

DESACATO, LIBERDADE DE EXPRESSÃO E CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE: UM OLHAR JURISPRUDENCIAL

Gabriel Antonio Roque¹, Daniela Menengoti Gonçalves Ribeiro¹

¹ Acadêmico do curso de Direito, Centro Universitário de Maringá – UniCesumar, Paraná, Brasil. Bolsista PIBIC/UniCesumar. Mobilidade acadêmica em Direito e Criminologia na Faculdade de Direito da Universidade do Porto – FDUP, Porto, Portugal. Membro de grupo de pesquisa (CNPQ). Endereço eletrônico: <gabriel.antonio.roque@outlook.com>.

² Docente do Programa de Mestrado e Doutorado em Ciências Jurídicas e do curso de Direito, Centro Universitário de Maringá – UniCesumar, Paraná, Brasil. Pesquisadora do Instituto Cesumar de Ciência, Tecnologia e Inovação – ICETI. Doutora em Direito-Relações Econômicas Internacionais pela PUC/SP com período de pesquisa na Université Paris 1 - Panthéon-Sorbonne, França. Mestre em Direito-Relações Internacionais pela UFSC com período de pesquisa no Mestrado em Integrazione Europea da Università Degli Studi Padova, Itália. Endereço eletrônico: <daniela.ribeiro@unicesumar.edu.br>.

RESUMO

O presente trabalho tem por escopo trazer, como parcela dos resultados obtidos em pesquisa de iniciação científica mais abrangente, um levantamento jurisprudencial, notadamente de duas Cortes Superiores brasileiras, acerca da figura típica do desacato, descrita no art. 331 do Código Penal Brasileiro. Para tanto, e utilizando-se dos sítios eletrônicos de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, realizou-se um levantamento dos acórdãos, de quaisquer dos órgãos colegiados dos referidos Tribunais, atinentes à temática proposta, qual seja, a confrontação da tipificação do crime de desacato com o direito à liberdade de expressão e o controle de convencionalidade das leis domésticas, *in casu* o Código Penal. Buscando-se decisões nas quais são discutidas questões a respeito da eventual “inconvencionalidade” do tipo penal, bem como de sua tratativa diante da liberdade de expressão, o trabalho tem por objetivo a exposição sucinta da *ratio decidendi* de cada um dos acórdãos selecionados, confrontando os argumentos e aspectos relevantes de cada decisão. Visa o artigo contribuir, dessa forma, com a discussão da matéria no ambiente acadêmico a partir do entendimento das Cortes Superiores Brasileiras, que vêm tratando a temática de maneiras distintas nos últimos anos e fazendo com que haja, inclusive, um cenário de indefinição e insegurança jurídica quanto à tipificação do desacato.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos Fundamentais; Dupla Compatibilização Vertical; Pacto de São José da Costa Rica; Tratados Internacionais.

1 INTRODUÇÃO

Tanto em âmbito nacional quanto internacional, notadamente nos países da América Latina, houve, nos últimos anos, questionamentos e discussões profícuas acerca dos chamados “crimes de desacato”, perscrutando-se sua possível inconformidade com o direito humano à liberdade de expressão, reconhecido, dentre outras normas, pelo art. 5º, inc. IV, da Constituição Federal de 1988, bem como art. 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH).

No Brasil, decisões divergentes foram proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça em reduzido lapso temporal, contribuindo para um cenário de indefinição acerca da constitucionalidade e convencionalidade da tipificação do desacato.

Quanto ao último termo, sabe-se que, atualmente, é possível se reconhecer, além do controle de constitucionalidade das leis e atos normativos, também o controle de convencionalidade das mesmas, que, nas palavras de Mazzuoli (2009, p. 114), trata-se da verificação da “compatibilização da produção normativa doméstica com os tratados de direitos humanos ratificados pelo governo e em vigor no país”.

Nesse sentido, “quando a lei anterior conflita com um tratado [...] ratificado pelo Brasil e já em vigor no país, a mesma é revogada (derrogada ou ab-rogada) de forma imediata (uma vez que o tratado que lhe é posterior, e a ela também é superior)” (MAZZUOLI, 2009, p.122).

Referido controle, assim como o de constitucionalidade, pode se realizar tanto pela via difusa quanto concentrada. Além disso, pode o controle de convencionalidade se fazer

presente tanto internamente, pelos órgãos pátrios, quanto externamente, notadamente pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH).

No Sistema Interamericano de Direitos Humanos, o controle de convencionalidade pode ser definido, ainda, como o “controle de aplicação da CADH no âmbito de um Estado soberano como forma de garantir a efetividade dos Direitos Humanos” (SOARES & BEZERRA, 2017, p. 355).

Já quanto à liberdade de expressão, destaca-se que tal direito humano se constitui em verdadeiro meio de realização do próprio Estado Democrático de Direito, tratando-se de uma norma mandamental de otimização (ALEXY, 2002, p. 47). Levando-se em consideração a liberdade que confere ao indivíduo, inclusive de contestar, de se irredimir e de confrontar o próprio Estado, trata-se, dentre a infinidade de suas aplicações práticas, de um direito fundamental apto a “garantir o direito de se dizer o que as autoridades nem sempre querem ouvir” (GUERRA & MARCOS, 2018, p. 173).

Nesse cenário, tanto a doutrina quanto a jurisprudência pátria questionaram, nos últimos anos, até que ponto a criminalização do desacato tolheria ou imporá limites desarrazoados à liberdade de expressão enquanto direito fundamental, tendo em vista especialmente que, muitas vezes, a insatisfação com o serviço público prestado pode suscitar fortes críticas e até mesmo ofensas à Administração Pública, através de seus agentes.

Desde 1995, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), órgão autônomo da OEA, assevera que as leis de desacato, além de desnecessárias para proteger a ordem pública em sociedades democráticas, são incompatíveis com a Convenção Americana de Direitos Humanos por reprimirem a liberdade de expressão imprescindível ao funcionamento de um regime democrático, além de conferirem aos funcionários públicos, de forma injustificada, uma proteção da qual não gozam os demais cidadãos. Asseverando que a liberdade de expressão abarca, inevitavelmente, discursos críticos e até mesmo ofensivos dirigidos aos ocupantes de cargos públicos, a CIDH afirma, apoiada nas lições de John Stuart Mill (2001), que as limitações à liberdade de expressão advindas da criminalização do desacato atingem de forma prejudicial não apenas quem critica, mas também toda a sociedade (OEA, 1995, cap. V, IV, b).

Já na Declaração de Princípios Sobre a Liberdade de Expressão, de 2000, a CIDH consignou que “*la libertad de expresión no es una concesión de los Estados, sino un derecho fundamental*”, defendendo então que “[*]os funcionarios públicos están sujetos a un mayor escrutinio por parte de la sociedad*” e que “[*]as leyes que penalizan la expresión ofensiva dirigida a funcionarios públicos generalmente conocidas como “leyes de desacato” atentan contra la libertad de expresión y el derecho a la información*” (OEA, 2000).

Além disso, a própria Corte IDH já determinou o afastamento da figura típica do desacato em casos levados até o órgão, como, *v.g.*, no caso Palamara Iribarne vs. Chile, no qual se reconheceu a desproporcionalidade da tipificação do crime no país sul-americano (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2005, p. 57).

Trata-se apenas de alguns exemplos dos inúmeros casos enfrentados pelo Sistema Interamericano de Direitos Humanos no que se refere à criminalização do desacato.

Todavia, o presente trabalho não tem por escopo realizar uma análise teórica do tema proposto, o que já foi feito, de maneira abrangente, por estes autores em artigo produzido no bojo da mesma pesquisa de iniciação científica.

Por outro lado, e até mesmo em complementação ao estudo teórico já realizado, este trabalho objetivou engendrar um levantamento de dados nas bases de jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, a fim de perquirir a forma pela qual as referidas Cortes Brasileiras vêm enfrentando a problemática.

Inicialmente, descreve-se a metodologia para a produção do presente artigo, discutindo-se seus resultados em seguida para, ao fim, trazer-se as conclusões do presente levantamento.

Não se pretendeu, com o trabalho, um levantamento abrangente em todos os tribunais pátrios acerca da matéria, nem o desenvolvimento de um histórico da tratativa da questão no país, buscando-se, entretanto, oferecer um contributo a guiar eventuais trabalhos a partir da temática proposta, incutindo importantes reflexões quanto ao controle de convencionalidade e o tratamento dado à liberdade de expressão no país.

2 METODOLOGIA

Utilizando-se do método exploratório, o trabalho pretendeu realizar um levantamento de dados, consistente em decisões colegiadas do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, a respeito da temática proposta, qual seja, a confrontação do crime de desacato com o chamado controle de “convencionalidade” e o direito fundamental à liberdade de expressão.

Vale ressaltar que as decisões monocráticas dos integrantes das referidas Cortes não foram analisadas na presente pesquisa, havendo, contudo, centenas de decisões de tal espécie, que, em grande parte, reproduzem os entendimentos já exarados nos acórdãos estudados.

A seleção dos acórdãos trazidos para o desenvolvimento do trabalho se deu através dos sítios eletrônicos oficiais de pesquisa de jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (BRASIL, 2019) e do Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 2019a).

Ressalta-se que, de acordo com o funcionamento de ambas as plataformas, não são obtidos todos os processos que tenham, porventura, discutido a matéria buscada, o que, por certo, dificultaria sobremaneira as pesquisas. As pesquisas nas referidas bases de dados resultam, diretamente, apenas na obtenção dos acórdãos principais referentes aos termos pesquisados, mas não dos chamados acórdãos sucessivos, que são tidos, grosso modo, como decisões bastante similares às anteriores.

Inicialmente, redigiu-se, no campo “pesquisa livre” da plataforma do STJ, os termos de pesquisa “desacato controle de convencionalidade” (1ª busca) e “desacato liberdade de expressao” (2ª busca). Não havendo utilização de pontuação ou acentuação gráfica (visto que o sistema não realiza distinções), optou-se pela não utilização de conectivos ou informações especificadas, a fim de realizar um levantamento o mais abrangente possível dos acórdãos nos quais constassem os termos pesquisados. Termos estes que, da maneira como redigidos, poderiam ser encontrados em qualquer parte dos espelhos dos acórdãos, habilitando-se, ainda, a busca de sinônimos e de plurais das locuções buscadas.

A plataforma do STJ retornou, então, para a 1ª busca, 8 (oito) documentos de acórdãos, e, para a 2ª busca, 19 (dezenove) documentos de acórdãos. Verificou-se, contudo, que a 2ª busca retornou 4 (quatro) documentos que já haviam sido obtidos com a 1ª busca, razão pela qual referidos acórdãos foram excluídos do levantamento, restando, então, 23 (vinte e três) acórdãos a serem analisados pelo presente trabalho.

Em uma análise primária das ementas dos acórdãos, constatou-se, contudo, que 3 (três) decisões não guardavam pertinência temática com o objeto deste trabalho (RHC 81292, RHC 66002 e RHC 44930), razão pela qual foram excluídas dos dados obtidos.

Procedeu-se, então, às mesmas pesquisas na plataforma oficial do Supremo Tribunal Federal: “desacato controle de convencionalidade” (3ª busca) e “desacato liberdade de expressao” (4ª busca).

Da 3ª busca resultaram 2 (dois) acórdãos, e da 4ª busca retornaram 5 (cinco) decisões colegiadas. Verificou-se, contudo, que os dois acórdãos obtidos com a 3ª busca se repetiram na 4ª busca, razão pela qual foram excluídos da análise, restando-se, então, 5 (cinco) documentos a serem analisados.

Um dos acórdãos obtidos junto ao sítio do STF (HC 84.446-4), no entanto, foi excluído do levantamento, por não ter relação direta com a temática proposta na presente

pesquisa, visto que discutia, apenas, a imunidade profissional do advogado em juízo, notadamente no que se refere ao crime de calúnia.

A fim de verificar eventuais atualizações nas bases de dados do STJ e do STF, as mesmas pesquisas foram repetidas no decorrer de cerca de 20 (vinte) dias, sendo as últimas buscas realizadas na data de 20 de julho de 2019, tratando-se essa, portanto, da data de alcance final do levantamento de dados.

Assim sendo, a obtenção dos acórdãos se deu de acordo com a sistematização constante na **Tabela 01**.

Tabela 01: Levantamento dos dados.

CORTE	BUSCAS	DOCUMENTOS COLETADOS	REPETIÇÕES	SEM PERTINÊNCIA TEMÁTICA	TOTAL
STJ	1ª	8	-	0	20
	2ª	19	4	3	
STF	3ª	2	-	0	4
	4ª	5	2	1	

Fonte: Dados da pesquisa.

Destarte, foram utilizados no presente trabalho, no total, 24 (vinte e quatro) acórdãos proferidos pelo Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal.

Após a coleta do inteiro teor de todas as decisões colegiadas, foram as mesmas impressas, numeradas em ordem cronológica de acordo com a data de julgamento, organizadas, fichadas e analisadas de maneira minuciosa, buscando extrair dos acórdãos os principais argumentos e razões de decidir, que são tratadas no tópico dos resultados do presente artigo.

Em virtude dos próprios limites do trabalho, bem como da abrangência das questões de fundo envolvidas à matéria, não se faz possível um detalhamento aprofundado de cada uma das decisões, sendo o escopo principal da análise a exposição e sistematização das decisões coletadas.

3 RESULTADOS E DISCUSSÃO

Os acórdãos utilizados como base para o estudo foram os proferidos nos processos constantes na **Tabela 02**, estando a exposição organizada consoante a ordem cronológica dos julgados, sempre de acordo com a data de julgamento.

Tabela 02: Acórdãos Analisados.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

1. Recurso Especial 1640084 – SP
2. <i>Habeas Corpus</i> 379269 – MS
3. Agravo Regimental no <i>Habeas Corpus</i> 402866 – SC
4. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial 1039212 – DF
5. Agravo Regimental no <i>Habeas Corpus</i> 395364 – SP
6. <i>Habeas Corpus</i> 396908 – SC
7. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial 1071275 – SC
8. Agravo Regimental no Recurso Especial 1677859 – AM
9. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial 1012281 – SC
10. <i>Habeas Corpus</i> 420189 – SP
11. Agravo Regimental no <i>Habeas Corpus</i> 399666 – SC
12. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial 1203053 – RJ
13. <i>Habeas Corpus</i> 428422 – SP
14. <i>Habeas Corpus</i> 439936 – SP

-
15. Recurso Especial 1717019 – RJ

 16. Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* 50621 – RS

 17. *Habeas Corpus* 462665 – SP

 18. Agravo Regimental no *Habeas Corpus* 463638 – ES

 19. Agravo Regimental no Recurso Especial 1791198 – RO

 20. Agravo Regimental no *Habeas Corpus* 462482 – SC

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

1. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 1.002.697 – GO

2. *Habeas Corpus* 141.949 – DF

3. Agravo Regimental no *Habeas Corpus* 143.968 – RJ

4. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 1.061.894 – RJ

Fonte: Dados da pesquisa.

3.1 ACÓRDÃOS DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ao contrário da forma de exposição das decisões colegiadas do STF, e tendo em conta a quantidade de julgados do STJ, bem como os limites do presente artigo, optou-se, nesta etapa, por tratar os acórdãos com razões de decidir próximas de maneira conjunta. Por essa razão, além da metodologia descrita alhures, quanto às decisões do Superior Tribunal de Justiça foi necessário um tratamento especial, separando-se os acórdãos de acordo com a abordagem a respeito da matéria para, então, analisá-los e expô-los.

Destaca-se, inicialmente, que, das 20 (vinte) decisões colegiadas do Superior Tribunal de Justiça levantadas a partir de sua base de jurisprudência, apenas 1 (uma) afasta a aplicação da figura típica do desacato na ordem jurídica interna, aplicando expressamente o controle de convencionalidade e reconhecendo a incompatibilidade do tipo penal com a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH).

Trata-se do acórdão no REsp. 1.640.084, primeira decisão no Superior Tribunal de Justiça a reconhecer a incompatibilidade do art. 331 do Código Penal com a liberdade de expressão, proferida pela Quinta Turma em 15 de dezembro de 2016. Na ocasião, um homem era acusado de desacato por ter, durante abordagem policial, ofendido com gestos e proferido palavras de baixíssimo calão contra dois policiais militares.

O acórdão da Quinta Turma, revertendo decisão da 3ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo (na qual se consignou que a derrogação do crime de desacato só poderia se dar por meio de lei), asseverou que a Convenção Interamericana prevê a adoção de medidas legislativas ou de outra natureza para que os Estados-Partes solucionem antinomias que possam limitar ou suprimir o efetivo exercício da liberdade de expressão, destacando então a eficácia paralisante das normas do Pacto de São José da Costa Rica sobre as disposições internas que lhes são contrárias.

A Turma consignou, na ocasião, que a punição a atos ofensivos contra agentes públicos é capaz de fazer com que o indivíduo se abstenha de usufruir do direito à liberdade de expressão, por medo de represálias institucionais, cabendo falar aqui, então, do efeito inibitório do desacato sobre o direito fundamental, amplamente destacado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos em várias manifestações (v.g., OEA, 1995, cap. V, IV, b).

Concluiu, assim, por unanimidade, que a criminalização do desacato não se coaduna com um Estado Democrático de Direito que tenha a liberdade de expressão como um de seus pilares, asseverando que a tipificação vai contra o humanismo ao colocar o Estado em posição de preponderância em relação ao indivíduo.

A decisão, de relatoria do Ministro Ribeiro Dantas, teve grande repercussão à época, inclusive sendo destacada no Informativo de Jurisprudência nº 596 do Superior Tribunal de Justiça.

Contudo, pouco mais de 5 meses após a paradigmática decisão, a Terceira Seção do STJ, que reúne a Quinta e Sexta Turmas do Tribunal da Cidadania, exarou, por 6 votos

contra 2, entendimento completamente diverso, inclusive com mudança de posição de dois Ministros que no REsp. 1.640.084 haviam entendido pela incompatibilidade do desacato na ordem jurídica interna (Ministros Felix Fischer e Jorge Mussi).

Trata-se do julgamento do *Habeas Corpus* nº 379.269 – MS, decidido em 24 de maio de 2017 sob a relatoria para o acórdão do Ministro Antonio Saldanha Palheiro, no qual se declarou que o tipo penal é compatível com a liberdade de expressão, que não se mostra um direito absoluto e está sujeita a limitações para a proteção da moral e ordem públicas, sendo uma das limitações, justamente, a previsão do art. 331 do Código Penal. No caso, um homem era denunciado por desacato por ter feito gestos obscenos e proferido popular expressão de desapeço contra policiais militares durante tentativa de identificação civil.

Afastando as deliberações da Comissão Interamericana de Direitos Humanos sob o argumento de que não se caracterizavam como vinculantes, mas tão e somente como possuidoras de “poder de embaraço” ou “mobilização da vergonha”, a Terceira Seção afastou aprioristicamente, inclusive, a obrigação do cumprimento doméstico de eventual decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos em processo que tenha como parte o Brasil, alegando a “soberania que é inerente ao Estado” a partir da aplicação da Teoria da Margem de Apreciação Nacional (*margin of appreciation*).

Contudo, alguns autores defendem que a aplicação da referida teoria se deu de forma equivocada pelo Tribunal, consubstanciando-se num “drible” ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos (GUERRA & MARCOS, 2018). Isso porque a Teoria da Margem de Apreciação Nacional não poderia ser aplicada de forma ilimitada, especialmente nos casos de grande relevância como o que se discute no presente trabalho, sob pena de esvaziamento da própria proteção internacional aos direitos humanos, já que se possibilitaria que o Estado-juiz tomasse livremente qualquer decisão, desprezando-se, quando oportuno, as deliberações dos órgãos internacionais.

Caberia aqui destacar, ainda, o chamado efeito encantatório dos direitos humanos, trabalhado por Rubio (2014). Isso porque o direito humano liberdade de expressão não poderia se restringir a um campo abstrato ou apenas teórico, visto que reclama o esforço de todos os agentes, internos e externos, para sua real efetivação, buscando-se sua aplicação concreta em situações da vida real. Um direito humano, assim, não pode existir apenas para encantar em virtude do simples reconhecimento de sua existência, mas deve ser efetivamente aplicado, sendo as interpretações da CIDH imprescindíveis para tal intento.

Criticando a decisão da Terceira Seção do STJ, há que se destacar, também, o voto vencido do Ministro Edson Fachin, proferido no julgamento do *Habeas Corpus* 141.949 pelo STF, analisado no subtópico a seguir.

Vale mencionar, além do mais, o voto vencido do Ministro Reynaldo Soares da Fonseca no HC 379.269, no qual o julgador, afastando o crime de desacato, ressaltou que em eventual colisão entre normas de direito interno e previsões da Convenção Americana de Direitos Humanos, as regras de interpretação nela previstas, em seu art. 29, determinam a prevalência das normas do Tratado Internacional.

Por fim, destaca-se o voto do Ministro Rogerio Schietti Cruz, que acompanhou o relator no julgamento. Lembrou o Ministro de decisão da Corte IDH no qual essa assentou que assentou que, no controle de convencionalidade, os juízes e órgãos vinculados à administração da justiça devem levar em consideração não apenas o Tratado, mas também a interpretação que lhe tenha dado a Corte Interamericana, intérprete última da CADH.

Contudo, o Ministro assentou, como fundamento da validade do crime de desacato na ordem jurídica interna, o fato de que inexistente decisão vinculante da Corte IDH envolvendo tal figura típica especificamente no sistema brasileiro. Além disso, asseverou inexistir similitude fática entre os julgados da Corte IDH tratando da incompatibilidade do desacato com a liberdade de expressão e a tipificação do crime no Brasil, tendo em vista

que, na maioria dos casos analisados pela Corte IDH e pela CIDH, tratavam-se de “delitos de opinião”, praticados especialmente por jornalistas e escritores.

A despeito de reconhecer que o tipo penal é aberto, dando azo a punições injustas e desarrazoadas, o Ministro Rogério Cruz defendeu a possibilidade de *discrímen* entre funcionário público e particular, afirmando que aquele deve ser tratado de maneira diferente da forma como é tratada a pessoa que não exerce funções públicas, visto que carregaria deveres e responsabilidades distintas frente ao particular.

Há, no voto, discussão relevante acerca da figura típica do desacato, que é definido como “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” (HUNGRIA, 1959, p. 423).

Ademais, defende-se que, sem a proteção jurídica conferida pela tipificação do delito, “não poderiam os agentes [estatais] 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, 1988, p. 303).

Asseverou o Ministro que o direito nos Estados Unidos da América trabalha com um conceito ainda mais sutil de ofensa a funcionários públicos, o *contempt of court*, estudado, v.g., por Dobbs (1971, p. 186), Moskovitz (1943, p. 780) e Oswald (1985, p. 11).

Finalizando, destacou o voto que apenas os crimes contra a honra não seriam suficientes para proteção da dignidade da função pública, pois, muitas vezes, o comportamento ilícito do indivíduo que desacata não se dirige diretamente ao funcionário público, mas sim às próprias funções do Estado.

Tanto o Ministro Rogério Cruz quanto Ribeiro Dantas destacaram que é provável que haja, por via legislativa ou até jurisprudencial, uma modificação sobre o tratamento jurídico-penal da matéria, inclusive na construção de um tipo penal mais fechado frente a redação atual do desacato, excessivamente aberta.

Trata-se, sem dúvidas, da decisão levantada que se debruçou com maior profundidade sobre o tema estudado, tanto no que se refere à liberdade de expressão quanto ao controle de convencionalidade da tipificação do desacato, tendo a íntegra do acórdão mais de 70 (setenta) páginas, com intensas e significativas discussões teóricas.

A partir da decisão da Terceira Seção, grande parte das outras 18 (dezoito) decisões posteriores levantadas do STJ se limitaram a invocar o HC 379.269 e seus fundamentos como razão de decidir, podendo-se dizer que restou pacificado, no Tribunal, que a tipificação do desacato não infringe a liberdade de expressão e a CADH.

No sentido de que a questão já estaria pacificada pela Terceira Seção, não reclamando mais rediscussões abrangentes da matéria jurídica: AgRg no HC 402.866, AgRg no AREsp. 1.012.281, HC 420.189, HC 439.936 e HC 462.665.

Já no AgRg no AREsp. 1.039.212 destacou-se o caráter não absoluto do direito à liberdade de expressão, que comportaria limitações, assim como ocorre com os demais direitos e garantias previstas no art. 5º da Constituição Federal. No mesmo sentido, AgRg no AREsp. 1.071.275.

Não se ignora o fato que, assim como tantos os outros direitos, a liberdade de expressão comporta limitações. Contudo, há de se perquirir, no caso da criminalização do desacato, se as limitações impostas ao particular frente aos servidores públicos é razoável e proporcional. Nesse sentido, “o requisito de proporcionalidade exige que o objetivo visado pelas restrições seja mais relevante que a limitação imposta à liberdade de expressão” (BENTO, 2016, p. 106).

O Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, vencido na decisão da Terceira Seção do STJ, destacou, quando do julgamento do AgRg no HC 395.364 que, a despeito de seu entendimento pessoal e da decisão da Terceira Seção não ter efeito vinculante, seria inaplicável uma rediscussão da matéria, com novo controle de convencionalidade, pelas

Turmas de direito criminal da Corte, que deveriam seguir a orientação do órgão de uniformização. No mesmo sentido é o acórdão proferido no RHC 50.621.

Chamou atenção, no acórdão no HC 396.908, de relatoria do Ministro Felix Fischer, a menção de que o art. 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos não teria força vinculante no ordenamento vigente, não havendo maiores detalhamentos a respeito de tal interpretação.

Já o acórdão no AgRg no HC 399.666, sob relatoria do Ministro Jorge Mussi e decidido por unanimidade, é ainda mais conservador, consignando expressamente que, embora a Corte IDH tenha emitido recomendações aos Estados signatários da CADH, para fins de proteção dos direitos fundamentais, tais regras seriam desprovidas de qualquer valor jurídico, não possuindo qualquer efeito vinculante, mas tão e somente instrutório.

No mesmo sentido foi a decisão exarada no REsp. 1.717.019, que reformou decisão de Corte estadual que havia afastado a aplicação do art. 331 do Código Penal sob o fundamento de sua violação ao art. 13 da CADH, ante ao caráter supralegal do Tratado.

Entendem os autores deste trabalho, contudo, que possivelmente houve um equívoco em tal razão de decidir dos dois acórdãos supracitados, visto que as recomendações foram emitidas pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, e não pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, tratando-se de órgãos distintos e com funções completamente diferentes no bojo do Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

No AgRg no AREsp. 1.203.053, datado de 01º de março de 2018, que, novamente, reconheceu a validade do tipo penal na ordem jurídica brasileira, o Ministro Reynaldo Soares pediu licença para ressaltar seu ponto de vista contrário ao entendimento até então prevalecente no Superior Tribunal de Justiça.

Consignou o Ministro que o juiz da Corte IDH Roberto Caldas alertou que o tipo penal foi revogado em países como Argentina, Paraguai, Costa Rica, Chile, Honduras, Panamá, Guatemala, Nicarágua e Bolívia, chamando a atenção para que os tribunais brasileiros respeitem a jurisprudência daquela Corte Internacional.

Já o acórdão no HC 428.422 destacou que o tipo penal não se presta a inibir o pensamento, a liberdade de expressão ou aquilo que se quer dizer, mas serve, pelo contrário, para inibir os excessos e as ofensas indevidas e extremadas que se podem perpetrar contra qualquer servidor público no uso de suas atribuições rotineiras. No mesmo sentido foi a decisão do AgRg no HC 463.638.

Por fim, os acórdãos mais recentes levantados com a pesquisa foram os proferidos no AgRg no REsp 1.791.198 e AgRg no HC 462.482, de abril e maio de 2019, respectivamente. Em ambos, reconheceu-se a convencionalidade do crime de desacato com lastro no precedente proferido no HC 379.269.

3.2 ACÓRDÃOS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Passa-se, agora, à análise das decisões extraídas da base de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Tem-se, inicialmente, o AgRg no RExt. 1.002.697, datado de 15 de setembro de 2017, como o primeiro processo encontrado na busca no qual houve o enfrentamento da temática, de forma direta, pela Suprema Corte. *In casu*, o recorrente pleiteava pela declaração de não recepção do crime de desacato pela Constituição Federal de 1988, tendo em vista a proteção à liberdade de expressão constante no art.5º, inc. IV, da Carta Maior.

Contudo, a Primeira Turma da Corte entendeu, por unanimidade, que inexistia violação ao princípio constitucional, asseverando, ainda, que eventual incompatibilidade do tipo penal com o Pacto de São José da Costa Rica representaria apenas violação reflexa à Constituição, razão pela qual não seria cabível o Recurso Extraordinário.

Não há na decisão, contudo, qualquer discussão, por mínima que seja, acerca da confrontação da tipificação do desacato com a liberdade de expressão, havendo simplesmente a afirmação de inócuo de violação ao art. 5º, inc. IV, da CF/88.

Vale destacar, ainda, que a referida decisão menciona diversos acórdãos precedentes, não encontrados na base de pesquisa de jurisprudência, nos quais se asseverou que eventual violação ao art. 13 da CADH seria apenas reflexa à Constituição: AgRg no RExt. 895.011, de fevereiro de 2016; AgRg no RExt. 1.003.305, de fevereiro de 2017; e ARExt. 1.041.241 e ARExt. 1.042.594, ambos de maio de 2017.

Da análise das ementas das duas decisões monocráticas, interpostas contra decisões de turmas recursais, e das duas colegiadas, decididas à unanimidade, constata-se, novamente, que não há o enfrentamento aprofundado da matéria, sempre com lastro na necessidade de apreciação de dispositivo infraconstitucional (art. 13 da CADH) e na impossibilidade de fazê-lo via Recurso Extraordinário.

Passa-se, neste momento, à análise do acórdão do *Habeas Corpus* 141.949, datado de 13 de março de 2018 e decidido pela Segunda Turma da Egrégia Corte, tratando-se da decisão com maior repercussão no que diz respeito à temática, sendo destacada, inclusive, no Informativo de Jurisprudência nº 894, com transcrição integral do voto vencido do Ministro Fachin.

No caso, se afastou a alegação de infringência à liberdade de expressão e se reconheceu a compatibilidade da criminalização do desacato com o Estado Democrático de Direito.

Peculiaridade a ser considerada na situação concreta é que se tratava de processo no qual um civil foi condenado (com apelação não provida pelo Superior Tribunal Militar, diante da qual se impetrou o HC) por “desacato a militar”, figura prevista no art. 299 do Código Penal Militar, ao ter chamado de “palhaço” um sargento que exercia suas funções no Batalhão da Guarda Presidencial.

Sob relatoria do Ministro Gilmar Mendes, o acórdão consignou que a tipificação do desacato foi recepcionada tanto pela Convenção Americana de Direitos Humanos quanto pela Constituição Federal de 1988, não havendo que se falar em descriminalização ou *abolitio criminis*. Asseverou-se que o crime de desacato se constitui em importante instrumento de preservação da lisura da função pública, preservando, indiretamente, a dignidade de quem a exerce. A decisão no HC estabeleceu que, servindo para resguardar o funcionário público do exercício abusivo de direito pelos particulares, o tipo não é incompatível com a democracia, desde que, por outro lado, haja também legislação que coíba o abuso de autoridade, que no caso brasileiro é precária (o que prejudicaria a eficácia social do tipo do desacato).

Interessante a ser destacado no HC é o voto vencido do Ministro Edson Fachin. Utilizando-se da noção de bloco de constitucionalidade, o Ministro argumentou que é desnecessário falar em controle de convencionalidade no direito brasileiro, tendo em vista que todos os tratados de direitos humanos têm natureza constitucional (posição essa que não prevalece no Supremo Tribunal Federal).

Lembrando Edson Fachin que a Corte Constitucional da Guatemala e o Tribunal Constitucional Boliviano reconheceram a inconstitucionalidade das chamadas leis de desacato, asseverou que as manifestações dos órgãos que compõem o Sistema Americano não são meras recomendações aos Estados-partes, mas, na linha do disposto no art. 31, § 3º, da Convenção de Viena, verdadeira medida de interpretação evolutiva. Concluiu, então, que a criminalização não encontra respaldo na ordem jurídica brasileira, seja diante do texto constitucional ou do bloco de constitucionalidade.

O ministro realizou, ainda, críticas ao julgamento do STJ no HC 379.269, já destacado alhures, asseverando que a função da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, ao interpretar as normas do sistema interamericano, corrobora para a escorreita interpretação da Convenção, contribuindo então, de maneira decisiva, com a atividade

jurisdicional dos Estados e da Corte Interamericana. Além disso, destacou que limitar a discussão apenas à força vinculante da atividade dos órgãos do sistema interamericano, o que parece ter feito o STJ naquele julgado, seria desmerecer a autoridade do argumento utilizado por aqueles órgãos.

Vale ressaltar que se constata, pela leitura do acórdão, que no HC 141.949 realizou-se efetivo controle de convencionalidade do tipo penal frente ao art. 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos, analisando-se, assim, matéria que, de acordo com a orientação que prevalece no STF, tem força infraconstitucional. Decidiu-se, contudo, que da leitura do dispositivo do Tratado não se infere qualquer afronta na tipificação do crime de desacato.

Tem-se, ainda, o Agravo Regimental no *Habeas Corpus* 143.968, com acórdão datado de 26 de junho de 2018 e de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, decidido de forma unânime.

In casu, tratava-se novamente da figura típica do desacato prevista no Código Penal Militar (art. 299), decidindo a Segunda Turma, com lastro inclusive no precedente exarado no HC 141.949, pela improcedência do remédio constitucional.

Fundamentando-se ainda no HC 379.269 do Superior Tribunal de Justiça, tratado no subtópico precedente, a Corte concluiu que a pretensão do impetrante, pleiteando a declaração da incompatibilidade do desacato com a CADH, não encontrava guarida nos recentes julgados do STJ e do STF.

No referido caso, o Ministro Edson Fachin, em nome do princípio da colegialidade, acompanhou o voto do relator, ressaltando as ponderações traçadas no paradigmático acórdão no *Habeas Corpus* 141.949.

Por fim, destaca-se o AgRg no RExt. 1.061.894 – RJ, decidido à unanimidade pela Primeira Turma e datado de 14 de agosto de 2018, que, a despeito de não enfrentar diretamente a matéria fática que é objeto do presente trabalho, traz conclusão idêntica àquela contida no AgRg no RExt. 1.002.697, primeira decisão mencionada neste subtópico.

O acórdão, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, desproveu o agravo interno por entender que a discussão acerca da interpretação do art. 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos, que teria natureza infraconstitucional, não enseja reclamo ao Supremo Tribunal Federal por não se enquadrar nas hipóteses descritas no art. 102, inc. III, da Constituição Federal.

Dessa forma, verifica-se que em nenhuma das decisões colegiadas da Suprema Corte a tipificação do desacato é afastada, razão pela qual há clara tendência à continuidade do tipo penal na ordem jurídica pátria.

A aferição das tendências de decisão do Supremo Tribunal Federal, nesse caso, é relevante, tendo em vista que a Ordem dos Advogados do Brasil questiona, atualmente, a criminalização do desacato através da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 496 (BRASIL, 2017b), já com manifestação da Advocacia Geral da União e com diversos pedidos de ingresso como *amicus curiae* pendentes.

A OAB pleiteia o reconhecimento da inconstitucionalidade da criminalização do desacato, alegando a violação de vários preceitos fundamentais: liberdade de expressão, Estado Democrático de Direito e princípios republicano, da igualdade e da legalidade

Trata-se, nesse caso, de controle concentrado ou abstrato de constitucionalidade, no qual se defende a não recepção do art. 331 do Código Penal pela Constituição de 1988. Isso porque, conforme já mencionado, e segunda orientação atual do STF, a Convenção não serviria como paradigma para o controle concentrado perante o STF por não ter sido aprovada internamente pelo quórum qualificado do art. 5º, § 3º, CF, sendo, portanto, paradigma apenas do controle difuso de convencionalidade (MAZZUOLI, 2011, p. 151-152.)

4 CONCLUSÕES

Ante as decisões colegiadas levantadas através do presente trabalho, observa-se que a jurisprudência pátria, notadamente a exarada pelo STJ e STF, ainda hesita em invalidar a tipificação penal do desacato, a despeito do entendimento solidificado da Comissão Interamericana de Direitos e da Corte Interamericana de Direitos Humanos, órgãos que compõe o Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos.

Dos acórdãos estudados, percebe-se que argumentos distintos são utilizados para reconhecer a validade do desacato na ordem jurídica interna: caráter não vinculante das deliberações da CIDH ou mesmo da Corte IDH, necessidade de manter a ordem pública e proteger o exercício digno e efetivo dos cargos públicos, existência de limitações legítimas à liberdade de expressão.

Das decisões recentes do Superior Tribunal de Justiça se percebe, contudo, que o mérito da questão não é mais enfrentado de maneira satisfatória, reconhecendo-se que a temática já se encontra pacificada naquele Tribunal em razão da decisão proferida pela Terceira Seção, na qual se exarou entendimento duramente criticado, tanto pela doutrina quanto pelo Ministro Edson Fachin, em seu voto vencido quando da análise do *Habeas Corpus* 141.949 no Supremo Tribunal Federal.

Já no STF, a despeito de ausência de manifestação a respeito do tema, verifica-se que, até então, tem prevalecido o entendimento de que a tipificação não ofende a liberdade de expressão nem contraria o art. 13 da CADH.

Em nome da própria segurança jurídica, há premente necessidade de posicionamento sólido acerca do desacato pelo Supremo Tribunal Federal na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 496, havendo ainda a possibilidade de futura condenação do Brasil pela Corte IDH no caso de não provimento da ADPF.

Isso porque a Defensoria Pública União (BRASIL, 2013) e a Defensoria Pública do Estado de São Paulo (CONJUR, 2015) já peticionaram perante a CIDH requerendo o reconhecimento da situação de infringência à liberdade de expressão no Brasil em razão da criminalização do desacato, não havendo ainda decisão no bojo da OEA quanto ao caso do país em específico.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **A Theory of Constitutional Rights**. Trad. Julian Rivers. Oxford: Oxford University Press, 2002.

BRASIL. **Defensoria Pública da União**. Defensoria Pública da União denuncia Estado brasileiro à Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Brasília, 03/05/2013. DPU, 2013. Disponível em < <http://www.dpu.def.br/legislacao/leis?id=10997:defensoria-publica-da-uniao-denuncia-estado-brasileiro-a-comissao-interamericana-de-direitos-humanos&catid=79:noticias>>, acesso em 17 jul. 2019.

_____. **Superior Tribunal de Justiça**. Pesquisa de Jurisprudência. 2019. Disponível em <<https://scon.stj.jus.br/SCON/>>, acesso em 22 jun. 2019.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 496. Rel. atual: Min. Luís Roberto Barroso. Brasília, 2017b. Disponível em < <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5300439>>, acesso em 22 jan. 2019.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. Pesquisa de Jurisprudência. 2019a. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>, acesso em 22 jun. 2019.

BENTO, Leonardo Valles. Parâmetros internacionais do direito à liberdade de expressão. **Revista de informação legislativa**: RIL, v. 53, n. 210, p. 93-115, abr./jun. 2016. Disponível em <http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/53/210/ril_v53_n210_p93>, acesso em 19 jul. 2019.

CONJUR – Consultor Jurídico. **Defensoria de SP pede à OEA o fim do crime de desacato**; advogados elogiam. 27 de março de 2015. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2015-mar-27/defensoria-sao-paulo-oea-fim-crime-desacato>>, acesso em 17 jun. 2019.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Palamara Iribarne Vs. Chile**. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C Nº 135, 2005. Disponível em <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_135_esp.pdf>, acesso em 18 jan. 2019.

DOBBS, Dan. Contempt of court: a survey. **Cornell Law Review**, v. 56, 1971.

GUERRA, Gustavo Rabay; MARCOS, Henrique Jerônimo Bezerra. O drible continental: a margem de apreciação nacional na decisão de convencionalidade do crime de desacato pelo Superior Tribunal de Justiça. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, PR, Brasil, v. 63, n. 2, p. 169-189, ago. 2018. ISSN 2236-7284. Disponível em: <<https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/59194>>, acesso em 17 jan. 2019. DOI: <<http://dx.doi.org/10.5380/rfdufpr.v63i2.59194>>.

HUNGRIA, Nelson Hungria. **Comentários ao Código Penal**. 1959. IX/424.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília a.46, nº 181, p. 113-139, jan./mar. 2009.

_____. **O controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. 2ª ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MILL, John Stuart. **On Liberty**. Kitchener: Batoche Books, 2001.

MOSKOVITZ, Joseph. Contempt of injunctions, civil and criminal. London, **Columbia Law Review**, v. 43, nº 9, p. 780-824, 1943.

NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 1988, v. 4, p. 303
OEA - Organización de los Estados Americanos. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. **Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión**. 2000. Disponível em <<https://www.cidh.oas.org/basicos/declaracion.htm>>, acesso em 16 jan. 2019.

_____. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. **Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos - 1994**. OEA/Ser.L/V/II.88, Doc. 9 rev., 17 febrero 1995.

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: 1985.

RUBIO, David Sánchez. **Encantos e desencantos dos direitos humanos: de emancipações, libertações e dominações.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

SOARES, Marcelo Negri; BEZERRA, Eudes Vitor. Direitos Humanos: Controle de Convencionalidade Brasileiro. **Conpedi Law Review**, Braga – Portugal, v. 3, n. 2, p. 354-371, jul/dez. 2017.