

**XXVI ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI BRASÍLIA – DF**

**DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E
CONSTITUIÇÃO I**

FERNANDO ANTÔNIO DE VASCONCELOS

GUSTAVO NORONHA DE AVILA

LUIZ GUSTAVO GONÇALVES RIBEIRO

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D597

Direito penal, processo penal e constituição I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Fernando Antônio De Vasconcelos; Gustavo Noronha de Avila; Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro - Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-435-8

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Desigualdade e Desenvolvimento: O papel do Direito nas Políticas Públicas

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais.
2. Constituição Federal.
3. Tutela Penal.
4. Exclusão Social. XXVI Encontro Nacional do CONPEDI (26. : 2017 : Brasília, DF).

CDU: 34



XXVI ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI BRASÍLIA – DF

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO I

Apresentação

No dia 20 de Julho deste ano, tivemos a oportunidade de coordenar os trabalhos deste grupo, em uma tarde ensolarada no Planalto Central. Podemos dizer que foi traçado verdadeiro panorama das discussões mais relevantes, no campo da ciência criminal, em nosso país.

Não apenas foram apresentados contundentes interrogantes ao incremento dos sufocamentos às liberdades, como também tivemos trabalhos com perfil bastante propositivo. Esta é uma qualidade indispensável em tempos onde a academia é chamada para, cada vez mais e melhor, equacionar teoria e prática.

Existe a discussão de temas emergentes como o depoimento especial, audiência de custódia, colaboração premiada, novas configurações da justa causa para a ação penal, controle de convencionalidade e o crime de desacato.

Também foram tratadas questões persistentes como o risco sociológico e os seus impactos dogmáticos, os critérios de aplicação do princípio da insignificância, a tutela penal do meio ambiente e do consumidor, o populismo punitivo, o crime político e a extradição, a criminalidade econômica, a exclusão social e seu papel no processo penal, além das demandas feministas em relação ao sistema punitivo e os gravíssimos problemas quanto ao sistema carcerário brasileiro.

A qualidade dos textos apresentados nos traz esperança de que o atual quadro político-criminal, cada vez mais voltado ao aumento quantitativo e qualitativo das punições, possa ser revertido. Espaços de resistência estão sendo construídos e este fenômeno, revelam as nossas discussões, é de abrangência nacional e, principalmente, perene.

Por esses motivos, os artigos apresentados a este Grupo de Trabalho constituem importantíssimas ferramentas para a conclusão de um incompleto processo de conformidade constitucional de nossas normas (processuais) penais.

Desejamos a você uma excelente leitura e que este seja apenas o ponto de partida dos qualificados debates que seguirão.

Brasília, 20 de Julho de 2017.

Prof. Dr. Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro (ESDHC)

Prof. Dr. Fernando Antônio de Vasconcelos (UFPB/Unipê)

Prof. Dr. Gustavo Noronha de Ávila (Unicesumar/UEM)

**O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE E A DESCRIMINALIZAÇÃO DO
CRIME DE DESACATO FACE À CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS
HUMANOS.**

**THE CONVENTIONALITY CONTROL AND THE DESCRIMINALIZATION OF
THE CRIME OF CONTEMPT IN ACCORDANCE TO THE AMERICAN
CONVENTION ON HUMAN RIGHTS.**

Dalvaney Aparecida de Araújo ¹
Patrick Juliano Casagrande Trindade ²

Resumo

A pesquisa objetiva analisar as especificidades do controle de convencionalidade no Brasil e ponderar acerca da incompatibilidade do crime de desacato face à Convenção Americana de Direitos Humanos. Observa-se que o delito de desacato, que tem como fim a proteção da autoridade estatal, não perdura no ordenamento jurídico brasileiro face a sua incompatibilidade com o direito humano à liberdade de expressão e de pensamento. A pesquisa teórico-bibliográfica e documental foi realizada por meio do método dedutivo numa abordagem crítico-comparativa.

Palavras-chave: Controle de convencionalidade, Direitos humanos, Crime de desacato, Liberdade de expressão, Convenção americana de direitos humanos

Abstract/Resumen/Résumé

The research aims to analyze the specificities of the control of conventionality in Brazil and to consider the incompatibility of the crime of contempt with the American Convention on Human Rights. It should be observed that the crime of contempt, which has as its purpose the protection of state authority, doesn't exist anymore in the Brazilian legal system, since it is incompatible with the human right to freedom of expression and thought. The theoretical-bibliographic and documentary research was carried out by means of the deductive method in a critical-comparative approach.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Conventionality control, Human rights, Crime of contempt, Freedom of expression, American convention on human rights

¹ Mestranda em Direito pela Fundação Universidade de Itaúna/MG. Pós-graduada em Direito Público. Servidora Pública do TJMG. Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

² Mestrando em Direito pela Fundação Universidade de Itaúna. Pós-graduado em Direito Social. Professor titular na Fundação Educacional de Oliveira e na Faculdade de Direito de Contagem.

INTRODUÇÃO

O objetivo do presente artigo consiste em investigar o controle de convencionalidade, com a finalidade de compreender, inicialmente, seus fundamentos teóricos no contexto analítico e crítico-comparativo para, então, evidenciar a necessária descriminalização do crime de aborto no ordenamento jurídico brasileiro face à incompatibilidade deste com as normas protetivas de liberdade de expressão contidas na Convenção Americana de Direitos Humanos.

Decerto que a aplicação das leis exige uma análise da compatibilidade vertical com a Constituição Federal, mas também dos diplomas estrangeiros à legislação pátria dos quais o Brasil é signatário. Com isso, há um novo parâmetro de validade ao qual se sujeitam as normas que integram o ordenamento jurídico brasileiro, impactando na pirâmide normativa brasileira e suscitando questões acerca do posicionamento das normas internacionais.

Visa-se analisar o confronto entre a lei interna e a lei internacional, no tocante à aplicação daquela ou desta diante do caso concreto, tendo em vista a hierarquia que determinadas normas internacionais podem ter diante das normas internas. Isso porque o controle de convencionalidade constitui um procedimento do Direito Internacional que visa analisar a compatibilidade vertical das normas internas de um Estado com os tratados internacionais ratificados no país.

Nesse sentido, torna-se imperioso examinar se uma norma doméstica é ou não compatível com a ordem internacional, funcionando o controle de convencionalidade como um instrumento viabilizador de cumprimento das normas internacionais, garantindo-se, em consequência, a eficácia prática dos preceitos de direitos humanos assumidos pelo país. A emblemática é que, o Brasil, embora seja signatário da Convenção Americana de Direitos Humanos que promove a liberdade de expressão, ainda possui em sua legislação penal a figura do desacato.

Essa contraposição vem sendo propugnada por parte da doutrina, pelo Poder Legislativo, pelo Poder Judiciário e pelo próprio sistema interamericano de proteção aos direitos humanos, do qual o Brasil faz parte. Desse modo, analisar-se-á a aplicação do controle de convencionalidade no ordenamento jurídico brasileiro, tendo como paradigma o controle de constitucionalidade, de forma a contextualizar a inconstitucionalidade do crime de desacato face ao reconhecimento da Convenção Americana de Direitos Humanos como norma interna.

Por meio da pesquisa bibliográfica foi possível construir análises temáticas, teóricas e críticas do tema do controle de convencionalidade e a descriminalização do crime de desacato, delimitando-se o objeto da pesquisa mediante a utilização do método dedutivo, partindo-se de uma visão macroanalítica (teoria do controle de convencionalidade) em direção a uma visão

micro (estudo da descriminalização do delito de desacato a partir da normatização da Convenção Americana de Humanos Direitos)

2. BREVES NOÇÕES CONCEITUAIS ACERCA DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE E DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E SUAS INTER-RELAÇÕES

O controle de constitucionalidade relaciona-se com o exercício da jurisdição constitucional, baseando-se na análise de compatibilidade entre uma lei ou ato normativo e o texto constitucional. Trata-se de um sistema que garante a supremacia das normas constitucionais, evidenciando a superioridade e sua força normativa, de modo a afastar a antinomia de uma eventual norma infraconstitucional.

A supremacia e a rigidez da Constituição formam a base para o exercício do controle de constitucionalidade, funcionando como mecanismo para se evitar excessos, abusos e desvios de poder. Nesse sentido, a supremacia evidencia a posição hierárquica da Constituição e o fundamento de validade das demais normas que não subsistirão se forem contrárias a essas. No caso da rigidez, o preceito constitucional para servir de critério de validade de outros atos normativos, deve advir de um processo diverso e mais complexo que os das leis infraconstitucionais.

Conforme menciona Fernandes (2014):

O controle de constitucionalidade visa garantir a supremacia e a defesa das normas constitucionais (explícitas ou implícitas), frente a possíveis usurpações, devendo ser entendido como a verificação da compatibilidade (ou adequação) de leis ou atos normativos em relação a uma Constituição, no que tange ao preenchimento de requisitos formais e materiais que as leis ou atos normativos devem necessariamente observar. (FERNANDES, 2014, p. 1081).

Assim, verifica-se que o controle de constitucionalidade permite a detecção de eventuais normas que se encontrem em desacordo com a Constituição Federal, invalidando ou anulando aquela norma que não atender aos ditames constitucionais, a fim de que cesse o desrespeito à Carta Magna, mantendo a sua superioridade. Nessa perspectiva, o controle de constitucionalidade constitui um controle interno de leis ao passo que a incorporação ao ordenamento jurídico interno de normas estrangeiras, isto é, aquelas dispostas em tratados internacionais passa pelo controle de convencionalidade, que remete justamente à análise da compatibilidade dessas normas externas ou internacionais ao ordenamento jurídico interno.

Nesse sentido, o controle de convencionalidade constituiria em um procedimento que impediria o Parlamento local de adotar uma lei que viole, ainda que abstratamente, direitos humanos previstos em tratados internacionais ratificados pelo país. Desse modo, considerando o tratado de direitos humanos em vigor, o país deixaria de adotar uma lei que com ele conflitasse, evitando-se uma responsabilidade internacional do Estado por descumprimento do tratado. (RAMOS, 2013).

A terminologia “controle de convencionalidade” teve origem na França, na década de 1970, em um caso em que o Conselho Constitucional Francês, na decisão 74-54 DC de 1975, manifestou-se por sua incompetência quanto ao exame de convencionalidade preventiva das leis. Vale dizer, em sua não competência para analisar preventivamente a compatibilidade das leis com os tratados ratificados pela França, que, nesse caso, tratava da compatibilidade das leis com a Convenção Europeia de Direitos Humanos. (MAZZUOLI, 2014).

O controle de convencionalidade refere-se, pois, às normas convencionais de direitos humanos previstas em tratados internacionais. Ou seja, o controle de convencionalidade verifica a adequação entre os atos internos de cada país face às normas internacionais na mesma perspectiva que o controle de constitucionalidade (que analisa essa compatibilidade das normas de direito interno com o texto constitucional), mas com parâmetros diferentes. Isso porque o primeiro tem como paradigma um tratado internacional e a jurisprudência internacional ao passo que o segundo tem como parâmetro a Constituição.

Nesse contexto, explanar-se-á acerca do controle de convencionalidade e dos ditames do sistema interamericano de direitos humanos no tocante à origem e consolidação da Corte Interamericana, de forma a evidenciar os atos normativos que servirão de parâmetro e objeto deste controle.

3. O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE DAS LEIS NO SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS

No Direito Constitucional brasileiro, o controle de constitucionalidade, no exercício da jurisdição constitucional, examina a compatibilidade entre uma lei ou ato normativo e o texto constitucional, dada a superioridade e força normativa deste, de modo a afastar a antinomia de uma eventual norma infraconstitucional. No Direito Internacional consagra-se o controle de convencionalidade, o qual se refere às normas convencionais de direitos humanos previstas em tratados internacionais ratificadas pelo Estado, verificando a adequação entre os atos internos face às normas internacionais.

Segundo Ramos (2013), subsistem duas formas de controle de convencionalidade: o internacional e o nacional. O internacional consiste na atividade fiscalizatória dos atos e condutas dos Estados em desconformidade com seus compromissos internacionais, remetendo aos órgãos julgadores independentes criados por tratados internacionais. No segundo, o controle de convencionalidade nacional é realizado pelos Tribunais internos do país por meio da análise de compatibilidade das normas internas às normas internacionais. (RAMOS, 2013).

Para Ramos (2013), as diferenças entre o controle de convencionalidade internacional e o nacional pautam-se: 1) na hierarquia do parâmetro de confronto, já que no controle de convencionalidade internacional, a norma paradigma é a internacional, geralmente um tratado ao passo que no controle de convencionalidade nacional a hierarquia do tratado que serve de parâmetro depende do ordenamento interno que estabelece a forma de recepção dos tratados; 2) na interpretação divergente dada pelos tribunais internos.

Nessa perspectiva, o autêntico controle de convencionalidade seria aquele advindo de um tratado internacional, realizado no plano internacional, uma vez que o controle de convencionalidade nacional constitui tão somente um controle nacional de legalidade, supra legalidade ou de constitucionalidade, dependendo da classificação do tratado ratificado.

De forma diversa, Mazzuoli (2014) afirma que o sistema brasileiro de controle da produção normativa doméstica também conta, especialmente depois da EC nº 45/04, com um controle jurisdicional da convencionalidade das leis, além do clássico controle de constitucionalidade e ainda com um controle de supralegalidade das normas infraconstitucionais, dando-se tanto por via de ação, no caso do controle concentrado, quanto pela via de exceção, no caso do controle difuso.

Para se compreender o controle de convencionalidade das leis no sistema interamericano de proteção aos direitos humanos, faz-se necessária a análise da origem e consolidação desse procedimento no âmbito da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

3.1 A origem e a consolidação do controle de convencionalidade na Corte Interamericana de Direitos Humanos

A expressão *control de convencionalidad* foi utilizada pela primeira vez no caso *Myrna Mack Chang vs. Guatemala*, pelo juiz Sérgio Garcia Ramirez, em sentença de 25 de novembro de 2003. Esse caso abordou a responsabilização do Estado da Guatemala pela privação arbitrária do direito à vida de Myrna, assassinada em 11 de setembro de 1990. (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2003).

Mas a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) manifestou-se expressamente sobre o controle de convencionalidade nos casos *Myrna Mack Chang vs. Guatemala e Tibi vs. Equador*. A corte sustentou que o Tribunal Internacional de Direitos Humanos deve manifestar-se sobre a convencionalidade enquanto que o Tribunal Constitucional deve ponderar acerca da constitucionalidade das normas domésticas.

A Corte IDH desenvolve essa forma de controle de convencionalidade exercido de duas formas: uma de caráter supranacional e a outra de controle nacional de decisões de caráter supranacional. Nesse primeiro caso, o controle supranacional de convencionalidade foi vislumbrado no caso *A Última Tentação de Cristo (Olmedo Bustos e outros) vs. Chile*, sentença de 05 de fevereiro de 2001. Nele a Corte entendeu que o Pacto de San José da Costa Rica teria sido violado em um artigo da constituição do Chile que diz respeito à matéria de censura televisiva e determinou a reforma da Constituição, posteriormente realizada pelo país. (SAGÜES, 2009).

Nesse contexto, não se trata de ser a jurisdição interamericana uma nova e última instância de controle dos processos que iniciam e se desenvolvem nos órgãos nacionais. Sua função pauta-se tão somente em confrontar os atos e as situações gerais previstas nos tratados internacionais que conferem à Corte competência para tratar desses assuntos.

Contudo, é no ano de 2006 que a terminologia “controle de convencionalidade” passa a ser de fato mencionada. Para tanto, três decisões evidenciam o papel da Corte Interamericana de Direitos Humanos (2006): caso *Almonacid Arellano e outros vs. Chile*; caso *trabalhadores demitidos do congresso vs. Peru*; e caso *Radilla Pacheco Vs. México*.

No caso dos *Trabajadores cejados do Congresso vs. Peru*, sentença de 24 de novembro de 2006, que versa sobre o caso de 257 trabalhadores demitidos do Congresso da República do Peru. Nesse julgamento, a Corte manifestou-se pela desnecessidade de provocação do Judiciário para exercício do controle de convencionalidade entre as normas internas e a convenção, podendo e devendo ele ser realizado de ofício. (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2006).

Nessa decisão, observa-se a menção acerca de um *corpus jûris* convencional dos direitos humanos denominado pelo juiz Sérgio García Ramirez como bloco de convencionalidade – Convenção Americana, Protocolo de São Salvador, Convenção de Belém do Pará, Convenção sobre o Desaparecimento Forçado – que se constitui como parâmetro para o controle de convencionalidade. Verifica-se, ainda, uma alusão ao controle de convencionalidade a encargo dos tribunais internacionais que seria uma espécie de controle concentrado e também a existência de um controle difuso de convencionalidade, exercido por todo juiz ou tribunal que

possui competência para aplicar estipulações de tratados internacionais de direitos humanos. (MAZZUOLI, 2013).

No caso *Cabrera Garcia e Montiel Flores versus México*, sentença de 26 de novembro de 2010 (que versa sobre a responsabilidade do Estado mexicano em razão do tratamento desumano e degradante prestado pelo exército às vítimas), a Corte IDH (2010) manifestou-se de forma definitiva acerca do controle de convencionalidade e menciona decisões de várias Cortes Supremas de países latino-americanos que atribuíram obrigatoriedade interna à interpretação realizada pela Corte Interamericana no que se refere aos dispositivos da Convenção. Essa evidência exposta pela Corte demonstra a existência de uma interação inter-cortes para proteção dos direitos humanos.

Essa interação entre os juízes internos nacionais e a Corte de IDH assinala um contexto de proteção dos direitos humanos realizado tanto pelo controle de constitucionalidade como pelo de convencionalidade, seja pelos órgãos internos, seja pelos internacionais com esse primórdio.

3.2 Atos normativos: parâmetro e objeto de controle de convencionalidade

Os atos normativos que servirão de parâmetro para a realização do controle de convencionalidade serão o Pacto de San José da Costa Rica, a interpretação dada pela Corte IDH acerca dessas normas e tratados de direitos humanos internalizados no Brasil com quórum qualificado. Assim, tanto as normas da Convenção Americana de Direitos Humanos (CACH) como as concepções exaradas pela Corte compõem o bloco de convencionalidade, haja vista ser sua intérprete máxima nos termos do art. 67 da CACH.

Conforme a exposição feita pela Corte IDH (2001) no caso *La última tentación de Cristo (Omedo Bustos y otros vs. Chile)* qualquer norma interna de hierarquia infraconstitucional ou constitucional poderá ser objeto de controle de convencionalidade. E não somente as constituições podem ser objeto de controle na concepção de Sagües (2009), a jurisprudência vinculante que venha a ser adotada pelo país também.

Observa-se que o controle exercido pela Corte é o de convencionalidade internacional. Assim, em um caso concreto, realiza-se o confronto entre as normas constitucionais e infraconstitucionais e as normas internacionais e, conseqüentemente, ter-se-á uma decisão que pode determinar reforma da sentença ou a derrogação das leis internas.

Trata-se do controle de convencionalidade concentrado nos ditames estabelecidos pelos tratados. Esse exercício pode ser feito na forma contenciosa quando esgotada as instâncias

nacionais e a violação ainda persista. No caso da forma consultiva (art. 64 da CADH), ela somente servirá de base para juízes quando se analisar o controle de convencionalidade.

4. O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS

A proteção jurídica aos direitos humanos no contexto mundial exigiu dos países comprometidos a criação de mecanismos para a efetivação desses direitos inseridos em tratados e convenções internacionais, necessitando de uma atuação conjunta entre o judiciário interno e dos organismos judiciais internacionais que tratam sobre o assunto, num diálogo interjurisdicional.

No entanto, a mentalidade de uma primazia do direito interno sobre o direito externo constituiu um dos óbices para a sua adesão pelo Poder judiciário brasileiro, já que, somente com a edição da Emenda Constitucional n. 45/2004 (BRASIL, 2017) e a vinculação obrigatória do Brasil à Corte Interamericana de Direitos Humanos, o país sofreu o impulso para a revisão dos seus conceitos sobre a atuação do ordenamento jurídico internacional pelo nosso ordenamento interno.

Assim, diante dessa nova concepção pela evolução do direito internacional dos direitos humanos surge a necessidade de averiguar a constitucionalidade ou não da aplicação destes tratados internacionais diante das normas internas. Isso porque, entre outras mudanças no texto constitucional trazidas pela referida emenda, foi acrescentado o §3º ao seu art. 5º, dispondo que “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.”(BRASIL, 2017).

A nossa ordem constitucional, com isso, passa a promover um diálogo com o direito internacional no que tange aos seus julgados acerca de direitos humanos, convergindo cada vez mais com julgados de Cortes internacionais, havendo, assim, uma necessária comunicação entre o direito interno e o direito externo. O controle de convencionalidade realiza, pois, um conjunto de mecanismos que possibilita o controle da compatibilidade de normas jurídicas internas diante do conteúdo dos tratados internacionais por aquele país ratificado, constituindo em instrumentos que impediria a adoção de lei que viole direitos humanos previstos nos mencionados tratados.

Mazzuoli (2013, p. 5) 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 no país”. Nesse sentido, o controle de

convencionalidade consiste numa atividade fiscalizadora dos atos e condutas dos Estados que estão em desconformidade com seus compromissos internacionais, bem como num exame minucioso realizado pelos Tribunais internos do país acerca 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 governo e em vigor no país.

No Brasil, esse controle é feito tomando-se como parâmetro as normas constantes nos tratados internacionais sobre direitos humanos incorporados no nosso ordenamento jurídico na forma do artigo 5º, parágrafo 3º da CR/88 (BRASIL, 2017) ou sobre aqueles tratados ainda não incorporados pelo nosso ordenamento jurídico nesta forma, mas vigentes pela ratificação do Brasil a eles

Mazzuoli (2013) enfatiza que a produção normativa doméstica conta com um duplo limite vertical material: a) a CF/88 e os tratados de direitos humanos (1º limite); e b) os tratados internacionais comuns (2º limite) em vigor no país. Em relação ao primeiro, que versa sobre os tratados de direitos humanos, se eles tiverem sido aprovados com o quórum qualificado que o art. 5º, § 3º da CF/88 prevê, seu *status* será de norma material e formalmente constitucionais. Agora, se não tenha ocorrido sua inserção nessa forma qualificada, ele será considerado apenas materialmente constitucional. (MAZZUOLI, 2013).

No mesmo sentido, Piovesan (2013) assinala que os documentos internacionais que tratam de direitos humanos ratificados pelo país antes da EC n. 45/04 constituem normas materiais (art. 5º, §2º/ CR/88) e formalmente constitucionais (art. 5º, §3º, CR/88). Pauta-se a autora nos seguintes argumentos: I) a interpretação sistemática da Constituição, de forma a dialogar os §§ 2 e 3º do art. 5 já que o último não revogou o primeiro, mas deve, ao contrário, ser interpretado conforme o texto constitucional; II) a lógica e racionalidade material que devem orientar a hermenêutica dos direitos humanos ante à necessidade de evitar interpretações que apontem anacronismos da ordem jurídica e a teoria geral da recepção no direito brasileiro.

Desse modo, os tratados internacionais que versam sobre direitos humanos, uma vez incorporados na forma acima descrita, observado o processo legislativo e o quórum legal, tem hierarquia de emenda constitucional. Esses tratados internacionais, assim, servem de parâmetro para o controle de convencionalidade no direito brasileiro. E, para efetivação dessas convenções sobre direitos humanos, torna-se 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 de origem pátria para prevalecer a norma de procedência internacional.

No tocante aos tratados internacionais sobre direitos humanos que não foram incorporados na forma do art. 5º, parágrafo 3º da CR/88, para Mazuolli (2013), 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. Nesse sentido, 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 (na visão do mencionado autor) possuem 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).

Antagonicamente, Gilmar Mendes manifesta-se pela concepção de supralegalidade dos tratados de Direitos Humanos, posicionamento apresentado no julgamento do HC 87.585-TO no dia 3/12/08 (BRASIL, 2008), no qual evidenciou que os tratados de direitos humanos são hierarquicamente superiores à lei ordinária.

Esse julgamento representou um avanço na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) na medida em que, desde 1979, vigorava a adoção do critério de *lex posterior derogat priori*. Vale dizer, o tratado, uma vez formalizado, passava a ter *status* de lei ordinária, de modo que ele (o tratado) poderia revogar as disposições em contrário ou perderia sua eficácia diante da lei posterior, conforme expresso no RE 80004/SE, jul. 01/6/1977 (BRASIL, 1977).

O STF, no caso dos tratados comuns, ainda mantém esse posicionamento de que eles possuem força de lei ordinária. Mas, no caso dos tratados de direitos humanos, tal como mencionado, a Corte entendeu que eles possuem *status* supralegal a partir de 2008. Essa posição hierárquica sustentada no STF acerca da supralegalidade dos tratados, embora criticada por diversos autores, conferiu maior relevância aos tratados de direitos humanos e trouxe algumas consequências. Nesse sentido, tais preceitos se submetem à Constituição Federal, uma vez que se encontram abaixo dessa e acima das normas infraconstitucionais.

A argumentação do STF pauta-se no sentido de que a equiparação afetaria a Constituição e, via de regra, sua supremacia. Assim, como norma supralegal, adota-se o critério hierárquico para a solução de antinomias. E, ainda, há que se verificar que, o afastamento de uma disposição convencional em virtude de sua incongruência com um preceito constitucional hierarquicamente superior, não desobrigaria o país ante as obrigações assumidas na ordem internacional. Isso só poderia ser feito por meio da cláusula de denúncia, que constitui um ato privativo do Presidente da República, nos termos do art. 84 da CR/88 (BRASIL, 2017).

De todo modo, tem-se que o controle de convencionalidade constitui um instrumento de efetivação dos tratados internacionais, o que implica na garantia do direito à liberdade de expressão no país, considerando a consagração deste direito como norma expressa da Convenção Interamericana de Direitos Humanos.

5. A COMPREENSÃO DO DIREITO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO NO ÂMBITO INTERNACIONAL

O exercício da liberdade de expressão constitui um dos principais mecanismos com que a sociedade possui para exercer um controle democrático sobre as pessoas que têm a seu cargo assuntos de interesse público. Nesse sentido, por tratar-se de um direito humano fundamental, a matéria foi regulamentada na Convenção Americana de Direitos Humanos.

Essa Convenção, datada de 22 de novembro de 1969, só passou a ser incorporada pelo Brasil em 11 de novembro de 1992, através do Decreto Presidencial n. 678, passando a submeter-se à jurisdição obrigatória da Corte Interamericana somente em 2002 através do Decreto n. 4.463.

A matéria acerca do exercício do direito de liberdade de pensamento e expressão foi disciplinada no artigo 13 da dita Convenção (BRASIL, 1992), o qual estabelece que:

Artigo 13 - Liberdade de pensamento e de expressão

1. Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito compreende a liberdade de buscar, receber e difundir informações e idéias de toda natureza, sem consideração de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro processo de sua escolha.
2. O exercício do direito previsto no inciso precedente não pode estar sujeito à censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente previstas em lei e que se façam necessárias para assegurar:
 - a) o respeito dos direitos e da reputação das demais pessoas;
 - b) a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas. (BRASIL, 1992).

No âmbito da Comissão Interamericana de Direitos Humanos foi aprovada a Declaração de Princípios sobre a Liberdade de Expressão, com a principal finalidade a abrangência da garantia da liberdade de expressão já assegurada no art. 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos, dispondo, em seu item 11, que “as leis que punem a expressão ofensiva contra funcionários públicos, geralmente conhecidas como ‘*leis de desacato*’, atentam contra a liberdade de expressão e o direito à informação.”

Conforme explicitado anteriormente, o processo de ratificação define o *status* hierárquico do tratado no âmbito interno. O Supremo Tribunal Federal fixou o entendimento de que os tratados internacionais que versem sobre direitos humanos possuem natureza infraconstitucional, porém supralegal. Assim, todo tratado internacional do qual o Brasil seja signatário possui caráter superior às leis internas. Para alcançar natureza de emenda constitucional, ele deveria ser julgado e aprovado pelas casas do Congresso Nacional, nos termos do art. 5º, parágrafo 3º da Constituição da República Federativa do Brasil.

Desse modo, o julgador, ao realizar o controle de Constitucionalidade das leis, deve se ater à interpretação das normas legais não só em relação à Constituição Federal, mas também em relação aos tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil ratificou sua adesão. Com isso, a integração dos direitos humanos no cenário jurídico brasileiro passou a ser objeto fundamental na análise da sua constitucionalidade e aplicação no âmbito interno, o que gerou uma atenção especial para nossos órgãos do Poder Judiciário exigindo dos juízes e tribunais uma revisitação de seus papéis na proteção dos direitos humanos.

Portanto, se alguma norma de direito interno colidir com os dispositivos da Convenção Americana sobre os Direitos Humanos, restringindo a eficácia e o gozo dos direitos e liberdade nela estabelecidos, as regras de interpretação aplicáveis exigirão do intérprete a prevalência da norma do tratado e não a da legislação interna, tendo em vista a ratificação do tratado pelo Brasil, como ocorre com a figura do desacato no ordenamento brasileiro.

6. O CRIME DE DESACATO NO DIREITO BRASILEIRO

O prestígio e o respeito aos servidores públicos constitui um dos objetivos jurídicos da tutela penal no direito brasileiro para o crime de desacato, tendo como fundamento teleológico a proteção da dignidade da Administração Pública e do exercício do Serviço Público. Desse modo, ofender o referido bem faz com que o agente incorra no crime de desacato, assim trazido pelo art. 331 do Código Penal Brasileiro (BRASIL, 1940): “Art. 331. Desacatar funcionário público no exercício da função ou em razão dela. Pena: detenção, de seis meses a dois anos, e multa.”

A conduta punida pauta-se no comportamento humano de desacatar. Vale dizer, desrespeitar, desprestigiar, ofender o funcionário público, com palavras, gestos, vias de fato ou qualquer outro meio que evidencie a intenção de ofender o referido funcionário, quando a ofensa é feita no exercício da sua função, ou seja, que está trabalhando, ou quando o funcionário esteja de folga, desde que a conduta se refira às suas funções.

Nas palavras de Capez (2011, p. 565), “o desacato consiste na prática de qualquer ato ou emprego de palavras que causem vexame, humilhação ao funcionário público”. Verifica-se que a conduta punida é aquela que visa se expressar de forma caluniosa, difamatória ou injuriosa. Enfim, todo ato que desprestigie, humilhe o funcionário público, de forma a ofender a dignidade, o prestígio e o decoro da função pública.

A caracterização do crime independe de o funcionário público se sentir ou não ofendido, pois o que a lei visa é prestigiar o cargo público e a sua dignidade. E ainda, exige que a ofensa seja feita na presença do funcionário público, sendo atípica, neste particular, a conduta praticada sem que o funcionário público ouça a ofensa no momento da ação ou omissão daquele que a comete (GONÇALVES, 2014).

Importante salientar que, se a conduta for praticada sem a presença do funcionário público, conforme explanado acima, a conduta será atípica quanto às elementares do crime de desacato, ensejando, no entanto, a análise da incidência dos crimes contra a honra. Assim, a vontade livre e consciente de praticar os atos ou proferir palavras ofensivas, ou seja, humilhantes ou desprestigiadoras, é o que caracteriza o crime em análise, ficando evidenciado que a liberdade de expressão, no que tange à crítica ou censura dos atos do funcionário público, é imputada como ilícito penal.

Portanto, o ilícito penal em debate pune, por uma questão de preservação do serviço público, a liberdade de expressão do cidadão que se volta contra um Estado ineficiente frente aos deveres que lhes são inerentes bem como sua deficiência na garantia de determinados direitos. Nesse contexto, por meio do controle de convencionalidade, observa-se que a descriminalização do crime de desacato institui-se como medida assecuratória de liberdade de expressão do indivíduo.

7. O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE E A DESCRIMINALIZAÇÃO DO CRIME DE DESACATO

A compatibilidade da lei com o texto constitucional, por si só, não lhe garante validade no direito interno, já que ainda necessita ser compatível com os tratados internacionais

ratificados pelo país. Isto é, ainda que a lei seja compatível com a Constituição, sua incompatibilidade com os tratados internacionais atrai a discussão acerca da sua invalidade.

Desatento aos ditames do Pacto de San José da Costa Rica e à conclusão da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, o direito brasileiro não revogou expressamente o artigo 331 do Código Penal Brasileiro (BRASIL, 1940), exigindo dos operadores do direito a análise sobre a sua vigência ou revogação tácita.

Esse exame sobre a consonância da legislação interna com os respectivos tratados internacionais no intuito de harmonizar a legislação pátria com os ordenamentos jurídicos internacionais, assim ratificados pelo Brasil, ficou a encargo dos juristas nacionais. A esse despeito, Piovesan (2013) enfatiza que:

Por conseguinte, cumpre 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 expedidas pelos denominados “*treaty bodies*” – 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. (PIOVESAN, 2013, p. 170)

A aplicação de leis de desacato para proteger a honra dos funcionários públicos que atuam em caráter oficial, concede-lhes um direito à proteção especial injustificado do qual não dispõem os demais indivíduos da sociedade. Essa distinção inverte diretamente o princípio fundamental de um sistema democrático, que faz com que o governo seja objeto de controles, entre eles, o escrutínio da cidadania, para prevenir ou controlar o abuso de seu poder coativo. (CAPEZ, 2013).

Em consequência, os cidadãos teriam o direito de expor suas razões, criticar, questionar e examinar as ações e atitudes daqueles que exercem a função pública. E as leis que identificam a conduta penal de desacato dissuadem as críticas, pelo receio e temor das pessoas às ações judiciais ou sanções fiduciárias.

Baseados no que dispõe o artigo 29, alínea “a”, da CADH (1992), ou seja, que nenhuma disposição pode ser interpretada no sentido de “permitir a qualquer dos Estados Partes, grupo ou pessoa, suprimir o gozo e exercício dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção ou limitá-los em maior medida do que a nela prevista.”, alguns magistrados vêm fazendo uso do controle de convencionalidade difuso, reconhecendo pela atipicidade da conduta do crime de desacato, apesar resistência de parte da doutrina e dos operadores do direito.

Dessa forma, se alguma norma de direito interno colidir com as normas da Convenção Americana sobre os Direitos Humanos, restringindo ou limitando o direito de liberdade de expressão nelas protegidos, haverá a necessidade de se fazer uso do controle difuso de convencionalidade, já que a decisão não envolve o controle de constitucionalidade reservado ao Supremo Tribunal Federal, já que se trata de adequação de norma legal brasileira a um tratado internacional.

O julgamento da ação penal nº 0067370-64.2012.8.24.0023, que tramitou pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina, foi primeira decisão nacional conhecida que declarou a inconstitucionalidade do crime de desacato, enfatizando que o referido delito já não encontra guarida, tendo em vista a realização do Controle de Convencionalidade, realizando-se, pois a hermenêutica necessária aos crimes de desacato.

Enfatiza a decisão que:

Em que pese reconhecer-se a inexistência, *a priori*, de caráter vinculante na interpretação do tratado operada pela referida instituição internacional, filio-me ao entendimento apresentado, considerando, antes de tudo, os princípios da fragmentariedade e da interferência mínima, os quais impõem que as condutas de que deve dar conta o Direito Penal são essencialmente aquelas que violam bens jurídicos fundamentais, que não possam ser adequadamente protegidos por outro ramo do Direito. Nesse prisma, tenho que a manifestação pública de desprezo proferida por particular, perante agente no exercício da atividade Administrativa, por mais infundada ou indecorosa que seja, certamente não se consubstancia em ato cuja lesividade seja da alçada da tutela penal. Trata-se de previsão jurídica nitidamente autoritária – principalmente em se considerando que, em um primeiro momento, caberá à própria autoridade ofendida (ou pretensamente ofendida) definir o limiar entre a crítica responsável e respeitosa ao exercício atividade administrativa e a crítica que ofende à dignidade da função pública, a qual deve ser criminalizada. A experiência bem demonstra que, na dúvida quanto ao teor da manifestação (ou mesmo na certeza quanto à sua lesividade), a tendência é de que se conclua que o particular esteja desrespeitando o agente público – e ninguém olvida que esta situação, reiterada no cotidiano social, representa infração à garantia constitucional da liberdade de expressão. (SANTA CATARINA. 2015).

Nesse contexto, observa-se que, por mais indecorosa e absurda que seja uma manifestação particular dirigida a um agente no exercício da atividade administrativa, a sua conduta não se consubstancia numa lesividade passiva de tutela penal. E tratá-la de forma diferente implicaria no reconhecimento de uma medida autoritária por parte do agente estatal e uma nítida infração à garantia constitucional da liberdade de expressão. Esse entendimento deve repercutir:

(...) na jurisprudência interna dos Estados americanos signatários do Pacto de São José da Costa Rica – sobretudo em Estados que, como o Brasil, são também signatários da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados de 1969, cujo art. 27 prescreve que “uma Parte não pode invocar as disposições do seu direito interno para justificar o descumprimento de um tratado.” A título de exemplo, destaco que, precisamente pelos

fundamentos alinhavados pela Comissão, a Suprema Corte de Justiça do Estado de Honduras, em 19 de maio de 2005, e a Corte de Constitucionalidade da República de Guatemala, em 1º de Fevereiro de 2006, julgaram inconstitucionais os tipos penais dos respectivos ordenamentos jurídicos correlatos ao crime de desacato previsto na legislação brasileira. (SANTA CATARINA. 2015.)

Ressalte-se, que, além do controle de convencionalidade a ser aplicado, o referido dispositivo penal já sofria suas críticas baseadas em alguns princípios basilares do direito penal, quais sejam o princípio da fragmentariedade e o princípio da intervenção mínima que, em suma, dispõem que no Direito Penal devem ser tutelados apenas bens jurídicos relevantes que não possam ser protegidos por outro ramo do Direito.

Acerca do caráter fragmentário da esfera penal, Gomes e Bianchini (2015, p. 59) explicitam que:

É necessário que o direito penal apenas se ocupe de ataques (ofensas) intoleráveis (geradores de lesões ou perigo de lesão) a bem jurídicos relevantes. O direito penal, por conta do caráter fragmentário que ostenta, somente tutelar e sancionará condutas revestidas de especial gravidade, isto é, condutas que perturbem de forma intolerável o Estado de direito e necessitem da atuação do direito penal.

Sobre o princípio da intervenção mínima, aduz o jurista que “o Direito tem condições de oferecer aos bens uma proteção diferenciada, que pode ser civil, administrativa, penal etc., devendo a tutela penal ser reservada para aquilo que efetivamente cause lesão ou perigo ao bem jurídico-penal protegido.” (GOMES; BIANCHINI, 2015, p. 63).

Observa-se, assim, que o próprio ordenamento penal já dispõe de subsídios principiológicos para o afastamento da tipicidade da conduta descrita no crime de desacato, tendo em vista o caráter de *ultima ratio* do Direito Penal. Logo, o argumento da descriminalização do delito, por meio do controle de convencionalidade das leis, apenas reafirma a imperiosidade desse reconhecimento.

Recentemente, o Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial 1640084, Rel. Min. Ribeiro Dantas, DJ 15/12/16, decidiu pela descriminalização do crime de desacato. Versa o caso sobre o fato de um indivíduo ter subtraído para si, mediante grave ameaça exercida com emprego de um vergalhão de ferro, uma garrafa de conhaque 'Dreher' da vítima. Na ocasião da prisão, o réu teria desacatado com gestos e palavras os policiais militares que estavam no exercício de suas funções públicas, além ter se oposto à execução de ato legal, consistente em sua abordagem e detenção, mediante o emprego de grave ameaça e violência exercida contra os milicianos. Os ministros acompanharam o voto do relator.

Especificamente acerca do crime de desacato no caso em análise, o relator explicitou que a adequação das normas legais aos tratados e convenções internacionais adotados pelo

ordenamento pátrio configuram controle de constitucionalidade, o qual, “no caso concreto, por não se cuidar de convenção votada sob regime de emenda constitucional, não invade a seara do controle de constitucionalidade e pode ser feito de forma difusa, até mesmo em sede de recurso especial.” (BRASIL, STJ, 2016).

Nesse sentido, a ausência de lei veiculadora de *abolitio criminis* não inibe a atuação do Poder Judiciário na verificação da inconformidade do art. 331 do Código Penal, que prevê a figura típica do desacato, com o art. 13 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, que estipula mecanismos de proteção à liberdade de pensamento e de expressão, realizando-o por meio do controle de convencionalidade difuso.

Observe-se que o julgamento explicitou o entendimento da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) no sentido de que as leis relativas ao crime de desacato ocasionam abusos se servem como meio para silenciar ideias e opiniões consideradas incômodas por servidores públicos, proporcionando a estes maior proteção do que aos particulares, o que fere os princípios da democracia e igualdade. E, como houve a adesão ao Pacto de São José, transpõe-se para a ordem interna os critérios interpretativos da CIDH, de modo que a aplicação contrária implicar-se-ia na negação da universalidade dos valores inerentes aos direitos fundamentais internacionalmente reconhecidos.

Aplicando o controle de convencionalidade, afirmou o ministro Ribeiro Dantas que:

O controle de convencionalidade não se confunde com o controle de constitucionalidade, uma vez que a posição supralegal do tratado de direitos humanos é bastante para superar a lei ou ato normativo interno que lhe for contrária, abrindo ensejo a recurso especial, como, aliás, já fez esta corte superior ao entender pela inconveniência da prisão civil do depositário infiel (BRASIL, STJ, 2016).

Assim, não há dúvidas de que a existência do crime de desacato em nosso ordenamento pátrio demonstra-se retrógrada, na medida em que demonstra uma nítida desigualdade entre servidores públicos e particulares. E não pode “a ofensiva de um moralismo punitivo parece[r] ter optado pela explícita escolha da expressão dos valores próprios ao risco de uma total indiferença aos direitos dos infratores”. (JOBIM, 2014, p. 324).

Nesse contexto, o método hermenêutico que coaduna com a concretização da liberdade de expressão encontra-se inserido no princípio *pro homine*, o qual evidencia a dignidade da pessoa humana e a prevalência dos direitos humanos. Isso porque “não há dúvida de que a criminalização do desacato está na contramão do humanismo porque ressalta a preponderância do Estado - personificado em seus agentes - sobre o indivíduo”. (BRASIL, STJ, 2016).

Ademais, tem-se que o afastamento da tipificação do mencionado delito não inibe outras responsabilidades de cunho civil ou criminal. Todavia, até que haja modificação da lei penal,

com a conseqüente *abolitio criminis*, a utilização do controle de convencionalidade por juizes e magistrados ante o exercicio de um controle difuso da norma interna com a CADH e a jurisprudência do sistema interamericano de direitos humanos demonstra-se uma medida primordial para se resguardar o direito à liberdade de expressão.

Logo, o reconhecimento da liberdade de expressão implica na descriminalização do crime de desacato. Esse entendimento deve ser adotado pelos magistrados e Tribunais (considerando que Brasil é signatário do Pacto de São José da Costa Rica) até um julgamento pelo Supremo Tribunal Federal acerca da crime de desacato, com efeitos *erga omnes*, em que se reconheça a descriminalização do desacato ou inconstitucionalidade¹ da lei, tal como ocorrera com a prisão do depositário infiel.

O controle de convencionalidade também poderá ser realizado pela própria Corte Interamericana de Direitos Humanos acerca de um eventual caso brasileiro a ela encaminhado. Nesse caso, pode ser que a Corte IDH culmine numa condenação ao Brasil para a retirada do crime de desacato da legislação penal. Esse entendimento ratifica o argumento primordial do controle de convencionalidade, qual seja a de que o intérprete deve estar imbuído da premissa de que "os Estados existem para os humanos e não vice-versa." (TRINDADE, 2012, p. 17).

Nessa perspectiva, esse impasse entre a criminalização do desacato e os ditames do sistema interamericano de proteção aos direitos humanos, evidencia que o país precisa não somente promover ações no sentido de que o órgão legiferante nacional promova a descriminalização da figura do desacato, como também para atentar-se para remediar e prevenir outras violações de direitos humanos ligados à liberdade de expressão.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O controle de convencionalidade das leis, embora seja muito difundido na esfera internacional, ainda constitui um instituto novo no ordenamento jurídico brasileiro. Trata-se de um procedimento que revela uma medida assecuratória de efetividade dos direitos humanos, na medida em que se pauta numa técnica judicial de compatibilização vertical das normas internas a partir das disposições normativas internacionais. Nesse sentido, o Brasil possui o dever de aplicar medidas internas para concretizar os direitos humanos baseando-se nos preceitos internacionais e, sobretudo, cumprir as decisões emanadas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.

¹ No entender de Valério Mazzuoli (2013) seria inconvencionalidade da lei.

Assim, a aplicação do controle de convencionalidade no ordenamento jurídico brasileiro, tendo como paradigma o controle de constitucionalidade, resulta no reconhecimento da CIDH como norma interna e, conseqüentemente, a inconstitucionalidade do crime de desacato. Isso porque, à luz das legislações internacionais, observa-se que a condenação pelo crime de desacato constitui uma grave violação ao dispositivo internacional supralegal (art. 13 da CIDH), considerando que a dita norma estrangeira possui força supralegal e o crime previsto no artigo 331 do Código Penal de caráter infraconstitucional, deve ser inaplicável, justamente por confrontar o diploma internacional.

Nessa perspectiva, esse novo sistema constitucional (com requintes do Direito Internacional) voltado ao ser humano e ao respeito para com seus direitos, impõe ao país a necessidade de descriminalização da figura do desacato já que a liberdade de expressão e de pensamento configuram-se essencialmente como direitos humanos. No entanto, não obstante o posicionamento do sistema interamericano, o Poder Judiciário ainda recebe variados casos de desacato e muitas vezes deixa de aplicar os ditames da Corte IDH, havendo algumas exceções como as exaradas.

Em virtude disso, observa-se que as perspectivas de abolição do crime de desacato no ordenamento jurídico brasileiro ainda são mínimas, Embora o STF entenda que as normas da Corte Interamericana de Direitos Humanos tenham caráter supralegal, observa-se um eventual diálogo entre ambas as Cortes. Com isso, há possibilidade de soluções mais adequadas, criando-se espaços mais favoráveis à proteção dos direitos humanos mediante respeito às especificidades nacionais de cada país.

Nessa concepção, para que o sistema constitucional brasileiro se consolide como um Estado voltado ao ser humano, faz-se necessária uma observância do crime de desacato sob um viés diferenciado, numa perspectiva de construção de respeito aos direitos humanos e aos ditames do sistema interamericano de proteção aos direitos humanos. Logo, trata-se de resguardar o escrutínio da cidadania, para prevenir ou controlar o abuso de poder coativo, não havendo dúvida de que a criminalização do desacato está na contramão do humanismo, uma vez que ressalta a preponderância do Estado, por meio seus agentes, em relação ao particular, o que demonstra um anacronismo inaceitável no Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. 16. ed. São Paulo: Editora RIDEEL, 2016.

BRASIL, Decreto-Lei nº 2,848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal Brasileiro**. Brasília, **Diário Oficial da União**, 31 dez. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm>. Acesso em: 03 dez. 2016.

BRASIL, Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992 – decreto que adota a **Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica)**. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm. Acesso em 03 dez. 2016.

BRASIL, Decreto n.º 7.030, de 14 dezembro de 2009. Promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969, com reserva aos Artigos 25 e 66. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/htm. Acesso: 10 jan. 2017.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp 1640084. Relator Min. Ribeiro Dantas. Julgamento: 15/12/16. Quinta Turma. Brasília, 2016. Disponível em: http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/Quinta-Turma-descriminaliza-desacato-a-autoridade. Acesso em: 22/12/16.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. RE 466.343-SP. Rel. Min. Cezar Peluso. Julgado em 03/12/2008. Tribunal Pleno. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1>. Acesso em 03 jan. 2017.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. HC 87.585-TO. Rel. Min. Marco Aurélio. Julgado em 03/12/2008. Tribunal Pleno. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1>. Acesso em 03 jan. 2017.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. RE 80004/SE. Rel. Min. Xavier Albuquerque. Julgado em 01/06/1977. Tribunal Pleno, Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1>. Acesso em 03 jan. 2017.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**: parte especial. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, vol. 3.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso A Última Tentação de Cristo (Olmedo Bustos e outros) vs. Chile**. Fondo, Reparaciones y Costas. São José, Costa Rica, série c, n. 73, 05 de fevereiro de 2001. Disponível em <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_73_esp.pdf>. Acesso em 03 jan. 2017.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Almonacid Arellano e outros vs. Chile**. São José, Costa Rica, série c, n. 154, 26 de setembro, 2006. Disponível em <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf>. Acesso em 03 jan. 2017.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Cabrera Garcia e Montiel Flores versus México**. Fondo, Reparaciones y Costas. São José, Costa Rica série C, n.º 220, 26 novembro, 2010. Disponível em <<http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec220esp.pdf>>. Acesso em 03 jan. 2017.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala**. Fondo, Reparaciones y Costas. São José, Costa Rica, série c, n.º 101, 25 novembro, 2003. Disponível em <<http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec101esp.pdf>>. Acesso em 04 jan. 2017.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Radilla Pacheco Vs. México**. Fondo, Reparaciones y Costas. São José, Costa Rica, série c, n.º 209, 23 novembro, 2009. Disponível em <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_209_esp.pdf>. Acesso em 03 jan. 2017.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú**. Fondo, Reparaciones y Costas. São José, Costa Rica, São José, Costa Rica, série c, n.º 158, 24 de novembro, 2006b. Disponível em <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec158_esppdf>. Acesso em 03 jan. 2017.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 22. ed. Salvador: Jus Juspodivm, 2014.

GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice. **Curso de Direito Penal: parte especial**. Salvador: Juspodivm, 2015.

GONÇALVES, Victor Eduardo Gonçalves. **Direito Penal: parte especial**. São Paulo: Saraiva, 2015.

HITTERS, Juan Carlos. Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación: criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Estudios Constitucionales**, ano 7, n. 2. p. 109-128, 2009. Disponível em: <http://scielo.cl/pdf/estconst/v7n2/art05.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2017.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **O Controle Jurisdicional de Convencionalidade das leis**. 3 ed. São Paulo: Saraiva. 2013.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

JOBIM, Augusto. A ostensão penal: notas críticas sobre a vertigem da punição. **Pensar. Revista de Ciências Jurídicas**. Fortaleza, v. 19, n. 2, 2014. Disponível em: <<http://ojs.unifor.br/index.php/rpen/article/view/3413/pdf>>. Acesso em: 20 jan. 2017.

PIOVESAN, Flavia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 14ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

SAGÜES. Néstor Pedro. **El “control de convencionalidad”**, en particular sobre las Constituciones nacionales. La Ley, año LXXIII, n. 35, Buenos Aires, fev./2009, p. 1-3. <http://www.pj.gov.py/ebook/monografias/extranjero/derechoshumanos/N%C3%A9storPedroSagu%C3%A9s-El-Control-de-Convencionalidad.pdf>, Acesso em: 04 jan. 2017.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Sentença na Ação Penal. Procedimento Sumário/PROC de Autos no 0067370-64.2012.8.24.0023. Juiz Alexandre Morais da Rosa. Florianópolis: Santa Catarina, 17 jan. 2017.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Direito Internacional das Organizações Internacionais**. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.