticos - o teste tripartite</p>	<p>Reynaldo Soares da Fonseca, Antônio Saldanha Palheiro, Nefi Cordeiro e Rogerio Schietti Cruz</p>	<p>Os Ministros discorrem a respeito da necessidade do crime de desacato, mas não tratam dos problemas sobre o desacato apontados pela Comissão IDH, pela Corte IDH e pela CADH. Ademais, quando realizaram o teste tripartite, o fizeram sem seguir efetivamente as etapas e a fundamentação necessária, nos moldes da Corte IDH e da Comissão IDH.</p>
<p>A aplicação da teoria <i>Contempt of Court</i> e da teoria <i>fighting words doctrine</i></p>	<p>Reynaldo Soares da Fonseca e Rogerio Schietti Cruz</p>	<p>A teoria <i>Contempt of Court</i> e a teoria <i>fighting words doctrine</i> foram duas teorias de raízes estrangeiras, que foram citadas pelos Ministros a fim de fundamentar suas argumentações a respeito da compatibilidade ou não do crime de desacato no ordenamento brasileiro, sem uma análise crítica da viabilidade e justificação para aplicação no caso concreto</p>
<p>A inadequação da via eleita para decidir a respeito da convencionalidade do crime de desacato</p>	<p>Rogerio Schietti Cruz</p>	<p>Para os Ministros concluírem que o Habeas Corpus não seria a via adequada para a realização do controle de convencionalidade no presente caso, necessitaria de justificativas e fundamentações claras e precisas a respeito, até porque o controle de convencionalidade não se trata de matéria de fato, o que necessitaria de dilação probatória. Ademais, suscitar a inadequação da via eleita, apenas leva a crer que o não foi realizado um efetivo controle de convencionalidade no HC nº 379.269/MS.</p>

Org.: SILVA, M. I. B. M. (2019).

Fonte: STJ (HC nº 379.269 – MS)

3 DESCRIÇÃO E ANÁLISE CRÍTICA DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE REALIZADO PELO STJ NO HC n° 379.269/MS

Feitas as devidas análises em relação aos argumentos expendidos pelos Ministros, é imperioso então, uma análise crítica a respeito do controle de convencionalidade realizado pelo Superior Tribunal de Justiça para a formação do acórdão em relação ao crime de desacato, no HC n° 379.269/MS.

Nesse âmbito, o Brasil assumiu com a sociedade internacional o compromisso de proteger os direitos humanos, celebrando e incorporando diversos tratados internacionais que versam sobre tais direitos, sejam eles oriundos do sistema global ou do regional de proteção, com esteio no art. 5º, §2º da CRFB/88 (MOREIRA, 2015, 205). Ademais, pela interpretação dada pelo STF ao art. 5º, §3º da CRFB/88, todos os demais tratados de direitos humanos, quer sejam anteriores ou posteriores à EC n. 45, e que tenham sido aprovados pelo rito comum, passaram a receber natureza supralegal.

Logo, refletindo a necessidade de haver um duplo controle, um na ordem da constitucionalidade do STF, e outro de ordem da convencionalidade da Corte Interamericana de Direitos Humanos. De forma que, todo ato interno (não importa a natureza ou origem) deve obediência aos dois crivos. Caso não supere um deles (por violar Direitos Humanos), deve o Estado envidar todos os esforços para cessar a conduta ilícita e reparar os danos causados (RAMOS, 2011, p. 520).

Destarte, ao adotar a teoria do duplo controle, permite no Estado a convivência entre as ordens normativas justapostas na defesa de Direitos humanos. Não se desafia o STF, mas sim ficam esclarecidos os campos de atuação: para a Alta Corte nacional há a palavra final sobre o ordenamento nacional; para a Corte Interamericana de Direitos Humanos resta a palavra final sobre a Convenção Americana de Direitos Humanos, costume internacional e tratados conexos, que incidem também sobre o Brasil (RAMOS, 2011, p. 521).

Não obstante, como já afirmou RAMOS (2011, 515), não basta, para que se possa ter um real controle de convencionalidade, o simples reconhecimento da pluralidade das ordens jurídicas e pugnar pela harmonia e diálogo, caso não haja um avanço na discussão do modo pelo qual esse diálogo deve ser travado, com estabelecimento de parâmetros que devem servir para sindicar se, em determinado caso, houve – ou não – o diálogo.

Quer dizer, para que um país possa realizar um efetivo e eficaz controle de convencionalidade, é necessário que esse controle não se limite a meramente citar o texto da convenção ou tratado de direitos humanos, mas também, por meio de seus tribunais, exercite

um controle de convencionalidade aplicado, isto é, que utilize a interpretação realizada pelos intérpretes finais destas normas de tratados de Direitos Humanos, quais sejam, os órgãos internacionais de direitos humanos instituídos por estes citados tratado (RAMOS, 2009, p. 245), de forma que, no caso da Convenção Americana de Direitos Humanos, tem-se como órgãos de interpretação a Corte Interamericana de Direitos Humanos e a Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

Como também afirma MAZZUOLLI (2001, p. 84), devem os juízes e tribunais internos proceder ao exame da compatibilidade das leis com a Convenção Americana, levando em conta não somente a CADH, mas também, a interpretação que dela faz a Corte Interamericana de Direitos Humanos. Pois, deve-se entender ela como a intérprete última e mais autorizada do Pacto de San José. Ademais, é também, sob esse enfoque, que irá se definir os contornos do controle de convencionalidade das leis nos termos do direito brasileiro atual.

Segundo a Comissão IDH (2014, p. 84-90), a incorporação ao direito interno dos padrões do sistema interamericano de direitos humanos constitui além de uma obrigação jurídica dos Estados, também, um compromisso político reiterado pelos órgãos da OEA. Nesse âmbito, a Comissão IDH (2014, p. 84-90) ainda defende a possibilidade de um triplo valor das decisões dos órgãos do sistema interamericano de proteção de direitos humanos para as autoridades nacionais:

- i) servem como critério de interpretação das normas previstas nos tratados internacionais, uma vez que são os seus intérpretes autorizados;
- ii) têm uma destacada importância como pauta para identificar ações ou omissões contrárias aos direitos reconhecidos na Convenção Americana; e
- iii) constituem parâmetros de orientação para a adoção de medidas estatais que busquem garantir a observância dos direitos humanos, e prevenir futuras violações.

Destarte, RAMOS (2011, p. 515) sugere o preenchimento dos seguintes parâmetros para que se possa garantir um real controle de convencionalidade no Brasil:

- i) menção à existência de dispositivos internacionais convencionais ou extraconvencionais vinculantes ao Brasil sobre o tema, exigindo transparência do órgão judicial nacional em reconhecer a incidência de normas internacionais ao caso, fazendo nascer o debate sobre a interpretação desses;
- ii) menção à existência de caso internacional contra o Brasil sobre o objeto da lide e as consequências de tal fato pelo Tribunal Nacional. Ou seja, quando o Estado

- adere a tribunais internacionais, exige-se dos órgãos nacionais, no mínimo, o reconhecimento do trâmite de casos perante o sistema internacional;
- iii) menção à existência de jurisprudência anterior sobre o objeto da lide de órgãos internacionais aptos a emitir decisões vinculantes ao Brasil;
 - iv) peso dado aos dispositivos e à jurisprudência internacionais, exigindo dos julgadores nacionais um esforço argumentativo para convencer a sociedade dos motivos pelos quais o Tribunal Nacional contrariou, eventualmente, a interpretação internacional sobre o caso.

Nesse âmbito, tendo a decisão nacional preenchido os quatro parâmetros, haverá efetivamente um Diálogo das Cortes. Isto é, se dará publicidade à sociedade brasileira do conteúdo da jurisprudência internacional, exigindo dos julgadores nacionais um esforço argumentativo para convencer a sociedade dos motivos pelos quais o Tribunal Nacional contrariou, eventualmente, a interpretação internacional sobre o caso (RAMOS, 2011, p. 515), e não meras citações, referências avulsas ou argumentos sem justificativas concisas.

Assim, no julgamento em análise, como conclusão do julgado, teve-se decidido pelos Ministros da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, por maioria dos votos, o não conhecimento do habeas corpus, entendendo-se, ainda, pela convencionalidade do crime de desacato. Votaram a favor da convencionalidade os Ministros Antônio Saldanha Palheiro, que lavrará o acórdão, Felix Fischer, Maria Thereza de Assis Moura, Jorge Mussi, Rogerio Schietti Cruz e Nefi Cordeiro. Logo, foram vencidos os Ministros Reynaldo Soares da Fonseca (Relator) e Ribeiro Dantas, que não conheceram do habeas corpus e concederam a ordem de ofício para excluir da ação penal o crime de desacato e determinando o prosseguimento da ação penal, quanto aos delitos previstos nos arts. 306 do CTB e 330 do CP.

No entanto, conclui-se que o Superior Tribunal de Justiça não realizou um efetivo controle de convencionalidade em relação ao crime de desacato.

Por conseguinte, no acórdão em análise, na esteira do professor Carvalho Ramos (2011), não houve transparência por parte do Superior Tribunal de Justiça a fim de reconhecer a incidência de normas internacionais ao caso, para que possibilite nascer o debate sobre a interpretação dos tratados internacionais, bem como não se observou o dever de reconhecimento do trâmite de casos perante o sistema internacional, na medida em que o Brasil adere a tribunais internacionais.

Da mesma forma, restou carente por parte do Superior Tribunal de Justiça um esforço argumentativo para convencer a sociedade dos motivos pelos quais divergiu dos parâmetros de

interpretação internacional sobre o caso, uma vez que, como analisado, tanto a Corte IDH como a Comissão IDH entendem ser o crime de desacato inconvençãoais.

Nesse cenário, como se observou no caso em tela, o STJ reconheceu que o Brasil ratificou e incorporou a Convenção Americana de Direitos Humanos, bem como defendeu seu estatuto normativo especial de supralegal e a necessidade de um controle de convencionalidade. Contudo, isso não é suficiente para que haja um efetivo controle de convencionalidade: é necessário aceitar – em sua integralidade – a consequência da internacionalização dos Direitos Humanos, que vem a ser o estabelecimento de um diálogo, e efetivo acatamento dos entendimentos já fixados, em relação à interpretação internacional sobre esses direitos (RAMOS, 2011, p. 216), o que não foi realizado.

A internacionalização dos Direitos Humanos não pode ser restrita aos textos dos tratados por meio de uma interpretação nacional. Trilhar esse caminho nacionalista tem por consectário negar a universalidade dos Direitos Humanos e transformar os tratados e a Declaração Universal de Direitos Humanos em peças de retórica, já que permite que cada país interprete o que é tortura, intimidade, liberdade de expressão, devido processo legal e outros comandos abertos dos textos de Direitos Humanos, gerando riscos de abuso e relativismo puro e simples (RAMOS, 2011, p. 2016).

Nesse mesmo sentido, MAZUOLLI (2011, p. 83) afirma que o Poder Judiciário quando propõe a exercer uma espécie de controle de convencionalidade entre as normas jurídicas internas que aplicam nos casos concretos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, deve ter em conta não somente o tratado, senão também a interpretação que desse diploma tem feito a Corte Interamericana de Direitos Humanos, intérprete última da Convenção Americana.

Observa-se ainda que o Brasil já foi condenado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos ao realizar no Caso da Guerrilha do Araguaia (tratando da superação – ou não – da anistia a agentes da ditadura militar brasileira) interpretação nacionalista dos tratados (RAMOS, 2011, p. 517).

Isto é, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar a ADPF n. 153 de 28 de abril de 2010, decidiu que a lei da anistia alcança os agentes da ditadura militar, tornando impossível a persecução criminal pelas graves violações de Direitos Humanos ocorridas na época dos anos de chumbo. Destaca-se que teve participação de apenas nove Ministros do STF, pois o Min. Joaquim Barbosa estava licenciado e ainda se declarou suspeito o min. Dias Toffoli (RAMOS, 2011, p. 518).

Contudo, em 24 de novembro de 2010, a Corte Interamericana de Direitos Humanos condenou o Brasil, exigindo que fosse feita completa investigação, persecução e punição criminal aos agentes da repressão política durante a ditadura militar, mandando o Brasil desconsiderar, então, a extensão da lei da anistia para tais indivíduos. A defesa brasileira chegou até a informar a Corte de San José sobre a ADPF n. 153 e seu efeito vinculante e erga omnes, defendendo sem êxito o respeito à decisão do nosso STF. Realmente, cabe à Corte Interamericana de Direitos Humanos exigir o cumprimento da Convenção Americana de Direitos Humanos (na sua interpretação) pelo Estado brasileiro, o que atinge todos os seus órgãos, judiciais ou não (RAMOS, 2011, p. 519).

Dessa forma, observa-se que houve uma evolução no entendimento dos Ministros Felix Fischer e Jorge Mussi, os quais compõem a Quinta Turma, a qual anteriormente havia se manifestado, de forma unânime, pela inconveniência do crime de desacato no REsp-1.640.084/SP, de 15 de dezembro de 2016, Rel. Ministro Ribeiro Dantas. No entanto, assim como no REsp, os Ministros apenas aderiram a um voto, não tendo sido construído um argumento a respeito do tema, de modo a possibilitar que se saiba a opinião dos Ministros em relação ao tema.

Nesse sentido, não houve ainda uma real discussão e justificativa dos fundamentos e dos argumentos apresentados, mas apenas exposições de pontos de vistas que não necessariamente refletem o entendimento do Tribunal como um colegiado, o qual deve buscar sempre a unificação da interpretação das leis, o que pressupõe diálogo e fundamentos concisos, aprofundados e devidamente justificados. Assim, não se atingiu o estágio de Diálogo entre as Cortes, o qual é imprescindível, pois, com a “fertilização cruzada e uso interconectado de fundamentos, podemos conseguir a harmonia entre as ordens internacional e nacional” (RAMOS, 2011, p. 515).

Por esse ângulo, embora não seja ilegal a fundamentação *per relationem* usada pelo Ministro Reynaldo Soares para fundamentar seu argumento a favor da inconveniência, não é uma argumentação recomendada para a realização de um controle de convencionalidade, em razão de estar-se avaliando a compatibilidade de um diploma normativo com todo o ordenamento jurídico pátrio e internacional.

Ademais, a CRFB/88 é clara em seu art. 93, IX, ao garantir que todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade (BRASIL, 1988).

Nesse aspecto, quando, ao invés de dar a sua motivação e as suas razões de seu posicionamento expondo o porquê de decidir daquela forma, o Ministro se limita a repetir os

argumentos alheios, restringindo-se a fazer uma mera remissão ou referência aos argumentos de outros Ministros, se está esquivando de seu dever de fundamentação para a formação de um verdadeiro precedente, que requer um máximo de diálogo possível no Tribunal.

A fundamentação está intrinsecamente ligada ao próprio Estado Democrático de Direito e ao princípio Republicano, “pois se apresenta como uma garantia contra o arbítrio, e ao princípio do devido processo legal, pois o processo justo não se compatibiliza com a discricionariedade jurisdicional.” (FREIRE, 2017).

Nessa esteira, o acolhimento da fundamentação *per relationem*, não é “compatível com o modelo de racionalidade e de aproximação entre a fundamentação e argumentação, estabelecido pelo § 1º do art. 489 do CPC como forma de concretizar a Constituição” (FREIRE, 2017), o qual dispõe serem elementos essenciais da sentença: I - o relatório, que conterá os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo; II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito; III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem (BRASIL, 2015).

Nesse cenário o dispositivo legal resguarda em seu §1º que, não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento (BRASIL, 2015).

Nesse sentido, no § 2º explica que no caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão. Bem como, o § 3º, deixa claro que a decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé (BRASIL, 2015).

Da mesma forma, indicar conceitos indeterminados, tais como “moral pública”, “ordem pública”, “honra e ao prestígio dos órgãos que integram a Administração Pública” –

termos usados pelo Ministro Antônio Saldanha Palheiro, para justificar a necessidade do crime de desacato - além de, por si só, não ser suficiente para justificar a necessidade do crime de desacato segundo a Corte IDH e a Comissão IDH, vai de encontro ao art. 989, §1º, II, do Código de Processo Civil.

Posto isso, tem-se que o controle de convencionalidade realizado pelo Superior Tribunal de Justiça está em desacordo com os parâmetros postos pela doutrina e pelos órgãos do sistema interamericano, pelo que não se pode afirmar que o STJ realizou um efetivo controle de convencionalidade. Há aí, um “truque de ilusionista dos Estados no plano internacional” (RAMOS, 2011, p. 516), dado que, não obstante incorpore o tratado de direitos humanos, notadamente a Convenção Americana de Direitos Humanos, o interpreta como bem entende melhor e sem justificativas plausíveis para tal.

Destaca-se que, em recentes julgados do Supremo Tribunal Federal, no agravo regimental em habeas corpus nº143.968/RJ, julgado em 29/06/2018, a Segunda Turma entendeu pela convencionalidade do crime de desacato, citando como base o entendimento do Superior Tribunal de Justiça na decisão do acórdão em comento. Assim, segundo o relator Ministro Ricardo Lewandowski:

(...) verifico que a tese sustentada pelo impetrante não encontra guarida nos recentes julgados do Supremo Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, o que demonstra, ainda, a exatidão do acórdão prolatado pela Corte castrense (BRASIL, 2018).

Ainda, em edição comemorativa da revista Panorama STJ – 30 anos, na qual trouxe matéria com as 30 decisões consideradas mais marcantes na história do tribunal, encontra-se dentre elas, o crime de desacato, para a qual, o STJ teve a seguinte conclusão:

“a tipificação do desacato como crime é uma proteção adicional ao agente público contra possíveis “ofensas sem limites” e não prejudica a liberdade de expressão. **Para a Terceira Seção, a manifestação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos sobre o crime de desacato à luz do Pacto de São José da Costa Rica não tem força vinculante, diferentemente dos pronunciamentos jurisdicionais da Corte Interamericana.**” (BRASIL; 2019, grifo nosso).

Quer dizer, além de ser usado como fundamento para outras decisões, em outros Tribunais, notadamente pelo Supremo Tribunal Federal, o HC nº 379.269/MS ainda está entre as 30 decisões mais importantes do Superior Tribunal de Justiça, segundo a revista desse tribunal.

Não obstante, não é possível sustentar que o HC nº 379.269/MS se trata propriamente de um precedente do Superior Tribunal de Justiça – o qual se define como a decisão judicial

que pode servir como exemplo para outros julgamentos similares, tendo importante papel na garantia da certeza e da previsibilidade do Direito, evitando posteriores oscilações e discussões no que se refere à interpretação da lei – em relação à convencionalidade do crime de desacato, quando se analisa que os fundamentos usados não foram devidamente justificados, a fim de que se possa ter sua decisão final como modelo em outras ações.

Ademais, afirmou-se ainda que seria impossível ir muito longe no controle de convencionalidade no julgado em análise, já que se trata de um habeas corpus. Ou seja, além dessa carência de justificativas concisas para fundamentar as decisões expendidas no Tribunal, os Ministros ainda confirmam que não houve um controle de convencionalidade no HC nº 379.269/MS. Logo, não podendo essa decisão ser vista e aplicada como definitiva, ou até mesmo como um entendimento consolidado desse tribunal em relação à convencionalidade do crime de desacato.

Dado o exposto, conclui-se que a discussão a respeito da convencionalidade do crime de desacato não pode ser considerada superada, não havendo um precedente em que o Superior Tribunal de Justiça tenha detidamente se debruçado para realizar um real controle de convencionalidade, isto é, a fim de verificar se o delito em tela é ou não compatível com os tratados e as convenções de direitos humanos, levando em consideração os argumentos e as recomendações emitidas pela Corte IDH e pela Comissão IDH, bem como a jurisprudência nacional e internacional e a doutrina, para a formação de uma decisão que possa trazer integralidade ao Direito.

DISCUSSÃO DOS RESULTADOS E CONSIDERAÇÕES FINAIS

Observou-se que o HC nº 379.269/MS (2016/0303542-3) tramitado no Superior Tribunal de Justiça é um exemplo do avanço dos tribunais internos brasileiros no sentido de reconhecer a necessidade do controle de convencionalidade, levando em consideração os tratados de direitos humanos, notadamente a Convenção Americana de Direitos Humanos, dentro do ordenamento interno.

Isto é, os Ministros reconheceram que a Convenção Americana de Direitos Humanos (ou Pacto de San José da Costa Rica), na condição de tratado de direitos humanos, aprovado antes da EC 45/2004, apresenta natureza supralegal, de forma que, as regras provindas dela apresentam efeito paralisante sobre as demais normas que compõem o ordenamento jurídico interno em sentido contrário, havendo, assim, a necessidade do controle de convencionalidade, isto é, de um dever de compatibilização das normas internas do Brasil, com os tratados e convenções de direitos humanos

Não obstante, esse controle de convencionalidade ainda se revela discreto, insuficiente e descompassado dos preceitos do direito internacional, uma vez que, os argumentos expendidos pelos Ministros não levam em consideração o entendimento da doutrina, da Corte Interamericana de Direitos Humanos e da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, ou seja, um efetivo diálogo entre a corte. Ademais, os fundamentos apresentados pelos Ministros não foram devidamente justificados, conforme foi demonstrado.

A argumentação decisória do acórdão, em que pese se volta a reconhecer o controle de convencionalidade, foi realizada distante dos parâmetros estabelecidos pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos e pela doutrina. Os Ministros discorreram a respeito da necessidade do desacato, mas não trataram dos problemas sobre esse crime apontados pela Comissão IDH e pela Corte IDH. Ademais, quando realizaram o *teste tripartite*, o fizeram sem seguir efetivamente as etapas e a fundamentação necessária, nos moldes prescritos pela Corte IDH e pela Comissão IDH e pela doutrina.

De mais a mais, foram aplicadas teorias de raízes estrangeiras a fim de fundamentar as argumentações a respeito da compatibilidade ou não do crime de desacato no ordenamento brasileiro, notadamente a teoria do *Contempt of Court* e a teoria do *fighting words doctrine*, sem uma análise crítica da viabilidade e justificção para aplicação no caso concreto. Logo, tais teorias se apresentaram no caso em tela como meras metáforas do direito estrangeiro, sem uma análise de compatibilidade com os parâmetros das instituições do ordenamento brasileiro.

Ademais, em que pese ser de conhecimento que o habeas corpus já foi usado em outros momentos para a realização de controle de convencionalidade e para decidir temas tão relevantes quanto esse, os Ministros ainda assim concluíram que o habeas corpus não é a via adequada para a realização do controle de convencionalidade no presente caso. Ocorre que para se chegar nessa conclusão, primeiro, era necessário justificativas e fundamentações claras e precisas a respeito, até porque o controle de convencionalidade não se trata de matéria de fato, o que necessitaria de dilação probatória.

Nesse sentido, nota-se que a discussão a respeito do crime de desacato, em que pese ser por muitos considerada superada, em razão dessa decisão do Superior Tribunal de Justiça, quando analisada sistematicamente, isto é, a formação da decisão, extrai-se que não foi devidamente debatida, ferindo os princípios republicanos, tais como da colegialidade e da fundamentação, bem como o artigo 93, IX, da CRFB/88 e o artigo 989, §1º, do CPC/15.

Por conseguinte, extrai-se que, ainda não houve uma decisão do Superior Tribunal de Justiça a respeito da convencionalidade do crime de desacato, ou seja, não há como se afirmar que esse Tribunal Superior fez um devido controle de convencionalidade acerca do crime de desacato.

Isso posto, aguarda-se ainda do Supremo Tribunal Federal um sério e fundado controle de convencionalidade sobre a questão, aplicando parâmetros bem delimitados e objetivos, tais quais: menção à existência de dispositivos internacionais convencionais ou extraconvencionais vinculantes ao Brasil sobre o tema; menção à existência de caso internacional contra o Brasil sobre o objeto da lide e as consequências de tal fato pelo Tribunal Nacional; menção à existência de jurisprudência anterior sobre o objeto da lide de órgãos internacionais aptos a emitir decisões vinculantes ao Brasil; e, com adequado e claro peso dado aos dispositivos e à jurisprudência internacionais.

Destarte, requer dos Ministros um real esforço argumentativo, a fim de justificar os fundamentos apresentados, qualquer que seja o posicionamento, desde que, levando em consideração os tratados de direitos humanos e um real Diálogo das Cortes, contemplando na sua análise a interpretação adotada e assenta pela Corte Interamericana de Direitos Humanos e pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRANCHES, C. A. D., **Proteção internacional dos Direitos Humanos**, Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1964.

ARAÚJO, Luc Athayde de. **O direito à liberdade de expressão crítica ao estado e seus representantes em uma sociedade democrática**. Trabalho de Conclusão de Curso (TCC). Orientador, Fábio Carvalho Leite – 2012.2. Disponível em: <<https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/21219/21219.PDF>>. Acesso em: 10 de agosto de 2019.

ASSIS, Araken de. **O contempt of court no direito brasileiro**. Revista de Processo: São Paulo, v. 111, p. 18-37, 2003

BARROSO, Luís Roberto. **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação**. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010. Disponível em: <https://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2010/12/Dignidade_texto-base_11dez2010.pdf>. Acesso em: 1 de outubro de 2019.

BRASIL. **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: 11 de maio de 2019.

_____. **Lei de 16 de dezembro de 1890 (Código Penal, 1890)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/D847.htm>. Acesso em: 11 de maio de 2019.

_____. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil, 2015)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 11 de maio de 2019.

_____. **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: 11 de maio de 2019.

_____. **Decreto nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009. (Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, 1969)**. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D7030.htm>. Acesso em: 11 de maio de 2019.

_____. **Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. (Convenção Americana de Direitos Humanos, 1969)**. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D7030.htm>. Acesso em: 11 de maio de 2019.

_____. Ministério Público Federal. **Arguição de Preceito Fundamental**. Deborah Duprat - Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão. Brasília, 31 de maio de 2016. Disponível em: <<http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/temas-de-atuacao/comunicacao-social/atuacao-do-mpf/representacao-proposicao-adpf-crime-desacato>>. Acesso em: 15 de maio de 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 466.343 de São Paulo**. Relator: Min. Cezar Peluso, Brasília, DF, 03 dez. 2008, Diário da Justiça, Brasília, DF, 5 de

jun. 2009. Disponível em: <
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>>. Acesso em:
 15 de julho de 2019.

_____. _____. **Habeas Corpus nº 96.772 de São Paulo.** Relator: Min.
 Celso de Mello, Brasília, DF, 09/06/2009, Diário da Justiça, Brasília, DF, 21 ago. 2009.
 Disponível em:
 <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=601192>>. Acesso em:
 15 de julho de 2019.

_____. _____. **Habeas Corpus nº 143.641 de São Paulo.** Relator: Min.
 Ricardo Lewandowski, Brasília, DF, 20/02/2018, Diário da Justiça, Brasília, DF, 08 out 2018
 Disponível em:
 <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=748401053>>. Acesso
 em: 20 de agosto de 2019.

_____. _____. **Habeas Corpus nº 95.967-9 de Mato Grosso do Sul.**
 Relator: Min. Ellen Grace, Brasília, DF, 11/11/2008, Diário da Justiça, Brasília, DF, 08 out
 2018 Disponível em:
 <redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=565687>. Acesso em: 20 de
 agosto de 2019.

_____. _____. **Habeas Corpus nº 141.949 do Distrito Federal.**
 Relator: Min. Gilmar Mendes, Brasília, DF, 13/03/2018, Diário da Justiça, Brasília, DF, 23 abr
 2018 Disponível em:
 <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14700730>>. Acesso
 em: 20 de agosto de 2019.

_____. _____. **Habeas Corpus nº 143.968 Agravo Regimental do Rio
 de Janeiro.** Relator: Min. Ricardo Lewandowski, Brasília, DF, 06/08/2018, Diário da Justiça,
 Brasília, DF, 23 abr 2018 Disponível em:
 <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=747859216>>. Acesso
 em: 20 de agosto de 2019.

_____. _____. **Agravo Regimental do Agravo de Instrumento nº
 738982 do Paraná.** Relator: Min. Joaquim Barbosa, Brasília, DF, 29/05/2012, Diário da
 Justiça, Brasília, DF, 19 jun 2012. Disponível em: <
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2193462>>. Acesso em:
 20 de agosto de 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 379.269 do Mato Grosso.** Relator
 Reynaldo Soares da Fonseca, Brasília, DF, 24/05/2017, Diário da Justiça, Brasília, DF, 28 nov
 2008. 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 de
 maio de 2019.

_____. _____. **Recurso Especial nº 1.640.084 de São Paulo.** Relator
 Ribeiro Dantas, Brasília, DF, 15/12/2016, Diário da Justiça, Brasília, DF, 01 fev 2017.
 Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1595452&num_registro=201603035423&data=20170630&formato=PDF>. Acesso em: 10 de maio de 2019.

_____. _____. **Habeas Corpus nº 92.197 de São Paulo**. Relator Luiz Flux, Brasília, DF, 16/12/2008, Diário da Justiça, Brasília, DF, 19 fev 2009. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=753730&num_registro=200702376906&data=20090219&formato=PDF>. Acesso em: 10 de maio de 2019.

_____. _____. **Habeas Corpus nº 214.049 de São Paulo**. Relator Ministro Nefi Cordeiro, Rel. p/ Acórdão Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Brasília, DF, 05/02/2015, Diário da Justiça, Brasília, DF, 10 mar 2015. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1381054&num_registro=201101721782&data=20150310&formato=PDF>. Acesso em: 10 de maio de 2019.

_____. _____. **Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça** / organizado pelo Gabinete do Ministro Diretor da Revista – Brasília : STJ. 394 p. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/publicacaoinstitucional//index.php/Regimento/article/view/3115/3839>>. Acesso em: 15 de agosto de 2019.

BOBBIO, Noberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Colinho; apresentação de Celso Lafer. Nova ed. – Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

CAVALCANTE, Marcio André Lopes. **Desacatar funcionário público no exercício da função ou em razão dela continua a ser crime**. Dizer o Direito. 2017. Disponível em: <<https://www.dizerodireito.com.br/2017/05/desacatar-funcionario-publico-no.html>>. Acesso em: 11 de maio de 2019.

_____. _____. **Informativo esquematizado: informativo 557-STJ**. Dizer o Direito. 2015. Disponível em: <<https://dizerodireitodotnet.files.wordpress.com/2015/04/info-557-stj.pdf>>. Acesso em: 9 de maio de 2019.

COMISSÃO IDH. **Relatoria Especial para a Liberdade de Expressão. Marco jurídico interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión = Marco jurídico interamericano sobre o direito à liberdade de expressão / Relatoria Especial para a Liberdade de Expressão, Comissão Interamericana de Direitos Humanos**. 2014. ISBN 978-0-8270-5457-8. Disponível em: <<https://www.oas.org/pt/cidh/expressao/docs/publicaciones/20140519%20-%20PORT%20Unesco%20-%20Marco%20Juridico%20Interamericano%20sobre%20el%20Derecho%20a%20la%20Libertad%20de%20Expresion%20adjust.pdf>>. Acesso em: 30 de agosto de 2019.

_____. **Liberdade de expressão no Brasil : Relatórios anuais da Relatoria Especial para a Liberdade de Expressão da CIDH 2005-2015 / Relatoria Especial para a Liberdade de Expressão da Comissão Interamericana de Direitos Humanos**. 2016. ISBN 978-0-8270-6566-6. Disponível em:

<<http://www.oas.org/pt/cidh/expressao/docs/publicaciones/BrasilLibertadExpresion2016.pdf>>
. Acesso em: 30 de agosto de 2019.

_____. **Antecedentes e Interpretação da Declaração de Princípios**. Disponível em: <<https://www.oas.org/pt/cidh/expressao/showarticle.asp?artID=132&lID=4>>. Acesso em: 25 de setembro de 2019.

_____. **Relatório Do Relator Especial Para A Liberdade De Expressão, Eduardo A Bertoni, Solicitado Pela Comissão De Assuntos Jurídicos E Políticos Em Cumprimento Da Resolução AG-RES. 1894 (XXXII-O/02)**. Disponível em: <<https://www.cidh.oas.org/annualrep/2002port/vol.3m.htm>>. Acesso em: 25 de setembro de 2019.

CORTE IDH. **Parecer Consultivo Oc-5/85 de 13 de Novembro de 1985**. Série A, nº 05. Disponível em <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_05_ing.pdf>. Acesso em: 11 de agosto de 2019.

_____. **Caso Almonacid Arellano e outros Vs. Chile**. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, sentença de 26 de setembro de 2006, Série C, nº 154. Disponível em <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_por.doc>. Acesso em: 11 de agosto de 2019.

_____. **Caso Palamara Iribarne Vs. Chile**. Sentença de 22 de novembro de 2005, Série C, nº 135. Disponível em <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_135_esp.pdf>. Acesso em: 11 de agosto de 2019.

_____. **Caso Gomes Lund E Outros (“Guerrilha Do Araguaia”) Vs. Brasil**. Sentença de 24 de novembro de 2010, Série C, nº 219. Disponível em <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf>. Acesso em: 11 de agosto de 2019.

_____. **Caso Cabrera García Y Montiel Flores Vs. México**. Sentença de 26 de novembro de 2010, Série C, nº 220. Disponível em <www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_220_esp.pdf>. Acesso em: 11 de agosto de 2019.

_____. **Caso Fontevecchia Y D’amico Vs. Argentina**. Sentença de 29 de novembro de 2011, Série C, nº 238. Disponível em <[corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_238_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_238_esp.pdf)>. Acesso em: 11 de agosto de 2019.

_____. **Caso Tristán Donoso Vs. Panamá**. Sentença de 27 de janeiro de 2009, Série C, nº 193. Disponível em <www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_193_esp.pdf>. Acesso em: 11 de agosto de 2019.

_____. **Caso Kimel Vs. Argentina**. Sentença de 2 de maio de 2008, Série C, nº 177. Disponível em <www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_177_esp.pdf>. Acesso em: 11 de agosto de 2019.

_____. **Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica.** Sentença de 2 de julho de 2004, Série C, nº 107. Disponível em <www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_107_esp.pdf>. Acesso em: 11 de agosto de 2019.

_____. **Caso Ricardo Canese Vs. Paraguai.** Sentença de 31 de agosto de 2004, Série C, nº 117. Disponível em <www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_111_por.pdf>. Acesso em: 11 de agosto de 2019.

_____. **Caso Usón Ramírez Vs. Venezuela.** Sentença de 20 de novembro de 2009, Série C, nº 207. Disponível em <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_207_esp.pdf>. Acesso em: 11 de agosto de 2019.

_____. **Caso Comunidad Garífuna De Punta Piedra Y Sus Miembros Vs. Honduras.** Sentença de 8 de outubro de 2015, Série C, nº 304. Disponível em <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_304_esp.pdf>. Acesso em: 11 de agosto de 2019.

_____. **Caso Gelman Vs. Uruguai.** Sentença de 24 de fevereiro de 2011, Série C, nº 221. Disponível em <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_221_por.doc>. Acesso em: 11 de agosto de 2019.

CONFERÊNCIA MUNDIAL SOBRE DIREITOS HUMANOS. **Declaração e programa de ação de Viena:** Conferência Mundial sobre Direitos Humanos. Viena, 14-25 de Junho de 1993. Disponível em: <<https://www.oas.org/dil/port/1993%20Declaração%20e%20Programa%20de%20Acção%20adoptado%20pela%20Conferência%20Mundial%20de%20Viena%20sobre%20Direitos%20Humanos%20em%20junho%20de%201993.pdf>>. Acesso em 20 de setembro de 2019.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos/Fábio Konder Comparato.** – 8. Ed. – São Paulo : Saraiva, 2013.

CORRÊA, Paloma Morais. **Corte interamericana de direitos humanos: opinião consultiva 4/84 — a margem de apreciação chega à América.** Revista de Direito Internacional, Brasília, v. 10, n. 2, 2013 p. 262-279. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/2581>>. Acesso em: 20 de setembro de 2019.

FELDMAN, David. **Civil Liberties and Human Rights in England and Wales.** 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2002. p. 57

FERNANDES, Viviane Priscila Nascimento. **Teoria monista humanista: reflexões acerca da hierarquia dos tratados internacionais sobre direitos humanos incorporados no ordenamento jurídico brasileiro.** orientador, Jorge Luis Ribeiro dos Santos, coorientador, Edson Beas Rodrigues Junior. — 2018.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito : técnico, decisão, dominação.** – 8. Ed. – São Paulo : Atlas, 2015.

FONSECA, Luciana Carvalho. **Metáforas na discussão sobre o uso do direito estrangeiro nos julgamentos da Suprema Corte: *nose counting* e *cherry picking***. Migalhas. 2009. Disponível em: < <https://www.migalhas.com.br/LawEnglish/74,MI81098,91041-Metaforas+na+discussao+sobre+o+uso+do+direito+estrangeiro+nos>>. Acesso em: 10 de agosto de 2019.

FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. **O dever de fundamentação adequada das decisões judiciais**. Meu Site Jurídico.Com. 2017. Disponível em: <<https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2017/04/15/o-dever-de-fundamentacao-adequada-das-decisoes-judiciais/>>. Acesso em: 10 de agosto de 2019.

GIUBERTI, Vander Santos. **Contempt of Court: o que é e o que não é no novo sistema processual brasileiro**. Anais do II Congresso de Processo Civil Internacional, Vitória, 2017. Disponível em: <periodicos.ufes.br/processocivilinternacional/article/view/19848/13267>. Acesso em: 28 de setembro de 2019.

GRAU, Eros Roberto. **O novo velho tema da interpretação do direito**. In: Ontem, os códigos! Hoje, as constituições : homenagem a Paulo Bonavides/ George Salomão Leite ... [et al] (coordenadores). – São Paulo : Malheiros, 2016.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte especial**, volume IV. - 11. ed. - Niterói, RJ: Impetus, 2015.

HORBACH, Carlos Bastide. **O direito comparado no STF: internacionalização da jurisdição constitucional brasileira**. Revista de Direito Internacional, Brasília, v. 12, n. 2, 2015 p. 193-210. Disponível em: <[file:///C:/Users/Manoel%20Ítalo/AppData/Local/Packages/Microsoft.MicrosoftEdge_8wekyb3d8bbwe/TempState/Downloads/3667-17173-1-PB%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/Manoel%20Ítalo/AppData/Local/Packages/Microsoft.MicrosoftEdge_8wekyb3d8bbwe/TempState/Downloads/3667-17173-1-PB%20(1).pdf)>. Acesso em: 27 de setembro de 2019.

HUDSON JR., David L. **For More Coverage of “Fighting Words” Cases, See Our Collection of Blog Posts on the Topic**. 2009. Disponível em: <<https://www.freedomforuminstitute.org/first-amendment-center/topics/freedom-of-speech-2/personal-public-expression-overview/fighting-words/>>. Acesso em: 22 de setembro de 2019.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direito internacional público** [livro eletrônico], --3. Ed. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2016.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **O controle jurisdicional da convencionalidade das leis**; prefácio Luiz Flávio Gomes. – 2. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2011. – (Coleção direito e ciências afins ; v. 4 / coordenação Alice Bianchini, Luiz Flávio Gomes, William Terra de Oliveira).

MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Curso de direito internacional público**. 12ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

MORAIS, Ronald Medeiros de. **A “Teoria da Margem de apreciação”, nos Direitos Humanos** Conteudo Juridico, Brasília-DF: 22 set 2019. Disponível em: <<https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/34399/a-quot-teoria-da-margem-de-apreciacao-quot-nos-direitos-humanos>>. Acesso em: 22 de setembro de 2019.

MOREIRA, Thiago Oliveira. **A aplicação dos tratados internacionais de direitos humanos pela jurisdição brasileira**. Natal, RN : EDUFRN, 2015.

NETTO, Cláudio Cerqueira Bastos. **O princípio da margem de apreciação nacional: em busca do terreno comum**. Rev. secr. Trib. perm. revis. [online]. 2018, vol.6, n.11, pp.66-87. ISSN 2304-7887. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.16890/rstpr.a6.n11.p66>>. Acesso em: 1 de setembro de 2019.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional** / Flávia Piovesan. – 11. Ed. Ver. E atual. – São Paulo : Saraiva, 2010.

PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direito Internacional Público e Privado: Incluindo Noções de Direitos Humanos e de Direito Comunitário** – 10. Ed. Ver., atual. e ampl. – Salvador: Jus PODIVM, 2018.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017.

RAMOS, André de Carvalho. **Processo internacional de direitos humanos** [livro eletrônico]. 5. ed. - São Paulo: Saraiva, 2016.

RAMOS, André de Carvalho. **Supremo tribunal federal brasileiro e o controle de convencionalidade: levando a sério os tratados de direitos humanos**. In: Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. v. 104. p. 241 – 286. jan./dez. 2009. Disponível em <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67857>> acesso em 11 de maio de 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang. **As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível**. In: SARLET, I. W. (org.), Dimensões da Dignidade – ensaios de filosofia do direito e direito constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Considerações a respeito das relações entre a constituição federal de 1988 e os tratados internacionais de direitos humanos**. Rev. TST, Brasília, vol. 77, no 4, out/dez 2011. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/28337/006_sarlet.pdf?sequence=3>. Acesso em: 11 de maio de 2019.

SILVA, Christine Oliveira Peter da. **Metodologia de Estudo de Precedentes**. Observatório da Jurisdição Constitucional, 2007. Disponível em: <<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/observatorio/article/view/84>>. Acesso em: 15 de julho de 2019.

SIMMA, Bruno. **International Human Rights and General International Law: a comparative analysis**. Collected Course of the Academy or European Law, v. IV, Book 2, Netherlands: Kluwer Law International, 1995.

ANEXOS

HABEAS CORPUS Nº 379.269 - MS (2016/0303542-3)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
R.P/ACÓRDÃO : **MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE : MAGNO LEANDRO SANTOS ANGELICO

EMENTA

HABEAS CORPUS. RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. VIOLAÇÃO DO ART. 306 DO CÓDIGO DE TRÂNSITO E DOS ARTS. 330 E 331 DO CÓDIGO PENAL. PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. MANUTENÇÃO DA TIPIFICAÇÃO DO CRIME DE DESACATO NO ORDENAMENTO JURÍDICO. DIREITOS HUMANOS. PACTO DE SÃO JOSÉ DA COSTA RICA (PSJCR). DIREITO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO QUE NÃO SE REVELA ABSOLUTO. CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE. INEXISTÊNCIA DE DECISÃO PROFERIDA PELA CORTE (IDH). ATOS EXPEDIDOS PELA COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CIDH). AUSÊNCIA DE FORÇA VINCULANTE. TESTE TRIPARTITE. VETORES DE HERMENÊUTICA DOS DIREITOS TUTELADOS NA CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. POSSIBILIDADE DE RESTRIÇÃO. PREENCHIMENTO DAS CONDIÇÕES ANTEVISTAS NO ART. 13.2. DO PSJCR. SOBERANIA DO ESTADO. TEORIA DA MARGEM DE APRECIACÃO NACIONAL (*MARGIN OF APPRECIATION*). INCOLUMIDADE DO CRIME DE DESACATO PELO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO, NOS TERMOS EM QUE ENTALHADO NO ART. 331 DO CÓDIGO PENAL. INAPLICABILIDADE, *IN CASU*, DO PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO TÃO LOGO QUANDO DO RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. *WRIT* NÃO CONHECIDO.

1. O Brasil é signatário da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), denominada Pacto de São José da Costa Rica, sendo promulgada por intermédio do Decreto n. 678/1992, passando, desde então, a figurar com observância obrigatória e integral do Estado.

2. Quanto à natureza jurídica das regras decorrentes de tratados de direitos humanos, firmou-se o entendimento de que, ao serem incorporadas antes da Emenda Constitucional n. 45/2004, portanto, sem a observância do rito estabelecido pelo art. 5º, § 3º, da CRFB, exprimem *status* de norma suprallegal, o que, a rigor, produz efeito paralisante sobre as demais normas que compõem o ordenamento jurídico, à exceção da Magna Carta. Precedentes.

3. De acordo com o art. 41 do Pacto de São José da Costa Rica, as funções da Comissão Interamericana de Direitos Humanos não ostentam caráter decisório, mas tão somente instrutório ou cooperativo. Desta feita, depreende-se que a CIDH não possui função jurisdicional.

4. A Corte Internacional de Direitos Humanos (IDH), por sua vez, é uma instituição judiciária autônoma cujo objetivo é a aplicação e a interpretação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, possuindo atribuição jurisdicional e consultiva, de acordo com o art. 2º do seu respectivo Estatuto.

5. As deliberações internacionais de direitos humanos decorrentes dos processos de responsabilidade internacional do Estado podem resultar em: recomendação; decisões quase judiciais e decisão judicial. A primeira revela-se ausente de qualquer caráter vinculante, ostentando mero caráter "moral", podendo resultar dos mais diversos órgãos internacionais. Os demais institutos, porém, situam-se no âmbito do controle, propriamente dito, da observância dos direitos humanos.

6. Com efeito, as recomendações expedidas pela CIDH não possuem força vinculante, mas tão somente "*poder de embaraço*" ou "*mobilização da vergonha*".

7. Embora a Comissão Interamericana de Direitos Humanos já tenha se pronunciado sobre o tema "*leis de desacato*", não há precedente da Corte relacionada ao crime de desacato atrelado ao Brasil.

8. Ademais, a Corte Interamericana de Direitos Humanos se posicionou acerca da liberdade de expressão, rechaçando tratar-se de direito absoluto, como demonstrado no Marco Jurídico Interamericano sobre o Direito à Liberdade de Expressão.

9. Teste tripartite. Exige-se o preenchimento cumulativo de específicas condições emanadas do art. 13.2. da CADH, para que se admita eventual restrição do direito à liberdade de expressão. Em se tratando de limitação oriunda da norma penal, soma-se a este rol a estrita observância do princípio da legalidade.

10. Os vetores de hermenêutica dos Direitos tutelados na CADH encontram assento no art. 29 do Pacto de São José da Costa Rica, ao passo que o alcance das restrições se situa no dispositivo subsequente. Sob o prisma de ambos instrumentos de interpretação, não se vislumbra qualquer transgressão do Direito à Liberdade de Expressão pelo teor do art. 331 do Código Penal.

11. Norma que incorpora o preenchimento de todos os requisitos exigidos para que se admita a restrição ao direito de liberdade de expressão, tendo em vista que, além ser objeto de previsão legal

com acepção precisa e clara, revela-se essencial, proporcional e idônea a resguardar a moral pública e, por conseguinte, a própria ordem pública.

12. A CIDH e a Corte Interamericana têm perfilhado o entendimento de que o exercício dos direitos humanos deve ser feito em respeito aos demais direitos, de modo que, no processo de harmonização, o Estado desempenha um papel crucial mediante o estabelecimento das responsabilidades ulteriores necessárias para alcançar tal equilíbrio exercendo o juízo de entre a liberdade de expressão manifestada e o direito eventualmente em conflito.

13. Controle de convencionalidade, que, na espécie, revela-se difuso, tendo por finalidade, de acordo com a doutrina, "*compatibilizar verticalmente as normas domésticas (as espécies de leis, lato sensu, vigentes no país) com os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Estado e em vigor no território nacional.*"

14. Para que a produção normativa doméstica possa ter validade e, por conseguinte, eficácia, exige-se uma dupla compatibilidade vertical material.

15. Ainda que existisse decisão da Corte (IDH) sobre a preservação dos direitos humanos, essa circunstância, por si só, não seria suficiente a elidir a deliberação do Brasil acerca da aplicação de eventual julgado no seu âmbito doméstico, tudo isso por força da soberania que é inerente ao Estado. Aplicação da Teoria da Margem de Apreciação Nacional (*margin of appreciation*).

16. O desacato é especial forma de injúria, caracterizado como uma ofensa à honra e ao prestígio dos órgãos que integram a Administração Pública. Apontamentos da doutrina alienígena.

17. O processo de circunspeção evolutiva da norma penal teve por fim seu efetivo e concreto ajuste à proteção da condição de funcionário público e, por via reflexa, em seu maior espectro, a honra *lato sensu* da Administração Pública.

18. Preenchimento das condições antevistas no art. 13.2. do Pacto de São José da Costa Rica, de modo a acolher, de forma patente e em sua plenitude, a incolumidade do crime de desacato pelo ordenamento jurídico pátrio, nos termos em que entalhado no art. 331 do Código Penal.

19. Voltando-se às nuances que deram ensejo à impetração, deve ser mantido o acórdão vergastado em sua integralidade, visto que inaplicável o princípio da consunção tão logo quando do recebimento da denúncia, considerando que os delitos apontados foram, *primo ictu oculi*, violadores de tipos penais distintos e

Superior Tribunal de Justiça

originários de condutas autônomas.

20. *Habeas Corpus* não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, por maioria, não conhecer do habeas corpus, nos termos do voto do Sr. Ministro Antonio Saldanha Palheiro, que lavrará o acórdão. Vencidos os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca e Ribeiro Dantas, que não conheciam do habeas corpus e concediam a ordem de ofício para excluir da ação penal o crime de desacato e determinando o prosseguimento da ação penal, quanto aos delitos previstos nos arts. 306 do CTB e 330 do CP.

Votaram com o Sr. Ministro Antonio Saldanha Palheiro (Relator para acórdão) os Srs. Ministros Felix Fischer, Maria Thereza de Assis Moura, Jorge Mussi, Rogerio Schietti Cruz e Nefi Cordeiro.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Joel Ilan Paciornik.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior.

Sustentou oralmente o Adv. Elias Cesar Kesrouani pelo impetrante.

Brasília, 24 de maio de 2017 (data do julgamento).

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO

Relator

Superior Tribunal de Justiça

HABEAS CORPUS Nº 379.269 - MS (2016/0303542-3)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO MATO GROSSO DO SUL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE : MAGNO LEANDRO SANTOS ANGELICO

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de MAGNO LEANDRO SANTOS ANGELICO contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul.

Consta dos autos que o paciente foi denunciado pelos delitos tipificados nos arts. 306 do Código de Trânsito Brasileiro (dirigir veículo automotor sob a influência de álcool), 330 e 331, ambos do Código Penal (desobediência e desacato).

O Juízo de primeiro grau rejeitou parcialmente a denúncia, sob o fundamento de que o delito de desacato absorveu o crime de desobediência (princípio da consunção).

Inconformado, o Ministério Público recorreu. O Tribunal de origem deu provimento ao recurso em sentido estrito, em acórdão assim ementado (e-STJ fl. 123):

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO INTERPOSTO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO - DESOBEDIÊNCIA E DESACATO - APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO NO RECEBIMENTO DA DENÚNCIA - INVIABILIDADE - RECURSO PROVIDO.

É inaplicável o princípio da consunção, quando os crimes são autônomos, ou seja, quando um não é obrigatoriamente fase de preparação ou execução do outro. Para a aplicação do referido princípio, a análise deve ser feita entre fatos concretos e não entre normas; pois há a prática de mais de um tipo penal, porém, configura apenas um delito, dessa forma, o momento mais adequado para a aplicação do referido princípio, é o da prolação da sentença, após a instrução processual, pois necessária uma análise aprofundada dos fatos e da autoria, salvo em casos excepcionais. No presente caso, não se verifica, de plano, a existência de um nexo de dependência das condutas ilícitas

Superior Tribunal de Justiça

praticadas pelo recorrido; incabível, portanto, a aplicação do princípio da consunção neste momento.

CONTRA O PARECER - RECURSO PROVIDO.

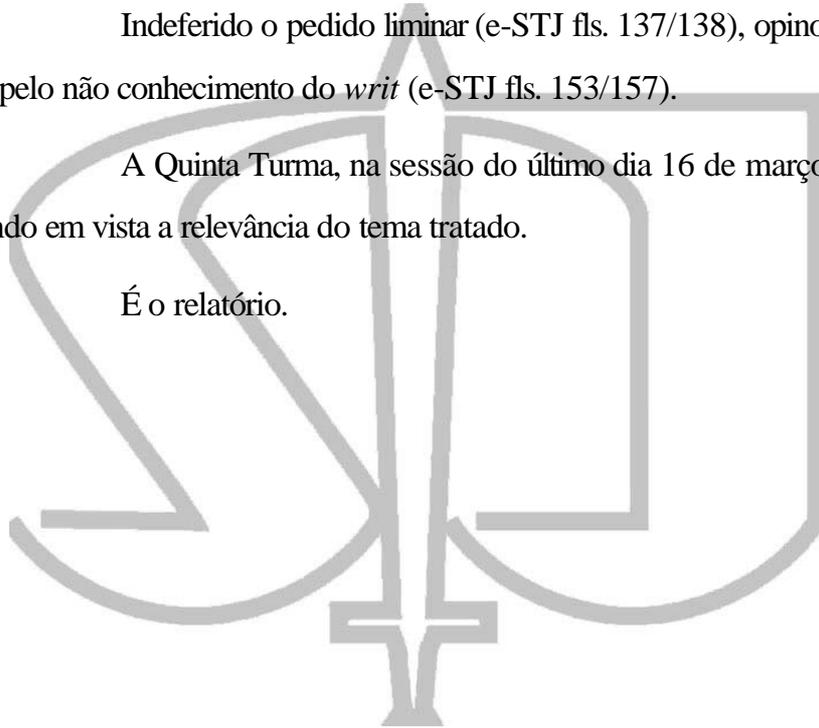
No presente *writ*, sustenta a defesa a existência de constrangimento ilegal, uma vez que "no caso em tela mostra-se perfeitamente cabível a aplicação do princípio da consunção" (e-STJ fl. 3), devendo o delito de desacato absorver o crime de desobediência.

Requer, liminarmente e no mérito, seja aplicado o princípio da consunção.

Indeferido o pedido liminar (e-STJ fls. 137/138), opinou o Ministério Público Federal pelo não conhecimento do *writ* (e-STJ fls. 153/157).

A Quinta Turma, na sessão do último dia 16 de março, deliberou afetar este *writ*, tendo em vista a relevância do tema tratado.

É o relatório.



HABEAS CORPUS Nº 379.269 - MS (2016/0303542-3)

VOTO VENCIDO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):

O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do *habeas corpus*, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade. Esse entendimento objetivou preservar a utilidade e a eficácia do *mandamus*, que é o instrumento constitucional mais importante de proteção à liberdade individual do cidadão ameaçada por ato ilegal ou abuso de poder, garantindo a celeridade que o seu julgamento requer.

Nesse sentido, confirmam-se os seguintes julgados, exemplificativos dessa nova orientação das Cortes Superiores do País: HC n. 320.818/SP, Relator Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 21/5/2015, DJe 27/5/2015 e STF, HC n. 113890, Relatora Ministra ROSA WEBER, Primeira Turma, julg. em 3/12/2013, DJ 28/2/2014.

Assim, de início, incabível o presente *habeas corpus* substitutivo de recurso especial. Todavia, em homenagem ao princípio da ampla defesa, passa-se ao exame da insurgência, para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal passível de ser sanado pela concessão da ordem, de ofício.

Nesta impetração, a defesa tem por escopo a aplicação do princípio da consunção entre os delitos de desobediência e desacato. A propósito, a questão foi assim decidida no Tribunal de origem (e-STJ fls. 124/127):

Trata-se de Recurso em Sentido Estrito interposto pelo Ministério Público Estadual, em face da decisão de fls. 51-54, que rejeitou a denúncia oferecida em face de Magno Leandro Santos Angélico, quanto ao delito de desobediência (art. 330,CP), com arrimo no princípio da consunção.

Verifica-se que o recorrido foi denunciado, em concurso material, como incurso nas sanções dos artigos 330 e 331 do Código Penal e 306, do Código de Trânsito Brasileiro, em razão de, de acordo com a denúncia:

Superior Tribunal de Justiça

"(...)FATO I - Consta no incluso Inquérito Policial que, no dia 16 de agosto de 2015, por volta das 02h, na Rua Lourenço da Veiga com a Rua Marques de Herval, no Bairro Jardim Campo Belo, nesta Capital, foi flagrado conduzindo o veículo VW/Gol, cor vermelha, placas HTJ-7300, com sua capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool, conforme Termo de Constatação de Alteração da Capacidade Psicomotora (fl. 12).

FATO II - No mesmo dia, hora e local supramencionados, o denunciado desobedeceu ordem legal de policiais militares, visto que, após parar repentinamente seu automóvel em via pública, não atendeu a solicitação feita pelos milicianos para se retirar do Veículo.

FATO III - Ato contínuo, ao ser solicitada a identificação do denunciado, este desacatou policiais militares, no exercício de suas funções, realizando gestos obscenos e proferindo dizeres como "vai toma no cú seu bosta o que eu estou fazendo".

Na ocasião, os policiais militares Alberto Fabiano de Arrua e Hagnerdos Santos Silva foram acionados para atender uma ocorrência, visto que o veículo VW Gol, cor vermelha, placas HTJ 7300, conduzido pelo ora denunciado, estava transitando realizando manobras anormais.

Durante diligências, os policiais avistaram o veículo parando na rua de forma repentina e, ao aproximarem-se para realizar a abordagem, determinaram que o denunciado descesse do automóvel, tendo este se recusado a cumprir a ordem legal.

Na tentativa de identificação do denunciado, este apontou o dedo com gestos obscenos aos milicianos e proferiu ofensas como: "vai toma no cú seu bosta o que eu estou fazendo".

Após o denunciado descer do veículo, os policiais constataram que o mesmo estava com forte odor etílico, fala pastosa, olhos vermelhos, sendo convidado a realizar o teste de alcoolemia, situação recusada pelo denunciado, razão pela qual foi confeccionado o Termo de Constatação de Alteração de capacidade Psicomotora. (...)"

Em decisão as fls. 51-54, o juíza quo aplicou o princípio da consunção entre os delitos de desacato e desobediência, de modo que recebeu a denúncia apenas em relação aos crimes previstos nos artigos 331 do Código Penal e 306 do Código de Trânsito Brasileiro. In verbis.

"(...) I - Quanto ao delito de desobediência

Rejeito parcialmente a denúncia.

Narra a denúncia que, na data dos fatos, a Polícia Militar foi acionada para atender uma ocorrência, na qual um veículo estava realizando manobras anormais no trânsito e, quando da

Superior Tribunal de Justiça

abordagem, o denunciado desobedeceu a ordem para que descesse do automóvel. Ato contínuo, teria desacatado os policiais, apontando o dedo com gestos obscenos e dizendo-lhe proferiu ofensas como "vai toma no cú seu bosta o que eu estou fazendo".

Em circunstâncias como as relatadas nestes autos, na qual os delitos ocorreram em um mesmo contexto fático, a aplicação do princípio da Consunção é medida imperiosa vez que, a jurisprudência tem reconhecido que a infração mais grave praticada deverá absorver a infração cometida em sua execução, in casu, o crime de desacato absorverá o crime de desobediência.

(...)

Nota-se, in casu, as infrações foram cometidas, tal como se extrai da inicial, no mesmo contexto fático, com nítida relação de dependência entre as condutas, ferindo, em linhas gerais (mormente os delitos de desacato e desobediência), o mesmo bem jurídico, qual seja, a "administração pública", não justificando que, por estas circunstâncias, o réu sofram condenações por vários e autônomos ilícitos penais.

Isto posto, sem mais delongas, é a presente para rejeitar a denúncia de fls. 1/3, especificamente com relação ao crime do art. 330 do Código Penal (2º Fato), o que faço com arrimo no princípio da Consunção.

Contra a decisão, o Ministério Público interpôs o presente recurso em sentido estrito, objetivando a reforma da decisão para que seja recebida in totum a denúncia ofertada contra Magno Leandro Santos Angelico (fls. 80-85).

Passo à análise do recurso.

Primeiramente, trago a definição de princípio da consunção, de acordo com a lição de Cezar Roberto Bitencourt: "Pelo princípio da consunção, ou absorção, a norma definidora de um crime constitui meio necessário ou fase normal de preparação ou execução de outro crime. Em termos bem esquemáticos, há consunção quanto o fato previsto em determinada norma é compreendido em outra, mais abrangente, aplicando-se somente esta. Na relação consuntiva, os fatos não se apresentam em relação de gênero e espécie, mas de minus e plus, de continente e conteúdo, de todo e parte, de inteiro e fração.

Por isso, o crime consumado absorve o crime tentado, o crime de perigo é absorvido pelo crime de dano. A norma consuntiva constitui fase mais avançada na realização da ofensa a um bem jurídico, aplicando-se o princípio major absorbet minorem. Assim, as lesões corporais que determinam a morte são absorvidas pela tipificação do homicídio, ou o furto com arrombamento em casa habitada absorve os crimes de dano e de violação de domicílio etc. A norma consuntiva exclui a aplicação da norma consunta, por abranger o delito definido por esta. Há consunção quando o

Superior Tribunal de Justiça

crime-meio é realizado como uma fase ou etapa do crime-fim, onde vai esgotar seu potencial ofensivo, sendo, por isso, a punição somente da conduta criminosa final do agente.(...)"

É inaplicável o princípio da absorção, quando os crimes são autônomos, ou seja, quando um não é obrigatoriamente fase de preparação ou execução do outro.

Na aplicação do referido princípio, a análise deve ser feita entre fatos concretos e não entre normas; pois há a prática de mais de um tipo penal, porém, configura apenas um delito, dessa forma, o momento mais adequado para a aplicação ou não do referido princípio, é o da prolação da sentença, após a instrução processual, pois necessária uma análise aprofundada dos fatos e da autoria, salvo em casos excepcionais.

No momento do recebimento da denúncia, o magistrado deve fazer apenas um juízo de admissibilidade da acusação; dessa forma, prematura a deliberação acerca da aplicabilidade do princípio da consunção, pois para isso, se exige uma profunda análise fática sobre elementos que ainda serão colhidos durante a instrução processual.

No presente caso, o recorrido é acusado das práticas dos delitos previstos nos artigos 306, CTB; 330 e 331, CP e é em relação aos dois últimos que cinge-se a discussão.

Tem-se que o réu desobedeceu ordem legal de policiais militares, não atendendo a solicitação de se retirar do veículo (art. 330, CP). Ato contínuo, ao ser solicitada a identificação do denunciado, este desacatou os policiais, realizando gestos obscenos e proferindo dizeres como "vá toma no cú seu bosta o que eu estou fazendo" (art. 331, CP).

Não se verifica, de plano, a existência de um nexo de dependência das condutas ilícitas praticadas pelo recorrido; incabível, portanto, a aplicação do princípio da consunção neste momento.

Ademais, o Ministério Público afirma que restou claro o cometimento de delitos autônomos, que se repita, não ocorreram no mesmo contexto fático, e não possuem dependência entre si, razão pela qual não há que se falar em aplicabilidade do princípio da consunção, por se tratar cada conduta de desígnios autônomos (fl. 83).

Pelo exposto, o momento mais adequado para aplicar o princípio da consunção é o da prolação da sentença, após a instrução processual.

Contra o parecer, dou provimento ao recurso ministerial, determinando o recebimento integral da exordial e o normal prosseguimento do feito.

Superior Tribunal de Justiça

Extrai-se das transcrições supra que a instância ordinária revisora entendeu que os crimes de desobediência e de desacato foram praticados em contextos fáticos distintos, configurando crimes autônomos. Entendimento em sentido contrário demandaria, necessariamente, o revolvimento do conjunto fático-probatório, inviável na via estreita do *habeas corpus*. Nesse sentido:

PENAL E PROCESSUAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. PORTE ILEGAL DE ARMA E ROUBO. PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO. INAPLICABILIDADE. CONDUTAS AUTÔNOMAS.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, acompanhando a orientação da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, firmou-se no sentido de que o habeas corpus não pode ser utilizado como substituto de recurso próprio, sob pena de desvirtuar a finalidade dessa garantia constitucional, exceto quando a ilegalidade apontada é flagrante, ocasião em que se concede a ordem de ofício.

2. A absorção do crime de porte ilegal de arma pelo de roubo pressupõe que as condutas tenham sido praticadas em um mesmo contexto fático, guardando entre si uma relação de dependência ou de subordinação.

3. Na hipótese dos autos, o acórdão impugnado, soberano na análise de acervo fático-probatório, assentou que o paciente foi flagrado no porte dos artefatos em momento distinto ao do roubo, caracterizando nova conduta autônoma e independente daquele crime, a impedir a aplicação do princípio da consunção.

4. Habeas corpus não conhecido. (HC 234.231/MS, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 02/02/2016, DJe 23/02/2016) -grifei.

PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 157, §2º, I E II, DO CÓDIGO PENAL. ART. 16, P. ÚNICO, IV, DA LEI Nº 10.826/2003. (1) WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. VIA INADEQUADA. (2) ROUBO CIRCUNSTANCIADO E PORTE DE ARMA DE FOGO. PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO. INAPLICABILIDADE NO CASO CONCRETO. (3) MAJORANTES. QUANTUM DE ACRÉSCIMO. SÚMULA 443 DESTA CORTE. ILEGALIDADE MANIFESTA. (4) ROUBO. CRIME COMETIDO MEDIANTE UMA SÓ AÇÃO. PATRIMÔNIOS DIVERSOS. CRIME ÚNICO. IMPOSSIBILIDADE. CONCURSO FORMAL. (5) CONTINUIDADE DELITIVA. TEORIA MISTA. DESÍGNIOS AUTÔNOMOS. DEMAIS REQUISITOS. COMPROVAÇÃO. NECESSIDADE. REEXAME PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. (6) REGIME FECHADO. PENA SUPERIOR A 8 ANOS DE RECLUSÃO. ADEQUAÇÃO. ILEGALIDADE NÃO

EVIDENCIADA. (7) WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM DE OFÍCIO.

1. Tratando-se de habeas corpus substitutivo de recurso especial, inviável o seu conhecimento.

2. "A conduta de portar arma ilegalmente é absorvida pelo crime de roubo, quando, ao longo da instrução criminal, restar evidenciado o nexo de dependência ou de subordinação entre as duas condutas e que os delitos foram praticados em um mesmo contexto fático, incidindo, assim, o princípio da consunção" (HC 178.561/DF, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 22/05/2012, DJe 13/06/2012). In casu, as instâncias ordinárias concluíram que a posse ilegal de arma de fogo decorreu de desígnio autônomo, rompendo-se o liame temporal e o nexo com o delito de roubo circunstanciado. Outrossim, para se chegar a qualquer conclusão em sentido contrário, seria necessária uma análise acurada dos fatos, depoimentos e elementos de convicção em que se arrimaram as instâncias ordinárias. Tal procedimento é inviável em sede de habeas corpus, pois importaria em transformar o writ em recurso dotado de ampla devolutividade.

(...)

7. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de reduzir a sanção imposta ao paciente para 14 (catorze) anos, 06 (seis) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, mais 38 (trinta e oito) dias-multa, mantidos os demais termos da condenação. (HC 315.059/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 06/10/2015, DJe 27/10/2015) - grifei.

Assim, inexistente a possibilidade de reparação da apontada ilegalidade na via do remédio constitucional do *habeas corpus*.

Não obstante, a 5ª Turma desta Corte Superior, no julgamento do REsp-1.640.084/SP, afastou a tipicidade do crime de desacato, ante sua incompatibilidade com a Convenção Americana de Direitos Humanos. A propósito, foram estes os fundamentos utilizados pelo Relator, Ministro Ribeiro Dantas:

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

Superior Tribunal de Justiça

direitos e liberdades fundamentais:

"Artigo 1. Obrigação de respeitar os direitos.

1. Os Estados Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.

2. Para os efeitos desta Convenção, pessoa é todo ser humano.

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." (Grifou-se.)

*Na sessão de 4/2/2009, a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, ao julgar, pelo rito do art. 543-C do CPC/1973, o Recurso Especial 914.253/SP, de relatoria do Ministro LUIZ FUX, adotou o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário 466.343/SP, no sentido de que **os tratados de***

Superior Tribunal de Justiça

direitos humanos, ratificados pelo país, têm força supralegal, "o que significa dizer que toda lei antagônica às normas emanadas de tratados internacionais sobre direitos humanos é destituída de validade."

Eis as ementas dos aludidos RE 466.343 e REsp 914.253/SP:

"PRISÃO CIVIL. Depósito. Depositário infiel. Alienação fiduciária. Decretação da medida coercitiva. Inadmissibilidade absoluta. Insustentabilidade da previsão constitucional e das normas subalternas. Interpretação do art. 5º, inc. LXVII e §§ 1º, 2º e 3º, da CF, à luz do art. 7º, § 7, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica). Recurso improvido. Julgamento conjunto do RE 349.703 e dos HCs 87.585 e 92.566. É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito."

(STF, RE 466.343, Rel. Ministro CEZAR PELUSO, TRIBUNAL PLENO, julgado em 3/12/2008, DJe 4/6/2009.)

"PROCESSO CIVIL. TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. DEPOSITÁRIO INFIEL. PACTO DE SÃO JOSÉ DA COSTA RICA. EMENDA CONSTITUCIONAL N. 45/2004. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. NOVEL POSICIONAMENTO ADOTADO PELA SUPREMA CORTE.

1. A Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em seu art. 7º, § 7º, vedou a prisão civil do depositário infiel, ressalvada a hipótese do devedor de alimentos. Contudo, a jurisprudência pátria sempre direcionou-se no sentido da constitucionalidade do art. 5º, LXVII, da Carta de 1988, o qual prevê expressamente a prisão do depositário infiel. Isto em razão de o referido tratado internacional ter ingressado em nosso ordenamento jurídico na qualidade de norma infraconstitucional, porquanto, com a promulgação da Constituição de 1988, inadmissível o seu recebimento com força de emenda constitucional. Nesse sentido confirmam-se os seguintes julgados da Suprema Corte: RE 253.071/GO, Relator Ministro MOREIRA ALVES, Primeira Turma, DJ de 29 de junho de 2006 e RE 206.482/SP, Relator Ministro MAURICIO CORRÊA, Tribunal Pleno, DJ de 5 de setembro de 2003.

2. A edição da EC n. 45/2004 acresceu ao art. 5º da CF/1988 o § 3º, dispondo 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', inaugurando novo panorama nos acordos internacionais relativos a direitos humanos em território nacional.

Superior Tribunal de Justiça

3. Deveras, 'a ratificação, pelo Brasil, sem qualquer reserva do pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos (art. 11) e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica, (art. 7º, 7), ambos do ano de 1992, não há mais base legal para prisão civil do depositário infiel, pois o caráter especial desses diplomas internacionais sobre direitos humanos lhes reserva lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de ratificação. Assim ocorreu com o art. 1.287 do Código Civil de 1916 e com o Decreto-Lei n. 911/1969, assim como em relação ao art. 652 do novo Código Civil (Lei n. 10.406/2002).' (voto proferido pelo Ministro GILMAR MENDES, na sessão de julgamento do Plenário da Suprema Corte em 22 de novembro de 2006, relativo ao Recurso Extraordinário 466.343/SP, da relatoria do Ministro CEZAR PELUSO).

4. A Constituição da República Federativa do Brasil, de índole pós-positivista, e fundamento de todo o ordenamento jurídico, expressa, como vontade popular, que a República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados, Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como um dos seus fundamentos a dignidade da pessoa humana como instrumento realizador de seu ideário de construção de uma sociedade justa e solidária.

5. O Pretório Excelso, realizando interpretação sistemática dos direitos humanos fundamentais, promoveu considerável mudança acerca do tema em foco, assegurando os valores supremos do texto magno. O Órgão Pleno da Excelsa Corte, por ocasião do histórico julgamento do Recurso Extraordinário 466.343/SP, Rel. Ministro CEZAR PELUSO, reconheceu que os **tratados de direitos humanos têm hierarquia superior à lei ordinária, ostentando status normativo supralegal, o que significa dizer que toda lei antagônica às normas emanadas de tratados internacionais sobre direitos humanos é destituída de validade, máxime em face do efeito paralisante dos referidos tratados em relação às normas infra-legais autorizadas da custódia do depositário infiel. Isso significa dizer que, no plano material, as regras provindas da Convenção Americana de Direitos Humanos, em relação às normas internas, são ampliativas do exercício do direito fundamental à liberdade, razão pela qual paralisam a eficácia normativa da regra interna em sentido contrário, haja vista que não se trata aqui de revogação, mas de invalidade.**

(...)

8. Recurso especial desprovido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C

do CPC e da Resolução STJ 8/2008."

Superior Tribunal de Justiça

(REsp 914.253/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, CORTE ESPECIAL, julgado em 2/12/2009, DJe 04/2/2010 - grifou-se.)

Os acórdãos acima mencionados, ao reconhecerem o caráter supralegal dos tratados que cuidam da proteção aos direitos humanos, enfatizaram que, "no plano material, as regras provindas da Convenção Americana de Direitos Humanos, em relação às normas internas, são ampliativas do exercício do direito fundamental à liberdade, razão pela qual paralisam a eficácia normativa da regra interna em sentido contrário, haja vista que não se trata aqui de revogação, mas de invalidade" (REsp 914.253/SP).

*Trata-se do **controle de convencionalidade**, cuja finalidade é compatibilizar as normas internas com os tratados e convenções de direitos humanos, nos termos da doutrina pioneira, no Brasil, de VALÉRIO MAZZUOLI (O controle jurisdicional da convencionalidade das leis. 2ª ed. v. 4. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011). Explica o autor:*

"Nesse sentido, entende-se que o controle de convencionalidade (ou o de supralegalidade) deve ser exercido pelos órgãos da justiça nacional relativamente aos tratados aos quais o país se encontra vinculado. Trata-se de adaptar ou conformar os atos ou leis internas aos compromissos internacionais assumidos pelo Estado, que criam para estes deveres no plano internacional com reflexos práticos no plano do seu direito interno. Doravante, não somente os tribunais internacionais (ou supranacionais) devem realizar esse tipo de controle, mas também os tribunais internos. O fato de serem os tratados internacionais (notadamente os de direitos humanos) imediatamente aplicáveis no âmbito do direito doméstico, garante a legitimidade dos controles de convencionalidade e de supralegalidade das leis no Brasil" (MAZZUOLI, Valério. O controle jurisdicional da convencionalidade das leis. 2ª ed. v. 4. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, pp. 133-134.)

Nesse particular, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, quando do julgamento do caso Almonacid Arellano y otros v. Chile, passou a exigir que o Poder Judiciário de cada Estado Parte do Pacto de São José da Costa Rica exerça o controle de convencionalidade das normas jurídicas internas que aplica aos casos concretos (texto disponível no sítio eletrônico: www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf).

Salienta MARINONI que, "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

Superior Tribunal de Justiça

requerimento da parte ou mesmo de ofício" (In Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai/Calogero Pizzolo...[et al.]; coordenação Luiz Guilherme Marinoni, Valério de Oliveira Mazzuoli. - 1. Ed. - Brasília, DF : Gazeta Jurídica, 2013, p. 66).

Anote-se, ainda, que o controle de convencionalidade não se confunde com o controle de constitucionalidade, uma vez que a posição supralegal do tratado de direitos humanos é bastante para superar a lei ou ato normativo interno que lhe for contrária, abrindo ensejo a recurso especial, como, aliás, já fez esta Corte Superior ao entender pela inconvenção da prisão civil do depositário infiel.

A propósito, o art. 105, III, "a", da Constituição Federal de 1988 estabelece, expressamente, 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" (grifou-se.)

Se a discussão girasse em torno de tratado ou convenção votado sob regime do art. 5º, § 3º, da CF), a coisa seria diferente, porque a norma, aí, teria status de emenda constitucional e, desse modo, haveria controle de constitucionalidade, com usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal, na hipótese de controle concentrado, ou da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, em caso de controle difuso (cláusula de reserva de plenário).

Dessarte, ao contrário do que entenderam as instâncias ordinárias, a ausência de lei veiculadora de abolição criminis não inibe 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.

Em face de tais considerações, passo ao exame dos dispositivos em confronto, cujo teor é o seguinte:

Convenção Americana de Direitos Humanos

"Artigo 13. Liberdade de pensamento e de expressão

1. Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito compreende a liberdade de buscar, receber e difundir informações e idéias de toda natureza, sem consideração de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro processo de sua escolha.

2. O exercício do direito previsto no inciso precedente não pode estar sujeito a censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores,

Superior Tribunal de Justiça

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."

Código Penal

"Desacato

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

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

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos - CIDH já se manifestou a respeito do tema em casos que envolveram Argentina, Chile, Panamá, Peru e Venezuela, resultando, sempre, em decisões pela prevalência do art. 13 do Pacto de São José sobre normas internas que tipificam o crime em exame. Destaca-se, como paradigma, o Caso n. 11.012, relativo ao jornalista Horácio Verbitsky, condenado por desacato em razão de ter chamado de "asqueroso" o Ministro Augusto César Belluscio, da Suprema Corte de Justiça da República Argentina. A controvérsia foi resolvida mediante o compromisso do país vizinho no sentido de extirpar de seu ordenamento jurídico o delito de desacato.

No caso Palamara Iribarne v. Chile (2005) a solução não foi amistosa, tendo a CIDH considerado que a República do Chile violou o disposto no art. 13 da Convenção ante a imputação do crime de desacato ao escritor Humberto Antonio Palamara Iribarne.

No relatório especial de 1995, a Comissão afirmou que as leis de desacato se prestam ao abuso, como meio para silenciar ideias e opiniões consideradas incômodas pelo establishment, bem assim

Superior Tribunal de Justiça

proporcionam maior nível de proteção aos agentes do Estado do que aos particulares, em contravenção aos princípios democrático e igualitário (CIDH, Relatório sobre a compatibilidade entre as leis de desacato e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, OEA/Ser. L/V/II.88, doc. 9 rev., 17 de fevereiro de 1995, 197-212) .

A CIDH, em seu 108º período ordinário de sessões, realizado de 16 a 27/10/2000, aprovou a Declaração de Princípios sobre Liberdade de Expressão, que estatui: "11. Os funcionários públicos estão sujeitos a um maior controle por parte da sociedade. As leis que punem a manifestação ofensiva dirigida a funcionários públicos, geralmente conhecidas como 'leis de desacato', atentam contra a liberdade de expressão e o direito à informação."

A aprovação do Princípio n. 11 sobre Liberdade de Expressão teve a seguinte justificativa:

"50. Como foi salientado anteriormente, 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 tem 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.

(...)

52. Nesse contexto, **a distinção entre a pessoa privada e a pública torna-se indispensável. A proteção outorgada a funcionários públicos pelas denominadas leis de desacato atenta abertamente contra esses princípios. Essas leis invertem diretamente os parâmetros de uma sociedade democrática, na qual os funcionários públicos devem estar sujeitos a um maior escrutínio por parte da sociedade. A proteção dos princípios democráticos exige a eliminação dessas leis nos países em que elas ainda subsistam. Por sua estrutura e utilização, essas leis representam enquistamentos autoritários herdados de épocas passadas, e é preciso eliminá-las.** (texto disponível no sítio eletrônico: <http://www.oas.org/pt/cidh/expressao/showarticle.asp?artID=132&lID=4> - grifou-se.)

Ora. As **recomendações da CIDH assumem força normativa interna**, porquanto, "no caso *Loayza Tamayo v. Peru* e nos posteriores, a Corte [Interamericana de Direitos Humanos] sustentou que o princípio da boa-fé, consagrado também na Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, obriga os Estados contratantes da Convenção Americana de Direitos Humanos a realizar seus melhores esforços para cumprir as deliberações da Comissão [CIDH], que é também órgão principal da OEA, organização que tem como uma de suas funções justamente promover a observância e a defesa dos direitos humanos no continente americano" (RAMOS, André de Carvalho. *Processo internacional de direitos humanos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 234).

Assim mesmo, o Brasil não retirou da legislação o crime de desacato, o que, a teor de denúncias formuladas pelas Defensorias Públicas da União e do Estado de São Paulo à CIDH, consubstanciaria descumprimento do art. 13 da CADH e do respectivo Princípio sobre Liberdade de Expressão n. 11.

Com semelhantes argumentos, em 31/5/2016, a Procuradora Federal dos Direitos do Cidadão, Doutora DEBORAH DUPRAT,

Superior Tribunal de Justiça

representou ao Procurador-Geral da República pela propositura de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental perante o Supremo Tribunal Federal.

A proposta de ADPF, disponível no sítio eletrônico <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/temas-de-atuacao/direitos-humanos/internacionais/atuacao-do-mpf/representacao-proposicao-adpf-crime-desacato>, destaca que a tipificação do crime de desacato "atenta contra o regime democrático, na medida em que impede o controle da atuação de servidores públicos a propósito de suas funções. Do mesmo modo, inibe a liberdade de expressão nos seus aspectos e fundamentos essenciais, além de atingir mais severamente aqueles que estão em luta pela implementação de seu catálogo de direitos, em clara ofensa ao princípio da igualdade." Ressalta que a situação "compromete o Brasil no cenário internacional, em razão do não cumprimento de obrigações às quais aderiu livremente."

A existência do crime do art. 331 do CP, para a PFDC, não raras vezes, serviu de instrumento de abuso de poder pelas autoridades estatais, para suprimir direitos fundamentais, em especial a liberdade de expressão:

"O constituinte brasileiro chegou a ser redundante, ao garantir a liberdade de expressão em múltiplos dispositivos, rejeitando peremptoriamente toda forma de censura. Essa insistência não foi gratuita. Por um lado, ela é uma resposta a um passado de desrespeito a essa liberdade pública fundamental, em que a censura campeava e pessoas eram perseguidas por suas ideias. Por outro, revela o destaque que tal direito passa a ter em nossa ordem constitucional."

*Registra MAZZUOLI 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.**"(op. cit., 2011, p. 94 - grifou-se).*

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.

Superior Tribunal de Justiça

A Opinião Consultiva n. 5/1985, da Corte Interamericana de Direitos Humanos, consagra o princípio pro homine na hermenêutica das normas domésticas e internacionais relativas à proteção dos direitos fundamentais, havendo, aliás, idêntica previsão na Constituição brasileira de 1988, que estabelece, como fundamento do Estado Democrático de Direito, a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) e, como parâmetro das relações internacionais, a prevalência dos direitos humanos (art. 4º, II).

*Vale dizer, no controle de convencionalidade, o intérprete deve estar imbuído da premissa de que "os Estados existem para os humanos e não vice-versa" (TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Direito Internacional das Organizações Internacionais*. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 17).*

*No crime de desacato, contudo, o sujeito passivo é o Estado e, apenas em segundo plano, também o funcionário público, e isto porque o bem jurídico precipuamente tutelado é o prestígio da função pública (NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 1.380).*

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 (RHC 9.615/RS, Rel. Ministro EDSON VIDIGAL, QUINTA TURMA, julgado em 8/8/2000, DJ 25/9/2000), o esforço intelectual de discernir censura de insulto à dignidade da função exercida em nome do Estado é por demais complexo, abrindo espaço para a imposição abusiva do poder punitivo estatal.

Com efeito, a 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. Veja-se, por exemplo, que este Superior Tribunal já trancou ação penal por desacato, movida contra Promotora de Justiça que pronunciou a frase "eu nunca ouvi tanta besteira", direcionada ao Corregedor Pr-Geral do Ministério Público de seu Estado (HC 305.141/PB, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 5/2/2015, DJe 18/2/2015). Noutra oportunidade, o STJ afirmou que "não houve desacato ao magistrado em razão da função jurisdicional, tendo sido as ofensas a ele dirigidas em caráter pessoal, decorrentes de sua atitude como passageiro de companhia aérea" (HC 21.228/PI, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 20/2/2003, DJ 24/3/2003).

Outro caso de repercussão, infelizmente, é o da morte de três jovens do Morro da Providência, no Rio de Janeiro/RJ, na sequência de suas prisões por desacato a militares do Exército em operações naquela localidade. O caso foi investigado pelo Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana (CDDPH),

Superior Tribunal de Justiça

que, no relatório de 30/9/2008, recomendou eliminar esse tipo penal, por violar parâmetros protetivos internacionais (texto disponível

em [http://www.sdh.gov.br/sobre/participacao-social/cndh/relatorios/relatorio-c.e-](http://www.sdh.gov.br/sobre/participacao-social/cndh/relatorios/relatorio-c.e-morro-da-providencia)

morro-da-providencia.)

Esse estado de coisas induziu à proposta de dois projetos de lei favoráveis à abolição do delito.

O Projeto de Lei n. 4.548/2008, apresentado pelo Deputado Federal EDSON DUARTE, afirma que esse tipo penal "tem servido nos dias atuais como instrumento de intimidação de pessoas no âmbito das repartições públicas, onde costumeiramente são afixadas placas, cartazes e objetos similares em locais visíveis ao público com dizeres que alertam para a prática do aludido delito e suas possíveis conseqüências jurídicas ou simplesmente transcrevem literalmente o referido dispositivo legal, que prevê que o infrator no caso se sujeitará à pena privativa de liberdade (detenção) de seis meses a dois anos ou multa." A justificativa do projeto pontua:

"(...) tal providência administrativa, muito embora seja justificada por autoridades e servidores públicos como importante meio para deter a violência contra si, estabelece na prática um lamentável mecanismo de censura em detrimento da livre manifestação de pensamento e, assim, contribui em grande medida para perpetuar as situações de mau atendimento a usuários de serviços públicos ou de adoção contra estes de atitudes grosseiras ou incompatíveis com a urbanidade que deveria ser mantida pelos mencionados agentes públicos no âmbito das repartições públicas." (texto disponível no sitio eletrônico: — [http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=0439C8798C67E98B0551B01F6370CE07.node1?codteor=631575&filename=Avulso+-PL+4548/2008)

prop_mostrarintegra;jsessionid=0439C8798C67E98B0551B01F6370CE07.node1?codteor=631575&filename=Avulso+-PL+4548/2008.)

O PL n. 602/2015, de autoria do Deputado Federal JEAN WYLLYS, alude ao episódio em que uma agente de trânsito, durante abordagem a veículo de Juiz de Direito, foi presa por desacatar o magistrado:

"Cena 1: Uma servidora do Detran-RJ, numa blitz (em 2011), parou um veículo que estava sem placa. A nota fiscal que portava já tinha prazo vencido. O motorista, ademais, não portava a carteira de habilitação (tudo isso foi reconhecido em sentença da Justiça). Quem era o motorista? Um juiz de direito. A servidora (que fez uma dissertação de mestrado sobre ética na administração pública) disse

Superior Tribunal de Justiça

que o carro irregular deveria ser recolhido. Essa providência, absolutamente legal e válida para todos, foi a causa do *quid pro quo* armado. O motorista queria que um tenente a prendesse. Este se recusou a fazer isso. Chegaram os PMs (tentaram algemá-la). A servidora disse: 'Ele não é Deus'. O juiz começou a gritar e deu voz de prisão, dizendo que ela era 'abusada' (quem anda com carro irregular, não, não é abusado). Ela processou o juiz por prisão ilegal. O TJ do RJ entendeu (corporativamente) que foi a servidora que praticou ilegalidade e abuso (dizendo que 'juiz não é Deus'). Alegação completar da servidora: 'Se eu levo os carros dos mais humildes, por que não vou levar os dos mais abastados?; Posso me prejudicar porque fiz meu trabalho direito' (...)" (texto disponível no sítio eletrônico: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1306621&filename=PL+602/2015.)

Na opinião do parlamentar, "o abuso de autoridade, em especial, a prática da 'carteirada', é uma mazela comum no Brasil e merece atenção especial da lei." E arremata:

"Uma das infelizes causas para tal prática é a existência de um tipo penal específico para o crime contra a honra praticado contra autoridade ou funcionário público, o desacato. A **figura do desacato é, de certa forma, a legitimação jurídica da pergunta 'Você sabe com quem está falando?'** que, como diz o antropólogo Roberto DaMatta, 'engendra um impasse pela introdução de uma relação [hierárquica] num contexto que teoricamente deveria ser resolvido pela aplicação individualizada e automática da lei'" (grifou-se.)

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. Afinal, é da Doutrina o conceito de que "todo funcionário público, desde o mais graduado ao mais humilde, é instrumento da soberana vontade e atuação do Estado", daí a especial proteção que lhe consagra a lei penal (HUNGRIA, Nélson. Comentários ao Código Penal. v. 9. Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 420).

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.

Com todas as vênias, 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

Superior Tribunal de Justiça

Americana de Direitos Humanos.

Ademais, 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, sendo esta uma das razões pelas quais a CIDH estabeleceu a recomendação de que os países aderentes ao Pacto de São José abolissem suas respectivas leis de desacato.

À parte as normas e regras de interpretação do sistema interamericano de proteção aos direitos humanos, vale a pena mencionar a notável construção jurisprudencial norte-americana sobre a fighting words doctrine.

*A Suprema Corte dos Estados Unidos desenvolveu, a partir do caso *Chaplinsky v. New Hampshire* (1942), o entendimento de que o right of free speech (Primeira Emenda) não protegeria a utilização de palavras que incitassem à quebra imediata da paz social (fighting words doctrine). Entretanto, em casos posteriores, tendo como paradigma o precedente firmado em *Lewis v. City of New Orleans* (1974), aquele Tribunal passou a reduzir a margem de aplicação da teoria das "palavras belicosas", para declarar a inconstitucionalidade de leis de desacato redigidas de maneira vaga ou cujo alcance fosse excessivo, de modo a conferir ao funcionário poder ilimitado para prender ou processar o suposto infrator (cf. caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/415/130.html).*

É importante a ponderação da Suprema Corte norte-americana pois, no tocante à liberdade de expressão, "(...) há de se ter redobradas cautelas ao prospectar limites a seu uso, sobretudo quando o particular se volta contra o Estado, ainda que para externar sentimentos desconexos ou de aleivosia, pois, particularmente aí, 'a liberdade costuma ofender' (CLARICE LISPECTOR)" (TRF5, AC 421.293/CE, Rel. Juiz Federal convocado BRUNO LEONARDO CÂMARA CARRÁ, TERCEIRA TURMA, j. 22/9/2011, DJe 10/10/2011).

Observe-se, por fim, que o afastamento da tipificação criminal do desacato não impede a responsabilidade ulterior, civil ou até mesmo de outra figura típica penal (calúnia, injúria, difamação etc.), pela ocorrência de abuso na expressão verbal ou gestual ofensiva, utilizada perante o funcionário público.

Louvo-me, no aspecto, na argumentação expendida pelo Subprocurador-Geral da República, Doutor NÍVIO DE FREITAS SILVA FILHO, para "ressaltar que eventuais condutas que exorbitem os limites da razoabilidade podem ser suficientemente responsabilizadas por instrumentos de natureza cível e mesmo penal, aplicáveis a toda e qualquer pessoa, mostrando-se desnecessário manter um tipo dotado de conceitos vagos e imprecisos, que tem servido mais como meio de intimidação dos cidadãos do que para a proteção da Administração Pública."

Superior Tribunal de Justiça

Com razão, portanto, o recorrente, no ponto em que aduz a inviabilidade da condenação por desacato com fundamento em tipo penal incompatível com os parâmetros normativos oferecidos pelo art. 13 do Pacto de São José da Costa Rica, do qual a República Federativa do Brasil é signatária.

A ementa do referido julgado foi lavrada nos seguintes termos:

DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. ROUBO, DESACATO E RESISTÊNCIA. APELAÇÃO CRIMINAL. EFEITO DEVOLUTIVO AMPLO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. NÃO OCORRÊNCIA. ROUBO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA.

INAPLICABILIDADE. DESCLASSIFICAÇÃO DO CRIME DE ROUBO PARA O DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. SÚMULA 284/STF. TEMA NÃO PREQUESTIONADO. SÚMULAS 282 E 356 DO STF. DESACATO. INCOMPATIBILIDADE DO TIPO PENAL COM A CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE.

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

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

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

4. O art. 2º, c/c o art. 29, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) prevê a adoção, pelos Estados Partes, de "medidas legislativas ou de outra natureza" visando à solução de antinomias normativas que possam suprimir ou limitar o efetivo exercício de direitos e liberdades fundamentais.

5. Na sessão de 4/2/2009, a Corte Especial do Superior Tribunal

de Justiça, ao julgar, pelo rito do art. 543-C do CPC/1973, o Recurso Especial 914.253/SP, de relatoria do Ministro LUIZ FUX, adotou o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário 466.343/SP, no sentido de que os tratados de direitos humanos, ratificados pelo país, têm força supralegal, "o que significa dizer que toda lei antagônica às normas emanadas de tratados internacionais sobre direitos humanos é destituída de validade."

6. Decidiu-se, no precedente repetitivo, que, "no plano material, as regras provindas da Convenção Americana de Direitos Humanos, em relação às normas internas, são ampliativas do exercício do direito fundamental à liberdade, razão pela qual paralisam a eficácia normativa da regra interna em sentido contrário, haja vista que não se trata aqui de revogação, mas de invalidade." 7. A adequação das normas legais aos tratados e convenções internacionais adotados pelo Direito Pátrio configura controle de constitucionalidade, o qual, no caso concreto, por não se cuidar de convenção votada sob regime de emenda constitucional, não invade a seara do controle de constitucionalidade e pode ser feito de forma difusa, até mesmo em sede de recurso especial.

8. Nesse particular, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, quando do julgamento do caso Almonacid Arellano y otros v. Chile, passou a exigir que o Poder Judiciário de cada Estado Parte do Pacto de São José da Costa Rica exerça o controle de convencionalidade das normas jurídicas internas que aplica aos casos concretos.

9. Por conseguinte, a ausência de lei veiculadora de abolição criminis não inibe a atuação do Poder Judiciário na verificação da inconformidade do art. 331 do Código Penal, que prevê a figura típica do desacato, com o art. 13 do Pacto de São José da Costa Rica, que estipula mecanismos de proteção à liberdade de pensamento e de expressão.

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

11. A adesão ao Pacto de São José significa a transposição, para a ordem jurídica interna, de critérios recíprocos de interpretação, sob pena de negação da universalidade dos valores insertos nos direitos fundamentais internacionalmente reconhecidos. Assim, o

método hermenêutico mais adequado à concretização da liberdade de expressão reside no postulado pro homine, composto de dois princípios de proteção de direitos: a dignidade da pessoa humana e a prevalência dos direitos humanos.

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

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

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

15. O afastamento da tipificação criminal do desacato não impede a responsabilidade ulterior, civil ou até mesmo de outra figura típica penal (calúnia, injúria, difamação etc.), pela ocorrência de abuso na expressão verbal ou gestual utilizada perante o funcionário público.

16. Recurso especial conhecido em parte, e nessa extensão, parcialmente provido para afastar a condenação do recorrente pelo crime de desacato (art. 331 do CP).

(REsp 1640084/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 15/12/2016, DJe 01/02/2017).

Em conclusão, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) já se pronunciou no sentido de que a criminalização do desacato contraria a Convenção Americana sobre os Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica). O Princípio 11 da "Declaração de Princípios sobre a liberdade de expressão" da Comissão Interamericana de Direitos Humanos é de clareza solar.

Na colisão entre normas de direito interno e previsões da CADH, as regras de interpretação nela previstas (art. 29) determinam a prevalência da norma do tratado.

O Excelso Pretório já firmou diretriz no sentido de que os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo país e incorporados ao direito interno na

Superior Tribunal de Justiça

forma do artigo 5º, § 2º, da Constituição brasileira, têm natureza supralegal (RE n. 466.343).

Resta, pois, inviabilizada a condenação por desacato com fundamento em norma interna incompatível com Tratado Internacional de Direitos Humanos (norma supralegal), do qual o Brasil é signatário.

Desse modo, embora entendendo as razões práticas dos que pensam em sentido contrário (ordem, respeito à autoridade, etc.), deve-se retirar da ação penal na origem a imputação do crime de desacato, em razão do controle de convencionalidade ora realizado. Com tal decisão, a alegação de consunção fica, a rigor, prejudicada.

Ante o exposto, **não conheço** do *mandamus*. No entanto, **concedo a ordem de ofício** para excluir da ação penal o crime de desacato. Prosseguimento da ação penal, quanto aos delitos previstos nos arts. 306 do C.T.B. e 330 do C.P.

É como voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator

HABEAS CORPUS Nº 379.269 - MS (2016/0303542-3)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE : MAGNO LEANDRO SANTOS ANGELICO

VOTO-VENCEDOR

O EXMO. SR. MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO:

Nos termos do relatório do voto proferido pelo Min. Reynaldo Soares da Fonseca, a questão posta a deslinde no âmbito destes autos de *habeas corpus* gira em torno da possibilidade de se aplicar o princípio da consunção entre os delitos de desobediência e desacato.

Desde logo, portanto, vale gizar as circunstâncias que precederam a impetração deste *writ*.

De acordo com a denúncia (e-STJ fls. 8/10), o acusado, ora paciente, teria praticado as seguintes condutas, *in litteris*:

Fato I – *Consta no incluso Inquérito Policial que, no dia 16 de agosto de 2015, por volta das 02h, na Rua Lourenço da Veiga com a Rua Marques de Herval, no Bairro Jardim Campo Belo, nesta Capital, foi flagrado **conduzindo o veículo** VW/Gol, cor vermelha, placas HTJ-7300, **com sua capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool**, conforme Termo de Constatação de Alteração da Capacidade Psicomotora (fl. 12).*

Fato II – *No mesmo dia, hora e local supramencionados, o denunciado desobedeceu ordem legal de policiais militares, visto que, após parar repentinamente seu automóvel em via pública, **não atendeu a solicitação feita pelos milicianos para se retirar do veículo**.*

Fato III - *Ato contínuo, ao ser solicitada a identificação do denunciado, este **desacatou policiais militares**, no exercício de suas funções, **realizando gestos obscenos e proferindo dizeres como "vai toma no cú seu bosta o que eu estou fazendo". (grifei)***

Por conta de tais fatos, o paciente foi então denunciado pela prática dos delitos previstos no art. 306 do Código de Trânsito e nos arts. 330 e 331, na forma

do art. 69, todos do Código Penal.

Quando da decisão de admissibilidade, o Juízo de origem rejeitou a denúncia quanto ao crime de desobediência, recebendo-a, contudo, quanto aos demais delitos (desacato e embriaguez ao volante).

O Ministério Público, por sua vez, interpôs recurso em sentido estrito na via originária, o qual foi provido nos termos do acórdão representado pela seguinte ementa (e-STJ fl. 123):

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO INTERPOSTO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO - DESOBEDIÊNCIA E DESACATO - APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO NO RECEBIMENTO DA DENÚNCIA - INVIABILIDADE - RECURSO PROVIDO.

E inaplicável o princípio da consunção, quando os crimes são autônomos, ou seja, quando um não é obrigatoriamente fase de preparação ou execução do outro. Para a aplicação do referido princípio, a análise deve ser feita entre fatos concretos e não entre normas; pois há a prática de mais de um tipo penal, porém, configura apenas um delito, dessa forma, o momento mais adequado para a aplicação do referido princípio, é o da prolação da sentença, após a instrução processual, pois necessária uma análise aprofundada dos fatos e da autoria, salvo em casos excepcionais. No presente caso, não se verifica, de plano, a existência de um nexo de dependência das condutas ilícitas praticadas pelo recorrido; incabível, portanto, a aplicação do princípio da consunção neste momento.

CONTRA O PARECER - RECURSO PROVIDO.

Daí o presente *habeas corpus* impetrado pela Defensoria Pública do Estado de Mato Grosso do Sul, em que argumenta estar ocorrendo constrangimento ilegal ao paciente, pois, *in casu*, revelar-se-ia cabível a aplicação do princípio da consunção, quando do recebimento da denúncia, no que diz respeito ao crime de desobediência.

A liminar foi indeferida pelo Ministro Relator (e-STJ fls. 137/138).

O Ministério Público Federal, ao se manifestar, opinou pelo não conhecimento do *writ*, tendo em vista a impossibilidade de revolvimento de matéria fático-probatória na estreita via eleita (e-STJ fls. 153/157).

Após afetação do tema à Terceira Seção, o Ministro Relator apresentou

seu voto, segundo o qual, apesar de consignar o não conhecimento do *writ*, concedia a ordem, de ofício, para excluir da ação penal o crime desacato, escorando-se em precedente da Quinta Turma (REsp 1.640.084/SP, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, julgado em 15/12/2016, DJe 1º/02/2017), com espeque em controle de convencionalidade erigido do nosso Sistema Normativo estampado no Código Penal dada a suposta incompatibilidade do art. 331 do referido *Codex* com a Convenção Americana de Direitos Humanos.

Na ocasião que engendrado o precedente, ao se debruçar sobre o tema, a Quinta Turma se manifestou no seguinte sentido, *ex vi*:

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

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

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

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

4. *O art. 2º, c/c o art. 29, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) prevê a adoção, pelos Estados Partes, de "medidas legislativas ou de outra natureza" visando à solução de antinomias normativas que*

Superior Tribunal de Justiça

possam suprimir ou limitar o efetivo exercício de direitos e liberdades fundamentais.

5. Na sessão de 4/2/2009, a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, ao julgar, pelo rito do art. 543-C do CPC/1973, o Recurso Especial 914.253/SP, de relatoria do Ministro LUIZ FUX, adotou o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário 466.343/SP, no sentido de que os tratados de direitos humanos, ratificados pelo país, têm força supralegal, "o que significa dizer que toda lei antagônica às normas emanadas de tratados internacionais sobre direitos humanos é destituída de validade."

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

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

8. Nesse particular, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, quando do julgamento do caso *Almonacid Arellano y otros v. Chile*, passou a exigir que o Poder Judiciário de cada Estado Parte do Pacto de São José da Costa Rica exerça o controle de convencionalidade das normas jurídicas internas que aplica aos casos concretos.

9. Por conseguinte, a ausência de lei veiculadora de abolição criminis não inibe a atuação do Poder Judiciário na verificação da inconformidade do art. 331 do Código Penal, que prevê a figura típica do desacato, com o art. 13 do Pacto de São José da Costa Rica, que estipula mecanismos de proteção à liberdade de pensamento e de expressão.

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

11. A adesão ao Pacto de São José significa a transposição, para a ordem jurídica interna, de critérios recíprocos de interpretação, sob pena de negação da universalidade dos valores insertos

nos direitos fundamentais internacionalmente reconhecidos. Assim, o método hermenêutico mais adequado à concretização da liberdade de expressão reside no postulado pro homine, composto de dois princípios de proteção de direitos: a dignidade da pessoa humana e a prevalência dos direitos humanos.

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

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

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

15. O afastamento da tipificação criminal do desacato não impede a responsabilidade ulterior, civil ou até mesmo de outra figura típica penal (calúnia, injúria, difamação etc.), pela ocorrência de abuso na expressão verbal ou gestual utilizada perante o funcionário público.

16. Recurso especial conhecido em parte, e nessa extensão, parcialmente provido para afastar a condenação do recorrente pelo crime de desacato (art. 331 do CP).

(REsp 1640084/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 15/12/2016, DJe 01/02/2017)

No entanto, a despeito das razões integrantes do precedente citado, bem como do voto do relator destes autos, que concedeu a ordem de ofício para excluir da ação penal o crime de desacato, usei divergir do entendimento manifestado.

Ab initio, cumpre registrar que a questão afeta ao controle de convencionalidade, que antecede o tema inerente à incidência do princípio da consunção do crime de desacato, gravita na órbita dos limites aos quais se submetem a liberdade de expressão, consignada no art. 13 da CADH, que assim dispõe:

Artigo 13. Liberdade de pensamento e de expressão

1. Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito compreende a liberdade de buscar, receber e difundir informações e idéias de toda natureza, sem consideração de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em

Superior Tribunal de Justiça

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.

Antes de adentrar ao cerne da presente controvérsia, devem ser tecidas as seguintes considerações.

De certo que o Brasil é signatário da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), denominada Pacto de São José da Costa Rica, sendo promulgada por intermédio do Decreto n. 678/1992, passando, desde então, a ser de observância integral do Estado.

Rememore-se que, a despeito de, num primeiro momento, a jurisprudência ter oscilado quanto à natureza jurídica das regras decorrentes de tratados de direitos humanos, firmou-se o entendimento de que, ao serem incorporadas antes da Emenda Constitucional n. 45/2004, portanto, sem a observância do rito estabelecido pelo art. 5º, § 3º, da CRFB, exprimem *status* de norma supralegal, o que, a rigor, produz efeito paralisante sobre as demais normas que compõem o ordenamento jurídico, à exceção da Magna Carta.

Superior Tribunal de Justiça

Nesse primeiro momento, devem ser reavivados os precedentes que resultaram no caráter supralegal conferido aos Tratados sobre Direitos Humanos ratificados pelo Brasil, inicialmente sufragado pela Pretória Corte e, em ato contínuo, pelo Superior Tribunal de Justiça, nos termos dos seguintes excertos:

PRISÃO CIVIL. Depósito. Depositário infiel. Alienação fiduciária. Decretação da medida coercitiva. Inadmissibilidade absoluta. Insubsistência da previsão constitucional e das normas subalternas. Interpretação do art. 5º, inc. LXVII e §§ 1º, 2º e 3º, da CF, à luz do art. 7º, § 7, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica). Recurso improvido. Julgamento conjunto do RE nº 349.703 e dos HCs nº 87.585 e nº 92.566. É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito.

(RE 466343, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 03/12/2008, REPERCUSSÃO GERAL, Dje 04/06/2009)

PROCESSO CIVIL. TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. DEPOSITÁRIO INFIEL. PACTO DE SÃO JOSÉ DA COSTA RICA. EMENDA CONSTITUCIONAL N.º 45/2004. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. NOVEL POSICIONAMENTO ADOTADO PELA SUPREMA CORTE.

1. *A Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em seu art. 7º, § 7º, vedou a prisão civil do depositário infiel, ressalvada a hipótese do devedor de alimentos. Contudo, a jurisprudência pátria sempre direcionou-se no sentido da constitucionalidade do art. 5º, LXVII, da Carta de 1.988, o qual prevê expressamente a prisão do depositário infiel. Isto em razão de o referido tratado internacional ter ingressado em nosso ordenamento jurídico na qualidade de norma infraconstitucional, porquanto, com a promulgação da constituição de 1.988, inadmissível o seu recebimento com força de emenda constitucional. Nesse sentido confirmam-se os seguintes julgados da Suprema Corte: RE 253071 - GO, Relator Ministro MOREIRA ALVES, Primeira Turma, DJ de 29 de junho de 2.006 e RE 206.482 - SP, Relator Ministro MAURICIO CORRÊA, Tribunal Pleno, DJ de 05 de setembro de 2.003.*

2. *A edição da EC 45/2.004 acresceu ao art. 5º da CF/1.988 o § 3º, dispondo 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", inaugurando novo panorama nos acordos internacionais relativos a direitos humanos em território nacional.*

3. *Deveras, "a ratificação, pelo Brasil, sem qualquer reserva do*

pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica, (art, 7º, 7), ambos do ano de 1992, não há mais base legal para prisão civil do depositário infiel, pois o caráter especial desses diplomas internacionais sobre direitos humanos lhes reserva lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da constituição, porém acima da legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de ratificação.

Assim ocorreu com o art. 1.287 do Código civil de 1916 e com o Decreto-Lei 911/1969, assim como em relação ao art. 652 do novo Código Civil (Lei 10.406/2002)." (voto proferido pelo Ministro GILMAR MENDES, na sessão de julgamento do Plenário da Suprema Corte em 22 de novembro de 2.006, relativo ao Recurso Extraordinário n.º 466.343 - SP, da relatoria do Ministro CEZAR PELUSO).

4. A Constituição da República Federativa do Brasil, de índole pós-positivista, e fundamento de todo o ordenamento jurídico, expressa, como vontade popular, que a República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados, Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como um dos seus fundamentos a dignidade da pessoa humana como instrumento realizador de seu ideário de construção de uma sociedade justa e solidária.

5. O Pretório Excelso, realizando interpretação sistemática dos direitos humanos fundamentais, promoveu considerável mudança acerca do tema em foco, assegurando os valores supremos do texto magno. O Órgão Pleno da Excelsa Corte, por ocasião do histórico julgamento do Recurso Extraordinário n.º 466.343 - SP, Relator Min. Cezar Peluso, reconheceu que os tratados de direitos humanos têm hierarquia superior à lei ordinária, ostentando status normativo supralegal, o que significa dizer que toda lei antagônica às normas emanadas de tratados internacionais sobre direitos humanos é destituída de validade, máxime em face do efeito paralisante dos referidos tratados em relação às normas infra-legais autorizadas da custódia do depositário infiel. Isso significa dizer que, no plano material, as regras provindas da Convenção Americana de Direitos Humanos, em relação às normas internas, são ampliativas do exercício do direito fundamental à liberdade, razão pela qual paralisam a eficácia normativa da regra interna em sentido contrário, haja vista que não se trata aqui de revogação, mas de invalidade.

6. No mesmo sentido, recentíssimo precedente do Supremo Tribunal Federal, verbis: "HABEAS CORPUS" - PRISÃO CIVIL - DEPOSITÁRIO JUDICIAL - REVOGAÇÃO DA SÚMULA 619/STF - A QUESTÃO DA INFIDELIDADE DEPOSITÁRIA - CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (ARTIGO 7º, n. 7) - NATUREZA CONSTITUCIONAL OU CARÁTER DE

SUPRALEGALIDADE DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS? - PEDIDO DEFERIDO. ILEGITIMIDADE JURÍDICA DA DECRETAÇÃO DA PRISÃO CIVIL DO DEPOSITÁRIO INFIEL, AINDA QUE SE CUIDE DE DEPOSITÁRIO JUDICIAL. - Não mais subsiste, no sistema normativo brasileiro, a prisão civil por infidelidade depositária, independentemente da modalidade de depósito, trate-se de depósito voluntário (convencional) ou cuide-se de depósito necessário, como o é o depósito judicial. Precedentes. Revogação da Súmula 619/STF. TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS: AS SUAS RELAÇÕES COM O DIREITO INTERNO BRASILEIRO E A QUESTÃO DE SUA POSIÇÃO HIERÁRQUICA. - A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Art. 7º, n. 7). Caráter subordinante dos tratados internacionais em matéria de direitos humanos e o sistema de proteção dos direitos básicos da pessoa humana. - Relações entre o direito interno brasileiro e as convenções internacionais de direitos humanos (CF, art. 5º e §§ 2º e 3º). Precedentes. - Posição hierárquica dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento positivo interno do Brasil: natureza constitucional ou caráter de supralegalidade? - Entendimento do Relator, Min. CELSO DE MELLO, que atribui hierarquia constitucional às convenções internacionais em matéria de direitos humanos. A INTERPRETAÇÃO JUDICIAL COMO INSTRUMENTO DE MUTAÇÃO INFORMAL DA CONSTITUIÇÃO. - A questão dos processos informais de mutação constitucional e o papel do Poder Judiciário: a interpretação judicial como instrumento juridicamente idôneo de mudança informal da Constituição. A legitimidade da adequação, mediante interpretação do Poder Judiciário, da própria Constituição da República, se e quando imperioso compatibilizá-la, mediante exegese atualizadora, com as novas exigências, necessidades e transformações resultantes dos processos sociais, econômicos e políticos que caracterizam, em seus múltiplos e complexos aspectos, a sociedade contemporânea. HERMENÊUTICA E DIREITOS HUMANOS: A NORMA MAIS FAVORÁVEL COMO CRITÉRIO QUE DEVE REGER A INTERPRETAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO. - Os magistrados e Tribunais, no exercício de sua atividade interpretativa, especialmente no âmbito dos tratados internacionais de direitos humanos, devem observar um princípio hermenêutico básico (tal como aquele proclamado no Artigo 29 da Convenção Americana de Direitos Humanos), consistente em atribuir primazia à norma que se revele mais favorável à pessoa humana, em ordem a dispensar-lhe a mais ampla proteção jurídica. - O Poder Judiciário, nesse processo hermenêutico que prestigia o critério da norma mais favorável (que tanto pode ser aquela prevista no tratado internacional como a que se acha positivada no próprio direito interno do Estado), deverá extrair a máxima eficácia das declarações internacionais e das proclamações constitucionais de direitos, como forma de viabilizar o acesso dos indivíduos e dos grupos sociais, notadamente os mais vulneráveis, a sistemas

institucionalizados de proteção aos direitos fundamentais da pessoa humana, sob pena de a liberdade, a tolerância e o respeito à alteridade humana tornarem-se palavras vãs. - Aplicação, ao caso, do Artigo 7º, n. 7, c/c o Artigo 29, ambos da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica): um caso típico de primazia da regra mais favorável à proteção efetiva do ser humano. (HC 96772, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 09/06/2009, PUBLIC 21-08-2009 EMENT VOL-02370-04 PP-00811)

7. Precedentes do STJ: RHC 26.120/SP, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 01/10/2009, DJe 15/10/2009; HC 139.812/RS, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, QUARTA TURMA, julgado em 08/09/2009, DJe 14/09/2009; AgRg no Ag 1135369/SP, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, julgado em 18/08/2009, DJe 28/09/2009; RHC 25.071/RS, Rel. Ministro VASCO DELLA GIUSTINA (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RS), TERCEIRA TURMA, julgado em 18/08/2009, DJe 14/10/2009; EDcl no REsp 755.479/RS, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 14/04/2009, DJe 11/05/2009; REsp 792.020/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/12/2008, DJe 19/02/2009; HC 96.180/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 18/12/2008, DJe 09/02/2009) 8. Recurso especial desprovido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008.

(REsp 914.253/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, CORTE ESPECIAL, julgado em 02/12/2009, DJe 04/02/2010)

Antes de tudo, deve-se anotar que, analisando a Convenção propriamente dita, no tocante à enumeração de deveres (Capítulo I), tem-se as diretrizes gerais impostas aos Estados aderentes, *in textus*:

Artigo 1. Obrigação de respeitar os direitos

1. Os Estados Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.

2. Para os efeitos desta Convenção, pessoa é todo ser humano.

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

Superior Tribunal de Justiça

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.

Passo adiante, no que se refere à faceta estruturante do Sistema Interamericano, o art. 33 estabelece que são competentes para conhecer das matérias concernentes na CADH: a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) e a Corte Interamericana de Direitos Humanos (IDH).

De acordo com o art. 41 do Pacto de São José da Costa Rica, a CIDH possui a função primordial de promover a observância e a defesa dos direitos humanos e detém as seguintes atribuições:

- a. estimular a consciência dos direitos humanos nos povos da América;*
- b. formular recomendações aos governos dos Estados membros, quando o considerar conveniente, no sentido de que adotem medidas progressivas em prol dos direitos humanos no âmbito de suas leis internas e seus preceitos constitucionais, bem como disposições apropriadas para promover o devido respeito a esses direitos;*
- c. preparar os estudos ou relatórios que considerar convenientes para o desempenho de suas funções;*
- d. solicitar aos governos dos Estados membros que lhe proporcionem informações sobre as medidas que adotarem em matéria de direitos humanos;*
- e. atender às consultas que, por meio da Secretaria-Geral da Organização dos Estados Americanos, lhe formularem os Estados membros sobre questões relacionadas com os direitos humanos e, dentro de suas possibilidades, prestar-lhes o assessoramento que eles lhe solicitarem;*
- f. atuar com respeito às petições e outras comunicações, no exercício de sua autoridade, de conformidade com o disposto nos artigos 44 a 51 desta Convenção; e*
- g. apresentar um relatório anual à Assembléia Geral da Organização dos Estados Americanos.*

Em exame do dispositivo supracitado é possível deduzir que os verbos relacionados às suas funções não ostentam caráter decisório, mas tão somente instrutório ou cooperativo. *Prima facie*, depreende-se que a CIDH não possui função

jurisdicional.

A respeito do tema, bem leciona a específica doutrina:

*"(...) as funções da **Comissão Interamericana de Direitos Humanos são quase judiciais**. A maior 'punição' consiste na publicação de suas opiniões e conclusões sobre as questões a ela submetidas na forma de relatório (Artigo 51, parágrafo 3º) (...). Ela não prolata sentenças. **A função jurisdicional dentro do sistema interamericano cabe, para os Estados que a aceitam, à Corte Interamericana de Direitos Humanos**, tratada no Capítulo Oitavo do Pacto de São José." (Alves, J. A. Lindgren. A arquitetura internacional dos Direitos humanos – São Paulo: Ftd, 1997. p. 281/282). **(grifei)***

A Corte Interamericana de Direitos Humanos, por sua vez, é uma instituição judiciária autônoma cujo objetivo é a aplicação e a interpretação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, possuindo função jurisdicional e consultiva, de acordo com o art. 2º do seu respectivo Estatuto *[Aprovado pela resolução AG/RES. 448 (IX-O/79), adotada pela Assembléia Geral da OEA, em seu Nono Período Ordinário de Sessões, realizado em La Paz, Bolívia, outubro de 1979]*.

Já o art. 68 da CADH prevê que os Estados Partes na Convenção comprometem-se a cumprir a decisão da Corte em todo caso em que forem partes, o que denota de forma patente seu caráter vinculante.

Acentue-se que as deliberações internacionais de direitos humanos decorrentes dos processos de responsabilidade internacional do Estado podem resultar em: recomendação; decisões quase judiciais e decisão judicial. A primeira revela-se ausente de qualquer caráter vinculante, ostentando mero caráter "moral", podendo resultar dos mais diversos órgãos internacionais. Os demais institutos, porém, situam-se no âmbito do controle, propriamente dito, da observância dos direitos humanos.

Desta feita, a despeito do que fora aduzido no inteiro teor do voto proferido no REsp. 1.640.084/SP, no que encampado pelo Ministro relator do presente *writ*, certo é que as recomendações não possuem força vinculante, mas tão somente "*poder de embaraço*" ou "*mobilização da vergonha*", como bem assinala André de Carvalho Ramos ao alumiar:

"(...) essas deliberações compõem o chamado *power of embarras*, que por definição é uma pressão política, já que lhe faltaria a chamada força vinculante. Busca-se, então, a chamada "mobilisation de la honte", para que o Estado violador, sponte propria, repare integralmente a ofensa aos direitos humanos protegidos." (Ramos, André de Carvalho. *Processo internacional de direitos humanos : análise dos mecanismos de apuração de violações de direitos humanos e a implementação das decisões no Brasil* – 4. ed. – São Paulo: Saraiva, 2015. p. 359).

Ademais, ressalte-se que, à exceção do caso *Gomes Lund e outros ("Guerrilha do Araguaia") vs. Brasil* cuja abordagem era afeta à diferente esfera da que tratada nestes autos, não houve nenhuma deliberação da Corte Interamericana de Direitos Humanos (IDH) sobre eventual violação do direito à liberdade de expressão por parte do Brasil, mas tão somente pronunciamentos emanados pela CIDH.

Noutras palavras, embora a Corte (IDH) já tenha se pronunciado sobre o tema "*leis de desacato*", consoante se infere do emblemático caso *Palamara Iribarne vs. Chile* – cujas circunstâncias que balizaram foram significativamente distintas às da presente abordagem –, não há precedente da Corte relacionada ao crime de desacato atrelado ao Brasil.

Nada obstante, ainda que assim não fosse, passo a tecer as seguintes observações.

O art. 13 do Pacto de São José da Costa Rica preceitua o Direito à Liberdade de Expressão:

Artigo 13. Liberdade de pensamento e de expressão

1. *Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito compreende a liberdade de buscar, receber e difundir informações e idéias de toda natureza, sem consideração de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro processo de sua escolha.*

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

a. o respeito aos direitos ou à reputação das demais pessoas; ou

b. a **proteção** da segurança nacional, da **ordem pública**, ou da saúde ou da **moral públicas**.

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. **(grifei)**

Ocorre que a Corte Interamericana de Direitos Humanos se posicionou acerca da liberdade de expressão, rechaçando tratar-se de direito absoluto, como demonstrado no Marco Jurídico Interamericano sobre o Direito à Liberdade de Expressão, aprovado em 30 de dezembro de 2009:

"A liberdade de expressão não é um direito absoluto. O artigo 13 da Convenção Americana dispõe expressamente – em seus incisos 2, 4 e 5 – que ela pode estar sujeita a certas restrições e estabelece o marco geral das condições que tais restrições devem cumprir para serem legítimas. A regra geral está prevista no inciso 2, pelo qual “o exercício do direito previsto no inciso precedente não pode estar sujeito à censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente fixadas pela lei e ser necessárias para assegurar: (a) o respeito aos direitos e à reputação das demais pessoas; (b) a proteção da segurança nacional, da ordem pública ou da saúde ou da moral públicas”. Por sua vez, o inciso 4 dispõe que “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”. O inciso 5 prevê que “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”.

Ao interpretar esse artigo, a jurisprudência interamericana desenvolveu um teste tripartite para controlar a legitimidade das restrições, em virtude do qual estas devem cumprir com uma série de condições precisas para serem admissíveis sob a Convenção Americana. Essas condições são explicadas em detalhe a seguir. A

Superior Tribunal de Justiça

CIDH e a Corte Interamericana também têm considerado: (a) que certas formas de restrição da liberdade de expressão são admissíveis, e (b) que alguns tipos de restrições, pelo tipo de discurso sobre o qual recaem, ou pelos meios que utilizam, devem se sujeitar a um exame mais estrito e exigente para serem válidas sob a Convenção Americana (...).

Ainda no apontado documento é definido o denominado teste tripartite, em que se exige o preenchimento cumulativo de específicas condições emanadas do art. 13.2. do PSJCR, para que se admita eventual restrição do direito à liberdade de expressão, quais são:

Conforme foi interpretado pela jurisprudência interamericana, o artigo 13.2. da Convenção Americana exige o cumprimento das três seguintes condições básicas para que uma restrição do direito à liberdade de expressão seja admissível: (1) a restrição deve ter sido definida de forma precisa e clara por meio de uma lei formal e material, (2) a restrição deve se orientar à realização de objetivos imperiosos autorizados pela Convenção Americana, e (3) a restrição deve ser necessária em uma sociedade democrática para o sucesso dos imperiosos fins buscados; estritamente proporcional à finalidade buscada; e idônea para alcançar o imperioso objetivo que procura realizar.

Em se tratando de restrição oriunda da norma penal, soma-se a este rol a estrita observância do princípio da legalidade.

Outrossim, sobrepuja enfatizar que os vetores de hermenêutica dos Direitos tutelados na CADH encontram assento no art. 29 do referido Pacto, ao passo que o alcance das restrições se situa no dispositivo subsequente. Nesse diapasão, frise-se que, sob o prisma de ambos instrumentos de interpretação, não se vislumbra qualquer transgressão do Direito à Liberdade de Expressão pelo teor do art. 331 do Código Penal, ante as singularidades que norteiam o caso em tela.

Note-se, portanto, que o citado dispositivo legal preenche de forma plena todos os requisitos exigidos para que se admita a restrição ao direito de liberdade de expressão, tendo em vista que, além de ser objeto de previsão legal com aceção precisa e clara, revela-se essencial, proporcional e idônea a resguardar a moral pública e, por conseguinte, a própria ordem pública.

Superior Tribunal de Justiça

A CIDH e a Corte Interamericana têm perfilhado o entendimento de que o exercício dos direitos humanos deve ser feito em respeito aos demais direitos, de modo que, no processo de harmonização, o Estado desempenha um papel crucial mediante o estabelecimento das responsabilidades ulteriores necessárias para alcançar tal equilíbrio exercendo o juízo entre a liberdade de expressão manifestada e o direito eventualmente em conflito, *verbi gratia*, como ocorrido no caso *Eduardo Kimmel vs. Argentina*, cuja sentença foi prolatada em 2 de maio de 2008.

A rigor, esse cenário deve ser submetido ao denominado controle de convencionalidade, que, na espécie, revela-se difuso, tendo por finalidade, de acordo com a insigne doutrina, "*compatibilizar verticalmente as normas domésticas (as espécies de leis, lato sensu, vigentes no país) com os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Estado e em vigor no território nacional.*" (Mazzuoli, Valerio de Oliveira, 1977 – O controle jurisdicional da convencionalidade das leis; prefácio de Luiz Flávio Gomes. – 3. ed., rev., ampl. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 148).

Sob essa perspectiva, para que a produção normativa doméstica possa ter validade e, por conseguinte, eficácia, exige-se uma dupla compatibilidade vertical material, assim ilustrada:

"Para a melhor compreensão dessa dupla compatibilidade vertical material, faz-se necessário, primeiro, entender como se dá (1) o respeito à Constituição (e aos seus direitos expressos e implícitos) e (2) aos tratados internacionais (em matéria de direitos humanos ou não) ratificados e em vigor no país. O respeito à Constituição faz-se por meio do que se chama de controle de constitucionalidade das leis; o respeito aos tratados que sejam de direitos humanos faz-se pelo até agora pouco conhecido (pelo menos no Brasil) controle de convencionalidade das leis; e o respeito aos tratados que sejam comuns faz-se por meio do controle de supralegalidade das leis (...)." (Op. Cit. p. 135).

Nessa toada, atraindo essa conjuntura à situação em concreto, tem-se que o crime de desacato não pode, sob qualquer viés, seja pela ausência de força vinculante às recomendações expedidas pela CIDH, como já explanado, seja pelo viés interpretativo, o que merece especial importância, ter sua tipificação penal afastada.

Nada obstante, ainda que existisse decisão da Corte (IDH) sobre a

preservação dos direitos humanos, essa circunstância, por si só, não seria suficiente a elidir a deliberação do Brasil acerca da aplicação de eventual julgado no seu âmbito doméstico, tudo isso por força da soberania inerente ao Estado.

Diante dessa ótica, com base na Teoria da Margem de Apreciação Nacional (*margin of appreciation*), Luiz Guilherme Arcaro Conci anuncia:

"Ainda que se parta do pressuposto de que os direitos humanos tenham pretensão universalista, pode-se pensar na necessidade de que os estados nacionais estejam – apesar de vinculados ao direito internacional dos direitos humanos – em situação econômica, social, política ou jurídica diferenciada, o que, em algumas situações, legitimaria uma diversidade de resultados no processo hermenêutico. Essa diferença aponta para uma reflexão que relativiza a perspectiva universalista, no sentido de entender que os estados nacionais, apesar de signatários dos mesmos tratados e vinculados pela jurisprudência da Corte IDH, no caso americano, ou pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos, naquele continente, continuam a manter um espectro de discricionariedade para a concretização dos direitos humanos, ainda que existam decisões tomadas por órgãos judiciários, não judiciários ou que exerçam função quase judicial. Não se trata de entender a possibilidade do descumprimento ou da violação, mas de entender que há uma margem de discricionariedade para temperamento de algumas decisões proferidas internacionalmente, quando de seu cumprimento internamente."

Nessa explanação de idéias, trago à baila os demais fundamentos hábeis a afastar qualquer tendência de abolir o crime de desacato do ordenamento jurídico pátrio.

Extrai-se das lições de Magalhães Noronha, em apontamentos registrados na obra "Direito Penal", que o crime de desacato tem origem no fato de se considerarem qualificadas as injúrias e ofensas para certa categoria de pessoa, tal qual acontecia em Roma, quando as respectivas penas eram majoradas caso praticadas contra magistrados.

No Brasil, o mencionado delito tem seu ineditismo rompido nas Ordenações Filipinas, Livro V, Título L – *Dos que fazem ou dizem injúrias aos Julgadores, ou a seus Oficiais* –, posteriormente, adequado à época do Código Criminal do Império de 1830, quando abordado como espécie qualificada de injúria (art. 237, §

Superior Tribunal de Justiça

2º), em seguida, à do Código Penal dos Estados Unidos do Brasil de 1890 (art. 134), ao ser previsto como crime autônomo de desacato, e, por fim, passou a ser consignado no atual Código Penal, art. 331.

Por certo que o desacato é especial forma de injúria, caracterizado como uma ofensa à honra e ao prestígio dos órgãos que integram a Administração Pública.

Como leciona a doutrina alienígena *"a noção de prestígio resulta do investimento na função pública, enquanto a de honra é idêntica àquela constante da injúria"* (Pagliaro, Antonio. *Dos crimes contra a administração pública* – 4. ed. – São Paulo: Atlas, 2009. p. 185).

Em continuidade, reportando-se aos seus próprios dizeres em *"Oltraggio a um pubblico ufficiale"* (*Enciclopédia giuridica*, v. 21, Roma, 1990, p. 2), Antonio Pagliaro assevera:

"A honra do funcionário é tutelada, mercê do desacato, de modo muito mais rigoroso do que a honra do particular. Tal se dá porque o funcionário é portador de um interesse público, desempenhando posto de particular relevo no ordenamento do Estado.

Diversas as razões dessa particular tutela.

De um lado, se uma pessoa física age por conta da administração pública, é lógico que o Estado, que dela solicitou que agisse em seu nome, assuma a tarefa de tutelá-la das ofensas que ela venha a padecer no exercício ou por causa de suas funções.

De outro lado, a turbação psicológica que poderá apossar-se do funcionário quando ofendido em suas funções ou em razão delas eventualmente alterará seu processo decisório, fazendo-o assumir decisões errôneas ou tornando sua ação hesitante ou incerta. Em suma, a ofensa à honra do funcionário poderá acarretar dano ao bom andamento da Administração Pública.

Por derradeiro, a ofensa ao funcionário atinge o prestígio da Administração Pública. E o prestígio é um dos elementos com os quais a Administração deverá contar se pretende operar com eficácia" (Op. Cit. p. 185).

Nesse plano, ainda devem ser reverberados os dizeres cirúrgicos de Magalhães Noronha:

"O bem jurídico considerado é a dignidade, o prestígio, o respeito

devido à função pública. É o Estado diretamente interessado em que aquele seja protegido e tutelado, por ser indispensável à atividade e à dinâmica da administração pública. Sem isso, não poderiam os agentes desta exercer de modo eficaz suas funções, por via das quais é atingida a finalidade superior, de caráter eminentemente social, que a administração busca e procura." (Noronha, E. Magalhães, 1906-1982. Direito penal – 33. ed., atual. / por Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha. – São Paulo: Saraiva, 2003. p. 317).

Não menos importantes são os cinzelados com a acribia de Nelson Hungria ao ensinar *in verbis*:

Desacatar é faltar ao acatamento, faltar ao acatamento, faltar ao respeito, tratar com irreverência (desprezar, subestimar, afrontar, menoscar). No caso, o desrespeito, visando o funcionário, já vem destinado a resvalar do indivíduo para o funcionário, do funcionário para a função, desta para a administração, para o poder público. Há para o desacato toda uma escala, toda uma gama a percorrer, que vai da simples indiferença, da simples inatenção, do não tomar conhecimento da presença do funcionário, da ironia duvidosa, do sarcasmo até o doesto, a injúria, o achincalhe mais brutal. (Comentários ao Código penal: Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. – Rio de Janeiro: Forense, 1942-1958. 9 v. p. 342).

Como bem enfrentado por Jorge Beltrão, o crime de desacato é "*uma imposição social; sob pena de subversão da ordem jurídica na aplicação e cumprimento das ordens emanadas das autoridades revestidas de função pública*", de modo que a proteção legal tem por escopo "*preservar a hegemonia da função na proteção do indivíduo que a exerce, cuja garantia no cumprimento do dever é um imperativo da ordem.*" (Beltrão, Jorge. Desacato, Resistência, Desobediência. São Paulo: Juriscredi, 1971. p. 55/56).

Pontificando adiante, faz o seguinte alerta:

"É difícil o exercício da função pública e mais difícil ainda seria se não houvesse a proteção legal para os atos do funcionário no exercício amplo de suas funções.

Pois a ofensa pode ser real ou moral, por atos ou palavras, mas com o objetivo precípua de aviltamento da autoridade do agente que executa a ordem judicial ou administrativa." (Op. Cit. p. 58)

Superior Tribunal de Justiça

Noutro giro, demonstra-se frágil a proposta de tratamento igualitário e uniforme à tutela dos direitos da Administração contra o particular pautar-se pelos crimes de injúria e difamação (dos crimes contra honra – Capítulo V, Código Penal), diante de eventual desonra dirigida ao servidor, pois exigiria desse, quando ofendido no exercício ou em decorrência da função pública (*propter officium*), a representação para postulação de seu direito, dado o caráter condicionado da ação penal pertinente (art. 145, *caput*, do CP), ou, ainda, caso não opte pela via do Juizado Especial Criminal, a necessária contratação de advogado, no caso de inércia do *Parquet*, para que intentada a ação penal privada subsidiária da pública, bem como caso optasse pelo oferecimento de queixa-crime, passando ao largo, por ora, das controvérsias que circundam o verbete n. 714 da Súmula do STF, a respeito da legitimidade concorrente nela referida.

A consequência desse desamparo normativo poderia culminar em desforço pessoal ou acomodação e, até mesmo, desídia do funcionário no exercício de suas atribuições.

Nesse rumo, não se deve olvidar que o servidor público tem a obrigação legal de dispensar tratamento diferenciado ao particular, atuando com urbanidade, educação, civilidade, lhanza, entre outros múnus decorrentes da função que derivam do bom trato que lhe é exigido no seu desempenhar, submetendo-se a procedimento disciplinar que pode vir a resultar na imposição de severas sanções, no caso de inobservância de tais deveres, listados no rol do art. 116 da Lei 8.112/1990, *ex positis*:

Art. 116. São deveres do servidor:

*I - exercer com **zelo e dedicação** as atribuições do cargo;*

*II - **ser leal às instituições** a que servir;*

III - observar as normas legais e regulamentares;

IV - cumprir as ordens superiores, exceto quando manifestamente ilegais;

Superior Tribunal de Justiça

V - atender com **presteza**:

- a) ao público em geral, prestando as informações requeridas, ressalvadas as protegidas por sigilo;
- b) à expedição de certidões requeridas para defesa de direito ou esclarecimento de situações de interesse pessoal;
- c) às requisições para a defesa da Fazenda Pública.

VI - levar ao conhecimento da autoridade superior as irregularidades de que tiver ciência em razão do cargo;

VI - levar as irregularidades de que tiver ciência em razão do cargo ao conhecimento da autoridade superior ou, quando houver suspeita de envolvimento desta, ao conhecimento de outra autoridade competente para apuração;

VII - zelar pela economia do material e a conservação do patrimônio público;

VIII - guardar sigilo sobre assunto da repartição;

IX - **manter conduta compatível com a moralidade administrativa;**

X - ser assíduo e pontual ao serviço;

XI - **tratar com urbanidade as pessoas;**

XII - representar contra ilegalidade, omissão ou abuso de poder. **(grifei)**

Ressalte-se que o excesso no desatendimento dos deveres administrativos transbordam para o tipo penal, a incorrer em possíveis sanções provenientes da Lei de Abuso de Autoridade ou outro delito previsto no próprio Código Penal.

Com isso, o tratamento destinado aos deslizes do servidor desafiam

punições muito mais severas do que ao particular, atraindo a simetria em sua proteção quando no exercício da função pública. De forma exemplificativa, cito o crime de *furto*, que possui pena de reclusão de 1 (um) a 4 (quatro) anos, ao passo que o *peculato* tem previsão de pena de reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa; noutro exemplo, enquanto a inação dos deveres inerentes ao cargo na esfera particular não resulta em nenhuma consequência de ordem penal, o servidor público tem sua conduta amoldada ao crime de prevaricação (art. 319, CP), cuja pena de detenção pode ser estipulada entre 3 (três) meses e 1 (um) ano, além de multa.

À vista desse cenário, com ostensível incomplexidade, alcança-se a conclusão de que o processo de circunspeção evolutiva da norma penal teve por fim seu efetivo e concreto ajuste à proteção da condição de funcionário público e, por via reflexa, em seu maior espectro, a honra *lato sensu* da Administração Pública.

Posto isso, forçoso concluir que o panorama desenhado no corpo deste voto desemboca no entendimento de que foram preenchidas as condições antevistas no art. 13.2. do Pacto de São José da Costa Rica, de modo a acolher, de forma patente e em sua plenitude, a incolumidade do crime de desacato pelo ordenamento jurídico pátrio, nos termos em que entalhado no art. 331 do Código Penal.

Nesse palmilhar, portanto, voltando-se às nuances que deram ensejo à impetração sob exame, notadamente os externados na peça acusatória, deve ser mantido o acórdão combatido em sua integralidade, visto que inaplicável o princípio da consunção tão logo quando do recebimento da denúncia, considerando que os delitos apontados foram, *primo ictu oculi*, violadores de tipos penais distintos e originários de condutas autônomas, o que, por certo, demanda maior esgotamento probatório a fim de se alcançar a conclusão acerca de sua incidência.

Sob essa linha de intelecção:

PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. FRAUDE À LICITAÇÃO. ELEVAÇÃO ARBITRÁRIA DE PREÇOS PARA LICITAÇÃO. MALVERSAÇÃO DE VERBAS DE SAÚDE. OPERAÇÃO SAÚDE. INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. INOCORRÊNCIA. VERBAS DO SUS. SUJEIÇÃO À FISCALIZAÇÃO DOS ÓRGÃOS FEDERAIS DE CONTROLE. ENUNCIADO N. 208, DA SÚMULA DO STJ. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. AUSÊNCIA DE INDÍCIOS DE AUTORIA E DE

PROVA DA MATERIALIDADE DO FATO. REVOLVIMENTO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DE VERIFICAÇÃO NA VIA ELEITA. RECURSO ORDINÁRIO DESPROVIDO.

I - É de competência da Justiça Federal o processamento de feito que apura eventual irregularidade na verbação de verbas repassadas pela União a Unidade Federativa, através do SUS. (Precedentes).

II - Incide, em igual sede, para o caso, *mutatis mutandis*, o Enunciado n. 208, da Súmula do STJ que afirma que "compete à Justiça Federal processar e julgar Prefeito Municipal por desvio de verba sujeita à prestação de contas perante órgão federal".

III - A jurisprudência do Excelso Supremo Tribunal Federal, bem como desta eg. Corte, há muito já se firmaram no sentido de que o trancamento da ação penal por meio do habeas corpus é medida excepcional, que somente deve ser adotada quando houver inequívoca comprovação da atipicidade da conduta, da incidência de causa de extinção da punibilidade ou da ausência de indícios de autoria ou de prova sobre a materialidade do delito.

IV - A apreciação da presença de indícios de autoria, bem como de provas da materialidade, se não aferíveis de plano, demandam revolvimento de matéria fático-probatória, inviável na via eleita, devendo os temas serem apreciados no curso da instrução e no julgamento da causa.

V - Na hipótese, **não há falar em aplicação do princípio da consunção entre o crime de resistência e o de desobediência, mormente neste momento processual, já que a avaliação da sua incidência demandaria profunda valoração probatória, devendo ser sopesada por ocasião da prolação da sentença.**

Recurso ordinário desprovido.

(RHC 59.287/RS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 17/11/2015, DJe 25/11/2015, grifei)

A propósito, valendo-se das narrativas do *Parquet*, tem-se que o paciente teria, inicialmente, praticado o crime de conduzir o veículo automotor com capacidade psicomotora alterada por influência de álcool, seguindo-se do delito de desobediência ao não respeitar o comando oriundo dos Policiais que, em abordagem, determinaram a retirada do veículo da via pública. Em continuidade, teria feito gestos obscenos e proferido palavras de sórdido calão aos funcionários públicos durante o estrito cumprimento de seus respectivos ofícios.

Por fim, deve-se consignar que, malgrado não se demonstre viável a

Superior Tribunal de Justiça

aplicação do princípio da consunção, por ora, já que ainda há mera análise prematura dos autos, de certo que, em fase de posterior exame de mérito, após realizada sua devida satisfação instrutória, quando debruçado em cognição exauriente, poderá o Juízo de piso vir a entender de modo diverso.

Em vista de todo o exposto, mantida a tipificação do desacato, **não conheço do pedido de *habeas corpus*.**

É como voto.

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
Relator para acórdão



HABEAS CORPUS Nº 379.269 - MS (2016/0303542-3)

VOTO

O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ (Relator):

I. Controle de Convencionalidade

Inicialmente, gostaria de enfatizar a minha particular satisfação pela maneira como os Ministros Ribeiro Dantas e Reynaldo Soares da Fonseca trouxeram à baila o debate sobre este importante tema, a partir do enaltecimento de normas convencionais do Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

Já tive a oportunidade de fazer referência, por ocasião do julgamento do Recurso Especial n. 1.351.177-PR, à dificuldade que ainda temos de incorporar, não só à praxe dos tribunais, mas ao nosso modo de decidir, as normas de Direito Internacional.

E disse, na época, que o controle de convencionalidade obriga todo e qualquer magistrado ou órgão que integra o respectivo Poder Judiciário a seguir, além das normas dos tratados internacionais, notadamente a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, a jurisprudência da Corte que os interpreta e, acima de tudo, as decisões da Corte Interamericana relativas aos processos dos quais o Estado faça parte. Em recente julgado (Cabrera García y Montiel Flores Vs. México, sentença de 26 de novembro de 2010) – ali salientei –, assentou a Corte que, para exercer tal controle de convencionalidade, “os juízes e órgãos vinculados à administração da justiça devem ter em conta não somente o tratado, senão também a interpretação que lhe tenha dado a Corte Interamericana, intérprete última da Convenção Americana” (No mesmo sentido: Caso Liakat Ali Alibux Vs. Surinam; Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana).

Lembro, sem embargo, que a composição do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos difere da organização do sistema europeu. Enquanto neste somente há a Corte Europeia de Direitos Humanos, o sistema interamericano conta também com a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, com o objetivo, *inter alia*, de receber os pedidos, seja de um estado, seja de um indivíduo, de tutela de direito humano protegido pelo sistema. Recebida a petição, abre-se um procedimento, em cujo âmbito se realizam, eventualmente, visitas, nomeação de relatores, tratativas com o estado questionado e, a partir desses procedimentos, fixação de

recomendações por parte da Comissão, que, se não atendidas a tempo e modo, podem engendrar o acionamento da Corte Interamericana.

II. Ausência de decisão com força normativa

Primeiramente, quanto ao cabimento do controle de convencionalidade ao caso ora em análise, constato que **não houve, na espécie, nenhuma decisão da Corte Interamericana sobre Direitos Humanos envolvendo o crime de desacato no âmbito do sistema penal brasileiro.**

Ao mesmo tempo, saliento que, **dos casos que foram analisados no voto do relator, alguns dizem respeito a manifestações apenas da Comissão Interamericana de Direitos Humanos.** Além disso, desses casos referidos, alguns, como o *Kimel vs. Argentina* (sentença de 2/5/2008) – que inclusive resultou, posteriormente, na revogação do crime de desacato pela Argentina –, foram analisados apenas pela Comissão e, outros, também pela Corte, como é o caso do *Palamara Iribarne vs. Chile*.

No voto do Ministro Ribeiro Dantas, também referido hoje pelo Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, afirma-se que as recomendações da Comissão Interamericana de Direitos Humanos assumem força normativa interna, ante o entendimento da Corte Interamericana, segundo o qual os estados contratantes da Convenção Americana sobre Direitos Humanos estão obrigados a realizar os seus melhores esforços para cumprir as deliberações da Comissão.

Deveras, esses esforços são não apenas do Poder Legislativo, mas também do Poder Judiciário, este por meio da interpretação do direito doméstico, à luz também, mas não apenas, das opiniões, dos relatórios e dos informes da Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

Porém, nesse aspecto, tenho uma pequena dissidência em relação ao voto do relator: a meu sentir, **a manutenção do crime de desacato no ordenamento jurídico pelo Brasil não implica** – como sustentam a Defensoria Pública do Estado do Mato Grosso do Sul, a Defensoria Pública da União, a Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão e o representante do MPF nesta assentada – **o descumprimento do art. 13 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos** e do respectivo princípio da liberdade de expressão.

As normas de direito internacional, integrantes do nosso

ordenamento jurídico, podem ser interpretadas como qualquer outra, não havendo essa força vinculante que se procurou a elas emprestar.

O art. 13, II, da Convenção – dispositivo que teria sido, segundo sustentado no voto do eminente relator, desrespeitado pelo Tribunal de origem – cuida do direito à informação. Após sua definição, dispõe o seguinte:

[...]

O exercício do direito previsto no inciso precedente não pode estar sujeito à 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.** [...]

Resulta evidente que esse **dispositivo permite a criação de tipos penais** que objetivem proteger, como **bem jurídico digno de proteção**, a honra subjetiva da pessoa humana, bem como o respeito à ordem e à moral públicas, de que devem ser destinatários os serviços prestados pelo Estado ao público em geral. Ademais, qualquer servidor, no exercício de uma função pública, ao tratar com o particular, deve merecer essa proteção, não tanto para tutelar a sua honra subjetiva – porque essa proteção já encontra guarida nos crimes contra a honra – mas para garantir o respeito que se deve destinar aos funcionários que representam e apresentam o estado nos variados tipos de serviços públicos que são prestados.

A Corte Interamericana permite, em casos de extrema gravidade do abuso da liberdade de expressão, a utilização do direito penal para a proteção da honra, devendo a aplicação dessas medidas ser avaliada com especial cautela. Nesse sentido: Caso Ricardo Canese vs. Paraguai. Sentença de 31 de agosto de 2004. § 104; Caso Kimel vs. Argentina. Sentença de 2 de maio de 2008. par. 71 e 76 e Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica. Sentença de 2 de julho de 2004.

Confirmam-se os seguintes trechos do julgamento de Kimel vs. Argentina:

[...]

54. Entretanto, a liberdade de expressão não é um direito absoluto. O artigo 13.2 da Convenção, que proíbe a censura prévia,

também prevê a possibilidade de exigir responsabilidades ulteriores pelo exercício abusivo deste direito. Estas restrições têm caráter excepcional e não devem limitar, além do estritamente necessário, o pleno exercício da liberdade de expressão e converter-se em um mecanismo direto ou indireto de censura prévia.

55. Por sua vez, o artigo 11 da Convenção estabelece que toda pessoa tem direito ao respeito de sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade. Isso implica em limites às ingerências dos particulares e do Estado. Por isso, **é legítimo que quem se considere afetado em sua honra recorra aos meios judiciais que o Estado disponha para sua proteção.**

56. A necessidade de proteger os direitos à honra e à reputação, assim como outros direitos que possam ser afetados por um exercício abusivo da liberdade de expressão, requer a devida observância dos limites determinados a esse respeito pela própria Convenção. Estes devem responder a um critério de estrita proporcionalidade. [...]

75. **El ejercicio de cada derecho fundamental tiene que hacerse con respeto y salvaguarda de los demás derechos fundamentales.** En ese proceso de armonización le cabe un papel medular al Estado buscando establecer las responsabilidades y sanciones que fueren necesarias para obtener tal propósito. **Que se haga uso de la vía civil o penal dependerá de las consideraciones que abajo se mencionan.**

[...]

77. Tomando en cuenta las consideraciones formuladas hasta ahora sobre la protección debida de la libertad de expresión, **la razonable conciliación de las exigencias de tutela de aquel derecho, por una parte, y de la honra por la otra, y el principio de mínima intervención penal característico de una sociedad democrática, el empleo de la vía penal debe corresponder a la necesidad de tutelar bienes jurídicos fundamentales frente a conductas que impliquen graves lesiones a dichos bienes,** y guarden relación con la magnitud del daño inferido. La tipificación penal de una conducta debe ser clara y precisa, como lo ha determinado la jurisprudencia de este Tribunal en el examen del artículo 9 de la Convención Americana.

78. **La Corte no estima contraria a la Convención cualquier medida penal a propósito de la expresión de informaciones u opiniones,** pero esta posibilidad se debe analizar con especial cautela, ponderando al respecto la extrema gravedad de la conducta desplegada por el emisor de aquéllas, el dolo con que actuó, las características del daño injustamente causado y otros datos que pongan de manifiesto la absoluta necesidad de utilizar, en forma verdaderamente excepcional, medidas penales. En todo momento la

carga de la prueba debe recaer en quien formula la acusación. En este orden de consideraciones, la Corte observa los movimientos en la jurisprudencia de otros Tribunales encaminados a promover, con racionalidad y equilibrio, la protección que merecen los derechos en aparente pugna, sin mellar las garantías que requiere la libre expresión como baluarte del régimen democrático.

A Corte Interamericana, ao tratar de casos concretos sobre o conflito entre o direito à liberdade de expressão e o direito à honra, propõe analisar, segundo as circunstâncias de cada hipótese, se a aplicação desses tipos penais (difamação, injúria, calúnia ou desacato) enseja contrariedade à Convenção Americana ao impor penas desnecessárias e desproporcionais.

Essa compreensão assemelha-se, aliás, ao entendimento esposado pela homóloga Corte Europeia de Direitos Humanos:

[...] o valor preponderante da liberdade de expressão, especialmente em questões de interesse público, não pode prevalecer sempre em todos os casos sobre a necessidade de proteger a honra e a reputação de outros, seja de pessoas privadas ou de funcionários públicos. (Caso *Mamère v. France*, n. 12697, § 27)

[...] permanece aberta a possibilidade para as autoridades competentes do Estado de adotar, em sua condição de garantes da ordem pública, medidas, ainda que de natureza penal, destinadas a reagir de maneira adequada e não excessiva frente a imputações difamatórias desprovidas de fundamento ou formuladas de má fé. (Caso *Castells v. Spain*, 23/4/1992, n. 236, § 46)

III. Ausência de similitude fática entre os julgados da CIDH e o caso dos autos

Entre diversos casos em que se discutiu, na Corte Interamericana de Direitos Humanos, a questão ora sob debate (Kimel vs. Argentina, Herrera Ulloa vs. Costa Rica, Palamara Iribarne vs. Chile, Ricardo Canese vs. Paraguai, etc.), observo que não há absolutamente nenhum que descreva uma situação parecida com aquelas que rotineiramente encontramos nos nossos processos criminais por desacato.

Superior Tribunal de Justiça

Digo isso porque, lendo as decisões proferidas pela Corte Interamericana nesses casos, percebo que se cuidou, em todos eles, de **delitos de opinião**, imputados às condutas de pessoas que, segundo os respectivos governos, demandaram a reação estatal ao **mau uso da liberdade de expressão, quase sempre cometidos por jornalistas ou escritores.**

Cito, como exemplos, os crimes imputados a Palamara Iribarne, punido pela publicação de um livro em que ele criticava o serviço de inteligência chileno, e a Eduardo Gabriel Kimel, autor do livro “O Massacre de São Patrício”, no qual critica severamente a atuação de inúmeras autoridades, entre elas um juiz, que não teriam investigado os referidos crimes por supostos interesses do regime militar que teve lugar na Argentina.

Todos os outros casos (Ricardo Canese vs. Paraguai. Sentença de 31/8/2004; Herrera Ulloa vs. Costa Rica. Sentença de 2/7/2004; Tristan Donoso vs. Panamá. Sentença de 27/1/2009; Usón Ramírez vs. Venezuela. Sentença de 20/11/2009; Verbitsky vs. Argentina, sentença de 20/9/1994) **se referem a manifestações de opinião de escritores e jornalistas contra autoridades, e não a ofensas proferidas na presença de um servidor público.**

Vejam, então, Senhores Ministros que, quanto ao crime de desacato, é muito diferente o que se observa no Brasil quando tal figura delitiva é invocada. O típico caso de desacato em nosso sistema de justiça, como bem referiu o Ministro Antonio Saldanha, trata de situações de abordagem policial, de prisão em flagrante, de cumprimento de mandado pelo oficial de justiça, de entrevero ocorrido em audiências judiciais, de atendimento de servidor em hospitais, repartições públicas, etc.

Então, é forçoso concluir **não haver identidade entre as situações fáticas** que resultaram nos julgamentos referidos e as que os tribunais brasileiros correntemente enfrentam quando são processados os autores de crimes de desacato à autoridade (art. 331 do Código Penal).

Por isso, não me parece adequado invocar esses parâmetros que a Comissão e, em alguns casos, a Corte utilizam para extrair a conclusão de que o crime de desacato deve ser abolido em todos os países sob a jurisdição do sistema interamericano de direitos humanos.

IV. Situações desiguais, tratamento penal desigual

Dito isso, **enxergo a possibilidade do discrimen**

relativamente ao funcionário público em relação ao particular, considerando que **o próprio Código Penal já o faz em vários pontos**. Vejam, eminentes pares, que, nos próprios crimes contra a honra, se prevê o agravamento da pena (art. 141, II, do CP) e a forma de ação pública condicionada, em vez da ação penal privada, quando se trata de ofensa a funcionário público (art. 145, parágrafo único, do CP). Então, o funcionário público – que suporta o ônus decorrente de estatuto próprio – deve ser tratado de modo diferente em relação a quem não exerce a função pública, tanto quando é agente, quanto quando é vítima de um crime.

E é natural que assim o seja, **porquanto um servidor público, ao agir nessa qualidade, carrega uma diversidade de deveres funcionais e responsabilidades que o oneram sobremodo em relação ao particular**. Não se trata de conceder privilégio ao servidor público e inferiorizar o particular em relação àqueles.

Portanto, cuida-se, sim, de estabelecer o esperado tratamento desigual a situações desiguais.

Observem, Senhores Ministros, haver crimes que somente podem ser cometidos por funcionários públicos em razão da função exercida e que encontram maior reprovação penal exatamente em face da condição do agente do crime. Tome-se como exemplo o delito de peculato (art. 312 do CPB), punido com a sanção de 2 a 12 anos de reclusão. A mesma conduta de apropriar-se de bem de que tem a posse, se praticada por um particular, rende-lhe a pena de 1 a 4 anos, o que evidencia a necessária e justificável diferença de tratamento jurídico-penal que há de existir entre particulares e servidores públicos, não somente quando são autores das condutas criminosas, mas também quando delas são vítimas.

Ainda, ressalto que, no crime de desacato, o bem jurídico tutelado não é a honra pessoal do servidor público.

Na definição de Hungria, desacato é "a grosseira falta de acatamento, podendo consistir em palavras injuriosas, difamatórias ou caluniosas, vias de fato, agressão física, ameaças, gestos obscenos, gritos agudos etc.", ou seja, "qualquer palavra ou ato que redunde em vexame, humilhação, desprestígio ou irreverência ao funcionário público. Confira-se o seguinte excerto:

[...]

Conceito e análise. Todo funcionário público, desde o mais graduado ao mais humilde, é um instrumento da soberana vontade e atuação do

Estado. Consagrando-lhe especial proteção, a lei penal visa a 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. Na desincumbência legítima de seu cargo, o funcionário público deve estar a coberto de quaisquer violências ou afrontas.

Ao juiz Bourriche, que ANATOLE FRANCE criou para as farpas de sua ironia, poderia parecer que vai nisso uma homenagem à força de que dispõe o Estado para submeter as vontades recalcitrantes: "*La société repose S'llr la force, et la torce doit être respectée comme le fondement auguste des sociétés*"; mas não há tal, senão a necessidade de se tutelar o indispensável acatamento à autoridade, um *rationale obsequium* ao poder público, que é a garantia da ordem jurídica, do equilíbrio das atividades coexistentes. Como diz: a BERLIER, quando da elaboração do Cód. Penal francês e a propósito do crime de *outrage*, "*c'est l'exercice de l'autorité qui émane de la loi que la loi plus efficacement protege*". Cada funcionário é um fragmento do Estado, um elemento de sinergia na consecução dos fins do Estado. Ao condenar o desventurado Crainquebille, por um pretendido *outrage* (desacato) a um agente de polícia, o juiz Bourriche praticou uma injustiça *in concreto*, mas, em tese, seu raciocínio era justo: "*L'agent 64 est une parcelle du Prince. Le Prince reside dans chacun de ses officiers. Ruiner l'autorité de l'agent , c'est atfaiblir l'Etat. Manger une des feuilles de l'artichaut, c'est mange l'artichaut*"

Já vimos que a nossa lei penal reprime a oposição violenta ou coação moral exercida contra a atividade funcional dos agentes do poder público; mas não se circunscreve a tais casos o seu solícito patrocínio: preocupa-se ela, ainda, com o resguardá-los em geral, quando *in officio* ou *propter officium*, de qualquer ultraje, menoscabo ou grosseria.

Embora sem o caráter genérico com que modernamente se apresenta, remonta à antiguidade romana o interesse legal pela salvaguarda da indenidade corporal e moral dos depositários da autoridade pública. Considerava-se *injuria atrox* (gravíssima) a que era irrogada aos magistrados: "*Atroce injuriam, aut persona, aut tempore, aut re ipsa fieri, Labeo ait. Persona atrocior injuria fit, ut cum magistratui fiat*". Na Idade Média, dominou o mesmo critério. A injúria (*verbis aut re*) contra os magistrados era considerada como *illata ipsi Principi*. Uma controvérsia, entretanto, se travava entre os *práticos*: entendiam uns que o magistrado devia ser protegido ainda mesmo quando *extra officium* e mesmo que a ofensa não fosse feita

propter officium (MATTHAEUS); outros opinavam que só devia ser amparado *durante officio, vel post officium sed contemplatione officii* (FARINACIUS), e outros ainda sustentavam que a proteção devia ser outorgada somente ao que estivesse *in officio*, excluído, portanto, aquele *cujos officium est finitum, licet in civitate* (MENOCCHIUS). Este último critério, aliás, era o da lei romana.

[...] A questão não depara solução uniforme nos Códigos vigentes, que, em geral, ampliaram sua proteção a todos os funcionários, sem distinção de classes, hierarquias ou graduações. [...] A ofensa constitutiva do desacato é qualquer *palavra* ou *ato* que redunde em vexame, humilhação, desprestígio ou irreverência ao funcionário. É a grosseira falta de acatamento, podendo consistir em palavras injuriosas, difamatórias ou caluniosas, vias de fato, agressão física, ameaças, gestos obscenos, gritos agudos, etc. Uma expressão grosseira, ainda que não contumeliosa, proferida em altos brados ou de modo a provocar escândalo, bastará para que se identifique o desacato.

[...]

O elemento subjetivo do crime é a *intenção ultrajante* (dolo específico) . propósito de depreciar ou vexar (o que distingue o desacato da resistência, ainda quando exercido mediante violência ou intimidação), sabendo o agente que o ofendido reveste a qualidade de servidor público e se acha no exercício de sua função, ou estando consciente de que a esta se vincula a ofensa. (Nelson Hungria. *Comentários ao Código Penal*, 1959, IX/424, pp. 418-423)

Magalhães Noronha, mais sucintamente, ensina que **o bem tutelado pelo crime de desacato é a dignidade, o prestígio, o respeito devido à função pública**. Sem o devido respeito, os agentes públicos não poderiam exercer, de modo eficaz, suas funções, por via das quais é atingida a finalidade superior, de caráter eminentemente social, que a administração busca e procura.

Confira-se o seguinte excerto:

Como se verifica do art. 331 e da "Exposição de Motivos", a lei atual ampliou a área do delito, considerando desacato não apenas a ofensa praticada *in officio*, mas também *propter officium*, isto é, quando ele se ache em *exercício da função*, onde quer que esteja, ou *fora da função*, mas em razão, ou seja, por motivo dela.

O bem jurídico considerado é a dignidade, o prestígio, o respeito devido à função pública. É o Estado diretamente interessado em que aquele seja protegido e tutelado, por ser indispensável à atividade e à

dinâmica da administração pública. Sem isso, não poderiam os agentes desta exercer de modo eficaz suas funções, por via das quais é atingida a finalidade superior, de caráter eminentemente social, que a administração busca e procura. (NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 1988, v. 4, p. 303)

Bem a propósito, rememoro a sempre oportuna lição de Luigi Ferrajoli, segundo a qual **o Direito Penal tem como objetivo principal evitar que, na sua ausência, os agentes públicos assumam, como meios corretivos, outros tipos de reações, sejam informais, sejam estatais, mas excessivas.**

Assim pontua o jus filósofo italiano:

Existe, entretanto, um outro tipo de objetivo, no qual o princípio da pena mínima pode ser comissurado: trata-se da prevenção, mas do que dos delitos, de um outro tipo de mal, antitético ao delito, que normalmente é negligenciado tanto pelas doutrinas justificacionistas como pelas abolicionistas. **Este outro mal é a maior reação – informal, selvagem, espontânea, arbitrária, punitiva mas não penal – que, na ausência das penas, poderia advir da parte do ofendido ou de forças sociais ou institucionais solidárias a ele.** É o impedimento deste mal, do qual seria vítima o réu, ou, pior ainda, pessoas solidárias ao mesmo, que representa, eu acredito, o segundo e fundamental objetivo justificante do direito penal. **Quero dizer que a pena não serve apenas para prevenir os delitos injustos, mas, igualmente, as injustas punições"** (FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão. Teoria do garantismo penal*. Tradução coletiva. São Paulo: RT, 2002, p. 268).

Essa, aliás, é a tônica da obra de Ferrajoli, centrada na necessidade de caminhar na direção de um sistema de garantia em que se tenha como legítimo e necessário o Direito Penal – dado que, na sua ausência, o espaço seria ocupado pela anarquia punitiva e pelas reações abusivas, formais ou informais –, de sorte que:

[...] **monopolizando a força**, delimitando-lhe os pressupostos e as modalidades e **precluindo-lhe o exercício arbitrário por parte dos sujeitos não autorizados**, a proibição e a ameaça penal protegem os possíveis ofendidos contra os delitos, ao passo que **o julgamento e a imposição da pena protegem, por mais paradoxal que pareça, os réus (e os inocentes suspeitos de sê-lo)** contra as vinganças e outras reações mais severas. (FERRAJOLI, *op. cit.* p. 270)

Sob tal perspectiva, não seria prematuro inferir que, na ausência de um tipo penal que proteja o funcionário público em uma conjuntura como as descritas acima, situações mais aflitivas e sensíveis poderiam ocorrer, como, v.g., a situação em que policiais possam ser tentados a reagir a um desacato à sua autoridade com algum tipo de correção imediata, fora do âmbito da legalidade e de maneira desproporcional.

Estou certo, em verdade, de que, na ausência do tipo penal em exame, abusos ainda maiores serão cometidos, o que não retira – e o digo por experiência própria, como membro do Ministério Público que fui durante mais de vinte e seis anos – a **frequente ocorrência de abusos de agentes públicos, mormente das forças policiais, no cumprimento de suas funções, o que deve ser repreendido com rigor pelo Judiciário**, punindo aqueles que, por um simples tom de voz mais elevado ou por palavras mais duras e em tom de crítica proferidas por um particular, já se apressam em dar voz de prisão e processar o indivíduo por suposta prática de crime de desacato.

Aliás, registro que, em mais de uma oportunidade, assentou a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (como, v.g., o informe sobre a Declaração de Princípios sobre Liberdade de Expressão) que **"...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"** (destaquei).

Deveras, um servidor público, qualquer que seja sua função, há de saber lidar com a crítica e, sobretudo em situações em que se verifica uma tensão entre o agente público e o particular – como as que desempenham os órgãos da segurança pública –, relevar alguns excessos na maneira que o cidadão muitas vezes expressa sua indignação, insatisfação ou revolta com a qualidade do serviço prestado ou com o próprio ato oficial que o esteja atingindo.

E, sem dúvida alguma, o tipo penal do art. 331 do Código Penal é aberto, dando azo a punições injustas e desarrazoadas, e é precisamente nesse ponto que entendo caber ao Poder Judiciário contribuir, decisivamente, para a mudança desse quadro.

V. Contempt of Court

Superior Tribunal de Justiça

Lembro também que o direito norte-americano trabalha com um **conceito ainda mais sutil de ofensa a servidores públicos**, o *contempt of court*, que consiste, segundo Dan Dobbs (*Contempt of court: a survey*. Cornell Law Review, v. 56, 1971, p. 186), em um ato ou omissão que substancialmente perturbe ou obstrua o processo judicial em um caso em particular, seja por meio de comportamento durante o julgamento, com a interrupção deste, seja via comportamentos obstrutivos fora da Corte propriamente dita. Pode incluir, ainda, a desobediência de uma ordem judicial, como por exemplo, quando uma parte viola uma tutela específica [*injunction*], ou quando uma testemunha se recusa a responder a uma pergunta efetuada pelo juiz.

Como bem ressaltou Joseph Moskovitz (*Contempt of injunctions, civil and criminal*. London, Columbia Law Review, v. 43, nº 9, p. 780-824, 1943, p.780), o *contempt of court* se expressa em diversas condutas e por diferentes pessoas que, de algum modo, conectem-se com o ato que afronta a dignidade da justiça: pessoa que comete perjúrio, o litigante que desafia o juiz ou tenta corromper um jurado, o advogado que se comporta inadequadamente no curso do processo ou perante a Corte, a testemunha que se recusa a falar, o oficial da Corte que pratica conduta inadequada e inclusive o próprio juiz.

Não obstante o *contempt of court* **encontre limitações na primeira emenda à constituição americana** – em *Bridges v. Califórnia*, de 1941, a Suprema Corte afirmou que o *contempt power* de todas as Cortes, Federais ou Estaduais, é limitado pela garantia da primeira emenda contra a interferência na liberdade de expressão ou de imprensa (no mesmo sentido *Wood v. Georgia*, de 1962, *Craig v. Harney*, de 1947) –, **a imposição de gag orders** ("ordens de mordaza") **vem sendo considerada lícita** a fim de evitar que publicações prejudiquem o curso de um processo judicial, visto que "um tribunal de justiça sem poder para reivindicar sua própria dignidade, para impor a obediência aos seus mandatos, para proteger seus oficiais ou para proteger aqueles que são confiados a seus cuidados, seria uma anomalia que não poderia ser permitida em qualquer comunidade civilizada" (OSWALD, James Francis. *Contempt of court, committal, and attachment, and arrest upon civil process, in the supreme court of judicature, with the practice and forms. 2 edition, London, 1895. William Clowes and Sons*. Republicação integral efetuada por Kessinger Publishing's Rare Reprints, Kessinger Publishing. p. 11).

É bem verdade que os tribunais norte-americanos conferem

grande margem de expressão aos cidadãos em suas manifestações críticas contra agentes públicos. Em 1987, a Suprema Corte dos EUA decidiu em *City of Houston VS. Hill*, que a Primeira Emenda permite uma "quantidade significativa de críticas e desafios verbais sejam dirigidos a policiais", ao cassar uma norma municipal que considerava ilícito qualquer ato de oposição, molestamento ou interrupção de qualquer policial no cumprimento de seu dever, ou qualquer pessoa convocada para ajudar a fazer uma prisão. O juiz da Suprema Corte Lewis F. Powell Jr., ao deixar claro que os indivíduos têm o direito de insultar os policiais, consignou que a polícia deveria ser capaz de lidar com linguagem mais ofensiva do que um cidadão particular.

Então, posso concluir que o direito norte-americano tem esse contraponto: ao mesmo tempo em que prevê punição contra o advogado ou um participante de uma audiência por qualquer deslize contra a prestação jurisdicional, oferece tolerância muito maior com atos semelhantes em relação aos policiais (*contempt of cop*) e demais servidores públicos.

VI. Considerações finais

Apenas para finalizar, julgo importante expressar minha convicção de que simplesmente transferir a punição de eventuais ofensas a título de desacato à autoridade para os crimes contra a honra deixaria de fora situações em que a conduta e o comportamento ilícito não se dirigem, necessariamente, à honra da pessoa.

Imaginemos o exemplo de um oficial de justiça que, ao cumprir um mandado de intimação, é confrontado pelo destinatário, que pega aquele mandado e o rasga, jogando-o no rosto do servidor público e esbravejando: "Essa justiça para mim não vale nada! Eu não a respeito e não respeito você!". Nessa situação, não há ofensa a ponto de configurar crime contra a honra subjetiva do servidor público, mas é evidente o ultraje à função pública, e, a meu ver, isso não permite apenas a responsabilização cível do ofensor, porque, em tal hipótese, o que está sob risco é a própria autoridade e o bom andamento dos serviços prestados pelo Poder Judiciário, a justificarem a existência de mecanismos expeditos e eficazes para restaurar a ordem jurídica violada e responder ao crime de desacato.

E mais, senhores ministros, vivemos uma quadra histórica no Brasil em que, cada vez mais, as pessoas estão assumindo comportamento excessivamente violento e desrespeitoso. Não vejo como se possa, pelo menos

neste momento, retirar da proteção penal situações que, no dia a dia, configuram intolerável desrespeito e até violência a agentes públicos que agem em nome do estado na prestação de serviços públicos.

Acompanho o Ministro Ribeiro Dantas na sua percepção de que, no futuro, provavelmente teremos, por via legislativa ou até jurisprudencial, uma modificação sobre o tratamento jurídico-penal desta matéria – quem sabe, ao menos, dando contornos mais fechados e claros ao tipo penal em análise.

Acrescento que, normalmente, sou favorável a caminhos que privilegiem uma menor intervenção do Direito Penal na vida das pessoas. Sigo a orientação de que as proibições e as penas têm por fim assegurar “o máximo de bem-estar possível dos não desviantes e o mínimo mal-estar necessário dos desviantes” (FERRAJOLI, *op. cit.*, p. 271). Todos os meios interpretativos que, na medida do possível - sem o sacrifício da segurança cidadã e da necessária proteção aos bens jurídicos -, minimizem a intervenção do Direito Penal são bem-vindos.

Mas, na presente controvérsia, assumo uma posição conservadora.

Pelo menos neste momento – ainda mais em um habeas corpus, dada a dificuldade de termos a exata dimensão dos fatos ocorridos –, eu não iria tão longe para afirmar que o crime de desacato não mais integra o ordenamento jurídico penal brasileiro, por conta de, repito, relatórios ou informes da Comissão e de casos julgados pela Corte Interamericana de Direitos Humanos que não tiveram o Brasil como parte e não trataram da situação fática idêntica à que foi versada neste habeas corpus.

VII. Dispositivo

Pedindo, portanto, a mais respeitosa vênia, acompanho a divergência inaugurada pelo Ministro Antonio Saldanha Palheiro e **denego** a ordem.

HABEAS CORPUS Nº 379.269 - MS (2016/0303542-3)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE : MAGNO LEANDRO SANTOS ANGELICO

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO NEFI CORDEIRO (Relator):

Senhor Presidente, com a vênia do Relator e do Ministro Ribeiro Dantas, vou acompanhar o voto da divergência. Não vejo incompatibilidade com as normativas internacionais que somente protegem a liberdade de opinião ou crítica de expressão ou informação, mas não tornam com isso incompatível o crime de desacato. Também não tornam incompatível a existência de crimes que protejam a honra, protejam contra manifestações que gerem preconceitos e manifestações que atinjam outros bens juridicamente relevantes ao ponto da intervenção do Direito Penal.

De outro lado, embora até fosse possível ponderação diversa, não pode ser classificado como absurdo o tratamento do Direito Penal como um desvalor maior à ofensa que é feita ao servidor público em razão de sua função. Tem-se, sim, a proteção da administração pública, mas, também, tem-se, subsidiariamente, a proteção da honra de quem está mantendo contato com pessoas pelo exercício da função e não por contatos da vida privada.

E o caso concreto é forte até na demonstração da diferença. Vejam que não temos qualquer discussão quanto à crítica ou manifestação de pensamento. Aqui, é um motorista que parou o carro na via pública, os policiais pediram que ele retirasse o carro, e ele disse: "vai tomar no cu". Isso é manifestação de pensamento? Isso é direito de crítica ao Estado? Isso é uma ofensa irrogada em face do servidor, o que é outras das grandes diferenciações entre a injúria e o desacato, porque a injúria não precisa ser realizada pessoalmente. Nessa situação, é necessária, sim, a intervenção do Direito Penal e não pode ser taxada como absurda essa proteção maior, com pena maior, a quem ofenda o servidor no exercício da função.

Então, acompanho o voto da divergência.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
TERCEIRA SEÇÃO**

Número Registro: 2016/0303542-3

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 379.269 / MS

MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00375188920158120001 00495052520158120001 375188920158120001
495052520158120001

EM MESA

JULGADO: 24/05/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **REYNALDO SOARES DA FONSECA**

Relator para Acórdão

Exmo. Sr. Ministro **ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **JOÃO PEDRO DE SABOIA BANDEIRA DE MELLO FILHO**

Secretário

Bel. **GILBERTO FERREIRA COSTA**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE : MAGNO LEANDRO SANTOS ANGELICO

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Praticados por Particular Contra a Administração em Geral -
Desacato

SUSTENTAÇÃO ORAL

O Dr. Elias Cesar Kesrouani sustentou oralmente pelo impetrante.

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia TERCEIRA SEÇÃO, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Terceira Seção, por maioria, não conheceu do habeas corpus, nos termos do voto do Sr. Ministro Antonio Saldanha Palheiro, que lavrará o acórdão. Vencidos os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca e Ribeiro Dantas, que não conheciam do habeas corpus e concediam a ordem de ofício para excluir da ação penal o crime de desacato e determinando o prosseguimento da ação penal, quanto aos delitos previstos nos arts. 306 do C.T.B e 330 do CP.

Votaram vencidos os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca (Relator) e Ribeiro Dantas.

Votaram com o Sr. Ministro Antonio Saldanha Palheiro (Relator para acórdão) os Srs.

Superior Tribunal de Justiça

Ministros Felix Fischer, Maria Thereza de Assis Moura, Jorge Mussi, Rogério Schietti Cruz e Nefi Cordeiro.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Joel Ilan Paciornik.
Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior.

