

# A POSSIBILIDADE DE DESCRIMINALIZAÇÃO DO DESACATO E O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE

Alexandre de Aguiar Castilho<sup>1</sup>  
Bruno Lima Barcelos<sup>2</sup>

## RESUMO

O presente artigo enfrenta a possibilidade de se descriminalizar uma conduta tipicamente descrita como crime, em específico o crime de desacato art. 331 do Código Penal, que visa tutelar a honra pública, levando-se em consideração que o Brasil seja signatário da Convenção Americana de Direitos Humanos. Além de trazer a divergência entre decisões judiciais eo dever de se observar o controle de convencionalidade com intuito de resguardar a segurança jurídica nacional. O presente trabalho foi realizado, amparando-se na metodologia de pesquisa em doutrina, jurisprudência e a lei vigente.

**Palavras-chave:**crime de desacato; Direito penal; Controle de convencionalidade; pacto de San José da Costa Rica.

## INTRODUÇÃO

O presente estudo faz reflexão sobre a dissonância entre a previsão do crime de desacato e a Convenção Americana De Direitos Humanos e os princípios fundamentais, mais especificamente sobre a forma do Judiciário brasileiro em aplicar os Tratados Internacionais de Direitos Humanos não aprovados com quórum qualificado de emenda constitucional, bem como o instituto do controle de convencionalidade, sistema esse integrado no ordenamento jurídico nacional.

Nos moldesdo tratado internacional,o referido código penal em específico o artigo 331 que tipifica o crime de desacato, está em desconformidade com o Estado Democrático de direito, tanto pelo tratado como pelos princípios fundamentais e constitucionais.

O crime de desacato encontra-se vigente na data deste trabalho, o objetivo do desacato é proteger em primeiro momento a Administração pública e em segundo momento proteger a honra do servidor público.

---

<sup>1</sup> UNIVAG – Centro Universitário. Área do Conhecimento de Ciências Sociais Aplicadas. Curso de Direito. Aluno: Alexandre de Aguiar Castilho da disciplina TCC II, turma DIR 2013/02, c, noturno. E-mail – alexandreaguiarcastilho@hotmail.com.

<sup>2</sup> UNIVAG – Centro Universitário. Área do Conhecimento de Ciências Sociais Aplicadas. Curso de Direito. Mestre, OrientadorBruno Lima Barcellos. E-mail – blbarcellos@yahoo.com.br

De outro lado, a Convenção Americana De Direitos Humanos e os princípios fundamentais são as matérias contrárias ao desacato, sendo aquela incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro em 2004, tendo força supralegal, ou seja, superior ao código penal, sendo esta os princípios norteadores na implementação legal e da interpretação pelo juiz.

O instituto processual denominado controle de convencionalidade, para este trabalho é de suma importância para dar segurança jurídica quando houver conflito entre normas. O Judiciário é responsável por aplicar o entendimento constitucional diante da anomalia jurídica.

Adiante, será estudados alguns posicionamentos dos tribunais nacionais, que já entendeu que o crime de desacato em situação específica deveria ser descriminalizado, no entanto em julgado posterior voltou o entendimento da criminalização, posto isso, analisaremos esses julgados divergentes.

Para atingir o intento supra mencionado, esclarece-se que a metodologia utilizada neste trabalho para embasamento ao conteúdo, foram: doutrina, jurisprudência de tribunais e a legislação vigente.

Por conseguinte, este estudo tem como objetivo difundir os questionamentos sobre a possibilidade da descriminalização do crime de desacato e a análise do controle de convencionalidade, demonstrando os conceitos das características dos temas de forma lógica. Nesse contexto, a finalidade é proteger os direitos fundamentais do ser humano, institutos esses que devem ser respeitados no Estado Democrático de Direito.

## **1 A DESCRIMINALIZAÇÃO DA CONDUTA DO DESACATO**

Conforme conceitua o ilustre professor Fernando Capez:

Tutela-se mais uma vez a dignidade, o prestígio, o respeito devido à função pública, de modo a possibilitar o regular exercício da atividade administrativa. Sabemos que o funcionário público representa a vontade estatal. Para que dê fiel execução aos atos funcionais, é necessário que o prestígio e a autoridade da função pública sejam resguardados. Qualquer ato de violência ou qualquer ato ultrajante praticado contra o funcionário público prejudica o regular andamento da própria administração pública, de forma que, se não houvesse essa proteção legal, prejudicado estaria o desempenho da atividade administrativa (Capez, Fernando. 2010. p. 561;562).

O Código penal vigente promulgado em 1940, traz no capítulo dos crimes praticados por particulares contra a administração pública em seu artigo 331 a seguinte definição de desacato: “desacatar funcionário público no exercício da função ou em razão dela: pena de 6 meses a 2 anos ou multa” (Código Penal, 1940).

Interpretando o artigo retro, verifica-se a denominação “funcionário público” que traz sua definição no art. 327 caput e parágrafo único do Código Penal que assim discrimina: “considera-se funcionário público, para os efeitos penais, quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública”(…) Equipara-se a funcionário público quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal, e quem trabalha para empresa prestadora de serviço contratada ou conveniada para a execução de atividade típica da Administração Pública (Código Penal, 1940).

Nesse sentido, mesmo que um particular que não desempenha atividades como servidor público (que tenha atingido após lograr êxito em passar por concurso público), mas estiver transitoriamente em atividades de Estado, estará revestido da denominação funcionário público e protegido pelo crime de desacato, sendo esses os sujeitos passivos do crime.

O sujeito ativo do delito em regra é o particular como demonstra o (Código Penal. 1940) capítulo 2, do título 11, “dos crimes praticados por particulares contra a administração pública”, entretanto a doutrina majoritária tem entendido pela possibilidade de atuar no pólo ativo funcionário público.

Entendemos, permissa vênia, que a razão se encontra com Fragoso. Isso porque como é cediço, o funcionário público é protegido de forma mediata, pois o que está em questão é a administração pública em si. Quando um funcionário desacata outro funcionário, ele, na verdade, despe-se dessa qualidade e atua como um particular. Simplesmente pelo fato de ser um superior hierárquico não pode ofender a administração pública, ali representada pelo funcionário, não importando o tipo de função que exerça, bem como a sua hierarquia, comparativamente ao agente. Assim poderá um juiz de direito responder pelo delito de desacato se, porventura, vier a proferir palavras de desprezo contra um oficial de justiça, no exercício de sua função ou em razão dela (Grecco, 2016. Rogério. p. 853;854).

Declara o artigo estar o representante do Estado “no exercício da função” sendo este, quando o funcionário está exercendo o papel de seu dever instado em lei e por isso sofre ato pelo qual o desacato, outro lado “ou em razão dela” significa

que o agente público não está exercendo o seu papel obrigacional, todavia foi lesado por causa do trabalho exercido.

Desacatar significa que o funcionário público foi humilhado, menosprezado, seja por gestos, por escrito ou ditas oralmente. Existem várias formas de configurar o crime de desacato, porem irá ser citado algumas: particular desrespeitar o policial militar, dar tapas no rosto do servidor, mostrar o dedo indicador para um atendente de hospital público, entre outros citados pela doutrina clássica.

O estudo da jurisprudência é o cerne da discussão em relação a descriminalização do desacato.

O Superior Tribunal de Justiça, em 15/12/2016, decisão pela 5ª turma, que teve como Relator o Ministro Ribeiro Dantas, disseminou entendimento que descriminalizou a conduta de desacato do Código Penal brasileiro. Importante ressaltar que a análise em controle de convencionalidade teve base a CADH.

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. (...) 9. Por conseguinte, a ausência de lei veiculadora de abolitio 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 prohomine, 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).

Por mais que será estudando adiante toda a estudas dessa decisão, mister dizer que esse julgado estimulou e estimula muitos juristas a desenvolver estudos contra ilegalidade perpetrada pelo estado brasileiro. Essa decisão calcada no estudo do caso concreto com análise comparativa do artigo 331 do Código Penal e artigo 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos, entre outros, decidiu pelo abuso da aplicabilidade da conduta de desacato conforme estudo do sistema jurídico e interno brasileiro.

Por outro lado, decisão contrária foi prolatada em 24 de maio de 2017, pela 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, no qual foi julgado HC nº 379.269 / decidiu pela manutenção da criminalização da conduta de desacato, conforme exposto:

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. 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 (marginofappreciation). 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 latosensu 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 ictuoculi, violadores de tipos penais distintos e originários de condutas autônomas. 20. Habeas Corpus não conhecido.

O acórdão proferido pela Terceira Seção pacificou momentaneamente o entendimento pela manutenção da tipificação do crime de desacato, como exposto a seguir:

**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

Após a última decisão do STJ que seguiu dando efetividade a conduta de desacato, vários pensadores como juristas, doutrinadores e estudantes, gostariam de uma manifestação do poder legislativo, pois bem, como representante do povo o Deputado Jean Wyllys criou o seguinte Projeto de Lei:

PROJETO DE LEI Nº 602, DE 2015. (Do Sr. Jean Wyllys) Altera dispositivo do Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940, e acrescenta dispositivos à Lei 8.429, de 2 de junho de 1992, e dá outras providências. O Congresso Nacional decreta: Art. 1º O art. 11 da Lei 8.429, de 2 de junho de 1992 passa a vigorar acrescido dos seguintes dispositivos: “XXII - invocar sua função ou cargo público para eximir-se de obrigação legal ou obter privilégio indevido.” “Parágrafo único – No caso previsto no inciso XXII, qualquer

autoridade deverá informar o fato ao órgão público onde o agente está lotado." Art. 2º Revoga-se o artigo 331 do Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Art. 3º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Insta salientar, que mesmo diante de todo esse aparato jurídico muitos doutrinadores, políticos, discordam da descriminalização do desacato e reforçam o entendimento de um estado forte e protegido de abstrações, mesmo com a prejudicial desregulação dos princípios fundamentais da república federativa.

## **2 CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS**

O Brasil é um dos países signatário da CADH, nesse contexto, o tratado em tela foi ratificado pelo Presidente da República, no decreto presidencial, de número 678, de 06 de novembro de 1992:

O VICE-PRESIDENTE DA REPÚBLICA, no exercício do cargo de PRESIDENTE DA REPÚBLICA, no uso da atribuição que lhe confere o art. 84, inciso VIII, da Constituição, e Considerando que a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), adotada no âmbito da Organização dos Estados Americanos, em São José da Costa Rica, em 22 de novembro de 1969, entrou em vigor internacional em 18 de julho de 1978, na forma do segundo parágrafo de seu art. 74; Considerando que o Governo brasileiro depositou a carta de adesão a essa convenção em 25 de setembro de 1992; Considerando que a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) entrou em vigor, para o Brasil, em 25 de setembro de 1992, de conformidade com o disposto no segundo parágrafo de seu art. 74; DECRETA: Art. 1º A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), celebrada em São José da Costa Rica, em 22 de novembro de 1969, apensa por cópia ao presente decreto, deverá ser cumprida tão inteiramente como nela se contém. Art. 2º Ao depositar a carta de adesão a esse ato internacional, em 25 de setembro de 1992, o Governo brasileiro fez a seguinte declaração interpretativa: "O Governo do Brasil entende que os arts. 43 e 48, alínea d, não incluem o direito automático de visitas e inspeções in loco da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, as quais dependerão da anuência expressa do Estado". Art. 3º O presente decreto entra em vigor na data de sua publicação. Brasília, 6 de novembro de 1992; 171º da Independência e 104º da República.

A Emenda Constitucional 45 de 2004, trouxe várias inovações para o sistema jurídico brasileiro, entre elas a mudança na internalização dos Tratados Internacionais De Direitos Humanos, sendo que, para se tornarem EC devem passar

pela aprovação de dois turnos, por três quintos, em cada casa do Congresso Nacional, conforme preceitua o art. 5º, parágrafo 3º da Constituição Federal:

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

§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

Por outro lado, disciplina o ilustre professor Valério Mazzuoli a situação dos tramites dos tratados que forem passar pela regulação interna nacional para posteriormente ter validade como norma efetiva em território nacional:

Terminada a fase de negociação de um tratado, “o Presidente da República – que, como responsável pela dinâmica das relações exteriores, poderia não tê-las jamais iniciado, ou dela não ter feito parte, se coletiva, ou houver ainda, em qualquer caso, interrompido a participação negocial brasileira – está livre para dar curso, ou não, ao processo determinante do consentimento. Estando satisfeito com o acordo celebrado, o Chefe do Poder Executivo poderá submetê-lo, quando melhor lhe pareça, ao crivo do parlamento (por ser representativo da vontade da nação) para fins de referendo. Pode também determinar estudos mais aprofundados no âmbito do Executivo antes do envio do texto convencional ao Legislativo (Mazzuoli, Valerio. 2018. Pg 289) .

Decreto aquele que foi referendado pelo Congresso Nacional, que, aplicado no ordenamento jurídico brasileiro é hierarquicamente superior ao art. 331 do código penal que é a previsão do crime de desacato, mais especificamente a decisão que aderiu ao entendimento da supralegalidade dos tratados de direitos humanos anteriores a Constituição federal de 1988, que teve como relator o Ministro Gilmar Mendes, Recurso Extraordinário 349.703-1/2008:

“PRISÃO CIVIL DO DEPOSITÁRIO INFIEL EM FACE DOS TRATADOS INTERNACIONAIS SOBRE DIREITOS HUMANOS. INTERPRETAÇÃO DA PARTE FINAL DO INCISO LXVII DO ART. 5º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. POSIÇÃO HIERÁRQUICO-NORMATIVA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO. Desde a adesão do Brasil, sem qualquer reserva, ao Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos (art. 11) e à 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 um lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna. O status normativo supralegal dos tratados

internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de adesão. 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)” (BRASIL, 2008, p. 1).

Nesse contexto, após o entendimento pacífico que a CADH é um tratado superior ao Código Penal, será analisado o artigo desse tratado que protege a liberdade de expressão como garantidor das idéias contrárias as decisões ilegais ou imorais por parte do Estado representado por um agente público.

(Convenção Americana de Direitos Humanos. art. 13)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; oub).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 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 incitação à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência.

Além disso, a própria Comissão de Direitos Humanos (CIDH), que o Brasil faz parte já trouxe entendimento relatando especificamente que não há compatibilidade entre o crime de desacato e o art. 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos, segue o entendimento exposto a seguir (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):

B. As leis de desacato são incompatíveis com o artigo 13 da Convenção 5. A afirmação que intitula esta seção é de longa data: tal como a Relatoria expressou em informes anteriores, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) efetuou uma análise da compatibilidade das leis de desacato com a Convenção Americana sobre Direitos Humanos em um relatório realizado em 1995<sup>1</sup>. A CIDH concluiu que tais leis não são

compatíveis com a Convenção porque se prestavam ao abuso como um meio para silenciar idéias e opiniões impopulares, reprimindo, desse modo, o debate que é crítico para o efetivo funcionamento das instituições democráticas. A CIDH declarou, igualmente, que as leis de desacato proporcionam um maior nível de proteção aos funcionários públicos do que aos cidadãos privados, em direta contravenção com o princípio fundamental de um sistema democrático, que sujeita o governo a controle popular para impedir e controlar o abuso de seus poderes coercitivos. Em consequência, os cidadãos têm o direito de criticar e examinar as ações e atitudes dos funcionários públicos no que se refere à função pública. Ademais, as leis de desacato dissuadem as críticas, pelo temor das pessoas às ações judiciais ou sanções fiduciárias. Inclusive aquelas leis que contemplam o direito de provar a veracidade das declarações efetuadas, restringem indevidamente a livre expressão porque não contemplam o fato de que muitas críticas se baseiam em opiniões, e, portanto, não podem ser provadas. As leis sobre desacato não podem ser justificadas dizendo que seu propósito é defender a “ordem pública” (um propósito permissível para a regulamentação da expressão em virtude do artigo 13), já que isso contraria o princípio de que uma democracia, que funciona adequadamente, constitui a maior garantia da ordem pública. Existem outros meios menos restritivos, além das leis de desacato, mediante os quais o governo pode defender sua reputação frente a ataques infundados, como a réplica através dos meios de comunicação ou impetrando ações cíveis por difamação ou injúria. Por todas estas razões, a CIDH concluiu que as leis de desacato são incompatíveis com a Convenção, e instou os Estados que as derrogassem.

A sociedade é estruturada por um arcabouço jurídico que gera direitos e obrigações tanto pelo Estado como pelos particulares. Um dos princípios mais caros da população é a liberdade de expressão, sendo essa, como exposto anteriormente no tratado ratificado pelo Brasil uma possibilidade de questionar a atuação do Estado representado por um funcionário público.

Portanto, o judiciário deve realizar o controle de convencionalidade que não torna inconstitucional o crime de desacato, mas faz análise de compatibilidade com o tratado, que pode, assim como aconteceu em julgado do Superior Tribunal de Justiça declarar a descriminalização do crime de desacato que será estudado mais adiante neste trabalho, o que trará segurança jurídica a todos aqueles que perecem dessa decisão.

### **3 CONSTITUIÇÃO FEDERAL**

A Carta Maior do sistema jurídico brasileiro relata o princípio da isonomia, atualmente trata-se da igualdade material “tratar os iguais igualmente e os desiguais desigualmente na medida de suas desigualdades. Ora, não há o que se falar em diferenciação entre o trabalho estatal e o particular por serem comuns em vários

aspectos, entretanto o Estado invoca a força legislativa para se proteger, se tratando de uma arbitrariedade conforme o estudo aquo.

Assim leciona o art. 5 da Constituição Federal:

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

#### **4 PRINCÍPIO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO**

A liberdade de expressão caminha por diversos meandros e se transforma de forma constante quando disciplina o meio relacional entre a população. Existe uma unidade quando trata-se do estudo de crime de desacato e o princípio da liberdade de expressão, conforme disciplina o renomado doutrinador (Moraes, Alexandre. 2012. P. 45 **Apud** Ferreira, Pinto. P. 68)

A manifestação do pensamento é livre e garantida em nível constitucional, não aludindo a censura prévia em diversões e espetáculos públicos. Os abusos porventura ocorridos no exercício indevido da manifestação do pensamento são passíveis de exame e apreciação pelo Poder Judiciário com as consequentes responsabilidades civil e penal de seus autores, decorrentes inclusive de publicações injuriosas na imprensa, que deve exercer vigilância e controle da matéria que divulga. Atualmente, como ressalta Pinto Ferreira, “o Estado democrático defende o conteúdo essencial da manifestação da liberdade, que é assegurado tanto sob o aspecto positivo, ou seja, proteção da exteriorização da opinião, como sob o aspecto negativo, referente à proibição de censura”.

#### **5 CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE**

Existem diversos documentos internacionais acordados por países, e o Brasil trouxe para o direito interno alguns desses regramentos, que uma vez adentrado ao sistema jurídico tem eficácia imediata, porém por vezes a adequação sistemática não é simultânea.

Quando surge conflito entre normas, surge o papel do Poder Judiciário para aplicar a jurisdição, ou seja, “dar o direito” de forma mais técnica e

equânime possível. De modo que possa alinhar essas questões singulares que geram insegurança jurídica.

Também não há dúvida quanto a poder (dever) o juiz do foro controlar a convencionalidade das leis estrangeiras tendo como paradigmas as normas internacionais em vigor no seu Estado, sobretudo as de direitos humanos, que têm primazia hierárquica sobre todas as normas menos benéficas do Direito Interno. (Mazzuoli, Valerio. 2018. Pg 214)

No caso deste artigo, trata-se de um conflito de normas em que de um lado está um tratado internacional de direitos humanos, que o Brasil se comprometeu a obedecer os regramentos contidos e atualizar seu sistema jurídico e se assim não for, aplicar imediatamente através do juiz de direito, sob pena de punição pela Corte internacional.

Importante mencionar que controle de constitucionalidade é diferente do controle de convencionalidade, sendo este realizado tendo como paradigma o Tratado Internacional, vez que Estado signatário se compromete a aplicar.

Portanto, além de toda complexidade do controle de constitucionalidade, pode-se conferir ao controle de convencionalidade importante papel de definir a compatibilidade entre regramentos internacionais e nacionais ratificado pelos países.

Para nós, da mesma forma que deve o juiz do foro controlar a constitucionalidade da lei estrangeira tendo como paradigma a própria Constituição estrangeira, deve, também, controlar a convencionalidade da lei estrangeira tendo como paradigmas os tratados internacionais (especialmente os de direitos humanos) ratificados e em vigor no Estado estrangeiro, os quais, na grande maioria dos países, guardam nível hierárquico superior ao das leis. (Mazzuoli, Valerio. 2018. Pg 214)

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A celeuma em relação a conduta do crime de desacato está longe de acabar, entretanto o artigo 331 do Código penal mantém sua aplicabilidade efetiva pelo referido Código e pela decisão do Superior Tribunal de Justiça que mudou seu posicionamento no Habeas Corpus 376.269, permanecendo criminalizando a conduta de desacato.

Afirmar-se que mesmo com o posicionamento do STJ, juristas brasileiros podem invocar tanto o artigo 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos, que

diverge com o crime em tela, e também pelo entendimento dessa corte que como exposto neste trabalho se manifestou diretamente contrária ao crime de desacato.

Mister dizer que o Supremo Tribunal Federal não tem julgamento concreto em análise de constitucionalidade sobre o tema, posto que é aguardado tal decisão para fornecer segurança jurídica aos necessitados.

Portanto, este trabalho procurou explicar todos os meandros da discussão sobre a descriminalização, pondera também pelo não abuso da coletividade contra o Estado, mas sim a aplicabilidade de todo sistema jurídico aderido pelo próprio Estado, após difundido o tema é aguardado ou a pronuncia do STF em caso parecido ou votação do projeto de lei que retira do ordenamento jurídico o crime de desacato.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. **Código Penal**. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/lei/De12848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/lei/De12848compilado.htm)>. Acesso em: 08 mai. 2018.

BRASIL. **Constituição Federal. 1988.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 08 mai. 2018.

BRASIL. **Decreto nº 678**, de 06 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/D0678.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm)> Acesso em: 19/06/2018.

BRASIL. **Projeto de lei 602/2015**. Disponível em <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=964537>> Acesso em: 25 jun. 2018.

Capez, Fernando. **Curso de Direito Penal**, volume 3, parte especial: dos crimes contra a dignidade sexual a dos crimes contra a administração pública (arts. 213 a 359-H). São Paulo: Saraiva 2010, 8ª edição;

**Convenção Americana Sobre Direitos Humanos**. Assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969. Disponível em: <[https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao\\_americana.htm](https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm)>. Acesso em: 10 mai. 2018.

**Convenção Americana Sobre Direitos Humanos.** Assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969.**Aditivo.** Disponível em: <<https://www.cidh.oas.org/annualrep/2002port/vol.3i.htm>>. Acesso em: 10 mai. 2018.

Grecco, Rogério. **Curso de Direito Penal.** Rio de Janeiro: Impetus 2016, 13ª edição; HABEAS CORPUS Nº 379.269 - MS (2016/0303542-3). Terceira Seção – STJ.

BRASIL.**Jusbrasil**<[www.jusbrasil.com.br](http://www.jusbrasil.com.br)>. Acesso em: 16 mai. 2018.

Mazzuoli, Valerio de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Privado.** Rio de Janeiro: Forense 2018, 3ª edição;

Mazzuoli, Valerio de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público.** Rio de Janeiro: Forense 2018, 11ª edição;

Moraes, Alexandre. **Direito Constitucional.** São Paulo: Atlas 2012, 28ª edição;

STJ - **REsp 1640084/SP**, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 15/12/2016, DJe20/06/2018.

Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº. 349.703-1. Tribunal Pleno. Rel. Min. Gilmar Mendes. Decisão em 03/12/2008. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 12 de setembro de 2011.