XXVI ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI BRASÍLIA – DF

DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS I

BENEDITO CEREZZO PEREIRA FILHO

MARIA CREUSA DE ARAÚJO BORGES

VALÉRIA SILVA GALDINO CARDIN

Copyright © 2017 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte destes anais 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 Naspolini 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 internacional dos direitos humanos I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Benedito Cerezzo Pereira Filho; Maria Creusa De Araújo Borges; Valéria Silva Galdino Cardin - Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-433-4
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. Direitos Humanos. 3. Proteção. 4. Direito Fundamental. XXVI EncontroNacional do CONPEDI (26. : 2017 : Brasília, DF).

CDU: 34

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito
Florianópolis – Santa Catarina – Brasil

XXVI ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI BRASÍLIA – DF

DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS I

Apresentação

O XXVI Encontro Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito – CONPEDI - realizado na cidade de Brasília/DF, entre os dias 19 a 21 de julho de 2017, mais uma vez apresentou ótimos trabalhos científicos, com abordagem a vários temas não só controvertidos, mas também inéditos, demonstrando a realização de uma investigação científica profícua na seara jurídica.

Ressalte-se que o grupo de trabalho de Direito Internacional dos Direitos Humanos trouxe à tona inúmeros problemas que merecem ser continuamente discutidos para que alcancem um entendimento vocacionado a permitir a realização de técnicas adequadas capazes de permitir o integral respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana.

É com grande satisfação que registramos a nossa participação como presidente da mesa de trabalhos, compartilhada com os professores doutores Benedito Cerezzo Filho e Maria Creuza de A. Borges, pesquisadores da área, que muito contribuíram nos debates realizados durante a apresentação dos artigos científicos.

Saliente-se que o CONPEDI supera a cada ano os demais eventos da área jurídica, porque, além de permitir discussões de elevado nível acadêmico entre graduandos, mestrandos, mestres, doutorandos e doutores, possibilita a apresentação dos resultados das pesquisas realizadas em nível de pós graduação, demonstrando assim o que tem sido realizado de melhor na investigação científica nos programas de pós-graduação em nosso país.

Por fim, denota-se que os trabalhos apresentados neste Congresso não só refletem a preocupação com as mazelas que acometem a sociedade, mas apontam soluções ou, ao menos, provocam a discussão, o que é importantíssimo, pois contribuem de forma efetiva na proteção dos direitos da personalidade e dos direitos humanos, com ênfase à proteção integral ao direito fundamental de garantia de uma tutela efetiva à dignidade daqueles que integram a sociedade.

Profa. Dra. Valéria Silva Galdino Cardin - UEM/UNICESUMAR

Prof. Dr. Benedito Cerezzo Pereira Filho - USP

Profa. Dra. Maria Creuza de Araújo Borges - UFPB

A (IN)CONVENCIONALIDADE DO CRIME DE DESACATO ANALISADA SOB OS ASPECTOS DO PACTO DE SÃO JOSÉ DA COSTA RICA

THE (IN) CONVENTIONALITY OF THE CRIME OF CONTEMPT TOWARDS OFFICIALS ANALYZED UNDER THEASPECTS OF THE CONVENTION OF SAN JOSE OF COSTA RICA

Alisson Thiago de Assis Campos
Rayssa Rodrigues Meneghetti

Resumo

A doutrina e os Tribunais Superiores discutem a incompatibilidade entre o crime de desacato e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, que consagra a liberdade de expressão. Sob o fundamento de que os Tratados Internacionais de Direito Humanos adotados antes da Emenda Constitucional nº 45/2004 possuem caráter supralegal, o Superior Tribunal de Justiça suspendeu a força normativa do crime de desacato. Baseado em uma revisão bibliográfica e documental calcada no método dedutivo, o presente artigo pretende averiguar se o crime de desacato viola algum princípio internacional, fazendo uma análise à luz do controle de convencionalidade.

Palavras-chave: Controle de convencionalidade, Crime de desacato, Direitos humanos, Pacto de são josé da costa rica, Liberdade de expressão

Abstract/Resumen/Résumé

The Law doctrine and the Brazilian Supreme Court discuss the incompatibility between the crime of contempt towards officials and the American Convention on Human Rights, which enshrines freedom of expression. On the grounds that the International Human Rights Treaties adopted before Constitutional Amendment N¬º 45/2004 are supra-legal, the Brazilian Superior Court of Justice suspended the normative force of the crime. Based on a bibliographical and documentary review, and on the deductive method, the present article intends to investigate if the crime of contempt towards violates some international principle, making an analysis in the light of the control of conventionality.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Conventional control, Crime of contempt, Human rights, Pact of são josé da costa rica, Freedom of expression

1- INTRODUÇÃO

Em recente decisão proferida quando do julgamento de Recurso Especial nº 1640084/SP, a 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça afastou a aplicabilidade do disposto no artigo 331 do Código Penal Brasileiro, que criminaliza o desacato, por considerá-lo incompatível com a previsão normativa constante no artigo 13 do Pacto de São José da Costa Rica, o qual consagra o Princípio da Liberdade de Expressão.

O objetivo proposto pela presente pesquisa é traçar um panorama sobre os fundamentos que deram supedâneo à decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça, analisando se há incompatibilidade vertical entre o crime de desacato e o tratado internacional acima mencionado.

Para tanto, será necessário conceituar o que vem a ser o desacato e o Princípio da Liberdade de Expressão, fazendo um estudo aprofundado sobre a eficácia normativa do Pacto de São José da Costa Rica em nosso ordenamento jurídico. Após, será feito um estudo acerca do Controle de Convencionalidade, que se apresenta como uma das técnicas para verificação da compatibilidade vertical entre as normas internas e os tratados internacionais sobre direitos humanos.

Dessa forma, o presente artigo científico tem como propósito contribuir para com a discussão acerca da temática envolvendo o conflito de normas internas e as Convenções Internacionais sobre Direitos Humanos, notadamente à luz do Princípio da Liberdade de Expressão, apontando o Controle de Convencionalidade como possibilidade para solução das antinomias com base no critério hierárquico.

As conceituações propostas serão feitas a partir da pesquisa bibliográfica que permitirá uma releitura da temática dos pontos mais relevantes relacionados à matéria. Nessa esteira, a pesquisa documental e bibliográfica permitirá a análise crítica e conceitual sobre o julgado proferido pelo Superior tribunal de Justiça bem como sobre os termos que fundamentaram a decisão objeto de análise.

A abordagem se justifica e mostra-se atual porque se trata de decisão inovadora que traz um debate interessante sobre a necessidade de compatibilizar as normas penais brasileiras aos tratados internacionais que versam sobre Direitos Humanos, analisando a posição hierárquica que estes últimos ocupam em nossa pirâmide normativa.

Para alcançar os objetivos acima estipulados, pretendemos realizar uma revisão de literatura através da releitura de doutrinas que se dedicam a conceituar a o Controle de Convencionalidade, o Princípio da Liberdade de Expressão e o Crime de Desacato, a fim de possibilitar uma maior compreensão sobre a importância do tema.

O artigo será dividido em cinco capítulos, onde se buscará, primeiramente, realizar uma análise formal acerca do crime desacato para, então, abordar os aspectos mais importantes relativos ao Princípio da Liberdade de Expressão. Posteriormente será feito um estudo sobre a força normativa do Pacto de São José da Costa Rica e sobre o Controle de Convencionalidade para, por fim, apontar os entendimentos jurisprudenciais que analisaram a incompatibilidade entre a norma brasileira insculpida no art. 331 do Código Penal e o tratado internacional mencionado.

A metodologia empregada para a estruturação da pesquisa deverá se basear no método descritivo e analítico que permitirá a abordagem, análise e conceituação das categorias consideradas fundamentais para a o estudo acerca da (in)compatibilidade entre o Pacto de São José da Costa Rica e o crime de desacato previsto no art. 329 do Código Penal.

Partindo de uma revisão documental baseada na leitura do tratado internacional mencionado, bem como dos julgados pertinentes ao tema, pretende-se aliar os dados colhidos aos conceitos de ordem dogmática, obtidos a partir da releitura dos principais doutrinadores que versam sobre a temática proposta. Assim, mediante uma análise aprofundada do arcabouço jurídico que incentiva a implementação do Controle de Convencionalidade, pretende-se realizar um exame sobre a validade do disposto no art. 329 do Código Penal à luz do Princípio da Liberdade de Expressão, consagrado pela Convenção Interamericana de Direitos Humanos.

2- PREVISÃO E ANÁLISE FORMAL DO CRIME DE DESACATO NO BRASIL

Previsto no artigo 331 do Código Penal Brasileiro, o crime de desacato busca tutelar o prestígio, o respeito e a dignidade do exercício da função pública, prezando pela realização regular das atividades administrativas inerentes ao Estado[1].

Uma breve leitura do disposto no dispositivo legal supramencionado nos permite constatar que ao criar a norma incriminadora o poder legiferante objetivou assegurar o desempenho digno da atividade exercida pelo funcionário público em nome do Estado. É por essa razão que ao comentar o objeto penalmente tutelado pelo dispositivo previsto no artigo 331 do Código Penal Brasileiro o autor Cléber Masson lembra que o crime protege “a Administração Pública, especialmente no tocante ao desempenho normal, à dignidade e ao prestígio da função exercida em nome ou por delegação do Estado. Secundariamente, também se resguarda a honra do funcionário público” (MASSON, 2014, p.1182-1.183).

Na mesma esteira já era o entendimento de Nelson Hungria, para quem:

[1] Art. 331 - Desacatar funcionário público no exercício da função ou em razão dela: Pena - detenção, de seis meses a dois anos, ou multa.

> Todo funcionário público, desde o mais graduado ao mais humilde, é instrumento da soberana vontade e atuação do Estado. Consagrando-lhe especial proteção, a lei penal visa a resguardar não somente a incolumidade a que tem direito qualquer cidadão, mas também o desempenho normal, a dignidade e o prestígio da função exercida em nome ou por delegação do Estado. (HUNGRIA, 1959, p. 420-421)

A conduta núcleo do tipo incriminador está representada na norma pelo verbo "desacatar", que no contexto em que foi empregado está relacionado aos atos de desprestigiar, desrespeitar, menosprezar e ofender a dignidade do exercício de função inerente à Administração Pública.

Constata-se, pois, que a ideia que anima a existência do crime de desacato reside na afronta e no desrespeito a funcionário público. Por esta razão foram precisos os ensinamentos de Nelson Hungria segundo os quais

> A ofensa constitutiva do desacato é qualquer palavra ou ato que redunde em vexame, humilhação, desprestígio ou irreverência ao funcionário. E a grosseira falta de acatamento, podendo consistir em palavras injuriosas, difamatórias ou caluniosas, vias de fato, agressão física, ameaças, gestos obscenos, gritos aguros, etc. (HUNGRIA, 1958, p.421)

Por tratar-se de crime comum, entende-se que o delito de desacato pode ser cometido por qualquer pessoa que, agindo de maneira comissiva, desacata o funcionário público. Conclui-se, portanto, que o tipo penal não exige uma qualidade especial do sujeito ativo para que o crime se configure. Por outro lado, a vítima deve ostentar a condição de funcionário público, prevista no artigo 327 do Código Penal, sob pena de impedir a perfeita subsunção do fato à norma.

O elemento subjetivo exigido para a configuração do crime é o dolo, o qual, a rigor do finalismo de Welzel, pode ser verificado quando da comprovação da finalidade desprestigiar a função pública. Exige-se, portanto, aquilo que os adeptos da Teoria Causalista chamariam de dolo específico, ou seja, o especial fim de agir consistente em humilhar e menosprezar a função pública exercida pelo ofendido. (PRADO, 2006, p. 484). Dessa forma, o sujeito ativo deve agir com vontade livre e consciente, ofendendo ou desprestigiando a função pública.

Vale lembrar que inexiste a punição do delito de desacato na forma culposa, já que inexistente a previsão legal capaz de configurar a tipicidade formal necessária à configuração do crime.

A consumação do crime ocorre de maneira instantânea, ou seja, não se prolonga no tempo, se manifestando no momento em que o responsável pelo desacato profere os dizeres que ofendem o bem jurídico tutelado pela norma penal e o funcionário público toma conhecimento do ato.

Insta frisar, entretanto, que para que haja a real tipificação do delito, é fundamental que o funcionário público seja desacatado no exercício de sua função ou em razão dela. A esse respeito, inclusive, já dispunha o item 85 da Exposição de Motivos da parte Especial do Código Penal, segundo a qual o crime de desacato se verifica não só quando o funcionário se acha no exercício da

função (seja, ou não, o ultraje infligido *propter officium*), senão também quando se acha *extra officium*, desde que a ofensa seja *propter officium*. (BRASIL, 1940)

Assim sendo, se a ofensa se der por outras razões que não aquelas inerentes ao cargo público exercido, não há que se falar em subsunção do fato à norma incriminadora ora analisada, embora ainda haja possibilidade de responsabilização por outros crimes (notadamente aqueles que tutelam a honra subjetiva e objetiva do agente).

Embora seja questão que comporte entendimento diverso, a maior parte da doutrina exige que o desacato ocorra na presença física do funcionário público. Tal fato dificulta a ocorrência da tentativa que, no entanto, entendemos que esta se mostra possível desde que o sujeito ativo, ao tentar efetuar o ato de desacato, venha a ser impedido ou, noutro giro, não atinja sua finalidade por quaisquer outras circunstâncias alheias à sua própria vontade. Tal hipótese, embora de difícil configuração, pode se dar, por exemplo, quando o desacato é levado a efeito através de uma agressão física, já que nesse caso há possibilidade de fracionamento do *iter criminis*[2].

A ação penal no crime em comento é pública incondicionada, independendo, pois, de representação do ofendido para que haja a almejada persecução penal. Dessa forma, o Ministério Público pode oferecer a denúncia independentemente da vontade da vítima, deflagrando a ação cabível.

A sanção prevista no tipo é a detenção que varia de 06 (seis) meses a 02 (dois) anos, podendo ser substituída por pena de multa ou, a rigor do que dispõe o artigo 44 do Código Penal Brasileiro, por pena restritiva de direitos.

Faz-se necessário consignar que, levando-se em consideração a quantidade de pena cominada, a competência para a análise dos fatos passa a ser do Juizado Especial Criminal, devendo, pois, serem aplicados, quando cabíveis, todos os benefícios constantes da Lei 9.099/95, tais como a transação penal e a suspensão condicional do processo.

Conforme se compreende do título do presente trabalho, a problemática que determina a elaboração do artigo está circunscrita no fato de que o tipo incriminador que ora é comentado vem sofrendo diversas críticas da doutrina penal. O principal argumento dos doutrinadores se calca, sobretudo, na existência de uma suposta incompatibilidade entre o que está disposto no artigo 331 do Código de Penal Brasileiro e o princípio da liberdade de expressão no artigo 13 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica).

Diante de tudo que já fora exposto, temos que, por hora, faz-se necessário encarar a validade da norma que incrimina o desacato. Ressalte-se que, conforme Alexandre Travessoni desenvolve, faz-se necessário diferenciar a validade de eficácia, sendo a segunda uma *conditio sine*

---

[2] Fernando Capez (2007, p. 241) define *iter criminis* como sendo o caminho do crime, dividindo-o em quatro etapas a serem percorridas, quais sejam: a cogitação, a preparação, a execução e a consumação.

qua non para a ocorrência da primeira, não se confundindo, todavia, com esta (2004, p. 259). Desta feita, uma norma jurídica, para que seja válida, deve, necessariamente, ser eficaz. Entretanto, a eficácia, por si só, não garante a validade da norma, a qual somente será obtida mediante a adequação da norma ao ordenamento jurídico como um todo.

3- PRINCÍPIO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO

O artigo 5º, inciso IV da Constituição Federal[3] garante o Princípio da Liberdade de Expressão como Direito Fundamental, sendo este atrelado ao consagrado Princípio da Liberdade de Manifestação de Pensamento.

Conforme conceitua Edimilson Pereira de Farias:

> "A liberdade de expressão e informação é atualmente entendida como um direito subjetivo fundamental assegurado a todo cidadão, consistindo na faculdade de manifestar livremente o próprio pensamento, ideias e opiniões através da palavra, escrito, imagem ou qualquer outro meio de difusão, bem como no direito de comunicar ou receber informação verdadeira, sem impedimentos nem discriminações." (FARIAS, 2000, 162-163)

Ademais, o artigo 13 do Pacto de São José da Costa Rica[4], cujo Brasil é signatário, garante a todos a liberdade de pensamento e de expressão. Trata-se do direito de ter acesso e poder difundir ideias e informações, sem sofrer nenhum tipo de proibição ou censura prévia. Contudo, cabe a aplicação de responsabilidades ulteriores, mediante atos que desrespeitem a reputação de outrem ou que ofereçam risco à segurança nacional.

Portanto, dizer que uma sociedade democrática consagra o Princípio da Liberdade de Expressão não significa que seu povo pode menosprezar e despeitar impunemente os funcionários públicos. Trata-se, além de outras coisas, de um direito que deixa as pessoas livres para criticarem a atuação da Administração e as atividades estatais, representadas na figura de seus servidores. Uma

---

[3] Art. 5.º, IV – É livre a manifestação de pensamento, sendo vedado o anonimato.

[4] 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 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.

nação, cujo povo tem autonomia para reclamar da má prestação de serviços e apontar corrupções, torna-se mais forte e independente.

Importante compreender que, o direito à liberdade de expressão, pensamento e informação, não é absoluto e pode ser relativizado, sofrendo restrições, com o fito de impedir o abuso e as ofensas dirigidas aos servidores da administração, bem como para evitar um tratamento que desmereça a moral e a reputação de outra pessoa.

No entanto, os meios de punição para este tipo de comportamento precisam ser analisados e avaliados, para que as leis não se tornem restritivas aos pronunciamentos e manifestações populares em relação ao Estado.

Neste sentido, existem outros tipos penais, que não o desacato, aptos a promover a punição em face do desrespeito aos funcionários públicos, sem, contudo, impedir as pessoas de se posicionarem diante das atividades do Estado, garantindo, assim, o exercício do direito à liberdade de pensamento e expressão.

Sobre a relativização do direito fundamental de liberdade de expressão, Bernardo Gonçalves Fernandes ensina:

> "[...] falar em direito de expressão ou de pensamento não é falar em direito absoluto de dizer tudo aquilo ou fazer tudo aquilo que se quer. De modo lógico-implícito a proteção constitucional não se estende à ação violenta. Nesse sentido, para a corrente majoritária de viés axiológico, a liberdade de manifestação é limitada por outros direitos e garantias fundamentais como a vida, a integridade física, a liberdade de locomoção. Assim sendo, embora haja liberdade de manifestação, essa não pode ser usada para manifestação que venham a desenvolver atividades ou práticas ilícitas." (FERNANDES, 2011, p. 279)

Resta frisar a diferença que a doutrina brasileira propõe entre liberdade de informação e liberdade de expressão. A primeira é mais restrita e está ligada exclusivamente à divulgação de informações, é o direito individual que cada um tem de comunicar fatos e dados e também de recebe-los. Sendo a última, um princípio de maior abrangência, que significa a livre expressão por qualquer meio, considerando desde opiniões publicadas em veículos de comunicação, até o cinema, a música, as novelas, o teatro, entre outros. Contudo, o Direito em alguns países, bem como parte da legislação internacional, como a Declaração Universal dos Direitos do Homem, tratam as liberdades de informação e expressão conjuntamente, sendo que as consideram como corolário do Princípio da Liberdade de Pensamento.

Sobre essa distinção, Luís Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho explica:

> Por isso é importante sistematizar, de um lado, o direito de informação, e, de outro, a liberdade de expressão. No primeiro está apenas a divulgação de fatos, dados, qualidades, objetivamente apuradas. No segundo está a livre expressão do pensamento por qualquer meio, seja a criação artística ou literária, que inclui o cinema, o teatro, a novela, a ficção literária, as artes plásticas, a música, até mesmo a opinião publicada em jornal ou em qualquer outro veículo. (CARVALHO, 1999, p.25)

Portanto, a liberdade de manifestação do pensamento, inseridas em seu conceito as liberdade de expressão e informação, são, primeiramente, formas de manifestação do interesse individual de cada um. Além disso, são, inegavelmente, meios de atender à necessidade pública de difundir e circular ideias, numa dimensão coletiva, colaborando para o funcionamento e desenvolvimento dos regimes democráticos, uma vez que, o Poder Público pratica atos em nome do povo e a ele deve satisfações.

4- FORÇA NORMATIVA DO PACTO DE SÃO JOSÉ DA COSTA RICA

Durante muito tempo discutiu-se sobre a posição ocupada pelos tratados internacionais que versam sobre direitos humanos no modelo de pirâmide normativa inspirado em Hans Kelsen, o qual, faz-se necessário lembrar, fora o adotado pelo nosso ordenamento jurídico.

A discussão acerca da natureza jurídica das normas internacionais parecia ter sido encerrada com a Emenda Constitucional nº 45 de 2004, a qual acrescentou ao artigo 5º da Carta Magna um terceiro parágrafo[5].

Ocorre, no entanto, que a referida Emenda Constitucional, como visto, somente veio a ser aprovada em 2004, ou seja, alguns anos após a ratificação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos que, por sua vez, passou a vigorar no ordenamento jurídico brasileiro em meados de 1992.

Tendo em vista que após a aprovação da Emenda Constitucional nº 45/2004 os Tratados Internacionais aprovados de acordo com o disposto no §3º do artigo 5º passariam a ter caráter constitucional, surgiu um questionamento, sobretudo no que diz respeito aos instrumentos internacionais de direitos humanos assinados antes do advento da referida emenda.

A questão, como não podia ser diferente, foi levada ao Supremo Tribunal Federal que, objetivando dar maior relevância aos tratados que versavam sobre questões humanitárias, optou por 05 (cinco) votos a 04 (quatro), por dar aos tratados anteriormente assinados um caráter supralegal, isto é, abaixo da constituição, mas acima das demais normas.

Ao proferir seu voto no julgamento do Recurso Extraordinário 466.343, o Ministro Gilmar Mendes[6] optou por conferir aos tratados internacionais em matéria de Direitos Humanos um caráter supralegal, isto é, acima da legislação ordinária, porém abaixo das normas constitucionais. Em seus dizeres,

---

[5] Art. 5º (...) § 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

[6]As citações a seguir se referem ao Recurso Extraordinário 466.343 de acordo com a versão eletrônica disponível em http://www.stf.jus.br. Acesso em 1º ago. 2011

> parece mais consistente a interpretação que atribui a característica de supralegalidade aos tratados e convenções de direitos humanos. Essa tese pugna pelo argumento de que os tratados sobre direitos humanos seriam infraconstitucionais, porém, diante de seu caráter especial em relação aos demais atos normativos internacionais, também seriam dotados de um atributo de supralegalidade. Em outros termos, os tratados sobre direitos humanos não poderiam afrontar a supremacia da Constituição, mas teriam lugar especial reservado no ordenamento jurídico. Equipará-los à legislação ordinária seria subestimar o seu valor especial no contexto do sistema de proteção dos direitos da pessoa humana. (BRASIL, 2011)

Faz-se necessário consignar, a princípio, que é certo que os fundamentos por ele defendidos apresentaram uma mudança de paradigma no Direito Brasileiro. Isto porque o modelo da pirâmide normativa adotada em nosso país, mais precisamente aquele arquétipo proposto por Hans Kelsen, não trazia consigo nenhuma espécie de regramento que se sobrepusesse à legislação ordinária ou complementar, a não ser aquelas contidas na Constituição Federal.

Segundo o modelo proposto por Kelsen, a Constituição Federal se encontra no ápice da pirâmide normativa, sendo seguida pelas demais normas.

A tese da supralegalidade, todavia, trouxe ao ordenamento jurídico brasileiro um patamar na pirâmide normativa que até então era inexistente. Ela tratou de colocar os Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos em uma posição superior às demais normas infraconstitucionais, estando, no entanto, em posição inferior à Constituição Federal.

Em nosso entendimento, a tese que clama pela supralegalidade dos tratados sobre Direitos Humanos deve ser compreendida sob dois aspectos. O primeiro dele diz respeito à posição hierárquica que foi conferida aos instrumentos internacionais enquanto o segundo nos remete à necessidade de adequação entre eles e a legislação ordinária.

Não resta dúvida de que ao conferir às Convenções Internacionais sobre Direitos Humanos um caráter supralegal, os ministros do Supremo Tribunal Federal tinham o escopo de alçar os direitos humanos a um patamar mais elevado, garantindo-lhes uma posição superior a que anteriormente lhes era conferida pela jurisprudência dos tribunais superiores. Os direitos humanos dispostos em instrumentos internacionais passaram, então, a apresentar uma hierarquia superior às leis e demais atos normativos, exercendo sobre estes um poder de controle que lhes garante, inclusive, o condão de limitar a validade de qualquer ato que lhes seja contrário.

Impende lembrar, no entanto, que segundo este entendimento, os tratados sobre Direitos Humanos encontram-se em um patamar inferior ao da Constituição Federal, não podendo contrariar, portanto, o que está disposto na Carta Magna, ainda que em benefício das garantias individuais e em detrimento do Estado.

Não é segredo de que o Excelentíssimo Ministro Gilmar Mendes é grande estudioso do Direito comparado e foi justamente em fontes estrangeiras que o referido julgador foi buscar fundamento para a tese por ele defendida, a qual, como dito anteriormente, veio a ser aquela que por

maioria dos votos passou, desde então, a ser a posição do Pretório Excelso. Afirmou ele, portanto, que

> na experiência do direito comparado, é válido mencionar que essa mesma qualificação é expressamente consagrada na Constituição da Alemanha que, em seu art. 25, dispõe que "as normas gerais do Direito Internacional Público constituem parte integrante do direito federal. Elas prevalecem sobre as leis e produzem diretamente direitos e deveres para os habitantes do território nacional" (grifo do original).
> Anoto, ainda, que o mesmo tratamento hierárquico normativo é dado aos tratados e convenções internacionais pela Constituição da França de 1958 (art. 55)(...) e pela Constituição da Grécia de 1975 (art. 28) (...).Também o Reino Unido vem dando mostras de uma verdadeira revisão de conceitos. O Parlamento já não mais se mostra um soberano absoluto. O "European Communities Act", de 1972, atribuiu ao direito comunitário hierarquia superior em face de leis formais aprovadas pelo Parlamento. Essa orientação tornou-se realidade no caso Factortame Ltd. v. Secretary of State for Transport (N.2) [1991](...).(MENDES, 2011)

Insta mencionar que anuíram ao entendimento esposado por Gilmar Mendes os Ministros Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia e Menezes Direito. Assim, analisando de forma mais pormenorizada o entendimento adotado por eles, pudemos constatar que os fundamentos apresentados têm como escopo, na verdade, negar aos tratados internacionais surgidos antes da redação dada ao artigo 5º, §3º da Constituição Federal o condão de infringir as normas constitucionais.

Os fundamentos apresentados pelo magistrado têm sofrido grande crítica dos doutrinadores. Isto porque o entendimento defendido pelo julgador foi apresentado no caso em que se discutia acerca da proibição da prisão decorrente da dívida do depositário fiel, a qual encontrava guarida na Constituição Federal e, no entanto, perdera sua eficácia em face de uma norma que, no entender de Gilmar Mendes, possui caráter infraconstitucional.

Pedro Lenza, ao discorrer sobre o assunto, assevera as contradições:

> O STF, por 5x4, em 03.12.2008, no julgamento do RE 466.343, decidiu que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, se não incorporados na forma do art. 5.º, § 3.º (quando teriam natureza de norma constitucional), têm natureza de normas supralegais, paralisando, assim, a eficácia de todo o ordenamento infraconstitucional em sentido contrário.
> Embora sedutora a tese e, sem dúvida, fortalecedora do princípio da dignidade da pessoa humana, o grande problema parece-nos justificar (especialmente diante da nova redação conferida ao §3.º do art. 5.º pela EC n. 45/2004) a possibilidade de "paralisar" a eficácia das leis contrárias aos tratados ou convenções sobre direitos humanos, mas que encontrariam suporte de validade na própria Constituição, que continua estabelecendo, ao lado da prisão do devedor de alimentos, a do depositário infiel (LENZA, 2010, p. 499/500)

Em nosso entendimento, em se tratando de efeitos práticos, pensamos não fazer qualquer diferença a adoção de qualquer dos dois posicionamentos, quais sejam, a supralegalidade ou a constitucionalidade. Isto porque, antes de tudo, há de se levar em conta que uma das características inalienáveis dos direitos humanos é aquilo que se convencionou chamar de vedação do retrocesso social. Diante disso, temos que levar em consideração um efeito peculiar nas normas que versam sobre esta matéria, eis que uma vez adotadas por nosso ordenamento jurídico, não poderão mais ser

extirpadas, senão com um rompimento com o Estado Democrático de Direito por meio de uma espécie de revolução.

> (...) os direitos fundamentais conquistados não podem retroceder. Afastamo-nos da idéia de *onipotência do poder constituinte*. Canotilho observa que o poder constituinte "... é estruturado e obedece a padrões e modelos de conduta espirituais, culturais, éticos e sociais radicados na consciência jurídica geral da comunidade e, nesta medida, considerados como 'vontade do povo'". Fala, ainda, na necessidade de observância de princípios de Justiça (suprapositivos e supralegais) e, também, dos princípios de direito internacional (princípio da independência, princípio da observância de direitos humanos – neste último caso de vinculação jurídica chegando a doutrina a propor uma juridicialização e evolução do poder constituinte (LENZA, 2010, p. 748).

Desta feita, não importa o caráter normativo apresentado pela norma humanitária. Não poderá ser ela revogada ainda que por instrumento normativo que, teoricamente, se apresenta como superior hierárquico.

Em tempo, pode-se constatar, ainda, que tendo em vista a nova redação trazida pela Emenda Constitucional 45, bem como os entendimentos abordados pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal, entendemos que a melhor forma de se encarar a hierarquia das normas domésticas em face dos tratados internacionais seria tomando como base não mais o controle de constitucionalidade na forma como previsto no ordenamento atual. Faz-se necessário adaptarmos a nomenclatura de forma a propiciar um verdadeiro Controle de Convencionalidade, no qual observar-se-á a compatibilidade entre as leis e os pactos internacionais acerca de Direitos Humanos.

Ao comentar o assunto, Valerio Mazzuoli salienta que das inovações advindas da Emenda Constitucional 45,

> veio à tona (e passou a ter visibilidade entre nós) um novo tipo de controle da produção normativa doméstica: o controle de convencionalidade das leis, que nada mais é que o processo de compatibilização vertical (sobretudo material) das normas de Direito interno com os comandos encontrados nas convenções internacionais de direitos humanos. À medida que os tratados de direitos humanos ou são *materialmente* constitucionais (art. 5º, §2º) ou *material e formalmente* constitucionais (art. 5º, §3º), é lícito entender que o clássico "controle de constitucionalidade" deve agora dividir espaço com esse novo tipo de controle ("de convencionalidade") da produção normativa doméstica. (MAZZUOLI, 2011, p. 379)

Assim, uma vez reconhecido o Pacto de São Jose da Costa Rica como sendo norma supralegal ou mesmo materialmente constitucional, é certo que não poderá ser declarada a inconstitucionalidade de nenhuma norma em face dele. Isto porque, como visto, tecnicamente falando, o controle de constitucionalidade somente deve ser usado quando houver conflito de lei ou ato normativo em face de preceito expressamente previsto no texto constitucional propriamente dito.

5- ASPECTOS GERAIS SOBRE O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE

A temática relativa ao Controle de Convencionalidade das leis brasileiras está circunscrita

em uma proposta teórica que pretende fazer a análise jurisdicional da (in)compatibilidade entre as normas internas e as disposições previstas nos Tratados Internacionais de Direitos Humanos, possibilitando a invalidação dos dispositivos legais que venham a se mostrar menos benéficos à luz do Princípio *Pro Homine.*

Conforme é sabido, ao tratar especificamente sobre o fundamento de validade do Direito, Hans Kelsen rompeu com os paradigmas que propunham que a aspectos relativos à moral ou a questões metafísicas viessem a servir de base e fundamentação para a aplicação da Justiça Estatal, propondo um sistema escalonado de validação de normas.

> A análise da consciência jurídica positiva, que põe a descoberto a função da norma fundamental, requer que se traga à luz uma particularidade singular do direito; que o direito regula sua própria criação, de modo, que uma norma jurídica regula o procedimento pelo qual outra norma jurídica é produzida, e – em diversos graus – também regula o conteúdo da norma a ser produzida. […] O ordenamento jurídico não é, portanto, um sistema jurídico de normas igualmente ordenadas, colocadas lado a lado, mas um ordenamento escalonado de várias camadas de normas jurídicas. Sua unidade se deve à conexão, que acontece porque a produção e, desta forma, a validade de uma reverte para a outra, cuja produção novamente é determinada pela outra; um regresso que desemboca, finalmente na norma fundamental, na regra fundamental hipotética e, consequentemente, no fundamento de validade mais alto, aquele que cria a unidade desta conexão de produções. O escalonamento (*Stufenbau*) do ordenamento jurídico – e com isso se pensa apenas no ordenamento jurídico estatal único – pode ser representado talvez esquematicamente da seguinte maneira: o pressuposto da norma fundamental – o sentido deste pressuposto já foi abordado anteriormente – coloca a Constituição na camada jurídico-positivo mais alta – tomando-se a Constituição no sentido material da palavra -, cuja função essencial consiste em regular os órgãos e o procedimento da produção jurídica geral, ou seja, da legislação. (KELSEN, 2011, p. 131)

Ao traçar as bases para que o Direito fosse considerado como ciência, Kelsen buscou fundamentar a validade da ordem jurídica na norma fundamental, que exercendo papel de ascendência sobre as demais normas, irradiaria seu poder normativo a fim de criar um espaço de manobra capaz de permitir uma aplicação adequada do direito. (2011, p. 150)

No caso brasileiro, a Constituição Federal de 1988 exerce o protagonismo normativo proposto por Hans Kelsen, posicionando-se no ápice de nossa pirâmide normativa e atuando como nossa norma fundamental. Assim sendo, qualquer ato que venha a contrariar as disposições constitucionais torna-se materialmente inválido, devendo ser retirado da ordem de validade jurídica.

A técnica de declaração de invalidade das normas em face da Constituição recebe o nome de Controle de Constitucionaldade. Assim, o referido controle nada mais é que uma das formas de se impedir a aplicação de uma norma inconstitucional no ordenamento jurídico brasileiro, podendo ser exercido de forma difusa, concentrada, repressiva ou preventiva.

Conforme se percebe, o Controle de Constitucionalidade se fundamenta na supremacia da Constituição Federal, que decorre da construção teórica segundo a qual as normas constitucionais seriam o fundamento de validade de todo o ordenamento jurídico.

O Controle de Convencionalidade, propriamente dito, assemelha-se, ainda que de maneira

distante, ao Controle de Constitucionalidade amplamente difundido no meio jurídico desde o julgamento do caso "Marbury *versus* Madison"[7].

Esse modelo revisional adotado, acima demonstrado, serviu de paradigma para vários modelos judiciais ao redor do planeta, permitindo que as “normas superiores” fossem consideradas como fundamento de validade das “normas inferiores”, de modo que as aquelas não pudessem ser por estas desrespeitadas.

A semelhança entre sistemática do Controle de Constitucionalidade e a do Controle de Convencionalidade é de que ambas buscam analisar a compatibilidade da legislação brasileira em face de instrumentos normativos que lhe sejam superiores na escala normativa. Assim, se o Controle de Constitucionalidade interpreta as normas à luz das Constituições, o Controle de Convencionalidade faz essa análise à luz dos tratados e Convenções Internacionais. (MAZZUOLI, 2016, p. 31)

A supremacia normativa das Convenções Internacionais que abordam a temática relativa a direitos humanos começa a ser traçada na segunda metade do século XX, após o término da 2ª Guerra Mundial, que ampliou o sistema de proteção de direitos ao redor do globo.

Com a expansão das relações internacionais e o advento do processo de internacionalização dos Direitos Humanos, muitos autores têm defendido uma relativização da soberania estatal, que agora, para além de obedecer à Carta Magna, deve observar os Tratados e Convenções Internacionais que o Estado optou por aderir.

> Pode-se concluir que não há conceito mais alheio ao da proteção internacional dos direitos humanos que o conceito tradicional de soberania. São irreconciliáveis os conceitos de “soberania” e “direitos humanos”, o que implica necessariamente a abdicação ou afastamento daquela noção em prol da proteção dos seres humanos protegidos, a menos que se remodele o conceito para passar a dizer respeito à cooperação internacional dos Estados em prol de finalidades comuns. (MAZZUOLI, 2002, p. 175)

Verifica-se, portanto, uma necessidade de compatibilizar a proteção internacional aos Direitos Humanos advinda das Convenções Internacionais e a soberania estatal. Nessa esteira é que surge o Controle de Convencionalidade, o qual embasa-se no dever internacional assumido pelo estado de cumprir os tratados internacionais por ele aderidos, o que acaba por colocar as Convenções Internacionais de Direitos Humanos em um patamar superior às normas legais propriamente ditas.

Quando se fala em Controle de Convencionalidade, pressupõe uma mudança de ótica acerca do ordenamento jurídico como um todo. Nesse sentido, Valerio Mazzuoli acaba por definir o referido controle como sendo um instrumento apto a analisar compatibilidade, no plano vertical, das

[7] Na oportunidade a Suprema Corte dos Estados Unidos reconheceu a possibilidade de *Judicial Review*, isto é, revisão judicial capaz de negar vigência a uma lei por incompatibilidade com a Constituição Americana.

normas do direito interno com as Convenções Internacionais de Direitos Humanos em vigor. (2016, p. 31-35)

Ao comentar o dispositivo supramencionado referido doutrinador expõe seu entendimento acerca da constitucionalidade dos Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos:

> Sempre defendemos que os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil têm índole e nível constitucionais, além de aplicação imediata, não podendo ser revogados por lei ordinária posterior. E a nossa interpretação sempre foi a seguinte: se a Constituição estabelece que os direitos e garantias nela elencados 'não excluem' outros provenientes dos tratados internacionais 'em que a República Federativa do Brasil seja parte', é porque ela própria está a autorizar que esses direitos e garantias internacionais constantes dos tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil 'se incluem' no nosso ordenamento jurídico interno, passando a ser considerados como se escritos na Constituição estivessem. É dizer, se os direitos e garantias expressos no texto constitucional 'não excluem' outros provenientes dos tratados internacionais em que o Brasil seja parte, é porque, pela lógica, na medida em que tais instrumentos passam a assegurar outros direitos e garantias, a Constituição 'os inclui' no seu catálogo de direitos protegidos, ampliando o seu 'bloco de constitucionalidade'. (MAZZUOLI, 2011, p. 820).

Dessa forma, nos casos de (in)compatibilidade legislativa de atos ou normas com os Tratados de Direitos Humanos, haverá a chamada "inconvencionalidade", característica que permite a declaração de invalidade de normas ou atos normativos incompatíveis com os tratados internacionais, sejam eles supralegais como é o caso do Pacto de São José da Costa Rica ou os que tem eficácia de Emenda Constitucional, nos termos no art. 5º, §3º da CF.

Desta feita, não importa o caráter normativo apresentado pela norma internacional humanitária. Não poderá ser ela desrespeitada, ainda que por instrumento normativo que, teoricamente, se apresenta como superior hierárquico, posto que isto implicaria em um retrocesso social.

Ao que parece, a melhor forma de se encarar a hierarquia das normas domésticas em face dos Tratados Internacionais seria tomando como base o controle de Convencionalidade, no qual observar-se-á a compatibilidade entre as leis e os pactos internacionais acerca de Direitos Humanos.

Ao comentar o assunto, Valerio Mazzuoli salienta que das inovações advindas da Emenda Constitucional 45,

> veio à tona (e passou a ter visibilidade entre nós) um novo tipo de controle da produção normativa doméstica: o controle de convencionalidade das leis, que nada mais é que o processo de compatibilização vertical (sobretudo material) das normas de Direito interno com os comandos encontrados nas convenções internacionais de direitos humanos. À medida que os tratados de direitos humanos ou são *materialmente* constitucionais (art. 5º, §2º) ou *material e formalmente* constitucionais (art. 5º, §3º), é lícito entender que o clássico "controle de constitucionalidade" deve agora dividir espaço com esse novo tipo de controle ("de convencionalidade") da produção normativa doméstica. (MAZZUOLI, 2011, p. 379)

Assim, uma vez reconhecido o Pacto de São José da Costa Rica como sendo norma supralegal ou mesmo materialmente constitucional, é certo que não poderá ser declarada a inconstitucionalidade de nenhuma norma em face dele. Isto porque, como visto, tecnicamente falando, o Controle de Constitucionalidade somente deve ser usado quando houver conflito de lei

ou ato normativo em face de preceito expressamente previsto no texto constitucional propriamente dito.

O correto, portanto, é reconhecer que qualquer norma que viole o Pacto de São José da Costa Rica é “inconvencional”, devendo ser invalidado nos termos explicitados neste capítulo.

6- ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL ACERCA DO TEMA

Em decisão prolatada no dia 15 do mês de dezembro de 2016, a 5ª turma do Superior Tribunal de Justiça decidiu afastar a aplicação do crime de desacato, tipificado no artigo 331 do Código de Processo Penal Brasileiro, por entender que existe uma incompatibilidade deste dispositivo com o Princípio proposto no artigo 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos, isto é, o Princípio da liberdade de pensamento e expressão.

Trata-se do Recurso Especial número 1640084/SP, apresentado pela defensoria pública de São Paulo, por meio do defensor Luis Cesar Francisco Rossi. A tese acatada pelo Superior Tribunal de Justiça foi apresentada pelo Ministério Público Federal, que teve seus argumentos ratificados pelo Ministro relator.

Insta salientar que, a decisão unânime tomada pela 5º turma do Superior Tribunal de Justiça não é vinculante, uma vez que, vale apenas para o caso julgado. Ainda assim, tal acontecimento é de extrema importância, já que influenciará futuras decisões em casos semelhantes.

Conforme o que preconiza o relatório da supracitada decisão, elaborado pelo Ministro Ribeiro Dantas, “a criminalização do desacato está na contramão do humanismo, porque ressalta a preponderância do Estado – personificado em seus agentes – sobre o indivíduo” (BRASIL, 2016). Isto significa dizer que, de acordo com o Pacto de São José da Costa Rica, as leis de desacato são abusivas, visto que limitam o direito dos particulares expressarem suas ideias e receberem informações, diante de uma proteção exagerada oferecida ao Estado.

Considerando que as constantes “ameaças legais”, previstas no Código Penal Brasileiro, que acabam por suprimir as liberdades dos particulares, criam um abismo de proteção entre os direitos do Estado e os direitos dos indivíduos, resta demonstrado que o crime de desacato fere os Princípios da Democracia.

Apesar do forte e inovador posicionamento do Superior Tribunal de Justiça em relação ao tema, parte da doutrina ousa discordar da decisão proferida. Ocorre que, para alguns doutrinadores, o afastamento da eficácia do crime de desacato retira da Administração Pública sua legítima tutela, deixando os servidores desprotegidos diante das ofensas recebidas.

Ocorre que, a decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça não pretende deixar impune as atrocidades cometidas por particulares contra funcionários públicos. Na prática, como

sugere parte da doutrina, as ofensas dirigidas aos servidores não serão consideradas desacato, mas poderão ser tratadas por outros dispositivos incriminadores previstos no nosso ordenamento jurídico, como a lesão corporal, a calúnia, a difamação e a injúria.

Portanto, é evidente que, descriminalizar a conduta do artigo 331 do Código Penal Brasileiro não quer dizer que os indivíduos terão liberdade irrestrita para agredir, verbal ou fisicamente, os agentes que representam a administração pública. Tal entendimento sugere apenas que os indivíduos serão responsabilizados por suas atitudes abusivas e criminosas, especificamente, em face da pessoa do agente público, não mais na qualidade de representante da Administração. Assim, fica garantida a liberdade das pessoas para exprimirem quaisquer palavras e sentimentos relacionados às suas angústias e indignações em relação ao Estado.

Ademais, algumas decisões estaduais tem sido proferidas nesse mesmo sentido. É o caso da sentença proferida em 2015, pelo Juiz Alexandre Morais da Rosa da 4ª Vara Criminal de Florianópolis, que declarou a inexistência do crime de desacato em ambiente democrático e, recentemente, do Recurso de Apelação nº 180182/2016, apreciado pelo relator Dr. Marcos Machado, na Primeira Câmara Criminal da Comarca de Água Boa/ MT, que declarou a inconvencionalidade do crime de desacato, corroborando o entendimento do Superior Tribunal de Justiça.

7- CONCLUSÃO

Conforme se observou há uma grande discussão acerca da incompatibilidade entre a previsão normativa contida no art. 331 do Código Penal Brasileiro, que criminaliza o desacato, e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), que consagra o Princípio da Liberdade de Expressão em seu artigo 13.

O presente artigo cumpriu com seu objetivo, posto que, durante sua elaboração, permitiu a conclusão de que há um conflito aparente de normas entre o disposto no artigo 331 do Código Penal Brasileiro e a previsão contida no Pacto de São José da Costa Rica. Isto porque, conforme se verificou, o crime de desacato gera uma desigualdade de proteção legal entre o Poder Público, representado por funcionários, e os particulares, inibindo-os de expressarem-se livremente, como permite a Convenção.

É pacificado o entendimento de que os Tratados Internacionais de Direitos Humanos adotados pelo Brasil antes da Emenda nº 45 de 2004, que alterou o artigo 5º da Constituição Federal, possuem caráter supralegal. Dessa forma, a legislação brasileira deve obediência às convenções internacionais sobre direitos humanos, devendo ser respeitadas, sob pena de serem declaradas inconvencionais.

O Controle de Convencionalidade é a técnica utilizada pelos tribunais brasileiros a fim de averiguar a compatibilidade vertical entre as normas infraconstitucionais e os Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos. Avaliando o referido controle, a 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, reconheceu a incompatibilidade entre o crime em comento e o Princípio da Liberdade de Expressão, reconhecendo a inaplicabilidade do crime em comento.

Embora já existam decisões em outros tribunais, que adotam o mesmo entendimento esposado pelo Superior Tribunal de Justiça, notadamente no caso dos estados do Mato Grosso e Santa Catarina, a matéria ainda não foi analisada pelo Supremo Tribunal Federal, razão pela qual não existe uma decisão vinculante acerca da questão.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Decreto 678. **Promulgação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em 18 de mai. de 2017.

_____. Ministério da Justiça. **Exposição de motivos da parte especial do código penal (Decreto-Lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940)**. Disponível em <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/11216-11216-1-PB.htm>. Acesso em 20 de mai. de 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Informativo STF,** n. 531, 1º a 8 dez 2008. Disponível em <http://www.stf.jus.br//arquivo/informativo/documento/informativo531.htm>. Acesso em 12 de mai.2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **REsp nº 1640084 / SP (2016/0032106-0) autuado em 11/02/2016.** 5ª Turma. Relator: Ministro Ribeiro Dantas. 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 06 de jan. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 72.131-1. Relator: Ministro Marco Aurélio. **Diário de Justiça**, Brasília, DF, 23 nov. 1995b. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=73573>. Acesso em: 4 mai. 2016.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: Parte Geral.** 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2007

CARVALHO, Luís Gustavo Grandinetti Castanho de. **Direito de informação e liberdade de expressão**. Renovar, 1999.

CASTRO, Henrique Hoffmann Monteiro de. 5ª Turma do STJ afasta aplicação de crime de desacato à autoridade. **Revista Consultor Jurídico,** jan. 2016. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-dez-16/turma-stj-afasta-aplicacao-crime-desacato-autoridade>. Acesso em: 16 dez. 2016.

CUNHA, Rogério Sanches. **Código Penal para concursos.** 8 ed. Bahia: JusPodivm, 2015

FARIAS, Edilsom Pereira de. **Colisão de Direitos – A honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves**. Curso de direito constitucional.** 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

GOMES, Alexandre Travessoni. **O Fundamento de Validade do Direito: Kant e Kelsen.** 2. ed. Belo Horizonte, 2004.

GOMES, Eduadro Biacchi; GONÇALVES, Ane Elise Brandalise. O controle de convencionalidade, a Convenção Americana de Direitos Humanos e o crime de desacato. **Revista Jurídica da Presidência Brasília.** v. 18 n. 114 Fev./Maio 2016 p. 73-96

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao código penal**.4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958, v. 9)

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do direito**: introdução à problemática científica do direito (versão condensada pelo próprio autor). Tradução de J. Cretella Júnior e Agnes Cretella. 7ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado.** 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MASSON, Cleber Rogério. **Código Penal comentado**. 2. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. **O Controle Jurisdicional da Convencionalidade Das Leis** - Col. Direito e Ciências Afins – 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

_____. **Soberania e a proteção internacional dos direitos humanos:** dois fundamentos irreconciliáveis. 2002. Disponível em <http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalTvJustica/portalTvJusticaNoticia/anexo/Artigo__Soberania_e_Direitos_Humanos__Valerio_Mazzuoli.pdf>. Acesso em 11 de mai. De 2017

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade.** 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004,

PIOVESAN, Flavia. **Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 12. ed. São Paulo, Saraiva, 2011.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 2006, v. 4)

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 33. Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.