



ANÁLISE DA (IN)CONVENCIONALIDADE DO CRIME DE DESACATO À LUZ DO DIREITO FUNDAMENTAL À LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Fernanda Linhares Zouein

Graduada pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Advogada.

Resumo – A análise do tema da inconvenção do crime de desacato objetiva analisar posições doutrinárias e jurisprudenciais sobre a possibilidade ou não de compatibilização do crime de desacato com a liberdade de expressão, que é prevista tanto na Constituição brasileira quanto no Pacto de São José da Costa Rica. Atualmente, a posição do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal convergem pela constitucionalidade do artigo 331 do Código Penal, que prevê o crime de desacato, embora a Comissão Interamericana de Direitos Humanos já tenha se manifestado contra a criminalização da manifestação em forma de ofensa, insulto ou ameaça a funcionário público no exercício de suas funções. Apesar da análise dos tribunais superiores a respeito da constitucionalidade, cabe a qualquer autoridade, e não somente a magistrados, no exercício de suas competências, a análise a respeito da convencionalidade, isso é, da compatibilidade entre um ato interno e a normativa internacional. Desta forma, o presente artigo objetiva sustentar a possibilidade do crime de desacato ser considerado inconvenção incidentalmente.

Palavras-chave – Direito Constitucional. Direitos Humanos Fundamentais. Liberdade de Expressão. Controle de Convencionalidade. Crime de desacato.

Sumário – Introdução. 1. Do afastamento dos argumentos utilizados pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos pelos Tribunais Superiores brasileiros. 2. Da possibilidade de compatibilização do crime de desacato com o direito fundamental à liberdade de expressão. 3. Da (in)convencionalidade do crime de desacato e da possibilidade do controle difuso. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente artigo analisa a (in)convencionalidade do crime de desacato, previsto no artigo 331 do Código Penal à luz do direito fundamental à liberdade de expressão. A problematização gira em torno da tipificação do delito e sua compatibilidade com as convenções internacionais das quais o Brasil é signatário e com os direitos fundamentais previstos na Constituição pátria.

Segundo a posição da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, as leis geralmente conhecidas como ‘leis de desacato’, atentam contra a liberdade de expressão e o direito à informação. No cenário interno, já decidiu a 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, em 2016, pela inconvenção do delito. No entanto, posteriormente, o STJ alterou sua posição, sendo seguido pelo STF em 2018, entendendo pela sua convencionalidade.



Uma norma pode ser considerada inconvenção incidentalmente em um caso concreto, cabendo ao juiz, promotor de justiça, delegado de polícia, e qualquer autoridade o fazer, dentro das suas atribuições, seja extinguindo o processo, seja não denunciando, seja não lavrando auto de prisão em flagrante quando diante de fato tipificado como crime considerado inconvenção.

No primeiro capítulo deste trabalho, expõe-se e pondera-se os argumentos usados pela atual posição do STJ e STF pela convencionalidade do crime de desacato. A partir desta análise, compara-se com a posição da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, que sustenta a inconvenção.

Após a análise da discussão dos tribunais superiores e da CIDH a respeito da convencionalidade, no segundo capítulo, analisa-se, no âmbito do direito interno, se é ou não possível compatibilizar o crime de desacato com o direito fundamental à liberdade de expressão, previsto na Constituição brasileira.

Por último, no terceiro capítulo, analisa-se os efeitos práticos da inconvenção do crime de desacato. Considerando que o controle de convencionalidade pode ocorrer de forma difusa, incidentalmente no caso concreto e por todas as autoridades, pondera-se a possibilidade destas declarações a despeito da atual posição dos tribunais superiores.

Quanto à metodologia, a pesquisa é desenvolvida pelo método qualitativo quanto à abordagem, explicativo quanto aos objetivos e bibliográfico quanto aos procedimentos analisando a construção doutrinária e jurisprudencial sobre o assunto, assim como a legislação vigente.

1. DO AFASTAMENTO DOS ARGUMENTOS UTILIZADOS PELA COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS PELOS TRIBUNAIS SUPERIORES BRASILEIROS

A conduta de desacato está tipificada no artigo 331 do Código Penal¹, o qual prevê como crime “Desacatar funcionário público no exercício da função ou em razão dela”. Tal artigo está previsto no título “Dos Crimes Contra a Administração Pública”, no capítulo “Dos Crimes Praticados por Particular contra a Administração em Geral”.

¹ BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm> Acesso em: 13 set. 2021.



A palavra “desacatar” é sinônima de insultar, desprezar ou desrespeitar. A conduta do de desacato significa ofender a honra e o prestígio².

Ocorre que, segundo a posição da Comissão Interamericana de Direitos Humanos³, há muito sedimentada, “Os funcionários públicos estão sujeitos a maior escrutínio da sociedade. 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”. Por isso, a CIDH estabeleceu a recomendação de que os países aderentes ao Pacto de São José da Costa Rica abolissem suas respectivas leis de desacato.

A 5ª Turma do STJ⁴, filiando-se à posição consolidada da CIDH, chegou a decidir pela inconveniência do crime de desacato. Para o Ministro relator Ribeiro Dantas “a ausência de lei veiculadora de *abolitio criminis* não inibe a atuação do Poder Judiciário na verificação da inconformidade do art. 331 do Código Penal⁵, que prevê a figura típica do desacato, com o art. 13 do Pacto de São José da Costa Rica, que estipula mecanismos de proteção à liberdade de pensamento e de expressão.”

O Ministro cita a CIDH para sustentar sua posição, afirmando que, para a Comissão, as leis de desacato se prestam ao abuso, como meio para silenciar ideia e opiniões consideradas incômodas pelo *establishment* bem assim proporcionam maior nível de proteção aos agentes do Estado do que aos particulares, em contravenção aos princípios democrático e igualitário.

Para o 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.” Ademais, “A existência de tal normativo em nosso ordenamento jurídico é anacrônica, pois traduz desigualdade entre funcionários e particulares, o que é inaceitável no Estado Democrático de Direito”⁶.

Punir pessoa que usa linguagem ou atitude ofensiva contra agente estatal é capaz de fazer com que os cidadãos, por medo de sanções penais, se abstenham de exercer sua liberdade de expressão.

² PAGLIARO, Antonio; COSTA JR., Paulo José da. *Dos crimes contra a Administração Pública*. São Paulo: Editora Atlas S.A., 1999, p. 207.

³ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Declaração de Princípios sobre a Liberdade de Expressão*. 2000. Disponível em: <www.cidh.oas.org/basicos/portugues/s.convencao.libertade.de.expressao.htm> Acesso em: 20 ago. 2021.

⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.640.084/SP*. Relator: Ministro Ribeiro Dantas. Disponível em: <www.stj.jus.br/static_files/STJ/Midias/arquivos/Noticias/RECURSO%20ESPECIAL%20N%201640084.pdf> Acesso em: 13 set. 2021.

⁵ BRASIL, op. cit., nota 1.

⁶ BRASIL, op. cit., nota 3.



Em semelhante sentido, sustentando a incompatibilidade da criminalização do desacato com a Constituição de 1988, Virgílio Afonso da Silva⁷ demonstra que “Essa situação é um resquício - incompatível com a Constituição de 1988 – de uma sobrevalorização do direito à honra, até mesmo da honra das instituições, em detrimento da liberdade de expressão e da liberdade de crítica que ela implica.”

Importante ressaltar que o abuso na expressão verbal ou gestual utilizada contra funcionário público não deixaria de ser responsabilizada pelo simples afastamento da tipificação criminal do desacato. Tais atos ainda poderiam ser responsabilizados na esfera cível ou penal, quando se amoldassem em outra figura típica, como calúnia, injúria ou difamação, por exemplo.

No entanto, posteriormente, o Superior Tribunal de Justiça⁸ alterou sua posição e, em julgamento de Seção, passou a decidir pela convencionalidade do crime de desacato, sendo seguido do Supremo Tribunal Federal⁹, já havendo precedentes reiterados no sentido da compatibilidade do artigo 311 do Código Penal com a Convenção Americana de Direitos Humanos¹⁰. Em síntese, decidiu o STJ que:

3. De acordo com o art. 41 do Pacto de São José da Costa Rica, as funções da Comissão Interamericana de Direitos Humanos não ostentam caráter decisório, mas tão somente instrutório ou cooperativo. Desta feita, depreende-se que a CIDH não possui função jurisdicional. 4. A Corte Internacional de Direitos Humanos (IDH) [sic], por sua vez, é uma instituição judiciária autônoma cujo objetivo é a aplicação e a interpretação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (...). 6. Com efeito, as recomendações expedidas pela CIDH não possuem força vinculante, mas tão somente "poder de embaraço" ou "mobilização da vergonha". 7. Embora a Comissão Interamericana de Direitos Humanos já tenha se pronunciado sobre o tema "leis de desacato", não há precedente da Corte relacionada ao crime de desacato atrelado ao Brasil. 8. Ademais, a Corte Interamericana de Direitos Humanos se posicionou acerca da liberdade de expressão, rechaçando tratar-se de direito absoluto (...). 18. Preenchimento das condições antevistas no art. 13.2. do Pacto de São José da Costa Rica, de modo a acolher, de forma patente e em sua plenitude, a incolumidade do crime de desacato pelo ordenamento jurídico pátrio, nos termos em que entalhado no art. 331 do Código Penal.

⁷ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direito Constitucional Brasileiro*. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2021, p. 169.

⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus nº 379.269/MS*. Relator: Ministro Antônio Saldanha Ribeiro. Disponível em: <www.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ATC?seq=73399234&tipo=5&nreg=201603035423&SeqCgrmaSe ssao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20170630&formato=PDF&salvar=false> Acesso em: 13 set. 2021.

⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus nº 141.949/DF*. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=314183493&ext=.pdf>> Acesso em: 13 set. 2021.

¹⁰ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Convenção Interamericana de Direitos Humanos*. Disponível em: <http://www.cidh.org/Basicos/Portugues/c.Convencao_Americana.htm> Acesso: 13 de set. 2021.

Desta forma, conforme o exposto, o entendimento hoje dominante nos Tribunais Superiores é de que o crime de desacato é compatível com a Constituição Federal e com a Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

Segundo a teoria do diálogo das cortes, de André de Carvalho Ramos¹¹, não há hierarquia entre a Corte Interamericana e o Supremo Tribunal Federal. Enquanto a primeira é a guardiã da Convenção Americana de Direitos Humanos, a segunda é guardiã da Constituição Federal. Deve haver, entretanto, um diálogo cooperativo. Para isso, as cortes internas devem sempre mencionar tratados internacionais de direitos humanos, dispositivos que incidem sobre o caso, jurisprudência internacional anterior sobre o assunto, se há caso internacional contra o Brasil e o peso dado aos dispositivos de direitos humanos e à jurisprudência internacional.

Caso não haja esse diálogo, incidirá uma teoria subsidiária, qual seja, a teoria do duplo controle ou duplo crivo de direitos humanos com o objetivo de tentar solucionar a divergência entre a jurisprudência nacional e a internacional. Para que uma lei seja considerada válida, ela deverá passar pelos dois crivos: o crivo da constitucionalidade e o crivo da convencionalidade. Caso uma lei seja considerada inconstitucional ou inconvenção, ela deve ser declarada inválida.

Do ponto de vista do sistema interamericano, de fato, a Corte IDH – diferentemente da CIDH – jamais afirmou serem as “leis de desacato” inconvenção em abstrato.

O Caso Palamara Iribarne vs. Chile¹² é um precedente importante da Corte IDH contra as denominadas “leis de desacato”, que acabam por autorizar, nos dizeres da Corte, a utilização da persecução penal de forma desproporcional e desnecessária para inibir o direito à liberdade de expressão, mais especificamente no que diz respeito às opiniões críticas dos indivíduos em relação às instituições estatais e aos funcionários públicos.

Para Caio Paiva e Thimotie Heemann¹³, à luz da jurisprudência da Corte, parece “adequado, portanto, diferenciar a crítica da hostilização, sendo esta, sim (...) objeto do crime de desacato.”

A Corte IDH não chega a estabelecer claramente a inconvenção desta criminalização, compreendendo que ela haverá somente quando os tipos penais mencionados forem utilizados, no caso concreto, para cercear a liberdade de expressão da forma como esse

¹¹ RAMOS, André de Carvalho. O Diálogo de Cortes: O Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. In AMARAL JÚNIOR, Alberto do; JUBILUT, Liliana Lyra (Orgs.). *O STF e o Direito Internacional dos Direitos Humanos*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, v. 1, p. 805.

¹² CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*. Disponível em: <www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_135_esp.pdf> Acesso em: 30 ago. 2021.

¹³ PAIVA, Caio, HEEMANN, Thimotie Aragon. *Jurisprudência Internacional de Direitos Humanos*. Belo Horizonte: CEI, 2020, p. 165.



direito é concebido no sistema interamericano – conforme ocorreu no Caso Palamara Iribarne vs. Chile –, isto é, um direito humano que admite relativização.

2. DA POSSIBILIDADE DE COMPATIBILIZAÇÃO DO CRIME DE DESACATO COM O DIREITO FUNDAMENTAL À LIBERDADE DE EXPRESSÃO

A Constituição de 1988 não adotou o termo “liberdade de expressão” expressamente como gênero que abarca as diversas manifestações específicas, tais como a livre manifestação do pensamento, a liberdade de consciência e de crença, a liberdade de comunicação, o que inclui a liberdade de imprensa, a livre expressão artística, intelectual e científica, etc., muito embora se possa considerá-la como assumindo tal condição, ou seja, um gênero que abarca múltiplas e variadas espécies.

Nas palavras de André de Carvalho Ramos¹⁴, “A liberdade de expressão consiste no direito de manifestar, sob qualquer forma, ideias e informações de qualquer natureza. Por isso, abrange a produção intelectual, artística, científica e de comunicação de quaisquer ideias ou valores.”

A liberdade de expressão abrange também o “direito à crítica”: “A liberdade de expressão constitui-se em direito fundamental do cidadão, envolvendo o pensamento, a exposição de fatos atuais ou históricos e a crítica”¹⁵.

A importância deste direito é tamanha que, segundo a Comissão Interamericana de Direitos, trata-se também de “um requisito indispensável para a própria existência de uma sociedade democrática”¹⁶. Definitivamente, “a consolidação e o desenvolvimento da democracia dependem da existência de liberdade de expressão”¹⁷.

Afinal,

A Democracia não existirá e a livre participação política não florescerá onde a liberdade de expressão for ceifada, pois esta constitui condição essencial ao pluralismo de ideias, que por sua vez é um valor estruturante para o salutar funcionamento do sistema democrático. A livre discussão, a ampla participação política e o princípio democrático estão interligados com a liberdade de expressão, tendo por objeto não somente a proteção de pensamentos e ideias, mas também opiniões, crenças, realização de juízo de valor e críticas a agentes públicos, no sentido de garantir a real participação dos cidadãos na vida coletiva.¹⁸

¹⁴ RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 698.

¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus nº 83.125*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79258>> Acesso em: 13 set. 2021.

¹⁶ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. op. cit.

¹⁷ *Ibidem*.

¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.451*. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15339639568&ext=.pdf>> Acesso em: 13 set. 2021.



Diante do exposto sobre o direito fundamental à liberdade de expressão, que abrange também o direito à crítica, o ministro Edson Fachin e a Ministra Rosa Weber apontaram pela inconstitucionalidade do crime de desacato.

De acordo com o voto do ministro, na ADPF 469¹⁹, o crime de desacato fere o direito à crítica, pois não permite distinguir críticas de ofensas, porque o tipo penal é demasiadamente aberto.

Já a ministra Rosa Weber, em semelhante sentido, destacou que deve ser assegurada a livre opinião em relação ao exercício de função de interesse público. A ministra sustenta que

Uma sociedade em que a manifestação do pensamento está condicionada à autocontenção, por serem os cidadãos obrigados a avaliar o risco de sofrerem represália antes de cada manifestação de cunho crítico que pretendam emitir, não é uma sociedade livre, e sim sujeita a modalidade silenciosa de censura do pensamento²⁰.

A garantia da liberdade de expressão exige, sobretudo, uma abstenção estatal²¹, assumindo a condição precípua de direito de defesa, também chamado de direito negativo, operando como direito da pessoa de não ser impedida de exprimir e/ou divulgar suas ideias e opiniões.²²

A Constituição e os Tratados Internacionais de Direitos Humanos também proíbem a censura indireta. A Convenção Americana de Direitos Humanos, em seu art. 13.3, dispõe que “Não se pode restringir o direito de expressão por vias ou meios indiretos”. De acordo André de Carvalho Ramos²³: “Outra espécie de censura que pode existir é a censura indireta, que consiste no uso desproporcional de sanções cíveis e penais na defesa do direito à honra supostamente atingido.”.

A existência do crime de desacato, portanto, seria contrária à abstenção estatal necessária a esse direito fundamental, configurando uma censura indireta, por prever uma sanção penal diferenciada para quando a vítima for funcionário público.

Em contrapartida, cumpre ressaltar a doutrina de Nelson Hungria²⁴, segundo a qual

Todo funcionário público, desde o mais graduado ao mais humilde, é um instrumento da soberana vontade e atuação do Estado. Consagrando-lhe especial proteção, a lei

¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 496*. Relator: Ministro Roberto Barroso. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344491889&ext=.pdf>> Acesso em: 13 set. 2021.

²⁰ *Ibidem*.

²¹ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direito Constitucional Brasileiro*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2021, p. 165.

²² SARLET, Ingo Wolfgang et al. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 516.

²³ RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 701.

²⁴ HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*, v. IX. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1958, p. 418.



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. Na desincumbência legítima de seu cargo, o funcionário público deve estar coberto de quaisquer violências ou afrontas.

Nesse sentido, Barroso²⁵ sustentou que o crime de desacato não fere a liberdade de expressão e que não confere um tratamento privilegiado ao funcionário público. Ao revés, "Trata-se, isso sim, de proteger a função pública exercida pelo funcionário, por meio da garantia, reforçada pela ameaça de pena, de que ele não será menosprezado ou humilhado enquanto se desincumbe dos deveres inerentes ao seu cargo ou função públicos".

Defende a clássica doutrina de Fernando Henrique Mendes de Almeida²⁶ que simples censura, ou desabafo, em termos queixosos, mas sem tom insólito, não pode constituir desacato.

Portanto, o crime de desacato deve ser interpretado de forma restritiva, de forma a garantir que não sirva como forma atentatória à liberdade de expressão, como garante a Constituição brasileira. A ofensa deve ter relação com o exercício da função pública, perturbar ou obstruir a execução das funções do funcionário público. Deve, ainda, ocorrer na sua presença, excluindo-se ofensas proferidas em redes sociais ou pela imprensa.

Os agentes públicos, portanto, devem ter tolerância à insatisfação e relevar eventuais excessos de indignação.

3. DA (IN)CONVENCIONALIDADE DO CRIME DE DESACATO E DA POSSIBILIDADE DO CONTROLE DIFUSO

Atualmente, os Tribunais Superiores entendem, conforme exposto neste artigo, que o crime de desacato é compatível com a Constituição Federal e com a Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Entretanto, considerando que o controle de convencionalidade pode ocorrer de forma difusa, incidentalmente, as autoridades podem sustentar a inconventionalidade a despeito da atual posição dos tribunais superiores.

De acordo com André de Carvalho Ramos²⁷, controle de convencionalidade consiste na análise da compatibilidade dos atos internos, comissivos ou omissivos, em face das normas internacionais, como tratados, costumes internacionais, princípios gerais de direito, atos unilaterais e resoluções vinculantes de organizações internacionais.

²⁵ BRASIL, op. cit., nota 16.

²⁶ ALMEIDA, Fernando Henrique Mendes de. *Dos Crimes Contra a Administração Pública*. São Paulo: Edição Saraiva, 1955, p. 185.

²⁷ RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 250.



Apesar da orientação do STJ e STF sobre a convencionalidade do crime de desacato, outras autoridades, diante de uma situação fática, de uma investigação ou de um processo, podem ter uma percepção diferente.

Uma norma pode ser considerada inconvenção incidentalmente, em um caso concreto, cabendo ao juiz, promotor de justiça, delegado de polícia, entre outras autoridades fazê-lo, seja extinguindo o processo, não denunciando, ou não lavrando auto de prisão em flagrante quando diante de fato tipificado como crime considerado inconvenção.

Reitera-se que a Corte Interamericana de Direitos Humanos, não estabeleceu explicitamente a inconvenção do crime de desacato. A Corte interpreta que esses tipos penais somente serão inconvenções quando forem usados como forma de restringir a liberdade de expressão.

De acordo com a decisão da Corte no Caso Palamara Iribarne²⁸, as leis de desacato acabam por autorizar a utilização da persecução penal de forma desproporcional e desnecessária para inibir o direito à liberdade de expressão, no que diz respeito às opiniões críticas dos indivíduos em relação às instituições estatais e aos funcionários públicos.

Por outro lado, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos²⁹ se posicionou contra a criminalização da manifestação em forma de ofensa, insulto ou ameaça a funcionário público no exercício de suas funções, seja em forma de desacato ou até mesmo em forma de calúnia, injúria ou difamação. Isso porque, para a Comissão, tal criminalização representa uma censura indireta à liberdade de expressão.

Para a CIDH, essa tipificação é utilizada para punir as expressões críticas dirigidas a funcionários públicos e sobre assuntos de interesse público. “O uso do Direito Penal é desnecessário e desproporcional, e adicionalmente constitui um meio de censura indireta, pois seu efeito é o de atemorizar e inibir o debate sobre assuntos de interesse público e defesa dos direitos.”³⁰

Em um sistema democrático, o governo e seus funcionários públicos devem ser objeto de controle da sociedade, para prevenir ou controlar o abuso de seu poder coercitivo. É direito dos indivíduos criticar as ações e atitudes dos funcionários que desempenham funções públicas.

²⁸ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*. Disponível em: <www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_135_esp.pdf> Acesso em: 30 ago. 2021.

²⁹ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Criminalização do Trabalho das Defensoras e dos Defensores de Direitos Humanos*. 2015. Disponível em: <www.oas.org/pt/cidh/docs/pdf/Criminalizacao2016.pdf> Acesso em: 30 ago. 2021.

³⁰ *Ibidem*.



Tal criminalização gera um efeito silenciador, invertendo esse princípio fundamental do sistema democrático.

De acordo com a Declaração de Princípios sobre Liberdade de Expressão³¹, "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".

No Relatório sobre a Criminalização do Trabalho das defensoras e dos defensores de direitos humanos, a CIDH citou o entendimento já sedimentado da Comissão no sentido de que as leis de desacato "(...) são uma espécie de legislação que penaliza a expressão que ofende, insulta ou ameaça um funcionário público no exercício de suas funções oficiais"³² e a conclusão da Relatoria Especial para a Liberdade de Expressão, segundo a qual "do ponto de vista de uma análise dogmática penal, o desacato nada mais é do que uma calúnia ou injúria com um sujeito passivo específico (um funcionário público)".³³

Ante o exposto, a Comissão orienta aos Estados que se abstenham de criminalizar as críticas ou denúncias contra funcionários públicos. Por esses motivos, autoridades nacionais podem concordar com o entendimento da CIDH e entender pelo afastamento da aplicação do artigo 331 do Código Penal³⁴ no caso concreto, exercendo o chamado controle de convencionalidade.

De acordo com o princípio da atipicidade dos meios de controle de convencionalidade³⁵, não há a imposição de uma forma ou modelo específico de realização desse controle. Privilegia-se, portanto a adequação dos atos internos às normas internacionais de direitos humanos.

Já o princípio da interpretação conforme os direitos humanos é aquele segundo o qual todas as autoridades capazes de exercer o controle de convencionalidade devem interpretar os atos normativos internos à luz da proteção aos direitos humanos. Deve-se buscar a interpretação que confere maior proteção ao indivíduo.

³¹ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Declaração de Princípios sobre a Liberdade de Expressão*. 2000. Disponível em: <www.cidh.oas.org/basicos/portugues/s.convencao.libertade.de.expressao.htm> Acesso em: 20 ago. 2021.

³² COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Relatório Anual. 1994. Capítulo V: *Relatório sobre a Compatibilidade entre as Leis de Desacato e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. Disponível em: <www.cidh.oas.org/annualrep/94span/indice.htm> Acesso em: 30 ago. 2021.

³³ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Relatório Anual. 2002. *Relatório da Relatoria Especial para a Liberdade de Expressão*. Disponível em: <www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/informes/anales/Informe%20Anual%202002.pdf> Acesso em: 30 ago. 2021.

³⁴ BRASIL, op. cit., nota 1.

³⁵ PAIVA, Caio, HEEMANN, Thimotie Aragon. *Jurisprudência Internacional de Direitos Humanos*. Belo Horizonte: CEI, 2020, p. 182.



Caso uma norma seja considerada inconvenção, por quaisquer autoridades capazes de realizar esse controle, há o efeito de afastamento da aplicação da norma ao caso concreto. Ou seja, embora a norma permaneça existente no ordenamento jurídico pátrio, ela não incidirá sobre o caso.

Ademais, segundo a jurisprudência da Corte Interamericana no Caso Almonacid Arellano³⁶, o controle de convencionalidade tem natureza de questão de ordem pública. Os órgãos do Poder Judiciário têm o poder-dever de exercer o controle de convencionalidade de ofício.

Em razão do princípio da intervenção mínima do Direito Penal, há doutrina³⁷ que entende defensável a descriminalização do crime de desacato, deslocando eventual resolução do conflito na justiça cível com a possibilidade de reparação pecuniária pelos danos sofridos, sejam materiais ou morais.

O direito penal é a *ultima ratio*, o que quer dizer que ele tutela os bens jurídicos mais caros à sociedade, e só deve ser aplicado quando é o único meio de protegê-los. Portanto, o crime de desacato se presta a ser um meio pelo qual o Estado se protege para que não seja questionado ou criticado. Não há necessidade, portanto, da conduta de desacatar agente público ser um ilícito penal, pois a ceara cível seria suficiente para reprimir a conduta de forma eficaz.

É necessário reforçar, entretanto, que o direito à liberdade de expressão não é absoluto. Apesar de compreender o direito à crítica, ele não abarca o direito de ofender terceiros. O problema rege, portanto, na diferenciação entre crítica e ofensa. Não há, na lei, tal distinção, cabendo à doutrina e jurisprudência essa delimitação, conforme ocorreu no voto do ministro Barroso na ADPF 496³⁸, que determinou uma interpretação restritiva ao tipo penal, de forma que seja compatível com o direito fundamental à liberdade de expressão, previsto na Constituição brasileira.

CONCLUSÃO

A liberdade de expressão é o direito fundamental que envolve o pensamento, a exposição de fatos atuais ou históricos e a crítica. De acordo com a antiga posição do STJ, o

³⁶ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Almonacid Arellano e outros vs. Chile*. Disponível em: <www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf> Acesso em: 30 ago. 2021.

³⁷ PAIVA, HEEMANN, op. cit., p. 165.

³⁸ BRASIL, op. cit., nota 16.



crime de desacato, na ordem jurídica brasileira, fere o artigo 13 do Pacto de São José da Costa Rica, que protege a liberdade de expressão.

No entanto, a mudança na jurisprudência no STJ, seguida por decisões do STF, asseverou que o crime de desacato, previsto no artigo 331 do Código Penal, não fere a liberdade de expressão e que não confere um tratamento privilegiado ao funcionário público, mas protege a função pública, por meio da garantia, reforçada pela ameaça de pena. Os tribunais superiores consideraram constitucional o crime de desacato.

O STF, entretanto, ao analisar a compatibilidade entre o crime de desacato e a liberdade de expressão, confere uma interpretação restritiva à norma penal. Tal interpretação objetiva garantir que o tipo penal não sirva como forma atentatória à liberdade de expressão, como garante a Constituição brasileira.

A ofensa deve ter relação com o exercício da função pública e deve ocorrer na presença do funcionário público. As manifestações legítimas de insatisfação com o serviço prestado devem ser toleradas. Cabe a diferenciação, portanto, entre a crítica e a ofensa, pelo julgador no caso concreto.

Quanto ao controle de convencionalidade, no entanto, a análise não cabe apenas ao julgador, mas a qualquer autoridade, como o delegado de polícia, promotor de justiça e defensor público, dentro de suas competências.

Segundo o princípio da interpretação conforme os direitos humanos, um dos princípios que regem o controle de convencionalidade, todas as autoridades capazes de exercer o controle de convencionalidade devem interpretar os atos normativos internos à luz da proteção aos direitos humanos.

Desta forma, tais autoridades públicas, jurídicas, políticas ou administrativas, podem, no caso concreto, considerar o artigo 331 do Código Penal, que prevê o crime de desacato, inconveniente, isso é, contrário às normativas internacionais as quais o Estado brasileiro se obriga, mesmo que o STF já tenha se manifestado pela sua constitucionalidade, pois são análises distintas.

O controle de convencionalidade tem natureza de ordem pública, ou seja, os órgãos do poder judiciário têm o dever de realizar esse controle, mesmo que não sejam provocados, devem realizar o controle de ofício.

A conclusão prática do controle de convencionalidade é que haverá o efeito de afastamento da aplicação da norma ao caso concreto, de acordo com a competência do órgão que a exerce no caso concreto. Embora a norma permaneça existente no ordenamento jurídico pátrio, ela não incidirá sobre o caso.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Luis Claudio Martins de, LEGALE, Siddharta. *Direitos Humanos na prática interamericana*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

ALMEIDA, Fernando Henrique Mendes de. *Dos Crimes Contra a Administração Pública*. São Paulo: Edição Saraiva, 1955.

BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm Acesso em: 13 set. 2021.

_____. Superior Tribunal de Federal. *Habeas Corpus nº 141.949/DF*. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=314183493&ext=.pdf> Acesso em: 13 set. 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus nº 379.269/MS*. Relator: Ministro Antônio Saldanha Ribeiro. Disponível em: www.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ATC?seq=73399234&tipo=5&nreg=201603035423&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20170630&formato=PDF&salvar=false Acesso em: 13 set. 2021.

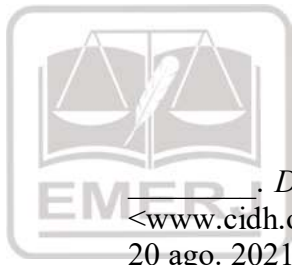
_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.640.084/SP*. Relator: Ministro Ribeiro Dantas. Disponível em: www.stj.jus.br/static_files/STJ/Midias/arquivos/Noticias/RECURSO%20ESPECIAL%20N%201640084.pdf Acesso em: 13 set. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.451*. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15339639568&ext=.pdf> Acesso em: 13 set. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 496*. Relator: Ministro Roberto Barroso. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344491889&ext=.pdf> Acesso em: 13 set. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus nº 83.125*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79258> Acesso em: 13 set. 2021.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Criminalização do Trabalho das Defensoras e dos Defensores de Direitos Humanos*. 2015. Disponível em: www.oas.org/pt/cidh/docs/pdf/Criminalizacao2016.pdf Acesso em: 30 ago. 2021.



_____. *Declaração de Princípios sobre a Liberdade de Expressão*. 2000. Disponível em: www.cidh.oas.org/basicos/portugues/s.convencao.libertade.de.expressao.htm Acesso em: 20 ago. 2021.

_____. Relatório Anual. 1994. Capítulo V: *Relatório sobre a Compatibilidade entre as Leis de Desacato e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. Disponível em: www.cidh.oas.org/annualrep/94span/indice.htm Acesso em: 30 ago. 2021.

_____. Relatório Anual. 2002. *Relatório da Relatoria Especial para a Liberdade de Expressão*. Disponível em: www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/informes/anauales/Informe%20Anual%202002.pdf Acesso em: 30 ago. 2021.

_____. *Caso Almonacid Arellano e outros vs. Chile*. Disponível em: www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf Acesso em: 30 ago. 2021.

_____. *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*. Disponível em: www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_135_esp.pdf Acesso em: 30 ago. 2021

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. Volume: IX. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1958.

OMMATI, José Emílio Medauar. *Uma Teoria dos Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Convenção Interamericana de Direitos Humanos*. Disponível em: http://www.cidh.org/Basicos/Portugues/c.Convencao_Americana.htm Acesso: 13 de set. 2021.

PAGLIARO, Antonio, COSTA JR., Paulo José da. *Dos crimes contra a Administração Pública*. São Paulo: Editora Atlas S.A., 1999.

PAIVA, Caio, HEEMANN, Thimotie Aragon. *Jurisprudência Internacional de Direitos Humanos*. Belo Horizonte: CEI, 2020.

RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

_____. O Diálogo de Cortes: O Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. In AMARAL JÚNIOR, Alberto do; JUBILUT, Liliana Lyra (Orgs.). *O STF e o Direito Internacional dos Direitos Humanos*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, v. 1.

SARLET, Ingo Wolfgang et al. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direito Constitucional Brasileiro*. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2021.