

AMF - ANTONIO MENEGHETTI FAGULDADE

JOSSANDRO MARION

**A APLICAÇÃO DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE NOS CRIMES DE
DESACATO NO SISTEMA BRASILEIRO**

TCC - TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO

RESTINGA SECA - 2017

JOSSANDRO MARION

**APLICAÇÃO DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE NOS CRIMES DE
DESACATO NO SISTEMA BRASILEIRO**

Trabalho de Conclusão de Curso de graduação, do curso de Direito, da Antonio Meneghetti Faculdade – como requisito para obtenção do título de Bacharel.

Orientador: Prof. Felipe Dalenogare Alves.

RESTINGA SECA - 2017

SUMÁRIO

- | | |
|--|--------------|
| 1. Introdução | Pg 6 |
| 2. As convenções Internacionais no sistema brasileiro e a necessária compatibilização do ordenamento interno pelo controle de convencionalidade | Pg 7 |
| 3. O CRIME DE DESACATO NO BRASIL: O bem jurídico tutelado e a afronta a liberdade de expressão. | Pg 12 |
| 4. Controle de Convencionalidade Aplicado Pelos Juízes e Pelo STJ AO CRIME DE DESACATO. | Pg 14 |
| 5. Conclusão | Pg 17 |
| 6. Referências | Pg 18 |

A APLICAÇÃO DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE AO CRIME DE DESACATO NO SISTEMA BRASILEIRO

Jossandro Marion¹

RESUMO: Controle de convencionalidade é o instituto jurídico pelo qual é analisado se as normas internas do nosso país estão em acordo com os tratados internacionais ou convenções pelo qual o país é signatário. Tal controle é feito principalmente, nos tratados internacionais que versam sobre direitos humanos e os mesmos são incorporados no nosso ordenamento jurídico na forma do artigo 5º, § 3º da Constituição da República Federativa do Brasil.

O presente trabalho visa apresentar uma leitura do artigo 331 do código Penal Brasileiro, que trata do crime de desacato a funcionário público no exercício ou em razão de sua função, à luz do ordenamento jurídico internacional, com especial ênfase aos direitos humanos e a Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969. O Brasil é signatário da Convenção Americana de Direitos Humanos, que protegem e visam a proteção da liberdade de expressão dos indivíduos de uma sociedade democrática, como forma de exercerem um controle sobre aquelas pessoas que possuem a seu cargo assuntos de interesse público, nosso Código Penal em seu Art. 331 prevê, pena de detenção de seis meses a dois anos, ou multa a quem cometer Crime de Desacato a funcionário público no exercício da função ou em razão dela, porém, com a ratificação do Brasil ao tratado de São José da Costa Rica o art. 331 cpp é compatível com o artigo 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos, De modo dedutivo, através da doutrina e da jurisprudência, será feita uma análise da aplicação do Controle de Convencionalidade nos crimes por desacato à autoridades. Tendo em vista que o mesmo artigo fere o pacto de São José da Costa Rica. A descriminalização do crime de desacato, disposto no artigo 331 do Código Penal Brasileiro, nada mais é do que a observância da aplicação interna daquele tratado internacional que dispõe sobre o assunto.

Palavras-chaves: Controle de constitucionalidade, controle de convencionalidade, direitos humanos, desacato.

ABSTRACT: Conventionality control is the legal institute by which it is analyzed whether the internal norms of our country are in agreement with the international treaties or conventions for which the country is a signatory. Such control is mainly done in international treaties dealing with human rights, and these are incorporated into our legal system in the form of article 5, paragraph 3 of the Constitution of the Federative Republic of Brazil.

This paper aims to present a reading of article 331 of the Brazilian Penal Code, which deals with the crime of contempt of public official in the exercise or due to his or her function, in light of the international legal system, with special emphasis on human rights and the American Convention Human Rights Convention of 1969. Brazil is a signatory to the American Convention on Human Rights, which protects and seeks to protect the freedom of expression of individuals in a democratic society as a way of exercising control over those persons who are in charge of matters of public interest, our Penal Code in its Article 331 provides for a sentence of detention of six months to two years, or a fine for anyone who commits a crime of disapproval to a civil servant in the exercise of his or her function, but with the ratification of Brazil to the treaty of San José of Costa Rica art. 331 cpp is compatible with Article 13 of the American Convention on Human Rights. In a deductive way, through doctrine and jurisprudence, an analysis will be made of the application of Conventional Control in crimes for contempt of court. Considering that the same article violates the pact of San José de Costa Rica. The decriminalization of the crime of contempt, set forth in article 331 of the Brazilian Penal Code, is nothing more than compliance with the internal application of that international treaty that deals with the subject.

Keywords: Constitutionality control, conventionality control, human rights, contempt.

¹ Acadêmico do 10º semestre do curso de Direito da Faculdade Antonio Meneghetti – AMF. E-mail: jossandro_marion@hotmail.com.

Introdução

O presente trabalho visa apresentar uma leitura do artigo 331 do Código Penal Brasileiro, que trata do crime de desacato a funcionário público no exercício ou em razão de sua função, à luz do ordenamento jurídico internacional, com especial ênfase à Convenção Americana sobre os Direitos Humanos (CADH) de 1969.

Inicialmente, desenvolve-se um estudo sobre a situação dos tratados internacionais sobre direitos humanos no Brasil e breves aportes sobre o controle de convencionalidade, a fim de que sejam aportadas suas bases teóricas, para, em um segundo momento, realizar uma breve análise do crime de desacato, especialmente o bem jurídico tutelado, realizando-se, ao final, uma análise da aplicabilidade do controle de convencionalidade em duas decisões judiciais julgadas fundamentais à pesquisa, bem como o posicionamento inicial e atual do Superior Tribunal de Justiça (STJ). O controle de convencionalidade nasce da necessidade de compatibilização das normas internas do Estado às normas convencionais por ele incorporadas, especialmente os tratados e convenções sobre direitos humanos, a exemplo da CADH.

Neste ponto, é indispensável que não apenas a Corte Interamericana de Direitos Humanos realize um controle concentrado, por intermédio dos casos a ela submetidos a julgamento, mas todos os juízes e tribunais dos Estados-partes, como se verá no presente trabalho. O Código Penal brasileiro, em seu Art. 331, prevê a pena de detenção de seis meses a dois anos ou multa a quem cometer Crime de Desacato a funcionário público no exercício da função ou em razão dela. Por conseguinte, a pesquisa buscou resultados ao seguinte problema: o crime tipificado no Art. 331 do Código Penal Brasileiro é compatível com o Art 13 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e a interpretação dada a ele pelos órgãos do Sistema Interamericano de Direitos Humanos?

A pesquisa justifica-se pela relevância dada à matéria, pouco estudada e explorada no sistema jurídico brasileiro, principalmente frente à escassa produção científica sobre o tema, ainda que relevante, principalmente após a inclusão do § 3º, no Art. 5º, da Constituição Federal de 1988 e do Julgamento do RE nº 466.343-SP, julgado em 3 de dezembro de 2008, em que o Supremo Tribunal Federal atribui status supralegal à CADH.

1 As convenções Internacionais no sistema brasileiro e a necessária compatibilização do ordenamento interno pelo controle de convencionalidade

A origem do controle de convencionalidade no continente americano deve-se em grande parte, à decisão da Corte Interamericana de Direitos, quando do julgamento do caso “Almonacid Arellano e outros versus Chile”, em 26 de setembro de 2006, embora antes desse julgamento já houvesse fundamentos jurídicos para exercício desse controle (LEITE, 2013, s.p).

O referido caso foi submetido à Corte em 11 de julho de 2005, originado pela denúncia número 12.057, recebida em 15 de setembro de 1998. A demanda teve por fundamento a ocorrência de violação de direitos humanos em prejuízo dos familiares de Luiz Alfredo Almonacid Arellano, pela falta de investigação e punição, pelo Chile, dos responsáveis pela sua execução extrajudicial no ano de 1973, no início da ditadura, além da falta de reparação adequada aos familiares, encontrando óbice na lei chilena de anistia adotada em 1978 (LEITE, 2013, s.p).

Na ocasião do julgamento, a Corte Interamericana concluiu, em síntese, que o assassinato de Almonacid Arellano fez parte de uma política de Estado de repressão a setores da sociedade civil, exemplo do grande conjunto de condutas ilícitas similares que se produziram durante essa época, configurando violação às regras básicas do direito internacional e crime contra a humanidade.

Assim, considerado o descumprimento pelo Estado de se obrigar a adequar seu direito interno à Convenção Americana sobre Direitos Humanos, pela manutenção do Decreto-lei nº 2.191 (Decreto-Lei da anistia chilena - autoanistia), o Estado do Chile violou direitos e garantias judiciais de proteção judicial, em prejuízo dos familiares da vítima, descumprindo os artigos 1.1 e 2 da CADH e violando os artigos 8.1 e 25 do mesmo tratado (LEITE, 2013, s.p).

No Brasil, o controle de convencionalidade surgiu tardiamente, somente começou a ser aplicado após a EC 45/04, a qual deu status de emenda constitucional aos tratados internacionais. Sendo assim, todos os tratados internacionais de direitos humanos, ratificados pelo Brasil pelo procedimento previsto no § 3º, do Art 5º, inserido pela referida emenda, são paradigmas para o controle de normas, que, diante dessa nova concepção, acarreta na necessidade de

averiguar se as normas internas estão em acordo com os tratados Internacionais (MAZZUOLI, 2013, p. 5).

Assim, o STF, no dia 03 de dezembro de 2008, através de seu Pleno, reconheceu que os tratados internacionais sobre direitos humanos possuem status supra legal, ou seja, estão abaixo da Constituição e as normas a ela equivalentes, mas acima dos demais atos normativos brasileiros (HC 87.585-TO e RE 466.343-SP). Estavam em pauta a tese do ministro Gilmar Mendes, que defendia o valor supralegal dos tratados de direitos humanos, e a tese do Ministro Celso de Mello, que sustentava o valor constitucional desses tratados. A tese do ministro Gilmar Mendes venceu a segunda por cinco votos a quatro (Gomes, 2009, s.p).

No que diz respeito aos tratados internacionais sobre direitos humanos que não foram incorporados na forma do art. 5º, parágrafo 3º, da Constituição Federal, para Mazuolli (2013, p. 05), essas normas não são formalmente constitucionais, mas sim materialmente constitucionais, servindo normalmente de parâmetro para o controle de convencionalidade. Nesse caso, o controle de convencionalidade só pode ser feito no modelo difuso e não no concentrado, que significa que o juiz de primeiro grau pode afastar uma norma que fere um tratado internacional de direitos humanos. Os tratados internacionais que não versam sobre direitos humanos, para Mazzuoli, (2015, p. 764) esses tratados tem um caráter supralegal, isto é, está abaixo da Constituição Federal mas está acima das leis, conforme art. 27 da Convenção de Viena de 1969. Aqui o controle é de legalidade, prevalecendo este tratado internacional por força da Convenção.

Para Mazzoli (2015, p. 1130), as convenções da OIT, por exemplo, por tratarem de direitos humanos, também possuem status supralegal, senão vejamos:

As Convenções Internacionais do trabalho pertencem à categoria dos tratados multilaterais abertos, uma vez que não têm destinatário certo, estando abertas à ratificação ou à adesão dos países-membros da OIT, ou ainda daqueles que, no futuro, tornar-se-ão partes da Organização. No que tange à substância, à diferença dos tratados firmados entre Estados, que visam (de regra) à concessão de vantagens recíprocas, as convenções da OIT têm por meta a universalização das normas de proteção ao trabalho e sua incorporação ao direito interno dos Estados-membros.

Tais convenções integram o que a doutrina chama de tratados-lei ou tratados normativos, que têm por objetivo fixar normas gerais de direito internacional público pela vontade paralela das partes, confirmando ou modificando costumes adotados entre os Estados.

Relativamente à proteção internacional do trabalho, também não se descarta a existência de tratados entre Estados, concluídos nos moldes clássicos conhecidos pelo direito dos tratados, bilaterais ou multilaterais,

versando questões decididas entre eles. Dentre os tratados de que o Brasil é parte em matéria trabalhistas, merece destaque o Tratado de Itaipú, concluído com o Paraguai em 26 de abril de 1973, sobre a aplicação de normas trabalhistas às relações de emprego e previdenciárias em Itaipú, assim como o Tratado de Assunção, que instituiu o Mercosul em 1991.

Entende-se, portanto que convenções são acordos celebrados entre Estado Federados, que têm como objetivo principal, em princípio, a continuidade de interesses comuns entre ambos, produzindo efeitos jurídicos entre as partes contratantes. Desse modo, Estados que estabelecem relações entre si, para partilhar objetivos comuns, devem garantir que o pacto ou acordo seja implementado no Ordenamento Jurídico Interno de cada Convencionado (Mazzuoli, 2015, p 1130). Assim, de acordo com o artigo 5º, § 3º da Constituição Federal, quando um tratado de direitos humanos for aprovado pelas duas casas legislativas com quórum qualificado, e promulgado pelo Presidente da República, esse será equivalente à Emenda Constitucional. Os demais tratados vigentes no Brasil terão valor supralegal, ou seja, valerão mais que lei e menos que a Constituição.

Este entendimento do STF modificou o formato da Pirâmide de Kelsen, que anteriormente era composta apenas pelas leis ordinárias na base e pela Lei Maior no topo. Inseriu, assim, na pirâmide, a supralegalidade, oriunda destes tratados internacionais, fazendo com que haja a necessidade de se afastar a aplicação de toda lei que for contrária aos tratados que versem sobre direitos humanos. Como exemplo, pode-se destacar o efeito paralisante que o STF atribuiu à possibilidade da prisão civil do depositário infiel, por oposição à Convenção Americana de Direitos Humanos (art. 7º, 7).

Artigo 7º- Direito à Liberdade Pessoal

7. Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar.

Nota-se, portanto, que toda lei ordinária deverá ser compatível com a Constituição Federal e com os tratados internacionais de direitos humanos. Porém, não se deve confundir o controle de constitucionalidade com o de convencionalidade, já que no primeiro analisa-se a compatibilidade do texto legal com a Constituição, ao passo que no segundo verifica-se a compatibilidade do texto legal com os tratados internacionais de direitos humanos. Na visão de Mazzuoli (2013, p. 05):

Após a EC nº 45/04, o controle de convencionalidade possibilita a compatibilização vertical das normas ou atos normativos do Poder Público tendo como parâmetro de controle a Constituição Federal, bem como os tratados internacionais atinentes aos direitos humanos e os tratados comuns que forem ratificados pelo governo e em vigor no país. No Brasil, esse controle é feito diante de tratados internacionais sobre direitos humanos incorporados no nosso ordenamento jurídico na forma do artigo 5º, parágrafo 3º da Constituição Federal ou sobre aqueles tratados ainda não incorporados pelo nosso ordenamento jurídico nesta forma, mas vigentes pela ratificação do Brasil a eles. Os tratados internacionais que versam sobre direitos humanos, uma vez incorporados na forma acima descrita, observado o processo legislativo e o quórum legal, tem natureza de emenda constitucional. Esses tratados internacionais, assim, servem de parâmetro para o controle de convencionalidade no direito brasileiro. Para efetivação desses tratados internacionais sobre direitos humanos é possível utilizar os instrumentos do controle concentrado de constitucionalidade, para declaração da inconstitucionalidade de determinada lei que fere norma de tratado internacional sobre direitos humanos ou ainda utilizar o controle difuso de constitucionalidade, para que o juiz de primeiro grau, diante uma norma que fere essa norma de tratado internacional, afaste essa norma pátria para prevalecer a norma internacional. No tocante aos tratados internacionais sobre direitos humanos que não foram incorporados na forma do art. 5º, parágrafo 3º da Constituição Federal, para Valério Mazzuoli, essas normas não são formalmente constitucionais, mas sim materialmente constitucionais, servindo normalmente de parâmetro para o controle de convencionalidade. Nesse caso, o controle de convencionalidade só pode ser feita no modelo difuso e não no concentrado, que significa que o juiz de primeiro grau pode afastar uma norma que fere um tratado internacional de direitos humanos. Os tratados internacionais que não versam sobre direitos humanos, para Mazzuoli, esses tratados tem um caráter supralegal, isto é, está abaixo da Constituição Federal mas está acima das leis, conforme art. 27 da Convenção de Viena de 1969. Aqui o controle é de legalidade, prevalecendo este tratado internacional por força da Convenção.

Mazzuoli (2013, p.05) define o instituto dizendo que “o controle de convencionalidade das leis é a compatibilização da produção normativa doméstica com os tratados de direitos humanos ratificados pelo governo e em vigor do país”. Com isso, o controle de convencionalidade consiste numa atividade fiscalizadora dos atos e condutas dos Estados que estão em desconformidade com seus compromissos internacionais, bem como a atividade fiscalizadora realizada pelos Tribunais internos do país por meio da análise de compatibilidade das normas internas às normas internacionais.

Na visão de Mazzuoli (2013), após a EC nº 45/04, o controle de convencionalidade possibilita a compatibilização vertical das normas ou atos normativos do Poder Público tendo como parâmetro de controle a Constituição Federal, bem como os tratados internacionais atinentes aos direitos humanos e os tratados comuns que forem ratificados pelo Estado e em vigor no país. No Brasil,

esse controle é feito diante de tratados internacionais sobre direitos humanos incorporados no nosso ordenamento jurídico na forma do artigo 5º, parágrafo 3º, da Constituição Federal ou sobre aqueles tratados ainda não incorporados em nosso ordenamento jurídico nesta forma, mas vigentes pela ratificação do Brasil a eles (MAZZUOLI, 2013, p. 05).

Os tratados internacionais que versam sobre direitos humanos, uma vez incorporados na forma acima descrita, observado o processo legislativo e o quórum especial, possuem equivalência à emenda constitucional. Esses tratados internacionais, assim, servem de parâmetro para o controle de convencionalidade no direito brasileiro. Para efetivação desses tratados internacionais sobre direitos humanos é possível utilizar os instrumentos do controle concentrado de constitucionalidade, para declaração da inconstitucionalidade de determinada lei que fere norma de tratado internacional sobre direitos humanos ou ainda utilizar o controle difuso de constitucionalidade, para o juiz de primeiro grau, diante uma norma que fere essa norma internacional, afastando a norma pátria, para prevalecer a norma internacional (MAZZUOLI, 2013, p. 05).

No tocante aos tratados internacionais sobre direitos humanos que não foram incorporados na forma do art. 5º, parágrafo 3º, da Constituição Federal, para Mazzuoli (2013, p 05), essas normas não são formalmente constitucionais, mas sim materialmente constitucionais, servindo normalmente de parâmetro para o controle de convencionalidade. Nesse caso, o controle de convencionalidade só pode ser feito no modelo difuso e não no concentrado, que significa que o juiz de primeiro grau pode afastar uma norma que fere um tratado internacional de direitos humanos.

Por sua vez os tratados internacionais que não versam sobre direitos humanos, para Mazzuoli (2013, p. 5), possuem caráter supralegal, isto é, estão abaixo da Constituição Federal, mas acima das leis, conforme o art. 27 da Convenção de Viena de 1969. Aqui o controle é de legalidade, prevalecendo este tratado internacional por força da Convenção de Viena.

Vistos alguns aspectos sobre os tratados internacionais sobre direitos humanos e o controle de convencionalidade, se fará uma breve análise do crime de desacato, previsto no Brasil, principalmente quanto ao bem jurídico tutelado e se poderia apresentar eventual afronta à liberdade de expressão.

2 O CRIME DE DESACATO NO BRASIL: O bem jurídico tutelado e a afronta à liberdade de expressão

O crime de desacato está previsto no ordenamento jurídico brasileiro no artigo 331 do Código Penal, que trata do crime de desacato a funcionário público no exercício ou em razão de sua função.

Assim dispõe o artigo 331 do Código Penal Brasileiro: “Art. 331. Desacatar funcionário público no exercício ou razão dela: Pena: detenção, de seis meses a dois anos, e multa”.

O Código Penal Brasileiro entrou em vigor em 1940, período em que o Estado era controlador, em que a população era submissa e que não havia uma preocupação com a efetivação dos direitos humanos, além do fato de que foi tipificado antes da Constituição Federal de 1988 e da ratificação dos tratados internacionais sobre direitos humanos, iniciou-se, no Brasil, a discussão sobre sua compatibilidade a estes instrumentos (D’OLIVEIRA, 2014, s.p).

Tinha-se, no Brasil, diferentes entendimentos sobre de que forma o funcionário público, como representante do Estado, deveria se comportar diante da aplicação do poder de polícia junto com o cidadão. Fonseca (1997, p. 24-25) tinha o seguinte entendimento:

A Administração Pública está para servir com eficácia, e não com subserviência. Para isso, a ordem pública da legalidade coloca-lhe em mãos um poder “especial”, a fim de fazer valer a sua eficiência, o chamado poder da polícia. Sem dito poder, a administração não teria como fazer cumprir os atos administrativos, a sua autoexecutoriedade.

O poder de polícia pode o de ser entendido em dois significados: num refere-se ao complexo de medidas do Estado que delinea a esfera juridicamente tutelada de liberdade e da propriedade dos cidadãos, noutro, mais restrito, que corresponde à noção de polícia administrativa. Embora reconhecendo lúcida a crítica que se faz à expressão “poder de polícia”, ela tem pertinência e tem sido mais utilizada ao longo dos tempos. Poder de polícia, ensina Sérgio de Andréa Ferreira, é um poder instrumental do Estado, ou seja, um conjunto de atribuições, de prerrogativas do Poder Político, eis que é através dele que se disciplina e limita, em geral de interesse público e social adequado, o exercício dos direitos individuais. Para exercer ditos poderes é que os agentes são investigados de autoridade. Os poderes de polícia, como disse Marcelo Caetano, são exercícios nos termos das leis e dos regulamentos administrativos, sobretudo mediante a vigilância e o que podemos chamar atos de polícia. Quando o agente administrativo sai de ordem de legalidade, e o seu “móvel” de atuação contraria o “espírito” da lei e do direito, surge o abuso, surge o desvio, o détournement de pouvoir, como fala a doutrina francesa, que é 20 renegados, tanta área civil, quanto na penal ou administrativa.

O autor citado entende que não há como o Estado aplicar o poder de polícia sem usar força e, no momento em que a autoridade pública cometer abusos, esta deve responder pelo crime de abuso de autoridade.

Já, Lazzarini (1995, p. 01) possui entendimento diferente, veja-se o que pensa o autor:

O uso do poder é um dos mais polêmicos e intrigantes temas defrontados por todo agente público, ou seja, pela pessoa física que exerce alguma atividade estatal e tem o dever de decidir e impor a sua decisão ao particular, também pessoa física ou, então, pessoa jurídica. A Administração Pública, no dizer de Jean Rivero, deve satisfazer o interesse geral e não o conseguirá se encontrar colocada em pé de igualdade com os particulares, pois, as vontades destes, determinadas por motivos puramente pessoais, colocam a sua – a da Administração Pública – em cheque sempre que as colocar em presença dos constrangimentos e sacrifícios que o interesse geral exige. Foi, bem por isso, que a administração recebeu o poder de vencer essas resistências, certo que as suas decisões obrigariam, uma vez que se presumem legítimas, diante do princípio jurídico da verdade e legitimidade de seus atos. A Administração Pública, portanto, não necessita obter o consentimento dos interessados e pode assim prosseguir na execução de seus atos, certo que – ainda no ensino de Jean Rivero- pela tradicional expressão Poder Público “devem entender-se esse conjunto de prerrogativas concedidas à Administração para lhe permitir fazer prevalecer o interesse geral”. Para isso a Administração Pública tem um importante instrumento jurídico, um poder instrumental, denominado Poder de Polícia, que a autoriza a exercer os atos coercitivos necessários a fazer, quando colidentes, esse interesse geral prevalecer sobre o interesse individual. O Poder de Polícia, porém, tem barreiras que, se ultrapassadas, levam ao exercício anormal desse poder administrativo, ou seja, levam ao arbítrio, à arbitrariedade, ao abuso de poder, ao abuso de autoridade, sujeitando o agente público responsável, de qualquer dos Poderes Políticos e nível hierárquico, às sanções legais, de natureza administrativa, criminal e civil.

Aqui, Lazzarini (1995) entende que o poder do Estado representado pelos seus servidores tem um limite, ultrapassado este limite ocorre o abuso de autoridade que estando o cidadão diante de uma situação de abuso praticado por servidor público ela terá o direito de defender-se e este direito não pode ser considerado como desacato a autoridade.

O poder de polícia tem suas barreiras que ultrapassadas, levam a um exercício anormal do poder administrativo, ou seja, levam ao abuso de poder ou abuso de autoridade e dessa forma podendo o agente público sofrer as sanções legais.

A Administração Pública, deve satisfazer a o interesse geral colocando-se em igualdade com os particulares e nunca constringindo- os, devendo fazer prevalecer

os interesses gerais usando este instrumento como ferramenta para prevalecer o interesse geral sobre o individual. (LAZZARINI, 1995, p. 01).

O Conselho Federal da OAB, no dia 27 de outubro de 2017, protocolou no Supremo Tribunal Federal uma ADPF, requerendo que seja declarado inconstitucional o crime de desacato a funcionários públicos. Em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, a entidade afirma que a tipificação viola os princípios constitucionais fundamentais da liberdade de expressão, da legalidade, da igualdade, do Estado Democrático de Direito e o princípio republicano.

O Ministro Barroso foi sorteado relator da ADPF contra criminalização de desacato. De acordo com a petição inicial, o crime coíbe “a contestação dos cidadãos às atitudes dos agentes públicos”, o que retira transparência da ação da administração pública. A OAB afirma que o Brasil é signatário da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, que proíbe a censura e o cerceamento, ainda que indireto, à liberdade de expressão. O documento também obriga os países signatários a adotar soluções contra “antinomias normativas limitadoras à realização dos direitos fundamentais” (CANÁRIO, 2017, s.p).

Desse modo, se passará a fazer uma breve análise da aplicação do controle de convencionalidade ao crime de desacato, em algumas decisões de juízes e do Superior Tribunal de Justiça brasileiro.

3 O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE APLICADO PELOS JUÍZES E PELO STJ AO CRIME DE DESACATO

O primeiro caso de aplicação do controle de convencionalidade de que se tem notícia no Brasil tratou-se de um processo, processo nº 0067370-64.2012.8.24.0023, julgado em Florianópolis S/C, pelo Juiz Alexandre Morais da Rosa, da 4ª Vara Criminal, que entendeu, em controle de convencionalidade, a inexistência do crime de desacato, determinando que o conceito vai contra as liberdades democráticas (LEITE, 2013, s.p).

Segundo a denúncia do Ministério Público, as raízes do caso estão em janeiro de 2012, Florianópolis, quando policiais militares avistaram uma briga generalizada e intervieram para apaziguar a situação. Contudo, Alex Sandro teria se mantido agressivo e gritava demasiadamente, além de dizer para as autoridades “que não gostava de polícia e que eram todos lotes de bichos, arrogantes e que não serviam

para nada”. Assim, foi levado pelo crime de desacato, mesmo criando resistência ao continuar a ofender os policiais (LEITE, 2013, s.p).

Na decisão, o magistrado citou tratados internacionais sobre direitos humanos, como o Pacto de San José (Convocação Americana de Direitos Humanos), e a Declaração de Princípios sobre a Liberdade de Expressão para afastar a incidência do disposto no artigo 331 do Código penal.

Vejamos a decisão do Magistrado

Cumpra ao julgador afastar a aplicação de normas jurídicas de caráter legal que contrariem tratados internacionais versando sobre Direitos Humanos, destacando-se, em especial, a Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969 (Pacto de São José da Costa Rica), o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de 1966 e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966 (PIDESC), bem como as orientações pelos denominados “treatybodies”- Comissão Interamericana de Direitos Humanos e Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas, dentre outros- e a jurisprudência das instâncias judiciárias internacionais de âmbito americano e global- Corte Interamericana de Direitos Humanos e Tribunal Internacional de Justiça da Organização das Nações Unidas, respectivamente. (TJSC).

Neste julgado, o Magistrado efetuou o controle de convencionalidade, reconhecendo a inexistência do crime de desacato e fundamentado sua decisão na Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969 (Pacto de São José da Costa Rica).

A decisão mais recente a ganhar repercussão pela aplicação do Controle de Convencionalidade foi proferida por um magistrado da Comarca de Belford Roxo, Rio de Janeiro, que, diante de um caso de suposto desacato, declarou que este crime é incompatível com as disposições do artigo 13 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e a Declaração de Princípios sobre Liberdade de Expressão aprovada no âmbito da CIDH, deixando de aplicá-lo. Segundo o juiz, a Declaração de Princípios sobre a Liberdade de Expressão estabelece, em seu artigo 11, que as leis de desacato atentam contra a liberdade de expressão e o direito à informação.

A referida sentença ainda destaca que o Brasil não pode aplicar sua norma interna em detrimento dos tratados por ele ratificados, conforme dispõe o artigo 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (LEITE, 2013, s.p).

Posteriormente a esta decisão, a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ), no dia 15 de dezembro de 2016, descriminalizou a conduta tipificada como crime de desacato a autoridade, por entender que a tipificação é incompatível

com o artigo 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica). O ministro relator do recurso no STJ, Ribeiro Dantas, ratificou os argumentos apresentados pelo Ministério Público Federal (MPF) de que os funcionários públicos estão mais sujeitos ao escrutínio da sociedade, e que as “leis de desacato” existentes em países como o Brasil atentam contra a liberdade de expressão e o direito à informação.

A decisão, unânime na Quinta Turma, ressaltou que o Supremo Tribunal Federal (STF) já firmou entendimento de que os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil têm natureza supralegal. Para a turma, a condenação por desacato, baseada em lei federal, é incompatível com o tratado do qual o Brasil é signatário.

Ao apresentar seu voto, o ministro Ribeiro Dantas destacou que a decisão não invade o controle de constitucionalidade reservado ao STF, já que se trata de adequação de norma legal brasileira a um tratado internacional, o que pode ser feito na análise de um recurso especial, a exemplo do que ocorreu no julgamento da Quinta Turma.

O magistrado lembrou que o objetivo das leis de desacato é dar uma proteção maior aos agentes públicos frente à crítica, em comparação com os demais, algo contrário aos princípios democráticos e igualitários que regem o país.

O Ministro apontou que a descriminalização da conduta não significa liberdade para as agressões verbais ilimitadas, já que o agente pode ser responsabilizado de outras formas pela agressão. O que foi alterado é a impossibilidade de condenar alguém, em âmbito de ação penal, por desacato a autoridade.

No caso submetido a julgamento, um homem havia sido condenado a cinco anos e cinco meses de reclusão por roubar uma garrafa de bebida avaliada em R\$ 9,00, por desacatar os policiais que o prenderam e por resistir à prisão. Os ministros afastaram a condenação por desacato.

Nos últimos meses, o Superior Tribunal de Justiça tem se dividido em torno de um debate essencial para liberdade de expressão em uma sociedade democrática, levando mais uma vez à análise da criminalização do Desacato.

Recentemente, no dia 24 de Maio de 2017, a 3ª Seção do STJ, composta pelas 5ª e 6ª turmas do tribunal, firmou entendimento sobre a manutenção e

aplicação do crime, com o objetivo de uniformizar sua Jurisprudência, já que haviam entendimentos divergentes na Corte.

A decisão vem em desencontro com a anterior, proferido pela 5ª Turma em dezembro de 2016, que, subsidiada pela manifestação do Ministério Público Federal, havia decidido no sentido oposto. Dentre os argumentos dos Ministros que votaram pela continuidade da aplicação do desacato com crime, está o de que a tipificação visa coibir manifestações ofensivas ao servidor e dessa forma não vem a prejudicar a liberdade de expressão (REVISTA CONSULTOR JURÍDICO).

Tal decisão representa um retrocesso em relação a tendência de consolidação de teses jurídicas segundo as quais a existência do crime de desacato é contrária à ordem constitucional, bem como os Tratados Internacionais de Direito Humanos dos quais o Brasil é signatário. Esse entendimento, consagrado na decisão da 5ª Turma, já vinha sendo construído por meio de decisões judiciais de primeiro grau, além de posicionamentos institucionais de órgãos como Defensoria Pública de São Paulo, que fez várias denúncias à Comissão Interamericana de Direito Humanos bem como à Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão do Ministério Público Federal, que elaborou representação ao Procurador Geral da República para que propusesse uma ADPF em relação ao crime de desacato, previsto no art. 331 do Código Penal Brasileiro (LEITE, 2013, s.p).

Conclusão

Apesar de na realidade Brasileira ainda existir a persecução penal em razão de condutas amoldadas ao crime de desacato, diante do entendimento cada vez mais frequente nas Cortes Internacionais e em razão da previsão expressa do Art. 13 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, a doutrina especializada defende que o referido delito não consegue superar o exame de convencionalidade, ou seja, demonstra incompatibilidade insuperável em relação às normas internacionais ratificadas pelo Brasil. O controle de convencionalidade, assim, constitui-se uma medida assecuratória de efetividade dos direitos humanos, uma vez que se pauta em uma técnica judicial de compatibilização vertical interna a partir das disposições normativas internacionais de direito humanos.

Nesse sentido, o Brasil possui o dever de aplicar medidas internas para concretizar os direitos humanos baseando-se nas normas internacionais. Com isso,

sob a luz das legislações internacionais, ao realizar o controle de convencionalidade, tem-se que a condenação pelo crime de desacato é uma grave violação ao dispositivo internacional supralegal.

Isto porque, conforme mencionado, o Tratado Internacional possui força supralegal e o crime previsto no Art. 331 do Código Penal Brasileiro possui caráter legal, devendo ser inaplicável, justamente por confrontar o diploma internacional. No entanto, a descriminalização da conduta não significa liberdade para agressões verbais ilimitadas, já que o sujeito ativo pode ser responsabilizado de outras formas pela agressão, a exemplo de condenação no âmbito civil, pela ocorrência de abuso de expressão verbal ou gestual ofensiva, utilizada perante o funcionário público.

Portanto, as condenações pelo crime de desacato são altamente questionáveis, não só por estarem em desconformidade com os tratados internacionais ratificados pelo Brasil, mas também por não atender princípios constitucionais basilares, como a liberdade de expressão.

Referências

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 04 de nov. de 2017.

BRASIL. *Decreto n. 678 de 6 de Novembro de 1992*. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em: 04 de nov. de 2017.

BRASIL. *Decreto-Lei n. 2.848, de 07 de dezembro de 1940*. Código Penal. Disponível em: <http://www.oas.org/juridico/mla/pt/bra/pt_bra-int-text-cp.pdf>. Acesso em: 04 de nov. de 2017.

CANÁRIO, Pedro. *Revista Consultor Jurídico*. Disponível em: <<https://conjur.com.br/2017-ou-30/oab-crime-desacato-seja-considerado-inconstitucional>>. Acesso em: 04 de nov. de 2017.

CONJUR. *Manutenção do desacato como crime prejudica liberdade de expressão*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-jun-24/manutencao-desacato-crime-prejudica-liberdade-expressao>>. Acesso em: 14 de nov. de 2017.

D'OLIVEIRA. Heron Renato Fernandes. *Projeção, Direito e Sociedade*. Disponível em <<https://www.revista.faculdadeprojeção.edu.br>>. Acesso em: 10 de Nov. de 2017.

FONSECA, Antonio Cesar Lima. *Abuso de Autoridade, Comentários e jurisprudência*. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 1997, 1ª ED.

ISIDORO, Frederico A. *Descriminalização do Desacato*. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br>>. Acesso em 28 de out. de 2017.

LAZZARINI, A. *Estudos de Direito Administrativo*. ED.RT. São Paulo, 1995. Disponível em: <<http://emporiododireito.com.br/juiz-do-tjrj-faz-controle-de-convencionalidade-do-crime-de-desacato/>>. Acesso: 14 de novembro de 2017.

LEITE, Marcos Thadeu. *Controle de convencionalidade: os direitos humanos como parâmetro de validade das leis*. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 18, n 3635, 14 jun. 2013. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/24711>> Acesso em: 14 de nov de 2017.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de Direito Internacional*. Editora Revista dos Tribunais, 9ª ed, 2015, São Paulo, SP.

_____. *Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro*. In: MAZZUOLI; L.G. (Cords.). *Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano*: Gazeta Jurídica, 2013.

REVISTA CONSULTOR JURÍDICO. *Desacato não é crime*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br>>. Acesso em: 30 de out. de 2017.

_____. *Desacatar funcionário público continua se crime*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br>>. Acesso em: 30 de out. de 2017.

STJ. *O crime de desacato na visão da quinta turma do STJ*. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/static_files/STJ/Midias/arquivos/Noticias/RECURSO%20ESPECIAL%20N%C2%BA%201640084.pdf>. Acesso em: 14 de nov. de 2017.

TJSC. *Andamento do Processo*. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br>>. Acesso em: 11 de nov. de 2017.