

1 INTRODUÇÃO

O ordenamento jurídico brasileiro impõe a normatização de limitações ao exercício dos direitos humanos, principalmente o da liberdade de expressão, sobre o pretexto de que não há um direito que seja absoluto e de que ninguém, em virtude de sua vontade de expressar algo, pode lesar bem jurídico tutelado de terceiro, tal como a honra e moral.

Nesse sentido, o Código Penal traz previsão dos delitos de calúnia, injúria, difamação e desacato com a finalidade de tutelar a honra e a moral, tanto do particular quanto da Administração Pública. Contudo, a previsão do desacato no ordenamento jurídico é questionável justamente porque figura como sendo um limitador do direito à liberdade de expressão desproporcional às condutas e, principalmente, porque atribui uma relevância maior à honra subjetiva da Administração Pública, se compara ao do particular.

Acerca desse assunto, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, em diversas oportunidades, já se manifestou no sentido de ser a previsão do delito de desacato incompatível com o artigo 13 da Convenção Americana Sobre Direitos Humanos, que trata justamente do exercício da liberdade de expressão.

Foi a partir desse entendimento perpetrado no âmbito da Corte Interamericana de Direitos Humanos que a 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, ao analisar o Recurso Especial n. 1.640.084/SP, exerceu um controle de convencionalidade para verificar a compatibilidade do delito de desacato com as normas de direitos humanos internacionais em que o Brasil é signatário, oportunidade em que, adotando o posicionamento da Corte Interamericana, entendeu pela incompatibilidade do delito de desacato.

Em contraponto ao que decidiu a 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, quando do julgamento do Recurso Especial n. 1.640.084/SP, a 3ª Turma do mesmo Tribunal, ao analisar o Habeas Corpus n. 379.269/MS, sob relatoria de Antônio Saldanha Palheiro, entendeu pela compatibilidade do delito de desacato com o ordenamento jurídico brasileiro e com as normas de direitos humanos internacional.

Dessa forma, o presente trabalho justifica-se no sentido de ser necessário compreender os posicionamentos acerca da possibilidade de descriminalização do delito de desacato, bem como visualizar as questões relativas a possíveis conflitos de direitos fundamentais.

Para tanto, no capítulo 2 será analisada a previsão do delito do desacato no ordenamento jurídico brasileiro, com a finalidade de verificar todas as características

pertinentes, tais como o bem jurídico tutelável, o agravamento da pena em razão de se tratar da honra subjetiva da Administração Pública, e a conduta da vítima considerada delituosa.

O capítulo 3 adentrará à análise do debate acerca da descriminalização do delito de desacato, mostrando os argumentos iniciais que permeiam a tese de incompatibilidade do delito com o artigo 13 da Convenção Americana Sobre Direitos Humanos.

Compreendido o debate, o capítulo 4 abordará sobre o julgamento do Recurso Especial n. 1.640.084/SP pela 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, que, ao exercer um controle de convencionalidade justamente para analisar a compatibilidade do delito de desacato com as normas de direitos humanos em que o Brasil é signatário, entendeu pela incompatibilidade do delito, baseando-se a linha argumentativa principalmente nos precedentes da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Por fim, o capítulo 5 cuidará de analisar o julgamento do Habeas Corpus n. 379.269/MS pela 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça que, diante de caso similar ao constante do Recurso Especial n. 1.640.084/SP, decidiu pela compatibilidade do delito de desacato com as normas de direitos humanos internacionais das quais o Brasil é signatário.

Para a construção da pesquisa será utilizado o método de abordagem hipotético-dedutivo, valendo-se de pesquisas documentais e bibliográficas. Como hipótese inicial, compreende-se que: a) a ninguém é dado o direito de lesar bem jurídico de terceiro em virtude de um direito que se entenda absoluto e; b) a previsão do delito de desacato traz uma diferença desproporcional à honra subjetiva da Administração Pública, se comparada a dos particulares.

2 O DESACATO NO DIREITO PENAL BRASILEIRO

O delito de desacato possui previsão no artigo 331, do Código Penal Brasileiro, que dispõe que desacatar funcionário público no exercício da função ou em razão dela pode resultar em detenção ou multa (BRASIL, CP, 1940, art. 331). Desacatar, para fins de tipificação penal, significa, em síntese, faltar com respeito a um servidor público, seja por meio de ato ou palavra. Sobre o assunto, Hungria (1967, p. 424) elucida que “a ofensa constitutiva do desacato é qualquer palavra ou ato que redunde em vexame, humilhação, desprestígio ou irreverência ao funcionário”, onde uma expressão mais ríspida proferida de modo escandaloso já servirá para a configuração do delito de desacato.

Para a caracterização de referido delito, em virtude da elementar do tipo penal, é necessário que a ofensa ou ato seja praticado diretamente em desfavor de funcionário público que esteja em exercício de sua função (ou que sofra o desacato em razão da função), não exigindo, contudo, sua presença quando do momento do ilícito, mas tão somente que este a perceba. Portanto, o ilícito embora diretamente seja praticado contra o funcionário público, é certo que em sua essência afeta a Administração Pública.

A Administração Pública é o bem juridicamente protegido pelo tipo penal que prevê o delito de desacato. O objeto material do delito é o funcionário público desacatado no exercício de sua função ou em razão dela. [...] O delito se consuma no instante em que o agente pratica o comportamento que importe em desprezo, menoscabo, enfim, desprestígio para com a Administração Pública, ali representada através de seu funcionário, independentemente do fato de ter este último se sentido desacatado (GRECO, 2017, p. 1.701).

É importante destacar, neste ponto, que não obstante esteja o funcionário público em exercício de sua função, não poderá sofrer, para fins de tipificação do delito de desacato, ofensas pessoais, uma vez que, ausente a característica da ofensa ser direcionada às funções exercidas pelo servidor público, subsistirá a tipificação de outra espécie de delito (calúnia, injúria ou difamação).

Para a configuração do delito se faz necessário o nexo funcional, ou seja, que a ofensa seja proferida no exercício da função ou que seja perpetrada em razão dela. Esse nexo funcional pode se apresentar de duas formas: ocasional ou causal. Será ocasional se a ofensa ocorre onde e quando estiver o funcionário a exercer funções de seu cargo – ou de caráter causal, quando, embora presente, o ofendido não esteja a desempenhar ato de ofício, mas a ofensa se dê em razão do exercício de sua função pública. Se a ofensa não for em razão da função pública, mas sim sobre a conduta particular do ofendido, a ação penal será privada, pois não ocorrerá desacato, mas um crime contra a honra. (CALHAU, 2004, p. 45).

A mesma situação se amolda ao caso em que o agente, em virtude do desconhecimento da condição de funcionário público da vítima, pratica ofensas. Neste sentido, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, quando do julgamento da apelação civil nº 0020381-41.2011.8.19.0001, sob relatoria de Elizabeth Gregory, decidiu que:

O crime de desacato – artigo 331 do Código Penal – tem como objetividade jurídica o respeito e prestígio da função pública, perfazendo o crime quando qualquer pessoa desrespeita funcionário público, e, o que restou claro é que o apelante desconhecia o fato de o senhor de camiseta regata preta para quem teria proferido as palavras descritas na inicial, tratava-se de funcionário público. Inexiste, portanto, o dolo, consistente na vontade deliberada de desprestigiar a função exercida pelo sujeito passivo (BRASIL, TJRJ, 2014).

Essas colocações são necessárias para então compreender que, em se tratando do sujeito ativo do delito ora estudado, este praticará, embora direcionada a funcionário público, ofensa à Administração Pública. Este, inclusive, é o posicionamento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça, que entende que “o crime de desacato, por ser crime comum, pode ter no meu polo ativo qualquer pessoa, inclusive funcionário público” (BRASIL, STJ, 1999). Neste ponto é importante destacar que sobre o assunto paira uma divergência jurisprudencial em relação à situação em que funcionário público de ordem hierárquica superior comete o crime de desacato.

Para Hungria (1967, p. 425), um funcionário público de hierarquia superior ao da vítima não pratica o crime do desacato. Todavia, conforme a posição defendida por Fragoso (2003, p. 462) e Greco (2017, p. 1700) – corrente doutrinária que se filia sobre o assunto –, o sujeito passivo principal do delito é a Administração Pública e, secundariamente, o funcionário público. Assim, “quando um funcionário desacata outro funcionário, ele, na verdade, despe-se dessa qualidade e atua como um particular”, porquanto não é pela característica de ser funcionário público, que poderá, por decorrência, proferir ofensas à Administração Pública. (GRECO, 2017, p. 1700).

Se o ofendido, no delito em apreço, é primacialmente a Administração Pública ou o Estado, o superior, que ofende o inferior, ofende, como qualquer outra pessoa, a administração, não podendo ele sobrepor-se a esta. É óbvio que, tutelando-se a administração, protegem-se seus agentes, não se excluindo os humildes e modestos. Há a considerar ainda o seguinte. Se o delito em estudo pode ser cometido pelo particular, que não é nem superior nem inferior hierárquico do funcionário, não se vê por que, em se tratando de servidores públicos, há de se atentar à relação hierárquica, quando está em jogo o mesmo bem jurídico e quando o funcionário, ao cometer tal crime, despe-se dessa qualidade, agindo e sendo considerado como particular (NORONHA, 1972, p. 328).

O que se tem, portanto, é que para fins do delito de desacato independe qual seja a função que exerça o sujeito ativo do tipo penal, uma vez que a Administração Pública é o bem juridicamente tutelado pela tipificação penal. Neste sentido, já decidiu o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, ao julgar o Recurso Criminal nº 71002686707, sob relatoria de Laís Ethel Côrrea Pias, onde considerou que “sendo o sujeito passivo do desacato o Estado e, secundariamente, o funcionário público, mesmo este não estando em horário de trabalho, pode ocorrer o desacato se o ofensor levar em consideração a função pública exercida pelo ofendido” (BRASIL, TJRS, 2010).

No tocante ao sujeito ativo do delito de desacato é salutar destacar que vigorou, por certo interregno, a imunidade aos advogados na prática do delito de desacato. A lei n. 8.906/1994, que rege o estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, em seu artigo 7º, §2º, considerava que os advogados não praticavam desacato enquanto estavam no exercício de suas funções, seja o ato praticado em juízo ou não (BRASIL, 1994). Contudo, referido dispositivo foi objeto da Ação Declaratória de Inconstitucionalidade, onde o Supremo Tribunal Federal, no ano de 2006, declarou sua inconstitucionalidade e reforçou que as imunidades descritas no artigo 133 da Constituição Federal¹ somente destinar-se-iam aos crimes contra honra, e não os crimes em desfavor da Administração Pública.

O fato de estarem o bem juridicamente tutelado e o objeto material do delito do desacato voltados à Administração Pública possibilita a compreensão de que se consumará o ilícito no momento em que o agente se comportar com um ato ou manifestação que resulte em menosprezo à Administração Pública. É por conta disto que, em caso de ofensa a vários funcionários públicos, o sujeito ativo será penalizado apenas uma vez, porquanto independe o número de sujeitos secundários, se o bem jurídico tutelado foi lesado apenas uma vez.

O ponto de maior debate em relação ao delito de desacato na doutrina e jurisprudência é no sentido da dificuldade em se diferenciar as situações em que resultam na prática do ilícito ou aquelas em que se traduzem em mera insatisfação do agente. Por ser o dolo o meio pela qual o agente pratica o ato, não poderá, contudo, ser penalizado de seu ato/manifestação importar em mera insatisfação com a Administração Pública. Tal situação decorreria, portanto, em ofensa ao artigo 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos, que trata sobre o direito à liberdade de pensamento e expressão².

¹ Referido artigo dispõe que “[...] o advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão [...]” (BRASIL, 1988, CF, art. 133).

² É importante, para fins de compreensão da pesquisa, destacar o conteúdo do mencionado artigo, que dispõe que: “1. Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito compreende a liberdade de buscar, receber e difundir informações e idéias de toda natureza, sem consideração de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro processo de sua escolha. 2. O exercício do direito previsto no inciso precedente não pode estar sujeito a censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente fixadas pela lei e ser necessárias para assegurar: a) o respeito aos direitos ou à reputação das demais pessoas; ou b) a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas. 3. Não se pode restringir o direito de expressão por vias ou meios indiretos, tais como o abuso de controles oficiais ou particulares de papel de imprensa, de freqüências radioelétricas ou de equipamentos e aparelhos usados na difusão de informação, nem por quaisquer outros meios destinados a obstar a comunicação e a circulação de idéias e opiniões. 4. A lei pode submeter os espetáculos públicos a censura prévia, com o objetivo exclusivo de regular o acesso a eles, para proteção moral da infância e da adolescência, sem prejuízo do disposto no inciso 2. 5. A lei deve proibir toda propaganda a favor da guerra, bem como toda apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitação à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência”. (BRASIL, CIDH, 1969, art. 13).

Daí decorre o ponto central da pesquisa, uma vez que a intenção é visualizar o delito de desacato dentro do ordenamento jurídico brasileiro, defrontado às normas de direitos humanos e às decisões recentes dos tribunais superiores acerca de referido delito.

3 O DEBATE DA PRESERVAÇÃO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO FRENTE AO CRIME DE DESACATO

O delito de desacato está intrinsecamente relacionado à liberdade de expressão, principalmente porque figura como sendo instrumento limitador dessa classe de direito fundamental e humano. É justamente nesse ponto que repousa o debate acerca da descriminalização do desacato, uma vez que sua previsão estaria em confronto com o artigo 13 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

Por óbvio que o texto constitucional, em seu artigo 5º, inciso X, ao dispor que “[...] são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação” (BRASIL, CRFB, 1988, art. 5º), disciplina que não poderão ocorrer vilipêndios à honra, principalmente em decorrência do abuso de direito de liberdade de expressão. Contudo, a crítica circunda a existência de um delito cujo objeto de tutela seja uma honra subjetiva da Administração Pública, com previsão mais gravosa, inclusive, se comparado aos delitos (calúnia, injúria e difamação) que busquem a tutela da honra dos cidadãos em geral.

Os ensinamentos de Dworkin (2006, p. 24), ao propor uma concepção constitucional da democracia, aplicam-se perfeitamente neste caso, uma vez que o autor entende pela necessidade de que as “[...] decisões coletivas sejam tomadas por instituições políticas cuja estrutura, composição e modo de operação dediquem a todos os membros da comunidade, enquanto indivíduos, a mesma consideração e o mesmo respeito”. Partindo dessa premissa, seria possível questionar o motivo pela qual a Administração Pública, por meio de seus subordinados, entenda necessário se colocar em uma posição de superioridade se comparado aos demais cidadãos.

Nesse sentido, à míngua de explicações lógicas acerca dessa superioridade em relação à honra da Administração Pública, é incompreensível a tutela de uma honra subjetiva que, para a configuração de sua ofensa, dependa de uma interpretação que derive unicamente do agente público que vislumbrou a ofensa à Administração Pública e que, na maioria dos

casos, possui fé pública para presumidamente atestar a materialidade e autoria do crime de desacato.

Não obstante a essa situação, como alhures já dito, a previsão do delito de desacato contrapõe diretamente às cartas e declarações de direitos humanos que o Brasil é signatário, uma vez que figura como sendo instrumento limitador de um direito humano fundamental cuja irradiação deva ser plena em meio à sociedade. Sobre o assunto, é importante destacar o teor do artigo 19 da Declaração Universal dos Direitos Humanos que preconiza que “todo homem tem direito à liberdade de expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferências, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e ideias por quaisquer meios, independentemente de fronteiras” (ONU, 1948).

Todo esse lexo normativo que vigora no Brasil, seja por meio da iniciativa de elaboração de normas próprias ou em razão de ser signatário de cartas e declarações cujo conteúdo versem sobre direitos humanos, teve sua importância devidamente reforçada após um período de totalitarismo jurídicos, sendo, dessa maneira, conforme os ensinamentos de Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2012, p. 52), “[...] fruto de reação do Constituinte, e das forças sociais e políticas nele representadas, ao regime de restrição e até mesmo de aniquilação das liberdades fundamentais”.

Portanto, sendo o Brasil signatário do Pacto de São José da Costa Rica, é inadmissível o descumprimento dos artigos 1º e 2º, os quais imputam aos Estados signatários “[...] o dever de respeitar os direitos e liberdades e de garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa sujeita à sua jurisdição, devendo tomar as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades” (CIDH, 1969). Nesse sentido, Mazzuoli (2011, p. 15) ressalta a obrigação do Estado em, observando a eficácia integradora³ dos direitos humanos, adequar suas normas à mencionada categoria de direitos, uma vez que se obrigou a zelar e obedecer pelas disposições ali contidas.

Nesse ponto, de toda a discussão traçada até o presente momento, visualiza-se que o delito de desacato é incompatível com o ordenamento jurídico nacional e internacional, haja vista se tratar de delito cujo conteúdo limita a eficácia e utilização do direito fundamental à liberdade de expressão. Esse, inclusive, foi o entendimento da Comissão Interamericana sobre

³ Conforme os ensinamentos de Mendes e Coelho (2010, p. 178) “[...] esse cânone interpretativo orienta o aplicador da Constituição no sentido de que ao construir soluções para os problemas jurídicos-constitucionais, procure dar preferência àqueles critérios ou pontos de vista que favoreçam a integração social e a unidade política, porque além de criar uma certa ordem jurídica, toda Constituição necessita produzir e manter a coesão sociopolítica, como pré-requisito ou condição de viabilidade de qualquer sistema jurídico”.

Direitos Humanos quando de sua manifestação acerca de um possível conflito entre a compatibilidade das leis de desacato e a Carta Americana de Direitos Humanos. Veja-se:

Em conclusão, a Comissão entende que o uso de tais poderes para limitar a expressão de ideias se presta ao abuso, como uma medida para silenciar ideias e opiniões impopulares, restringindo, assim, um debate que é fundamental para o funcionamento eficiente das instituições democráticas. As leis que criminalizam a expressão de ideias que não incitam à violência anárquica são incompatíveis com a liberdade de expressão e pensamento consagrada no artigo 13 e com o objetivo fundamental da Convenção Americana, que é o de proteger e garantir o modo de vida pluralista e democrático⁴ (CIDH, 1995).

É certo, portanto, que a previsão do delito de desacato em um ordenamento jurídico está bem mais atrelada à necessidade de proteção do direito de liberdade de expressão do cidadão, do que com a proteção da honra subjetiva da Administração Pública e de seus subordinados. Assim, diante desse conflito, é necessária uma ponderação cuja essência parta da importância de se ter um controle democrático sobre a sociedade, com intenção voltada, principalmente, à proteção dos direitos humanos e fundamentais dos homens.

4 A 5ª TURMA DO STJ E O RECURSO ESPECIAL Nº 1.640.084/SP

Na linha de pensamento do capítulo acima, na qual se visualiza um confronto entre o objeto de tutela do delito de desacato e os diplomas normativos que versam sobre o direito fundamental à liberdade de expressão, é importante destacar que o Superior Tribunal de Justiça, quando do julgamento do Recurso Especial n. 1.640,084/SP, reconheceu a necessidade de exercer um controle de convencionalidade entre o delito de desacato e o artigo 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos.

Frise-se que sem qualquer pretensão de esgotar todo o assunto, mas apenas com a intenção de situar o leitor, o controle de convencionalidade, conforme leciona Mazzuoli (2011, s/p), se trata do mecanismo jurídico tendente a verificar a adequação entre as normas produzidas no plano interno e aquelas provenientes de tratados internacionais que versem sobre direitos humanos, em que o país seja signatário. Em outras palavras, esse instrumento,

⁴Tradução original: “*En conclusión, la Comisión entiende que el uso de tales poderes para limitar la expresión de ideas se presta al abuso, como medida para acallar ideas y opiniones impopulares, con lo cual se restringe un debate que es fundamental para el funcionamiento eficaz de las instituciones democráticas. Las leyes que penalizan la expresión de ideas que no incitan a la violencia anárquica son incompatibles con la libertad de expresión y pensamiento consagrada en el artículo 13 y con el propósito fundamental de la Convención Americana de proteger y garantizar la forma pluralista y democrática de vida*”.

como será analisado a partir do julgamento do recurso especial n.1.640.084/SP, tem por finalidade a avaliação das condutas emanadas de autoridade face ao direito internacional dos direitos humanos.

Assim, tem-se que o controle de convencionalidade configura como sendo uma garantia aos seres humanos contra a arbitrariedade do Estado, haja vista ser o instrumento que impõe a este último o dever em estruturar o ordenamento jurídico interno de modo a garantir o gozo dos direitos humanos (ROJAS, 2013, p. 85). Este, inclusive, foi o teor do julgamento do caso *Almonacid Arellano versus Chile*, proferido em 26 de setembro de 2006, pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. Para melhor compreensão, destaca-se trecho do julgamento.

Mas quando um Estado ratifica um tratado internacional como a Convenção Americana, seus juízes, como parte do aparato estatal, também estão submetidos a ela, o que os obriga a velar para que os efeitos das disposições da Convenção não se vejam diminuídos pela aplicação de leis contrárias a seu objeto e a seu fim e que, desde o início, carecem de efeitos jurídicos. Em outras palavras, o Poder Judiciário deve exercer uma espécie de “controle de convencionalidade” entre as normas jurídicas internas aplicadas a casos concretos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Nesta tarefa, o Poder Judiciário deve levar em conta não apenas o tratado, mas também a interpretação que a Corte Interamericana, intérprete última da Convenção Americana, fez do mesmo (CIDH, 2006).

Visualiza-se que o controle de convencionalidade empregado no caso acima descrito foi justamente para o fim de verificar a compatibilidade entre as normas de direito humanos internacionais e as normas internas da Federação do Chile. No Brasil, o uso desse instrumento pelo Superior Tribunal de Justiça inovou no sentido de que foi a primeira vez que um Tribunal de jurisdição nacional reconheceu a necessidade de exercer o controle de convencionalidade, com a intenção de verificar a compatibilidade de uma norma interna defrontada às normas de direitos humanos internacionais. Nesta ocasião, a análise pautou-se na previsão normativa do delito de desacato em contraponto ao artigo 13, da Convenção Americana de Direitos Humanos.

A interposição do Recurso Especial n. 1.640.084/SP, foi com base no artigo 105, inciso III, alínea “a” da Constituição Federal, que dispõe acerca da possibilidade de manejo de Recurso Especial quando a decisão recorrida contrariar tratado internacional (BRASIL, CRFB, 1988, art. 105), cujo julgamento foi proferido pela 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, sob relatoria de Ribeiro Dantas.

No julgamento, inicialmente foi destacado que a análise de compatibilidade a ser exercida não poderia ficar adstrita apenas à análise das normas de direito internacional, mas

deveria ser levada em conta também a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Foi a partir daí que o relator conduziu o julgamento, utilizando como precedente o caso Palamara Iribarne versus Chile, que versou acerca da incompatibilidade entre o delito de desacato e o artigo 13 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Veja-se mencionado julgamento:

[...] as leis de desacato aplicadas a Palamara Iribarne estabeleceram sanções desproporcionais por realizar críticas ao funcionamento das instituições do Estado e seus membros, removendo o debate essencial para o funcionamento de um sistema verdadeiramente democrático e restringindo desnecessariamente o direito à liberdade de pensamento e expressão. (CIDH, 2005).

Com base nesse entendimento já perpetrado no âmbito da Corte Interamericana de Direitos Humanos, o Superior Tribunal de Justiça pôde reconhecer a necessidade de eficácia paralisante do artigo 331 (desacato), do Código Penal, sob o entendimento de que as normas que versam sobre o 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”. (BRASIL, STJ, 2016). Dessa forma, o julgamento proferido pela 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça reconheceu que “a criminalização do desacato está na contramão do humanismo, porque ressalta a preponderância do Estado – personificado em seus agentes – sobre o indivíduo” (BRASIL, STJ, 2016).

Ainda destacou o relator que o entendimento adotado naquela ocasião não impediria eventual responsabilização civil ou criminal no tocante às agressões proferidas, haja vista que o ato poderia incidir em outros direitos subjetivos de ordem pessoal (injúria, calúnia ou difamação) (BRASIL, STJ, 2016). Portanto, o que se pretendeu proteger no julgamento, em verdade, foi a isonomia entre os agentes públicos e privados e o direito humano à liberdade de expressão.

Todavia, é forçoso ponderar que esse julgamento não tem eficácia *erga omnes*, ou seja, para todos, de modo que seus efeitos somente se aplicam às partes do processo. Isto porque, quando do julgamento, o relator reconheceu que em razão da ausência de previsão legal desse controle de convencionalidade no ordenamento jurídico brasileiro, não pode haver a decretação de invalidade da norma jurídica (art. 331, do CP) porquanto referido controle não se traduz em preceito de análise de eficácia subjetiva de uma norma (BRASIL, STJ, 2016).

Nesse sentido, aufere-se que o conteúdo do julgamento do Recurso Especial n. 1.640.084 traduz-se em precedente para que os demais magistrados do país, quando diante de

situação semelhante, possam também exercer um controle de convencionalidade acerca dessa matéria, para o fim de reconhecer a ausência de validade do artigo 331, do Código Penal, frente às normas de direitos humanos internacional.

5 A 3ª TURMA DO STJ E O HABEAS CORPUS Nº 379.269/MS

Em contraponto ao que decidiu a 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, quando do julgamento do Recurso Especial n. 1.640.084/SP, a 3ª Turma do mesmo Tribunal, ao analisar o Habeas Corpus n. 379.269/MS, sob relatoria de Antônio Saldanha Palheiro, entendeu pela compatibilidade do delito de desacato com o ordenamento jurídico brasileiro e com as normas de direitos humanos internacional.

O fundamento inicial do julgamento remeteu-se à constatação da função da Corte Interamericana de Direitos Humanos (BRASIL, STJ, 2018). Isto porque, ao analisarem as atribuições constantes do artigo 41, do Pacto de San José da Costa Rica, verificaram que a Corte Interamericana de Direitos Humanos não possui função jurisdicional (poder decisório), mas sim fiscalizatório, instrutório e cooperativo, cuja função precípua é a promoção da defesa dos direitos humanos (CIDH, 1969).

[...] os verbos relacionados às suas funções [CIDH] não ostentam caráter decisório, mas tão somente instrutório ou cooperativo. Prima facie, depreende-se que a CIDH não possui função jurisdicional. [...] A Corte Interamericana de Direitos Humanos, por sua vez, é uma instituição judiciária autônoma cujo objetivo é a aplicação e a interpretação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos possuindo função jurisdicional e consultiva, de acordo com o art. 2º do seu respectivo Estatuto [...]. Já o art. 68 da CADH prevê que os Estados Partes na Convenção comprometem-se a cumprir a decisão da Corte em todo caso em que forem partes, o que denota de forma patente seu caráter vinculante. [...] Desta feita, a despeito do que fora aduzido no inteiro teor do voto proferido no REsp. 1.640.084/SP, no que encampado pelo Ministro relator do presente writ, certo é que as recomendações não possuem força vinculante, mas tão somente "poder de embaraço" ou "mobilização da vergonha" (BRASIL, STJ, S017).

Nesse sentido, considerando a compreensão de que a Corte Interamericana de Direitos Humanos não possuiria poder jurisdicional, os precedentes de julgamentos da corte indicados no Recurso Especial n. 1.640.084/SP seriam inaplicáveis na discussão, justamente porque não houve manifestação “sobre eventual violação do direito à liberdade de expressão por parte do Brasil, mas tão somente pronunciamentos emanados pela CIDH”, de modo que

não haveria precedentes em relação ao desacato no ordenamento jurídico brasileiro (BRASIL, STJ, 2017).

No mérito da decisão, ao desempenharem a análise da compatibilidade, a terceira turma do Superior Tribunal de Justiça entendeu que o artigo 331, do Código Penal, se trata de norma jurídica que “[...] incorpora o preenchimento de todos os requisitos exigidos para que se admita a restrição ao direito de liberdade de expressão” (BRASIL, STJ, 2017), com a finalidade de proteção da honra subjetiva da pessoa humana (servidores públicos) e à moral pública. Veja-se trecho do julgamento:

Resulta evidente que esse dispositivo permite a criação de tipos penais que objetivem proteger, como bem jurídico digno de proteção, a honra subjetiva da pessoa humana, bem como o respeito à ordem e à moral públicas, de que devem ser destinatários os serviços prestados pelo Estado ao público em geral. Ademais, qualquer servidor, no exercício de uma função pública, ao tratar com o particular, deve merecer essa proteção, não tanto para tutelar a sua honra subjetiva – porque essa proteção já encontra guarida nos crimes contra a honra – mas para garantir o respeito que se deve destinar aos funcionários que representam e apresentam o estado nos variados tipos de serviços públicos que são prestados. A Corte Interamericana permite, em casos de extrema gravidade do abuso da liberdade de expressão, a utilização do direito penal para a proteção da honra, devendo a aplicação dessas medidas ser avaliada com especial cautela. (BRASIL, STJ, 2017).

Com base nisso, entendeu-se no julgamento o uso do direito penal com a finalidade de criar uma possibilidade de discriminação no tocante à honra do particular e do funcionário público, enaltecendo várias situações que o Código Penal propõe essa distinção, “porquanto o servidor público, ao agir nessa qualidade, carrega uma diversidade de deveres funcionais e responsabilidades que oneram o sobremodo em relação ao particular” (BRASIL, STJ, 2017).

Foi exposto no julgamento, ainda, que a previsão do delito de desacato no ordenamento jurídico brasileiro, por si só, não tem o condão de impedir que os particulares externem suas opiniões, portanto, gozem de seu direito de liberdade de expressão. Contudo, o exercício de referido direito não pode servir para o fim de lesar bem jurídico de terceiro, haja vista que a ideia de absolutibilidade de um direito é incompatível com o ordenamento jurídico, tanto em plano interno quanto internacional, porquanto em conflitos de direitos humanos, o direito à liberdade poderá ser relativizado (BRASIL, STJ, 2017).

Se não fosse pelo delito de desacato, poderia ser pelo da injúria, calúnia ou difamação que a honra subjetiva do servidor público seria tutelada, ou seja, continuaria havendo previsões limitadoras do exercício do direito de liberdade pelos particulares. Desta maneira, nos moldes do julgamento do Habeas Corpus n. 379.269/MS, não haveria que se

falar em incompatibilidade do direito à liberdade (artigo 13 do Pacto de San José da Costa Rica) e das normas jurídicas internas relativas ao delito de desacato.

6 CONCLUSÃO

A presente pesquisa cuidou da análise acerca do debate sobre a descriminalização do delito de desacato, a partir de julgamentos conflitantes proferidos pela 3ª e 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, onde divergiram acerca do entendimento de compatibilidade do desacato com as normas de direitos humanos internacionais.

Conforme abordado, o delito de desacato tutela a honra subjetiva da Administração Pública, representada por seus subordinados, que é considerada mais valorosa se comparada à honra dos particulares, uma vez que, inclusive, a sanção para esse delito é superior aos da calúnia, injúria e difamação.

No tocante ao desacato, visualizou-se a dificuldade em se diferenciar as situações em que resultam na prática do ilícito ou aquelas em que se traduzem em mera insatisfação do agente. Por ser o dolo o meio pela qual o agente pratica o ato, não poderá, contudo, ser penalizado de seu ato/manifestação importar em mera insatisfação com a Administração Pública.

Como se viu, foi de situações como essa que se deu início ao debate acerca da descriminalização do desacato, sobre os argumentos de: a) desproporcionalidade na tutela da honra subjetiva dos particulares e da Administração Pública; b) incompatibilidade com o artigo 13, da Convenção Americana Sobre Direitos Humanos, em virtude de figurar como sendo um limitador agressivo do direito à liberdade de expressão e; c) os direitos humanos na sociedade contemporânea não tolera a previsão de um delito retrógrado, em que demonstra o poder arbitrário da Administração Pública sobre o particular.

Quando da análise dos julgamentos proferidos pela 5ª Turma (Recurso Especial n. 1.640.084/SP) e 3ª Turma (Habeas Corpus n. 379.269/MS) do Superior Tribunal de Justiça, compreendeu-se que o debate da descriminalização do desacato está longe de ser resolvido. Isto porque, estas Turmas divergiram acerca da compatibilidade do desacato com as normas de direitos humanos internacionais e, portanto, criaram uma insegurança jurídica no âmbito do Superior Tribunal de Justiça. Em outros termos, casos que cheguem a esse Tribunal ficarão

sujeitos à expectativa de análise pela Turma que possui o entendimento que mais lhe convém, de modo que ora a justiça poderá lhe ser garantida, ora não.

Embora a 5ª Turma, ao julgar o Recurso Especial n. 1.640.084/SP, tenha dado uma interpretação mais conivente com a realidade jurídica do país, baseando-se em diversas decisões já proferidas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, seu entendimento não tem caráter *erga omnes* em razão da ausência de previsão legal acerca do controle de convencionalidade no ordenamento jurídico brasileiro, que impede, dessa maneira, de suspender a eficácia normativa do artigo 331 do Código Penal.

Em verdade, o artigo 331 do Código Penal somente perderá sua eficácia no plano de validade do ordenamento jurídico brasileiro em caso de análise do caso pelo Órgão Pleno do Supremo Tribunal Federal, que dele se espera o melhor entendimento da previsão desse delito. Por se tratar de lei infraconstitucional, a situação poderá ser dirimida também pelo Superior Tribunal de Justiça, desde que haja uniformidade no entendimento das Turmas, por meio do manejo de Embargos de Divergência. Frise-se, contudo, que a decisão do Superior Tribunal de Justiça não possui o condão de reconhecer a inconstitucionalidade do artigo 331 do Código Penal, mas tão somente uniformizar um entendimento para o Tribunal.

Conclui-se, portanto, que o debate acerca da descriminalização do desacato no ordenamento jurídico brasileiro fica ainda adstrito a uma nova análise, na qual espera-se uma ponderação acerca da compatibilidade não só com as normas de direitos humanos internacional, mas principalmente com a evolução social do direito, que afasta do âmbito do Estado condutas arbitrárias em relação aos cidadãos.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição Federal da República do Brasil**. Brasília, diário oficial da União: 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 05 abr. 2019.

_____. Lei n. **8.906/1994**: Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil. Brasília: Diário Oficial da União, 1994. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8906.htm. Acesso em: 08 abr. 2019.

_____. **Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Brasília: Diário Oficial da União, 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm}. Acesso em 10 mai. 2019.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. **AC n. 00020381-41.2011.8.19.0001**. Rel. Des. Elizabeth Gregory, DJ 02/09/2014. Rio de Janeiro: Diário da Justiça, 2014.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Recurso Criminal n. 7100286707**. Rel. Des. Laís Ethel Corrêa Pias. DJ 20/08/2010. Rio Grande do Sul: Diário da Justiça, 2010.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus n. 9.322/GO**. Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca. DJ 23/08/1999. Brasília: Diário da Justiça da União, 1999.

_____. **Recurso Especial n. 1.640.084/SP**. Rel. Min. Ribeiro Dantas. 5ª Turma. Brasília: Diário da Justiça, 2016. Disponível em: http://www.stj.jus.br/static_files/STJ/Midias/arquivos/Noticias/RECURSO%20ESPECIAL%20N%C2%BA%201640084.pdf. Acesso em: 08 jun. 2019.

_____. **Habeas Corpus n. 379.269/MS**. Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro. 3ª Turma. Brasília: Diário da Justiça, 2017. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=73399234&num_registro=201603035423&data=20170630&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 09 jun. 2019.

CALHAU, Lélío Braga. **Desacato**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

CIDH. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. San José: Sítio online da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, 1969. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 03 jun. 2019.

_____. **Caso Almonacid Arellano e outros versus Chile**. Exceções preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 26 de setembro de 2006. San José: Sítio online da Corte Interamericana de Direitos Humanos, 2003. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_101_esp.pdf. Acesso em: 19 mai. 2019.

_____. **Caso Palamara Iribane versus Chile**. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentença de 22 de novembro de 2005. San José: Sítio online da Corte Interamericana de Direitos Humanos, 2003. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_101_esp.pdf. Acesso em: 19 mai. 2019.

_____. **Relatório sobre a Compatibilidade entre as Leis de Desacato e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. OEA Doc. 9, 88º Período de Sessões, 17 de fevereiro de 1995.

DWORKIN, Ronald. **O DIREITO DA LIBERDADE**: A leitura moral da Constituição norte-americana. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal**: parte geral. 16. ed. atual. por Fernando Fragoso. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

GRECO, Rogério. **Código penal**: comentado. 11 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2017.

HUNGRIA, Néilson. **Comentários ao código penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1967.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **O controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires e outro. **Curso de Direito Constitucional**, São Paulo: Saraiva: 2010.

NORONHA, Edgard Magalhães. **Direito penal**. São Paulo: Saraiva, 1972.

SARLET, Ingo Wolfgang, MARINONI, Luiz Guilherme, e MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Paris: Sítio online da ONU, 1948.
Disponível em: <http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>. Acesso em 10 mai. 2019.

ROJAS, Claudio Nash. **Control de convencionalidad**. *Precisiones conceptuales y desafíos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Año XIX*, Bogotá, 2013, p. 489-509, ISSN 2346-0849. Disponível em: http://www.kas.de/wf/doc/kas_36055-1522-4-30.pdf?131113170353. Acesso em: 20 mai. 2019.