

HABEAS CORPUS Nº 379.269 - MS (2016/0303542-3)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
R.P/ACÓRDÃO : **MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE : MAGNO LEANDRO SANTOS ANGELICO

EMENTA

HABEAS CORPUS. RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. VIOLAÇÃO DO ART. 306 DO CÓDIGO DE TRÂNSITO E DOS ARTS. 330 E 331 DO CÓDIGO PENAL. PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. MANUTENÇÃO DA TIPIFICAÇÃO DO CRIME DE DESACATO NO ORDENAMENTO JURÍDICO. DIREITOS HUMANOS. PACTO DE SÃO JOSÉ DA COSTA RICA (PSJCR). DIREITO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO QUE NÃO SE REVELA ABSOLUTO. CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE. INEXISTÊNCIA DE DECISÃO PROFERIDA PELA CORTE (IDH). ATOS EXPEDIDOS PELA COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CIDH). AUSÊNCIA DE FORÇA VINCULANTE. TESTE TRIPARTITE. VETORES DE HERMENÊUTICA DOS DIREITOS TUTELADOS NA CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. POSSIBILIDADE DE RESTRIÇÃO. PREENCHIMENTO DAS CONDIÇÕES ANTEVISTAS NO ART. 13.2. DO PSJCR. SOBERANIA DO ESTADO. TEORIA DA MARGEM DE APRECIACÃO NACIONAL (*MARGIN OF APPRECIATION*). INCOLUMIDADE DO CRIME DE DESACATO PELO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO, NOS TERMOS EM QUE ENTALHADO NO ART. 331 DO CÓDIGO PENAL. INAPLICABILIDADE, *IN CASU*, DO PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO TÃO LOGO QUANDO DO RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. *WRIT* NÃO CONHECIDO.

1. O Brasil é signatário da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), denominada Pacto de São José da Costa Rica, sendo promulgada por intermédio do Decreto n. 678/1992, passando, desde então, a figurar com observância obrigatória e integral do Estado.

2. Quanto à natureza jurídica das regras decorrentes de tratados de direitos humanos, firmou-se o entendimento de que, ao serem incorporadas antes da Emenda Constitucional n. 45/2004, portanto, sem a observância do rito estabelecido pelo art. 5º, § 3º, da CRFB, exprimem *status* de norma suprallegal, o que, a rigor, produz efeito paralisante sobre as demais normas que compõem o ordenamento jurídico, à exceção da Magna Carta. Precedentes.

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), por sua vez, é uma instituição judiciária autônoma cujo objetivo é a aplicação e a interpretação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, possuindo atribuição jurisdicional e consultiva, de acordo com o art. 2º do seu respectivo Estatuto.

5. As deliberações internacionais de direitos humanos decorrentes dos processos de responsabilidade internacional do Estado podem resultar em: recomendação; decisões quase judiciais e decisão judicial. A primeira revela-se ausente de qualquer caráter vinculante, ostentando mero caráter "moral", podendo resultar dos mais diversos órgãos internacionais. Os demais institutos, porém, situam-se no âmbito do controle, propriamente dito, da observância dos 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, como demonstrado no Marco Jurídico Interamericano sobre o Direito à Liberdade de Expressão.

9. Teste tripartite. Exige-se o preenchimento cumulativo de específicas condições emanadas do art. 13.2. da CADH, para que se admita eventual restrição do direito à liberdade de expressão. Em se tratando de limitação oriunda da norma penal, soma-se a este rol a estrita observância do princípio da legalidade.

10. Os vetores de hermenêutica dos Direitos tutelados na CADH encontram assento no art. 29 do Pacto de São José da Costa Rica, ao passo que o alcance das restrições se situa no dispositivo subsequente. Sob o prisma de ambos instrumentos de interpretação, não se vislumbra qualquer transgressão do Direito à Liberdade de Expressão pelo teor do art. 331 do Código Penal.

11. Norma que incorpora o preenchimento de todos os requisitos exigidos para que se admita a restrição ao direito de liberdade de expressão, tendo em vista que, além ser objeto de previsão legal

com acepção precisa e clara, revela-se essencial, proporcional e idônea a resguardar a moral pública e, por conseguinte, a própria ordem pública.

12. A CIDH e a Corte Interamericana têm perfilhado o entendimento de que o exercício dos direitos humanos deve ser feito em respeito aos demais direitos, de modo que, no processo de harmonização, o Estado desempenha um papel crucial mediante o estabelecimento das responsabilidades ulteriores necessárias para alcançar tal equilíbrio exercendo o juízo de entre a liberdade de expressão manifestada e o direito eventualmente em conflito.

13. Controle de convencionalidade, que, na espécie, revela-se difuso, tendo por finalidade, de acordo com a doutrina, "*compatibilizar verticalmente as normas domésticas (as espécies de leis, lato sensu, vigentes no país) com os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Estado e em vigor no território nacional.*"

14. Para que a produção normativa doméstica possa ter validade e, por conseguinte, eficácia, exige-se uma dupla compatibilidade vertical material.

15. Ainda que existisse decisão da Corte (IDH) sobre a preservação dos direitos humanos, essa circunstância, por si só, não seria suficiente a elidir a deliberação do Brasil acerca da aplicação de eventual julgado no seu âmbito doméstico, tudo isso por força da soberania que é inerente ao Estado. Aplicação da Teoria da Margem de Apreciação Nacional (*margin of appreciation*).

16. O desacato é especial forma de injúria, caracterizado como uma ofensa à honra e ao prestígio dos órgãos que integram a Administração Pública. Apontamentos da doutrina alienígena.

17. O processo de circunspeção evolutiva da norma penal teve por fim seu efetivo e concreto ajuste à proteção da condição de funcionário público e, por via reflexa, em seu maior espectro, a honra *lato sensu* da Administração Pública.

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.

19. Voltando-se às nuances que deram ensejo à impetração, deve ser mantido o acórdão vergastado em sua integralidade, visto que inaplicável o princípio da consunção tão logo quando do recebimento da denúncia, considerando que os delitos apontados foram, *primo ictu oculi*, violadores de tipos penais distintos e

Superior Tribunal de Justiça

originários de condutas autônomas.

20. *Habeas Corpus* não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, por maioria, não conhecer do habeas corpus, nos termos do voto do Sr. Ministro Antonio Saldanha Palheiro, que lavrará o acórdão. Vencidos os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca e Ribeiro Dantas, que não conheciam do habeas corpus e concediam a ordem de ofício para excluir da ação penal o crime de desacato e determinando o prosseguimento da ação penal, quanto aos delitos previstos nos arts. 306 do CTB e 330 do CP.

Votaram com o Sr. Ministro Antonio Saldanha Palheiro (Relator para acórdão) os Srs. Ministros Felix Fischer, Maria Thereza de Assis Moura, Jorge Mussi, Rogerio Schietti Cruz e Nefi Cordeiro.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Joel Ilan Paciornik.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior.

Sustentou oralmente o Adv. Elias Cesar Kesrouani pelo impetrante.

Brasília, 24 de maio de 2017 (data do julgamento).

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO

Relator

Superior Tribunal de Justiça

HABEAS CORPUS Nº 379.269 - MS (2016/0303542-3)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO MATO GROSSO DO SUL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE : MAGNO LEANDRO SANTOS ANGELICO

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de MAGNO LEANDRO SANTOS ANGELICO contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul.

Consta dos autos que o paciente foi denunciado pelos delitos tipificados nos arts. 306 do Código de Trânsito Brasileiro (dirigir veículo automotor sob a influência de álcool), 330 e 331, ambos do Código Penal (desobediência e desacato).

O Juízo de primeiro grau rejeitou parcialmente a denúncia, sob o fundamento de que o delito de desacato absorveu o crime de desobediência (princípio da consunção).

Inconformado, o Ministério Público recorreu. O Tribunal de origem deu provimento ao recurso em sentido estrito, em acórdão assim ementado (e-STJ fl. 123):

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO INTERPOSTO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO - DESOBEDIÊNCIA E DESACATO - APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO NO RECEBIMENTO DA DENÚNCIA - INVIABILIDADE - RECURSO PROVIDO.

É inaplicável o princípio da consunção, quando os crimes são autônomos, ou seja, quando um não é obrigatoriamente fase de preparação ou execução do outro. Para a aplicação do referido princípio, a análise deve ser feita entre fatos concretos e não entre normas; pois há a prática de mais de um tipo penal, porém, configura apenas um delito, dessa forma, o momento mais adequado para a aplicação do referido princípio, é o da prolação da sentença, após a instrução processual, pois necessária uma análise aprofundada dos fatos e da autoria, salvo em casos excepcionais. No presente caso, não se verifica, de plano, a existência de um nexo de dependência das condutas ilícitas

Superior Tribunal de Justiça

praticadas pelo recorrido; incabível, portanto, a aplicação do princípio da consunção neste momento.

CONTRA O PARECER - RECURSO PROVIDO.

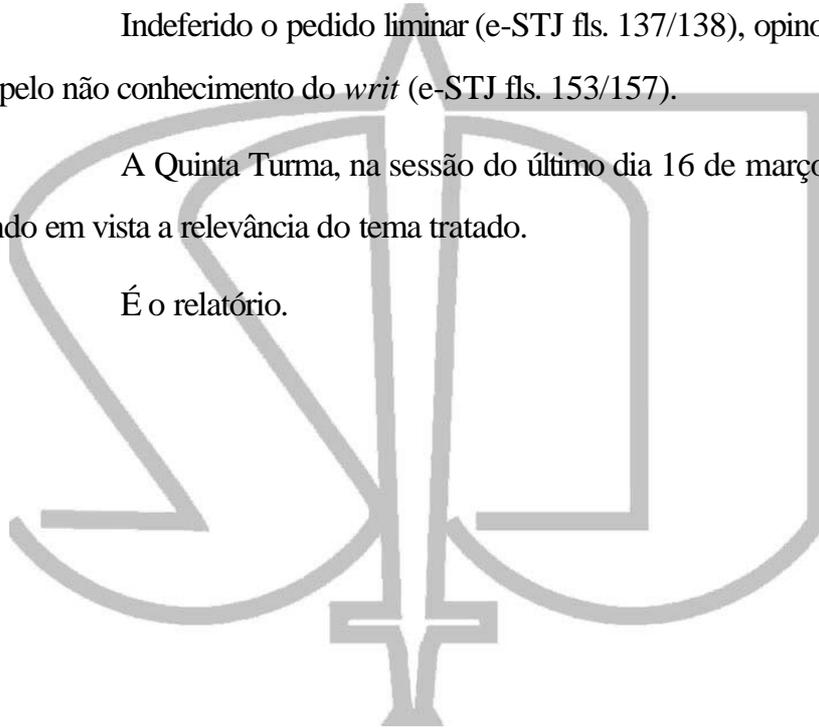
No presente *writ*, sustenta a defesa a existência de constrangimento ilegal, uma vez que "no caso em tela mostra-se perfeitamente cabível a aplicação do princípio da consunção" (e-STJ fl. 3), devendo o delito de desacato absorver o crime de desobediência.

Requer, liminarmente e no mérito, seja aplicado o princípio da consunção.

Indeferido o pedido liminar (e-STJ fls. 137/138), opinou o Ministério Público Federal pelo não conhecimento do *writ* (e-STJ fls. 153/157).

A Quinta Turma, na sessão do último dia 16 de março, deliberou afetar este *writ*, tendo em vista a relevância do tema tratado.

É o relatório.



HABEAS CORPUS Nº 379.269 - MS (2016/0303542-3)

VOTO VENCIDO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):

O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do *habeas corpus*, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade. Esse entendimento objetivou preservar a utilidade e a eficácia do *mandamus*, que é o instrumento constitucional mais importante de proteção à liberdade individual do cidadão ameaçada por ato ilegal ou abuso de poder, garantindo a celeridade que o seu julgamento requer.

Nesse sentido, confirmam-se os seguintes julgados, exemplificativos dessa nova orientação das Cortes Superiores do País: HC n. 320.818/SP, Relator Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 21/5/2015, DJe 27/5/2015 e STF, HC n. 113890, Relatora Ministra ROSA WEBER, Primeira Turma, julg. em 3/12/2013, DJ 28/2/2014.

Assim, de início, incabível o presente *habeas corpus* substitutivo de recurso especial. Todavia, em homenagem ao princípio da ampla defesa, passa-se ao exame da insurgência, para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal passível de ser sanado pela concessão da ordem, de ofício.

Nesta impetração, a defesa tem por escopo a aplicação do princípio da consunção entre os delitos de desobediência e desacato. A propósito, a questão foi assim decidida no Tribunal de origem (e-STJ fls. 124/127):

Trata-se de Recurso em Sentido Estrito interposto pelo Ministério Público Estadual, em face da decisão de fls. 51-54, que rejeitou a denúncia oferecida em face de Magno Leandro Santos Angélico, quanto ao delito de desobediência (art. 330,CP), com arrimo no princípio da consunção.

Verifica-se que o recorrido foi denunciado, em concurso material, como incurso nas sanções dos artigos 330 e 331 do Código Penal e 306, do Código de Trânsito Brasileiro, em razão de, de acordo com a denúncia:

Superior Tribunal de Justiça

"(...)FATO I - Consta no incluso Inquérito Policial que, no dia 16 de agosto de 2015, por volta das 02h, na Rua Lourenço da Veiga com a Rua Marques de Herval, no Bairro Jardim Campo Belo, nesta Capital, foi flagrado conduzindo o veículo VW/Gol, cor vermelha, placas HTJ-7300, com sua capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool, conforme Termo de Constatação de Alteração da Capacidade Psicomotora (fl. 12).

FATO II - No mesmo dia, hora e local supramencionados, o denunciado desobedeceu ordem legal de policiais militares, visto que, após parar repentinamente seu automóvel em via pública, não atendeu a solicitação feita pelos milicianos para se retirar do Veículo.

FATO III - Ato contínuo, ao ser solicitada a identificação do denunciado, este desacatou policiais militares, no exercício de suas funções, realizando gestos obscenos e proferindo dizeres como "vai toma no cú seu bosta o que eu estou fazendo".

Na ocasião, os policiais militares Alberto Fabiano de Arrua e Hagnerdos Santos Silva foram acionados para atender uma ocorrência, visto que o veículo VW Gol, cor vermelha, placas HTJ 7300, conduzido pelo ora denunciado, estava transitando realizando manobras anormais.

Durante diligências, os policiais avistaram o veículo parando na rua de forma repentina e, ao aproximarem-se para realizar a abordagem, determinaram que o denunciado descesse do automóvel, tendo este se recusado a cumprir a ordem legal.

Na tentativa de identificação do denunciado, este apontou o dedo com gestos obscenos aos milicianos e proferiu ofensas como: "vai toma no cú seu bosta o que eu estou fazendo".

Após o denunciado descer do veículo, os policiais constataram que o mesmo estava com forte odor etílico, fala pastosa, olhos vermelhos, sendo convidado a realizar o teste de alcoolemia, situação recusada pelo denunciado, razão pela qual foi confeccionado o Termo de Constatação de Alteração de capacidade Psicomotora. (...)"

Em decisão as fls. 51-54, o juíza quo aplicou o princípio da consunção entre os delitos de desacato e desobediência, de modo que recebeu a denúncia apenas em relação aos crimes previstos nos artigos 331 do Código Penal e 306 do Código de Trânsito Brasileiro. In verbis.

"(...) I - Quanto ao delito de desobediência

Rejeito parcialmente a denúncia.

Narra a denúncia que, na data dos fatos, a Polícia Militar foi acionada para atender uma ocorrência, na qual um veículo estava realizando manobras anormais no trânsito e, quando da

Superior Tribunal de Justiça

abordagem, o denunciado desobedeceu a ordem para que descesse do automóvel. Ato contínuo, teria desacatado os policiais, apontando o dedo com gestos obscenos e dizendo-lhe proferiu ofensas como "vai toma no cú seu bosta o que eu estou fazendo".

Em circunstâncias como as relatadas nestes autos, na qual os delitos ocorreram em um mesmo contexto fático, a aplicação do princípio da Consunção é medida imperiosa vez que, a jurisprudência tem reconhecido que a infração mais grave praticada deverá absorver a infração cometida em sua execução, in casu, o crime de desacato absorverá o crime de desobediência.

(...)

Nota-se, in casu, as infrações foram cometidas, tal como se extrai da inicial, no mesmo contexto fático, com nítida relação de dependência entre as condutas, ferindo, em linhas gerais (mormente os delitos de desacato e desobediência), o mesmo bem jurídico, qual seja, a "administração pública", não justificando que, por estas circunstâncias, o réu sofram condenações por vários e autônomos ilícitos penais.

Isto posto, sem mais delongas, é a presente para rejeitar a denúncia de fls. 1/3, especificamente com relação ao crime do art. 330 do Código Penal (2º Fato), o que faço com arrimo no princípio da Consunção.

Contra a decisão, o Ministério Público interpôs o presente recurso em sentido estrito, objetivando a reforma da decisão para que seja recebida in totum a denúncia ofertada contra Magno Leandro Santos Angelico (fls. 80-85).

Passo à análise do recurso.

Primeiramente, trago a definição de princípio da consunção, de acordo com a lição de Cezar Roberto Bitencourt: "Pelo princípio da consunção, ou absorção, a norma definidora de um crime constitui meio necessário ou fase normal de preparação ou execução de outro crime. Em termos bem esquemáticos, há consunção quanto o fato previsto em determinada norma é compreendido em outra, mais abrangente, aplicando-se somente esta. Na relação consuntiva, os fatos não se apresentam em relação de gênero e espécie, mas de minus e plus, de continente e conteúdo, de todo e parte, de inteiro e fração.

Por isso, o crime consumado absorve o crime tentado, o crime de perigo é absorvido pelo crime de dano. A norma consuntiva constitui fase mais avançada na realização da ofensa a um bem jurídico, aplicando-se o princípio major absorbet minorem. Assim, as lesões corporais que determinam a morte são absorvidas pela tipificação do homicídio, ou o furto com arrombamento em casa habitada absorve os crimes de dano e de violação de domicílio etc. A norma consuntiva exclui a aplicação da norma consunta, por abranger o delito definido por esta. Há consunção quando o

Superior Tribunal de Justiça

crime-meio é realizado como uma fase ou etapa do crime-fim, onde vai esgotar seu potencial ofensivo, sendo, por isso, a punição somente da conduta criminosa final do agente.(...)"

É inaplicável o princípio da absorção, quando os crimes são autônomos, ou seja, quando um não é obrigatoriamente fase de preparação ou execução do outro.

Na aplicação do referido princípio, a análise deve ser feita entre fatos concretos e não entre normas; pois há a prática de mais de um tipo penal, porém, configura apenas um delito, dessa forma, o momento mais adequado para a aplicação ou não do referido princípio, é o da prolação da sentença, após a instrução processual, pois necessária uma análise aprofundada dos fatos e da autoria, salvo em casos excepcionais.

No momento do recebimento da denúncia, o magistrado deve fazer apenas um juízo de admissibilidade da acusação; dessa forma, prematura a deliberação acerca da aplicabilidade do princípio da consunção, pois para isso, se exige uma profunda análise fática sobre elementos que ainda serão colhidos durante a instrução processual.

No presente caso, o recorrido é acusado das práticas dos delitos previstos nos artigos 306, CTB; 330 e 331, CP e é em relação aos dois últimos que cinge-se a discussão.

Tem-se que o réu desobedeceu ordem legal de policiais militares, não atendendo a solicitação de se retirar do veículo (art. 330, CP). Ato contínuo, ao ser solicitada a identificação do denunciado, este desacatou os policiais, realizando gestos obscenos e proferindo dizeres como "vá toma no cú seu bosta o que eu estou fazendo" (art. 331, CP).

Não se verifica, de plano, a existência de um nexo de dependência das condutas ilícitas praticadas pelo recorrido; incabível, portanto, a aplicação do princípio da consunção neste momento.

Ademais, o Ministério Público afirma que restou claro o cometimento de delitos autônomos, que se repita, não ocorreram no mesmo contexto fático, e não possuem dependência entre si, razão pela qual não há que se falar em aplicabilidade do princípio da consunção, por se tratar cada conduta de desígnios autônomos (fl. 83).

Pelo exposto, o momento mais adequado para aplicar o princípio da consunção é o da prolação da sentença, após a instrução processual.

Contra o parecer, dou provimento ao recurso ministerial, determinando o recebimento integral da exordial e o normal prosseguimento do feito.

Superior Tribunal de Justiça

Extrai-se das transcrições supra que a instância ordinária revisora entendeu que os crimes de desobediência e de desacato foram praticados em contextos fáticos distintos, configurando crimes autônomos. Entendimento em sentido contrário demandaria, necessariamente, o revolvimento do conjunto fático-probatório, inviável na via estreita do *habeas corpus*. Nesse sentido:

PENAL E PROCESSUAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. PORTE ILEGAL DE ARMA E ROUBO. PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO. INAPLICABILIDADE. CONDUTAS AUTÔNOMAS.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, acompanhando a orientação da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, firmou-se no sentido de que o habeas corpus não pode ser utilizado como substituto de recurso próprio, sob pena de desvirtuar a finalidade dessa garantia constitucional, exceto quando a ilegalidade apontada é flagrante, ocasião em que se concede a ordem de ofício.

2. A absorção do crime de porte ilegal de arma pelo de roubo pressupõe que as condutas tenham sido praticadas em um mesmo contexto fático, guardando entre si uma relação de dependência ou de subordinação.

3. Na hipótese dos autos, o acórdão impugnado, soberano na análise de acervo fático-probatório, assentou que o paciente foi flagrado no porte dos artefatos em momento distinto ao do roubo, caracterizando nova conduta autônoma e independente daquele crime, a impedir a aplicação do princípio da consunção.

4. Habeas corpus não conhecido. (HC 234.231/MS, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 02/02/2016, DJe 23/02/2016) -grifei.

PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 157, §2º, I E II, DO CÓDIGO PENAL. ART. 16, P. ÚNICO, IV, DA LEI Nº 10.826/2003. (1) WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. VIA INADEQUADA. (2) ROUBO CIRCUNSTANCIADO E PORTE DE ARMA DE FOGO. PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO. INAPLICABILIDADE NO CASO CONCRETO. (3) MAJORANTES. QUANTUM DE ACRÉSCIMO. SÚMULA 443 DESTA CORTE. ILEGALIDADE MANIFESTA. (4) ROUBO. CRIME COMETIDO MEDIANTE UMA SÓ AÇÃO. PATRIMÔNIOS DIVERSOS. CRIME ÚNICO. IMPOSSIBILIDADE. CONCURSO FORMAL. (5) CONTINUIDADE DELITIVA. TEORIA MISTA. DESÍGNIOS AUTÔNOMOS. DEMAIS REQUISITOS. COMPROVAÇÃO. NECESSIDADE. REEXAME PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. (6) REGIME FECHADO. PENA SUPERIOR A 8 ANOS DE RECLUSÃO. ADEQUAÇÃO. ILEGALIDADE NÃO

EVIDENCIADA. (7) WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM DE OFÍCIO.

1. Tratando-se de habeas corpus substitutivo de recurso especial, inviável o seu conhecimento.

2. "A conduta de portar arma ilegalmente é absorvida pelo crime de roubo, quando, ao longo da instrução criminal, restar evidenciado o nexo de dependência ou de subordinação entre as duas condutas e que os delitos foram praticados em um mesmo contexto fático, incidindo, assim, o princípio da consunção" (HC 178.561/DF, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 22/05/2012, DJe 13/06/2012). In casu, as instâncias ordinárias concluíram que a posse ilegal de arma de fogo decorreu de desígnio autônomo, rompendo-se o liame temporal e o nexo com o delito de roubo circunstanciado. Outrossim, para se chegar a qualquer conclusão em sentido contrário, seria necessária uma análise acurada dos fatos, depoimentos e elementos de convicção em que se arrimaram as instâncias ordinárias. Tal procedimento é inviável em sede de habeas corpus, pois importaria em transformar o writ em recurso dotado de ampla devolutividade.

(...)

7. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de reduzir a sanção imposta ao paciente para 14 (catorze) anos, 06 (seis) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, mais 38 (trinta e oito) dias-multa, mantidos os demais termos da condenação. (HC 315.059/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 06/10/2015, DJe 27/10/2015) - grifei.

Assim, inexistente a possibilidade de reparação da apontada ilegalidade na via do remédio constitucional do *habeas corpus*.

Não obstante, a 5ª Turma desta Corte Superior, no julgamento do REsp-1.640.084/SP, afastou a tipicidade do crime de desacato, ante sua incompatibilidade com a Convenção Americana de Direitos Humanos. A propósito, foram estes os fundamentos utilizados pelo Relator, Ministro Ribeiro Dantas:

O art. 2º, c/c o art. 29, da Convenção Americana de Direitos Humanos prevê a adoção, pelos Estados Partes, de "medidas legislativas ou de outra natureza", visando à solução de antinomias normativas que possam suprimir ou limitar o efetivo exercício de

Superior Tribunal de Justiça

direitos e liberdades fundamentais:

"Artigo 1. Obrigação de respeitar os direitos.

1. Os Estados Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.

2. Para os efeitos desta Convenção, pessoa é todo ser humano.

Artigo 2. Dever de adotar disposições de direito interno.

*Se o exercício dos direitos e liberdades mencionados no artigo 1 ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza, os Estados Partes comprometem-se a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as **medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades.**"*

(...)

Artigo 29. Normas de interpretação.

Nenhuma disposição desta Convenção pode ser interpretada no sentido de:

*a. **permitir a qualquer dos Estados Partes, grupo ou pessoa, suprimir o gozo e exercício dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção ou limitá-los em maior medida do que a nela prevista;***

b. limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos de acordo com as leis de qualquer dos Estados Partes ou de acordo com outra convenção em que seja parte um dos referidos Estados;

c. excluir outros direitos e garantias que são inerentes ao ser humano ou que decorrem da forma democrática representativa de governo; e

d. excluir ou limitar o efeito que possam produzir a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e outros atos internacionais da mesma natureza." (Grifou-se.)

*Na sessão de 4/2/2009, a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, ao julgar, pelo rito do art. 543-C do CPC/1973, o Recurso Especial 914.253/SP, de relatoria do Ministro LUIZ FUX, adotou o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário 466.343/SP, no sentido de que **os tratados de***

Superior Tribunal de Justiça

direitos humanos, ratificados pelo país, têm força supralegal, "o que significa dizer que toda lei antagônica às normas emanadas de tratados internacionais sobre direitos humanos é destituída de validade."

Eis as ementas dos aludidos RE 466.343 e REsp 914.253/SP:

"PRISÃO CIVIL. Depósito. Depositário infiel. Alienação fiduciária. Decretação da medida coercitiva. Inadmissibilidade absoluta. Insustentação da previsão constitucional e das normas subalternas. Interpretação do art. 5º, inc. LXVII e §§ 1º, 2º e 3º, da CF, à luz do art. 7º, § 7, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica). Recurso improvido. Julgamento conjunto do RE 349.703 e dos HCs 87.585 e 92.566. É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito."

(STF, RE 466.343, Rel. Ministro CEZAR PELUSO, TRIBUNAL PLENO, julgado em 3/12/2008, DJe 4/6/2009.)

"PROCESSO CIVIL. TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. DEPOSITÁRIO INFIEL. PACTO DE SÃO JOSÉ DA COSTA RICA. EMENDA CONSTITUCIONAL N. 45/2004. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. NOVEL POSICIONAMENTO ADOTADO PELA SUPREMA CORTE.

1. A Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em seu art. 7º, § 7º, vedou a prisão civil do depositário infiel, ressalvada a hipótese do devedor de alimentos. Contudo, a jurisprudência pátria sempre direcionou-se no sentido da constitucionalidade do art. 5º, LXVII, da Carta de 1988, o qual prevê expressamente a prisão do depositário infiel. Isto em razão de o referido tratado internacional ter ingressado em nosso ordenamento jurídico na qualidade de norma infraconstitucional, porquanto, com a promulgação da Constituição de 1988, inadmissível o seu recebimento com força de emenda constitucional. Nesse sentido confirmam-se os seguintes julgados da Suprema Corte: RE 253.071/GO, Relator Ministro MOREIRA ALVES, Primeira Turma, DJ de 29 de junho de 2006 e RE 206.482/SP, Relator Ministro MAURICIO CORRÊA, Tribunal Pleno, DJ de 5 de setembro de 2003.

2. A edição da EC n. 45/2004 acresceu ao art. 5º da CF/1988 o § 3º, dispondo que 'Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais', inaugurando novo panorama nos acordos internacionais relativos a direitos humanos em território nacional.

Superior Tribunal de Justiça

3. Deveras, 'a ratificação, pelo Brasil, sem qualquer reserva do pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica, (art, 7º, 7), ambos do ano de 1992, não há mais base legal para prisão civil do depositário infiel, pois o caráter especial desses diplomas internacionais sobre direitos humanos lhes reserva lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de ratificação. Assim ocorreu com o art. 1.287 do Código Civil de 1916 e com o Decreto-Lei n. 911/1969, assim como em relação ao art. 652 do novo Código Civil (Lei n. 10.406/2002).' (voto proferido pelo Ministro GILMAR MENDES, na sessão de julgamento do Plenário da Suprema Corte em 22 de novembro de 2006, relativo ao Recurso Extraordinário 466.343/SP, da relatoria do Ministro CEZAR PELUSO).

4. A Constituição da República Federativa do Brasil, de índole pós-positivista, e fundamento de todo o ordenamento jurídico, expressa, como vontade popular, que a República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados, Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como um dos seus fundamentos a dignidade da pessoa humana como instrumento realizador de seu ideário de construção de uma sociedade justa e solidária.

5. O Pretório Excelso, realizando interpretação sistemática dos direitos humanos fundamentais, promoveu considerável mudança acerca do tema em foco, assegurando os valores supremos do texto magno. O Órgão Pleno da Excelsa Corte, por ocasião do histórico julgamento do Recurso Extraordinário 466.343/SP, Rel. Ministro CEZAR PELUSO, reconheceu que os **tratados de direitos humanos têm hierarquia superior à lei ordinária, ostentando status normativo supralegal, o que significa dizer que toda lei antagônica às normas emanadas de tratados internacionais sobre direitos humanos é destituída de validade, máxime em face do efeito paralisante dos referidos tratados em relação às normas infra-legais autorizadas da custódia do depositário infiel. Isso significa dizer que, no plano material, as regras provindas da Convenção Americana de Direitos Humanos, em relação às normas internas, são ampliativas do exercício do direito fundamental à liberdade, razão pela qual paralisam a eficácia normativa da regra interna em sentido contrário, haja vista que não se trata aqui de revogação, mas de invalidade.**

(...)

8. Recurso especial desprovido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C

do CPC e da Resolução STJ 8/2008."

Superior Tribunal de Justiça

(REsp 914.253/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, CORTE ESPECIAL, julgado em 2/12/2009, DJe 04/2/2010 - grifou-se.)

Os acórdãos acima mencionados, ao reconhecerem o caráter supralegal dos tratados que cuidam da proteção aos direitos humanos, enfatizaram que, "no plano material, as regras provindas da Convenção Americana de Direitos Humanos, em relação às normas internas, são ampliativas do exercício do direito fundamental à liberdade, razão pela qual paralisam a eficácia normativa da regra interna em sentido contrário, haja vista que não se trata aqui de revogação, mas de invalidade" (REsp 914.253/SP).

*Trata-se do **controle de convencionalidade**, cuja finalidade é compatibilizar as normas internas com os tratados e convenções de direitos humanos, nos termos da doutrina pioneira, no Brasil, de VALÉRIO MAZZUOLI (O controle jurisdicional da convencionalidade das leis. 2ª ed. v. 4. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011). Explica o autor:*

"Nesse sentido, entende-se que o controle de convencionalidade (ou o de supralegalidade) deve ser exercido pelos órgãos da justiça nacional relativamente aos tratados aos quais o país se encontra vinculado. Trata-se de adaptar ou conformar os atos ou leis internas aos compromissos internacionais assumidos pelo Estado, que criam para estes deveres no plano internacional com reflexos práticos no plano do seu direito interno. Doravante, não somente os tribunais internacionais (ou supranacionais) devem realizar esse tipo de controle, mas também os tribunais internos. O fato de serem os tratados internacionais (notadamente os de direitos humanos) imediatamente aplicáveis no âmbito do direito doméstico, garante a legitimidade dos controles de convencionalidade e de supralegalidade das leis no Brasil" (MAZZUOLI, Valério. O controle jurisdicional da convencionalidade das leis. 2ª ed. v. 4. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, pp. 133-134.)

Nesse particular, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, quando do julgamento do caso Almonacid Arellano y otros v. Chile, passou a exigir que o Poder Judiciário de cada Estado Parte do Pacto de São José da Costa Rica exerça o controle de convencionalidade das normas jurídicas internas que aplica aos casos concretos (texto disponível no sítio eletrônico: www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf).

Salienta MARINONI que, "no atual sistema normativo brasileiro, os tratados que possuem status normativo supralegal apenas abrem oportunidade ao controle difuso. O exercício do controle de convencionalidade é um dever do juiz nacional, podendo ser feito a

Superior Tribunal de Justiça

requerimento da parte ou mesmo de ofício" (In Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai/Calogero Pizzolo...[et al.]; coordenação Luiz Guilherme Marinoni, Valério de Oliveira Mazzuoli. - 1. Ed. - Brasília, DF : Gazeta Jurídica, 2013, p. 66).

Anote-se, ainda, que o controle de convencionalidade não se confunde com o controle de constitucionalidade, uma vez que a posição supralegal do tratado de direitos humanos é bastante para superar a lei ou ato normativo interno que lhe for contrária, abrindo ensejo a recurso especial, como, aliás, já fez esta Corte Superior ao entender pela inconvenção da prisão civil do depositário infiel.

A propósito, o art. 105, III, "a", da Constituição Federal de 1988 estabelece, expressamente, a competência do Superior Tribunal de Justiça para "julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida contrariar **tratado** ou lei federal, ou negar-lhes vigência" (grifou-se.)

Se a discussão girasse em torno de tratado ou convenção votado sob regime do art. 5º, § 3º, da CF), a coisa seria diferente, porque a norma, aí, teria status de emenda constitucional e, desse modo, haveria controle de constitucionalidade, com usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal, na hipótese de controle concentrado, ou da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, em caso de controle difuso (cláusula de reserva de plenário).

Dessarte, ao contrário do que entenderam as instâncias ordinárias, a ausência de lei veiculadora de abolição criminis não inibe a atuação do Poder Judiciário na verificação de possível inconformidade do art. 331 do CP, 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.

Em face de tais considerações, passo ao exame dos dispositivos em confronto, cujo teor é o seguinte:

Convenção Americana de Direitos Humanos

"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,

Superior Tribunal de Justiça

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."

Código Penal

"Desacato

Art. 331 - Desacatar funcionário público no exercício da função ou em razão dela:

Pena - detenção, de seis meses a dois anos, ou multa."

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos - CIDH já se manifestou a respeito do tema em casos que envolveram Argentina, Chile, Panamá, Peru e Venezuela, resultando, sempre, em decisões pela prevalência do art. 13 do Pacto de São José sobre normas internas que tipificam o crime em exame. Destaca-se, como paradigma, o Caso n. 11.012, relativo ao jornalista Horácio Verbitsky, condenado por desacato em razão de ter chamado de "asqueroso" o Ministro Augusto César Belluscio, da Suprema Corte de Justiça da República Argentina. A controvérsia foi resolvida mediante o compromisso do país vizinho no sentido de extirpar de seu ordenamento jurídico o delito de desacato.

No caso Palamara Iribarne v. Chile (2005) a solução não foi amistosa, tendo a CIDH considerado que a República do Chile violou o disposto no art. 13 da Convenção ante a imputação do crime de desacato ao escritor Humberto Antonio Palamara Iribarne.

No relatório especial de 1995, a Comissão afirmou que as leis de desacato se prestam ao abuso, como meio para silenciar ideias e opiniões consideradas incômodas pelo establishment, bem assim

Superior Tribunal de Justiça

proporcionam maior nível de proteção aos agentes do Estado do que aos particulares, em contravenção aos princípios democrático e igualitário (CIDH, Relatório sobre a compatibilidade entre as leis de desacato e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, OEA/Ser. L/V/II.88, doc. 9 rev., 17 de fevereiro de 1995, 197-212) .

A CIDH, em seu 108º período ordinário de sessões, realizado de 16 a 27/10/2000, aprovou a Declaração de Princípios sobre Liberdade de Expressão, que estatui: "11. Os funcionários públicos estão sujeitos a um maior controle por parte da sociedade. As leis que punem a manifestação ofensiva dirigida a funcionários públicos, geralmente conhecidas como 'leis de desacato', atentam contra a liberdade de expressão e o direito à informação."

A aprovação do Princípio n. 11 sobre Liberdade de Expressão teve a seguinte justificativa:

"50. Como foi salientado anteriormente, o pleno exercício da liberdade de expressão é um dos principais mecanismos com que a sociedade conta para exercer um controle democrático sobre as pessoas que têm a seu cargo assuntos de interesse público. A CIDH se pronunciou claramente sobre a incompatibilidade das leis de desacato com a Convenção Americana:

*A aplicação de leis de desacato para proteger a honra dos funcionários públicos que atuam em caráter oficial outorga-lhes injustificadamente um direito a proteção especial, do qual não dispõem os demais integrantes da sociedade. Essa **distinção inverte diretamente o princípio fundamental de um sistema democrático, que faz com que o governo seja objeto de controles, entre eles, o escrutínio da cidadania, para prevenir ou controlar o abuso de seu poder coativo.** Considerando-se que os funcionários públicos que atuam em caráter oficial são, para todos os efeitos, o governo, então é precisamente um direito dos indivíduos e da cidadania criticar e perscrutar as ações e atitudes desses funcionários no que diz respeito à função pública.*

*Juntamente com as restrições diretas, **as leis de desacato restringem indiretamente a liberdade de expressão, porque carregam consigo a ameaça do cárcere ou multas para aqueles que insultem ou ofendam um funcionário público.** A esse respeito, a Corte Europeia afirmou que, apesar de as penas posteriores de multa e revogação de um artigo publicado não impedirem que o peticionário se expresse, elas 'equivalem, não obstante, a uma censura, que podem dissuadi-lo de formular críticas desse tipo no futuro'. O temor de sanções penais necessariamente desencoraja os cidadãos de expressar suas opiniões sobre problemas de interesse público, em especial quando a legislação não distingue entre os fatos e os juízos de valor.*

Superior Tribunal de Justiça

A crítica política com frequência inclui juízos de valor. Quando são aplicadas, as leis de desacato tem um efeito direto sobre o debate aberto e rigoroso sobre as políticas públicas, que o Artigo 13 garante e que é essencial para a existência de uma sociedade democrática. Ademais, a Comissão observa que, ao contrário da estrutura estabelecida pelas leis de desacato, em uma sociedade democrática, as personalidades políticas e públicas devem estar mais - e não menos - expostas ao escrutínio e à crítica do público. Como essas pessoas estão no centro do debate público e se expõem de modo consciente ao escrutínio da cidadania, devem demonstrar maior tolerância à crítica.

(...)

52. Nesse contexto, a distinção entre a pessoa privada e a pública torna-se indispensável. A proteção outorgada a funcionários públicos pelas denominadas leis de desacato atenta abertamente contra esses princípios. Essas leis invertem diretamente os parâmetros de uma sociedade democrática, na qual os funcionários públicos devem estar sujeitos a um maior escrutínio por parte da sociedade. A proteção dos princípios democráticos exige a eliminação dessas leis nos países em que elas ainda subsistam. Por sua estrutura e utilização, essas leis representam enquistamentos autoritários herdados de épocas passadas, e é preciso eliminá-las." (texto disponível no sítio eletrônico: <http://www.oas.org/pt/cidh/expressao/showarticle.asp?artID=132&lID=4> - grifou-se.)

Ora. As recomendações da CIDH assumem força normativa interna, porquanto, "no caso Loayza Tamayo v. Peru e nos posteriores, a Corte [Interamericana de Direitos Humanos] sustentou que o princípio da boa-fé, consagrado também na Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, obriga os Estados contratantes da Convenção Americana de Direitos Humanos a realizar seus melhores esforços para cumprir as deliberações da Comissão [CIDH], que é também órgão principal da OEA, organização que tem como uma de suas funções justamente promover a observância e a defesa dos direitos humanos no continente americano" (RAMOS, André de Carvalho. *Processo internacional de direitos humanos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 234).

Assim mesmo, o Brasil não retirou da legislação o crime de desacato, o que, a teor de denúncias formuladas pelas Defensorias Públicas da União e do Estado de São Paulo à CIDH, consubstanciaria descumprimento do art. 13 da CADH e do respectivo Princípio sobre Liberdade de Expressão n. 11.

Com semelhantes argumentos, em 31/5/2016, a Procuradora Federal dos Direitos do Cidadão, Doutora DEBORAH DUPRAT,

Superior Tribunal de Justiça

representou ao Procurador-Geral da República pela propositura de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental perante o Supremo Tribunal Federal.

A proposta de ADPF, disponível no sítio eletrônico <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/temas-de-atuacao/direitos-humanos/internacionais/atuacao-do-mpf/representacao-proposicao-adpf-crime-desacato>, destaca que a tipificação do crime de desacato "atenta contra o regime democrático, na medida em que impede o controle da atuação de servidores públicos a propósito de suas funções. Do mesmo modo, inibe a liberdade de expressão nos seus aspectos e fundamentos essenciais, além de atingir mais severamente aqueles que estão em luta pela implementação de seu catálogo de direitos, em clara ofensa ao princípio da igualdade." Ressalta que a situação "compromete o Brasil no cenário internacional, em razão do não cumprimento de obrigações às quais aderiu livremente."

A existência do crime do art. 331 do CP, para a PFDC, não raras vezes, serviu de instrumento de abuso de poder pelas autoridades estatais, para suprimir direitos fundamentais, em especial a liberdade de expressão:

"O constituinte brasileiro chegou a ser redundante, ao garantir a liberdade de expressão em múltiplos dispositivos, rejeitando peremptoriamente toda forma de censura. Essa insistência não foi gratuita. Por um lado, ela é uma resposta a um passado de desrespeito a essa liberdade pública fundamental, em que a censura campeava e pessoas eram perseguidas por suas ideias. Por outro, revela o destaque que tal direito passa a ter em nossa ordem constitucional."

*Registra MAZZUOLI que "o Institut de Droit International, na sua sessão de Milão de 1993, na Resolução sobre 'A atividade do juiz interno e as relações internacionais do Estado', da qual foi relator o Sr. BENEDETTO CONFORTI, propôs que os juízes internos apliquem com total independência as normas provindas do direito internacional e as **interpretem segundo os métodos seguidos pelos tribunais internacionais**. Falando de outra maneira, o que o Institut pretendeu foi que os **juízes internos interpretem e apliquem o direito internacional da mesma maneira que um tribunal internacional o faria, ou seja, como se uma jurisdição internacional fossem.**"(op. cit., 2011, p. 94 - grifou-se).*

A adesão ao Pacto de São José significa a transposição, para a ordem jurídica interna, de critérios recíprocos de interpretação, sob pena de negação da universalidade dos valores insertos nos direitos fundamentais nele reconhecidos.

Superior Tribunal de Justiça

A Opinião Consultiva n. 5/1985, da Corte Interamericana de Direitos Humanos, consagra o princípio pro homine na hermenêutica das normas domésticas e internacionais relativas à proteção dos direitos fundamentais, havendo, aliás, idêntica previsão na Constituição brasileira de 1988, que estabelece, como fundamento do Estado Democrático de Direito, a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) e, como parâmetro das relações internacionais, a prevalência dos direitos humanos (art. 4º, II).

*Vale dizer, no controle de convencionalidade, o intérprete deve estar imbuído da premissa de que "os Estados existem para os humanos e não vice-versa" (TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Direito Internacional das Organizações Internacionais*. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 17).*

*No crime de desacato, contudo, o sujeito passivo é o Estado e, apenas em segundo plano, também o funcionário público, e isto porque o bem jurídico precipuamente tutelado é o prestígio da função pública (NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 1.380).*

Embora a jurisprudência afaste a tipicidade do desacato quando a palavra ou o ato ofensivo resultar de reclamação ou crítica à atuação funcional do agente público (RHC 9.615/RS, Rel. Ministro EDSON VIDIGAL, QUINTA TURMA, julgado em 8/8/2000, DJ 25/9/2000), o esforço intelectual de discernir censura de insulto à dignidade da função exercida em nome do Estado é por demais complexo, abrindo espaço para a imposição abusiva do poder punitivo estatal.

Com efeito, a depender da suscetibilidade do funcionário, uma palavra ou um gesto poderá sujeitar o autor a longa e tormentosa ação penal, até que um tribunal venha reconhecer a arbitrariedade da imputação do crime do art. 331 do CP. Veja-se, por exemplo, que este Superior Tribunal já trancou ação penal por desacato, movida contra Promotora de Justiça que pronunciou a frase "eu nunca ouvi tanta besteira", direcionada ao Corregedor Pr-Geral do Ministério Público de seu Estado (HC 305.141/PB, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 5/2/2015, DJe 18/2/2015). Noutra oportunidade, o STJ afirmou que "não houve desacato ao magistrado em razão da função jurisdicional, tendo sido as ofensas a ele dirigidas em caráter pessoal, decorrentes de sua atitude como passageiro de companhia aérea" (HC 21.228/PI, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 20/2/2003, DJ 24/3/2003).

Outro caso de repercussão, infelizmente, é o da morte de três jovens do Morro da Providência, no Rio de Janeiro/RJ, na sequência de suas prisões por desacato a militares do Exército em operações naquela localidade. O caso foi investigado pelo Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana (CDDPH),

Superior Tribunal de Justiça

que, no relatório de 30/9/2008, recomendou eliminar esse tipo penal, por violar parâmetros protetivos internacionais (texto disponível em [http://www.sdh.gov.br/sobre/participacao-social/cndh/relatorios/relatorio-c.e-](http://www.sdh.gov.br/sobre/participacao-social/cndh/relatorios/relatorio-c.e-morro-da-providencia)

morro-da-providencia.)

Esse estado de coisas induziu à proposta de dois projetos de lei favoráveis à abolição do delito.

O Projeto de Lei n. 4.548/2008, apresentado pelo Deputado Federal EDSON DUARTE, afirma que esse tipo penal "tem servido nos dias atuais como instrumento de intimidação de pessoas no âmbito das repartições públicas, onde costumeiramente são afixadas placas, cartazes e objetos similares em locais visíveis ao público com dizeres que alertam para a prática do aludido delito e suas possíveis conseqüências jurídicas ou simplesmente transcrevem literalmente o referido dispositivo legal, que prevê que o infrator no caso se sujeitará à pena privativa de liberdade (detenção) de seis meses a dois anos ou multa." A justificativa do projeto pontua:

"(...) tal providência administrativa, muito embora seja justificada por autoridades e servidores públicos como importante meio para deter a violência contra si, estabelece na prática um lamentável mecanismo de censura em detrimento da livre manifestação de pensamento e, assim, contribui em grande medida para perpetuar as situações de mau atendimento a usuários de serviços públicos ou de adoção contra estes de atitudes grosseiras ou incompatíveis com a urbanidade que deveria ser mantida pelos mencionados agentes públicos no âmbito das repartições públicas." (texto disponível no sitio eletrônico: — [http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=0439C8798C67E98B0551B01F6370CE07.node1?codteor=631575&filename=Avulso+-PL+4548/2008)

prop_mostrarintegra;jsessionid=0439C8798C67E98B0551B01F6370CE07.node1?codteor=631575&filename=Avulso+-PL+4548/2008.)

O PL n. 602/2015, de autoria do Deputado Federal JEAN WYLLYS, alude ao episódio em que uma agente de trânsito, durante abordagem a veículo de Juiz de Direito, foi presa por desacatar o magistrado:

"Cena 1: Uma servidora do Detran-RJ, numa blitz (em 2011), parou um veículo que estava sem placa. A nota fiscal que portava já tinha prazo vencido. O motorista, ademais, não portava a carteira de habilitação (tudo isso foi reconhecido em sentença da Justiça). Quem era o motorista? Um juiz de direito. A servidora (que fez uma dissertação de mestrado sobre ética na administração pública) disse

Superior Tribunal de Justiça

que o carro irregular deveria ser recolhido. Essa providência, absolutamente legal e válida para todos, foi a causa do *quid pro quo* armado. O motorista queria que um tenente a prendesse. Este se recusou a fazer isso. Chegaram os PMs (tentaram algemá-la). A servidora disse: 'Ele não é Deus'. O juiz começou a gritar e deu voz de prisão, dizendo que ela era 'abusada' (quem anda com carro irregular, não, não é abusado). Ela processou o juiz por prisão ilegal. O TJ do RJ entendeu (corporativamente) que foi a servidora que praticou ilegalidade e abuso (dizendo que 'juiz não é Deus'). Alegação completar da servidora: 'Se eu levo os carros dos mais humildes, por que não vou levar os dos mais abastados?; Posso me prejudicar porque fiz meu trabalho direito' (...)" (texto disponível no sítio eletrônico: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1306621&filename=PL+602/2015.)

Na opinião do parlamentar, "o abuso de autoridade, em especial, a prática da 'carteirada', é uma mazela comum no Brasil e merece atenção especial da lei." E arremata:

"Uma das infelizes causas para tal prática é a existência de um tipo penal específico para o crime contra a honra praticado contra autoridade ou funcionário público, o desacato. A **figura do desacato é, de certa forma, a legitimação jurídica da pergunta 'Você sabe com quem está falando?'** que, como diz o antropólogo Roberto DaMatta, 'engendra um impasse pela introdução de uma relação [hierárquica] num contexto que teoricamente deveria ser resolvido pela aplicação individualizada e automática da lei'" (grifou-se.)

Não há dúvida de que a criminalização do desacato está na contramão do humanismo, porque ressalta a preponderância do Estado - personificado em seus agentes - sobre o indivíduo. Afinal, é da Doutrina o conceito de que "todo funcionário público, desde o mais graduado ao mais humilde, é instrumento da soberana vontade e atuação do Estado", daí a especial proteção que lhe consagra a lei penal (HUNGRIA, Nélson. Comentários ao Código Penal. v. 9. Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 420).

A continuar dessa forma, o funcionário público que se sentir vitimado por qualquer desaire tem direito de invocar a cláusula absolutista e dizer, sem exagero, *L'État c'est moi*, porquanto com respaldo no art. 331 do CP.

Com todas as vênias, 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 preconizado pela CF/88 e pela Convenção

Superior Tribunal de Justiça

Americana de Direitos Humanos.

Ademais, a punição do uso de linguagem e atitudes ofensivas contra agentes estatais é medida capaz de fazer com que as pessoas se abstenham de usufruir do direito à liberdade de expressão, por temor de sanções penais, sendo esta uma das razões pelas quais a CIDH estabeleceu a recomendação de que os países aderentes ao Pacto de São José abolissem suas respectivas leis de desacato.

À parte as normas e regras de interpretação do sistema interamericano de proteção aos direitos humanos, vale a pena mencionar a notável construção jurisprudencial norte-americana sobre a fighting words doctrine.

*A Suprema Corte dos Estados Unidos desenvolveu, a partir do caso *Chaplinsky v. New Hampshire* (1942), o entendimento de que o right of free speech (Primeira Emenda) não protegeria a utilização de palavras que incitassem à quebra imediata da paz social (fighting words doctrine). Entretanto, em casos posteriores, tendo como paradigma o precedente firmado em *Lewis v. City of New Orleans* (1974), aquele Tribunal passou a reduzir a margem de aplicação da teoria das "palavras belicosas", para declarar a inconstitucionalidade de leis de desacato redigidas de maneira vaga ou cujo alcance fosse excessivo, de modo a conferir ao funcionário poder ilimitado para prender ou processar o suposto infrator (cf. caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/415/130.html).*

É importante a ponderação da Suprema Corte norte-americana pois, no tocante à liberdade de expressão, "(...) há de se ter redobradas cautelas ao prospectar limites a seu uso, sobretudo quando o particular se volta contra o Estado, ainda que para externar sentimentos desconexos ou de aleivosia, pois, particularmente aí, 'a liberdade costuma ofender' (CLARICE LISPECTOR)" (TRF5, AC 421.293/CE, Rel. Juiz Federal convocado BRUNO LEONARDO CÂMARA CARRÁ, TERCEIRA TURMA, j. 22/9/2011, DJe 10/10/2011).

Observe-se, por fim, que o afastamento da tipificação criminal do desacato não impede a responsabilidade ulterior, civil ou até mesmo de outra figura típica penal (calúnia, injúria, difamação etc.), pela ocorrência de abuso na expressão verbal ou gestual ofensiva, utilizada perante o funcionário público.

Louvo-me, no aspecto, na argumentação expendida pelo Subprocurador-Geral da República, Doutor NÍVIO DE FREITAS SILVA FILHO, para "ressaltar que eventuais condutas que exorbitem os limites da razoabilidade podem ser suficientemente responsabilizadas por instrumentos de natureza cível e mesmo penal, aplicáveis a toda e qualquer pessoa, mostrando-se desnecessário manter um tipo dotado de conceitos vagos e imprecisos, que tem servido mais como meio de intimidação dos cidadãos do que para a proteção da Administração Pública."

Superior Tribunal de Justiça

Com razão, portanto, o recorrente, no ponto em que aduz a inviabilidade da condenação por desacato com fundamento em tipo penal incompatível com os parâmetros normativos oferecidos pelo art. 13 do Pacto de São José da Costa Rica, do qual a República Federativa do Brasil é signatária.

A ementa do referido julgado foi lavrada nos seguintes termos:

DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. ROUBO, DESACATO E RESISTÊNCIA. APELAÇÃO CRIMINAL. EFEITO DEVOLUTIVO AMPLO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. NÃO OCORRÊNCIA. ROUBO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. DESCLASSIFICAÇÃO DO CRIME DE ROUBO PARA O DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. SÚMULA 284/STF. TEMA NÃO PREQUESTIONADO. SÚMULAS 282 E 356 DO STF. DESACATO. INCOMPATIBILIDADE DO TIPO PENAL COM A CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE.

1. Uma vez interposto o recurso de apelação, o Tribunal, respeitando o contraditório, poderá enfrentar todas as questões suscitadas, ainda que não decididas na primeira instância, desde que relacionadas ao objeto litigioso recursal, bem como apreciar fundamentos não acolhidos pelo juiz (arts. 10 e 1.013, §§ 1º e 2º, do Código de Processo Civil, c/c art. 3º do Código de Processo Penal).

2. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça afasta a aplicabilidade do princípio da insignificância em crimes cometidos mediante o uso de violência ou grave ameaça, como o roubo.

3. O pleito de desclassificação do crime de roubo para o de constrangimento ilegal carece da indicação do dispositivo legal considerado malferido e das razões que poderiam fundamentar o pedido, devendo-se aplicar o veto da Súmula 284/STF. Além disso, o tema não foi objeto de apreciação pelo Tribunal de origem, nem a parte interessada opôs embargos de declaração para suprir tal omissão, o que atrai o óbice das Súmulas 282 e 356 do STF.

4. O art. 2º, c/c o art. 29, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) prevê a adoção, pelos Estados Partes, de "medidas legislativas ou de outra natureza" visando à solução de antinomias normativas que possam suprimir ou limitar o efetivo exercício de direitos e liberdades fundamentais.

5. Na sessão de 4/2/2009, a Corte Especial do Superior Tribunal

de Justiça, ao julgar, pelo rito do art. 543-C do CPC/1973, o Recurso Especial 914.253/SP, de relatoria do Ministro LUIZ FUX, adotou o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário 466.343/SP, no sentido de que os tratados de direitos humanos, ratificados pelo país, têm força supralegal, "o que significa dizer que toda lei antagônica às normas emanadas de tratados internacionais sobre direitos humanos é destituída de validade."

6. Decidiu-se, no precedente repetitivo, que, "no plano material, as regras provindas da Convenção Americana de Direitos Humanos, em relação às normas internas, são ampliativas do exercício do direito fundamental à liberdade, razão pela qual paralisam a eficácia normativa da regra interna em sentido contrário, haja vista que não se trata aqui de revogação, mas de invalidade." 7. A adequação das normas legais aos tratados e convenções internacionais adotados pelo Direito Pátrio configura controle de constitucionalidade, o qual, no caso concreto, por não se cuidar de convenção votada sob regime de emenda constitucional, não invade a seara do controle de constitucionalidade e pode ser feito de forma difusa, até mesmo em sede de recurso especial.

8. Nesse particular, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, quando do julgamento do caso Almonacid Arellano y otros v. Chile, passou a exigir que o Poder Judiciário de cada Estado Parte do Pacto de São José da Costa Rica exerça o controle de convencionalidade das normas jurídicas internas que aplica aos casos concretos.

9. Por conseguinte, a ausência de lei veiculadora de abolição criminis não inibe a atuação do Poder Judiciário na verificação da inconformidade do art. 331 do Código Penal, que prevê a figura típica do desacato, com o art. 13 do Pacto de São José da Costa Rica, que estipula mecanismos de proteção à liberdade de pensamento e de expressão.

10. A Comissão Interamericana de Direitos Humanos - CIDH já se manifestou no sentido de que as leis de desacato se prestam ao abuso, como meio para silenciar ideias e opiniões consideradas incômodas pelo establishment, bem assim proporcionam maior nível de proteção aos agentes do Estado do que aos particulares, em contravenção aos princípios democrático e igualitário.

11. A adesão ao Pacto de São José significa a transposição, para a ordem jurídica interna, de critérios recíprocos de interpretação, sob pena de negação da universalidade dos valores insertos nos direitos fundamentais internacionalmente reconhecidos. Assim, o

método hermenêutico mais adequado à concretização da liberdade de expressão reside no postulado pro homine, composto de dois princípios de proteção de direitos: a dignidade da pessoa humana e a prevalência dos direitos humanos.

12. A criminalização do desacato está na contramão do humanismo, porque ressalta a preponderância do Estado - personificado em seus agentes - sobre o indivíduo.

13. 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.

14. Punir o uso de linguagem e atitudes ofensivas contra agentes estatais é medida capaz de fazer com que as pessoas se abstenham de usufruir do direito à liberdade de expressão, por temor de sanções penais, sendo esta uma das razões pelas quais a CIDH estabeleceu a recomendação de que os países aderentes ao Pacto de São Paulo abolissem suas respectivas leis de desacato.

15. O afastamento da tipificação criminal do desacato não impede a responsabilidade ulterior, civil ou até mesmo de outra figura típica penal (calúnia, injúria, difamação etc.), pela ocorrência de abuso na expressão verbal ou gestual utilizada perante o funcionário público.

16. Recurso especial conhecido em parte, e nessa extensão, parcialmente provido para afastar a condenação do recorrente pelo crime de desacato (art. 331 do CP).

(REsp 1640084/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 15/12/2016, DJe 01/02/2017).

Em conclusão, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) já se pronunciou no sentido de que a criminalização do desacato contraria a Convenção Americana sobre os Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica). O Princípio 11 da "Declaração de Princípios sobre a liberdade de expressão" da Comissão Interamericana de Direitos Humanos é de clareza solar.

Na colisão entre normas de direito interno e previsões da CADH, as regras de interpretação nela previstas (art. 29) determinam a prevalência da norma do tratado.

O Excelso Pretório já firmou diretriz no sentido de que os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo país e incorporados ao direito interno na

Superior Tribunal de Justiça

forma do artigo 5º, § 2º, da Constituição brasileira, têm natureza supralegal (RE n. 466.343).

Resta, pois, inviabilizada a condenação por desacato com fundamento em norma interna incompatível com Tratado Internacional de Direitos Humanos (norma supralegal), do qual o Brasil é signatário.

Desse modo, embora entendendo as razões práticas dos que pensam em sentido contrário (ordem, respeito à autoridade, etc.), deve-se retirar da ação penal na origem a imputação do crime de desacato, em razão do controle de convencionalidade ora realizado. Com tal decisão, a alegação de consunção fica, a rigor, prejudicada.

Ante o exposto, **não conheço** do *mandamus*. No entanto, **concedo a ordem de ofício** para excluir da ação penal o crime de desacato. Prosseguimento da ação penal, quanto aos delitos previstos nos arts. 306 do C.T.B. e 330 do C.P.

É como voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator

HABEAS CORPUS Nº 379.269 - MS (2016/0303542-3)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE : MAGNO LEANDRO SANTOS ANGELICO

VOTO-VENCEDOR

O EXMO. SR. MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO:

Nos termos do relatório do voto proferido pelo Min. Reynaldo Soares da Fonseca, a questão posta a deslinde no âmbito destes autos de *habeas corpus* gira em torno da possibilidade de se aplicar o princípio da consunção entre os delitos de desobediência e desacato.

Desde logo, portanto, vale gizar as circunstâncias que precederam a impetração deste *writ*.

De acordo com a denúncia (e-STJ fls. 8/10), o acusado, ora paciente, teria praticado as seguintes condutas, *in litteris*:

Fato I – *Consta no incluso Inquérito Policial que, no dia 16 de agosto de 2015, por volta das 02h, na Rua Lourenço da Veiga com a Rua Marques de Herval, no Bairro Jardim Campo Belo, nesta Capital, foi flagrado **conduzindo o veículo** VW/Gol, cor vermelha, placas HTJ-7300, **com sua capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool**, conforme Termo de Constatação de Alteração da Capacidade Psicomotora (fl. 12).*

Fato II – *No mesmo dia, hora e local supramencionados, o denunciado desobedeceu ordem legal de policiais militares, visto que, após parar repentinamente seu automóvel em via pública, **não atendeu a solicitação feita pelos milicianos para se retirar do veículo**.*

Fato III - *Ato contínuo, ao ser solicitada a identificação do denunciado, este **desacatou policiais militares**, no exercício de suas funções, **realizando gestos obscenos e proferindo dizeres como "vai toma no cú seu bosta o que eu estou fazendo". (grifei)***

Por conta de tais fatos, o paciente foi então denunciado pela prática dos delitos previstos no art. 306 do Código de Trânsito e nos arts. 330 e 331, na forma

do art. 69, todos do Código Penal.

Quando da decisão de admissibilidade, o Juízo de origem rejeitou a denúncia quanto ao crime de desobediência, recebendo-a, contudo, quanto aos demais delitos (desacato e embriaguez ao volante).

O Ministério Público, por sua vez, interpôs recurso em sentido estrito na via originária, o qual foi provido nos termos do acórdão representado pela seguinte ementa (e-STJ fl. 123):

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO INTERPOSTO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO - DESOBEDIÊNCIA E DESACATO - APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO NO RECEBIMENTO DA DENÚNCIA - INVIABILIDADE - RECURSO PROVIDO.

E inaplicável o princípio da consunção, quando os crimes são autônomos, ou seja, quando um não é obrigatoriamente fase de preparação ou execução do outro. Para a aplicação do referido princípio, a análise deve ser feita entre fatos concretos e não entre normas; pois há a prática de mais de um tipo penal, porém, configura apenas um delito, dessa forma, o momento mais adequado para a aplicação do referido princípio, é o da prolação da sentença, após a instrução processual, pois necessária uma análise aprofundada dos fatos e da autoria, salvo em casos excepcionais. No presente caso, não se verifica, de plano, a existência de um nexo de dependência das condutas ilícitas praticadas pelo recorrido; incabível, portanto, a aplicação do princípio da consunção neste momento.

CONTRA O PARECER - RECURSO PROVIDO.

Daí o presente *habeas corpus* impetrado pela Defensoria Pública do Estado de Mato Grosso do Sul, em que argumenta estar ocorrendo constrangimento ilegal ao paciente, pois, *in casu*, revelar-se-ia cabível a aplicação do princípio da consunção, quando do recebimento da denúncia, no que diz respeito ao crime de desobediência.

A liminar foi indeferida pelo Ministro Relator (e-STJ fls. 137/138).

O Ministério Público Federal, ao se manifestar, opinou pelo não conhecimento do *writ*, tendo em vista a impossibilidade de revolvimento de matéria fático-probatória na estreita via eleita (e-STJ fls. 153/157).

Após afetação do tema à Terceira Seção, o Ministro Relator apresentou

seu voto, segundo o qual, apesar de consignar o não conhecimento do *writ*, concedia a ordem, de ofício, para excluir da ação penal o crime desacato, escorando-se em precedente da Quinta Turma (REsp 1.640.084/SP, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, julgado em 15/12/2016, DJe 1º/02/2017), com espeque em controle de convencionalidade erigido do nosso Sistema Normativo estampado no Código Penal dada a suposta incompatibilidade do art. 331 do referido *Codex* com a Convenção Americana de Direitos Humanos.

Na ocasião que engendrado o precedente, ao se debruçar sobre o tema, a Quinta Turma se manifestou no seguinte sentido, *ex vi*:

DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. ROUBO, DESACATO E RESISTÊNCIA. APELAÇÃO CRIMINAL. EFEITO DEVOLUTIVO AMPLO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. NÃO OCORRÊNCIA. ROUBO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. DESCLASSIFICAÇÃO DO CRIME DE ROUBO PARA O DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. SÚMULA 284/STF. TEMA NÃO PREQUESTIONADO. SÚMULAS 282 E 356 DO STF. DESACATO. INCOMPATIBILIDADE DO TIPO PENAL COM A CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE.

1. *Uma vez interposto o recurso de apelação, o Tribunal, respeitando o contraditório, poderá enfrentar todas as questões suscitadas, ainda que não decididas na primeira instância, desde que relacionadas ao objeto litigioso recursal, bem como apreciar fundamentos não acolhidos pelo juiz (arts. 10 e 1.013, §§ 1º e 2º, do Código de Processo Civil, c/c art. 3º do Código de Processo Penal).*

2. *A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça afasta a aplicabilidade do princípio da insignificância em crimes cometidos mediante o uso de violência ou grave ameaça, como o roubo.*

3. *O pleito de desclassificação do crime de roubo para o de constrangimento ilegal carece da indicação do dispositivo legal considerado malferido e das razões que poderiam fundamentar o pedido, devendo-se aplicar o veto da Súmula 284/STF. Além disso, o tema não foi objeto de apreciação pelo Tribunal de origem, nem a parte interessada opôs embargos de declaração para suprir tal omissão, o que atrai o óbice das Súmulas 282 e 356 do STF.*

4. *O art. 2º, c/c o art. 29, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) prevê a adoção, pelos Estados Partes, de "medidas legislativas ou de outra natureza" visando à solução de antinomias normativas que*

Superior Tribunal de Justiça

possam suprimir ou limitar o efetivo exercício de direitos e liberdades fundamentais.

5. Na sessão de 4/2/2009, a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, ao julgar, pelo rito do art. 543-C do CPC/1973, o Recurso Especial 914.253/SP, de relatoria do Ministro LUIZ FUX, adotou o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário 466.343/SP, no sentido de que os tratados de direitos humanos, ratificados pelo país, têm força supralegal, "o que significa dizer que toda lei antagônica às normas emanadas de tratados internacionais sobre direitos humanos é destituída de validade."

6. Decidiu-se, no precedente repetitivo, que, "no plano material, as regras provindas da Convenção Americana de Direitos Humanos, em relação às normas internas, são ampliativas do exercício do direito fundamental à liberdade, razão pela qual paralisam a eficácia normativa da regra interna em sentido contrário, haja vista que não se trata aqui de revogação, mas de invalidade."

7. A adequação das normas legais aos tratados e convenções internacionais adotados pelo Direito Pátrio configura controle de constitucionalidade, o qual, no caso concreto, por não se cuidar de convenção votada sob regime de emenda constitucional, não invade a seara do controle de constitucionalidade e pode ser feito de forma difusa, até mesmo em sede de recurso especial.

8. Nesse particular, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, quando do julgamento do caso *Almonacid Arellano y otros v. Chile*, passou a exigir que o Poder Judiciário de cada Estado Parte do Pacto de São José da Costa Rica exerça o controle de convencionalidade das normas jurídicas internas que aplica aos casos concretos.

9. Por conseguinte, a ausência de lei veiculadora de abolição criminis não inibe a atuação do Poder Judiciário na verificação da inconformidade do art. 331 do Código Penal, que prevê a figura típica do desacato, com o art. 13 do Pacto de São José da Costa Rica, que estipula mecanismos de proteção à liberdade de pensamento e de expressão.

10. A Comissão Interamericana de Direitos Humanos - CIDH já se manifestou no sentido de que as leis de desacato se prestam ao abuso, como meio para silenciar ideias e opiniões consideradas incômodas pelo establishment, bem assim proporcionam maior nível de proteção aos agentes do Estado do que aos particulares, em contravenção aos princípios democrático e igualitário.

11. A adesão ao Pacto de São José significa a transposição, para a ordem jurídica interna, de critérios recíprocos de interpretação, sob pena de negação da universalidade dos valores insertos

nos direitos fundamentais internacionalmente reconhecidos. Assim, o método hermenêutico mais adequado à concretização da liberdade de expressão reside no postulado pro homine, composto de dois princípios de proteção de direitos: a dignidade da pessoa humana e a prevalência dos direitos humanos.

12. A criminalização do desacato está na contramão do humanismo, porque ressalta a preponderância do Estado - personificado em seus agentes - sobre o indivíduo.

13. 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.

14. Punir o uso de linguagem e atitudes ofensivas contra agentes estatais é medida capaz de fazer com que as pessoas se abstenham de usufruir do direito à liberdade de expressão, por temor de sanções penais, sendo esta uma das razões pelas quais a CIDH estabeleceu a recomendação de que os países aderentes ao Pacto de São Paulo abolissem suas respectivas leis de desacato.

15. O afastamento da tipificação criminal do desacato não impede a responsabilidade ulterior, civil ou até mesmo de outra figura típica penal (calúnia, injúria, difamação etc.), pela ocorrência de abuso na expressão verbal ou gestual utilizada perante o funcionário público.

16. Recurso especial conhecido em parte, e nessa extensão, parcialmente provido para afastar a condenação do recorrente pelo crime de desacato (art. 331 do CP).

(REsp 1640084/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 15/12/2016, DJe 01/02/2017)

No entanto, a despeito das razões integrantes do precedente citado, bem como do voto do relator destes autos, que concedeu a ordem de ofício para excluir da ação penal o crime de desacato, usei divergir do entendimento manifestado.

Ab initio, cumpre registrar que a questão afeta ao controle de convencionalidade, que antecede o tema inerente à incidência do princípio da consunção do crime de desacato, gravita na órbita dos limites aos quais se submetem a liberdade de expressão, consignada no art. 13 da CADH, que assim dispõe:

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

Superior Tribunal de Justiça

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.

Antes de adentrar ao cerne da presente controvérsia, devem ser tecidas as seguintes considerações.

De certo que o Brasil é signatário da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), denominada Pacto de São José da Costa Rica, sendo promulgada por intermédio do Decreto n. 678/1992, passando, desde então, a ser de observância integral do Estado.

Rememore-se que, a despeito de, num primeiro momento, a jurisprudência ter oscilado quanto à natureza jurídica das regras decorrentes de tratados de direitos humanos, firmou-se o entendimento de que, ao serem incorporadas antes da Emenda Constitucional n. 45/2004, portanto, sem a observância do rito estabelecido pelo art. 5º, § 3º, da CRFB, exprimem *status* de norma supralegal, o que, a rigor, produz efeito paralisante sobre as demais normas que compõem o ordenamento jurídico, à exceção da Magna Carta.

Superior Tribunal de Justiça

Nesse primeiro momento, devem ser reavivados os precedentes que resultaram no caráter supralegal conferido aos Tratados sobre Direitos Humanos ratificados pelo Brasil, inicialmente sufragado pela Pretória Corte e, em ato contínuo, pelo Superior Tribunal de Justiça, nos termos dos seguintes excertos:

PRISÃO CIVIL. Depósito. Depositário infiel. Alienação fiduciária. Decretação da medida coercitiva. Inadmissibilidade absoluta. Insubsistência da previsão constitucional e das normas subalternas. Interpretação do art. 5º, inc. LXVII e §§ 1º, 2º e 3º, da CF, à luz do art. 7º, § 7, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica). Recurso improvido. Julgamento conjunto do RE nº 349.703 e dos HCs nº 87.585 e nº 92.566. É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito.

(RE 466343, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 03/12/2008, REPERCUSSÃO GERAL, Dje 04/06/2009)

PROCESSO CIVIL. TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. DEPOSITÁRIO INFIEL. PACTO DE SÃO JOSÉ DA COSTA RICA. EMENDA CONSTITUCIONAL N.º 45/2004. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. NOVEL POSICIONAMENTO ADOTADO PELA SUPREMA CORTE.

1. *A Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em seu art. 7º, § 7º, vedou a prisão civil do depositário infiel, ressalvada a hipótese do devedor de alimentos. Contudo, a jurisprudência pátria sempre direcionou-se no sentido da constitucionalidade do art. 5º, LXVII, da Carta de 1.988, o qual prevê expressamente a prisão do depositário infiel. Isto em razão de o referido tratado internacional ter ingressado em nosso ordenamento jurídico na qualidade de norma infraconstitucional, porquanto, com a promulgação da constituição de 1.988, inadmissível o seu recebimento com força de emenda constitucional. Nesse sentido confirmam-se os seguintes julgados da Suprema Corte: RE 253071 - GO, Relator Ministro MOREIRA ALVES, Primeira Turma, DJ de 29 de junho de 2.006 e RE 206.482 - SP, Relator Ministro MAURICIO CORRÊA, Tribunal Pleno, DJ de 05 de setembro de 2.003.*

2. *A edição da EC 45/2.004 acresceu ao art. 5º da CF/1.988 o § 3º, dispondo que "Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais", inaugurando novo panorama nos acordos internacionais relativos a direitos humanos em território nacional.*

3. *Deveras, "a ratificação, pelo Brasil, sem qualquer reserva do*

pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica, (art, 7º, 7), ambos do ano de 1992, não há mais base legal para prisão civil do depositário infiel, pois o caráter especial desses diplomas internacionais sobre direitos humanos lhes reserva lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da constituição, porém acima da legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de ratificação.

Assim ocorreu com o art. 1.287 do Código civil de 1916 e com o Decreto-Lei 911/1969, assim como em relação ao art. 652 do novo Código Civil (Lei 10.406/2002)." (voto proferido pelo Ministro GILMAR MENDES, na sessão de julgamento do Plenário da Suprema Corte em 22 de novembro de 2.006, relativo ao Recurso Extraordinário n.º 466.343 - SP, da relatoria do Ministro CEZAR PELUSO).

4. A Constituição da República Federativa do Brasil, de índole pós-positivista, e fundamento de todo o ordenamento jurídico, expressa, como vontade popular, que a República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados, Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como um dos seus fundamentos a dignidade da pessoa humana como instrumento realizador de seu ideário de construção de uma sociedade justa e solidária.

5. O Pretório Excelso, realizando interpretação sistemática dos direitos humanos fundamentais, promoveu considerável mudança acerca do tema em foco, assegurando os valores supremos do texto magno. O Órgão Pleno da Excelsa Corte, por ocasião do histórico julgamento do Recurso Extraordinário n.º 466.343 - SP, Relator Min. Cezar Peluso, reconheceu que os tratados de direitos humanos têm hierarquia superior à lei ordinária, ostentando status normativo supralegal, o que significa dizer que toda lei antagônica às normas emanadas de tratados internacionais sobre direitos humanos é destituída de validade, máxime em face do efeito paralisante dos referidos tratados em relação às normas infra-legais autorizadas da custódia do depositário infiel. Isso significa dizer que, no plano material, as regras provindas da Convenção Americana de Direitos Humanos, em relação às normas internas, são ampliativas do exercício do direito fundamental à liberdade, razão pela qual paralisam a eficácia normativa da regra interna em sentido contrário, haja vista que não se trata aqui de revogação, mas de invalidade.

6. No mesmo sentido, recentíssimo precedente do Supremo Tribunal Federal, verbis: "HABEAS CORPUS" - PRISÃO CIVIL - DEPOSITÁRIO JUDICIAL - REVOGAÇÃO DA SÚMULA 619/STF - A QUESTÃO DA INFIDELIDADE DEPOSITÁRIA - CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (ARTIGO 7º, n. 7) - NATUREZA CONSTITUCIONAL OU CARÁTER DE

SUPRALEGALIDADE DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS? - PEDIDO DEFERIDO. ILEGITIMIDADE JURÍDICA DA DECRETAÇÃO DA PRISÃO CIVIL DO DEPOSITÁRIO INFIEL, AINDA QUE SE CUIDE DE DEPOSITÁRIO JUDICIAL. - Não mais subsiste, no sistema normativo brasileiro, a prisão civil por infidelidade depositária, independentemente da modalidade de depósito, trate-se de depósito voluntário (convencional) ou cuide-se de depósito necessário, como o é o depósito judicial. Precedentes. Revogação da Súmula 619/STF. TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS: AS SUAS RELAÇÕES COM O DIREITO INTERNO BRASILEIRO E A QUESTÃO DE SUA POSIÇÃO HIERÁRQUICA. - A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Art. 7º, n. 7). Caráter subordinante dos tratados internacionais em matéria de direitos humanos e o sistema de proteção dos direitos básicos da pessoa humana. - Relações entre o direito interno brasileiro e as convenções internacionais de direitos humanos (CF, art. 5º e §§ 2º e 3º). Precedentes. - Posição hierárquica dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento positivo interno do Brasil: natureza constitucional ou caráter de supralegalidade? - Entendimento do Relator, Min. CELSO DE MELLO, que atribui hierarquia constitucional às convenções internacionais em matéria de direitos humanos. A INTERPRETAÇÃO JUDICIAL COMO INSTRUMENTO DE MUTAÇÃO INFORMAL DA CONSTITUIÇÃO. - A questão dos processos informais de mutação constitucional e o papel do Poder Judiciário: a interpretação judicial como instrumento juridicamente idôneo de mudança informal da Constituição. A legitimidade da adequação, mediante interpretação do Poder Judiciário, da própria Constituição da República, se e quando imperioso compatibilizá-la, mediante exegese atualizadora, com as novas exigências, necessidades e transformações resultantes dos processos sociais, econômicos e políticos que caracterizam, em seus múltiplos e complexos aspectos, a sociedade contemporânea. HERMENÊUTICA E DIREITOS HUMANOS: A NORMA MAIS FAVORÁVEL COMO CRITÉRIO QUE DEVE REGER A INTERPRETAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO. - Os magistrados e Tribunais, no exercício de sua atividade interpretativa, especialmente no âmbito dos tratados internacionais de direitos humanos, devem observar um princípio hermenêutico básico (tal como aquele proclamado no Artigo 29 da Convenção Americana de Direitos Humanos), consistente em atribuir primazia à norma que se revele mais favorável à pessoa humana, em ordem a dispensar-lhe a mais ampla proteção jurídica. - O Poder Judiciário, nesse processo hermenêutico que prestigia o critério da norma mais favorável (que tanto pode ser aquela prevista no tratado internacional como a que se acha positivada no próprio direito interno do Estado), deverá extrair a máxima eficácia das declarações internacionais e das proclamações constitucionais de direitos, como forma de viabilizar o acesso dos indivíduos e dos grupos sociais, notadamente os mais vulneráveis, a sistemas

institucionalizados de proteção aos direitos fundamentais da pessoa humana, sob pena de a liberdade, a tolerância e o respeito à alteridade humana tornarem-se palavras vãs. - Aplicação, ao caso, do Artigo 7º, n. 7, c/c o Artigo 29, ambos da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica): um caso típico de primazia da regra mais favorável à proteção efetiva do ser humano. (HC 96772, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 09/06/2009, PUBLIC 21-08-2009 EMENT VOL-02370-04 PP-00811)

7. Precedentes do STJ: RHC 26.120/SP, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 01/10/2009, DJe 15/10/2009; HC 139.812/RS, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, QUARTA TURMA, julgado em 08/09/2009, DJe 14/09/2009; AgRg no Ag 1135369/SP, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, julgado em 18/08/2009, DJe 28/09/2009; RHC 25.071/RS, Rel. Ministro VASCO DELLA GIUSTINA (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RS), TERCEIRA TURMA, julgado em 18/08/2009, DJe 14/10/2009; EDcl no REsp 755.479/RS, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 14/04/2009, DJe 11/05/2009; REsp 792.020/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/12/2008, DJe 19/02/2009; HC 96.180/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 18/12/2008, DJe 09/02/2009) 8. Recurso especial desprovido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008.

(REsp 914.253/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, CORTE ESPECIAL, julgado em 02/12/2009, DJe 04/02/2010)

Antes de tudo, deve-se anotar que, analisando a Convenção propriamente dita, no tocante à enumeração de deveres (Capítulo I), tem-se as diretrizes gerais impostas aos Estados aderentes, *in textus*:

Artigo 1. Obrigação de respeitar os direitos

1. Os Estados Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.

2. Para os efeitos desta Convenção, pessoa é todo ser humano.

Artigo 2. Dever de adotar disposições de direito interno

Se o exercício dos direitos e liberdades mencionados no artigo 1 ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra

Superior Tribunal de Justiça

natureza, os Estados Partes comprometem-se a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades.

Passo adiante, no que se refere à faceta estruturante do Sistema Interamericano, o art. 33 estabelece que são competentes para conhecer das matérias concernentes na CADH: a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) e a Corte Interamericana de Direitos Humanos (IDH).

De acordo com o art. 41 do Pacto de São José da Costa Rica, a CIDH possui a função primordial de promover a observância e a defesa dos direitos humanos e detém as seguintes atribuições:

- a. estimular a consciência dos direitos humanos nos povos da América;*
- b. formular recomendações aos governos dos Estados membros, quando o considerar conveniente, no sentido de que adotem medidas progressivas em prol dos direitos humanos no âmbito de suas leis internas e seus preceitos constitucionais, bem como disposições apropriadas para promover o devido respeito a esses direitos;*
- c. preparar os estudos ou relatórios que considerar convenientes para o desempenho de suas funções;*
- d. solicitar aos governos dos Estados membros que lhe proporcionem informações sobre as medidas que adotarem em matéria de direitos humanos;*
- e. atender às consultas que, por meio da Secretaria-Geral da Organização dos Estados Americanos, lhe formularem os Estados membros sobre questões relacionadas com os direitos humanos e, dentro de suas possibilidades, prestar-lhes o assessoramento que eles lhe solicitarem;*
- f. atuar com respeito às petições e outras comunicações, no exercício de sua autoridade, de conformidade com o disposto nos artigos 44 a 51 desta Convenção; e*
- g. apresentar um relatório anual à Assembléia Geral da Organização dos Estados Americanos.*

Em exame do dispositivo supracitado é possível deduzir que os verbos relacionados às suas funções não ostentam caráter decisório, mas tão somente instrutório ou cooperativo. *Prima facie*, depreende-se que a CIDH não possui função

jurisdicional.

A respeito do tema, bem leciona a específica doutrina:

*"(...) as funções da **Comissão Interamericana de Direitos Humanos são quase judiciais**. A maior 'punição' consiste na publicação de suas opiniões e conclusões sobre as questões a ela submetidas na forma de relatório (Artigo 51, parágrafo 3º) (...). Ela não prola sentenças. **A função jurisdicional dentro do sistema interamericano cabe, para os Estados que a aceitam, à Corte Interamericana de Direitos Humanos**, tratada no Capítulo Oitavo do Pacto de São José." (Alves, J. A. Lindgren. A arquitetura internacional dos Direitos humanos – São Paulo: Ftd, 1997. p. 281/282). **(grifei)***

A Corte Interamericana de Direitos Humanos, por sua vez, é uma instituição judiciária autônoma cujo objetivo é a aplicação e a interpretação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, possuindo função jurisdicional e consultiva, de acordo com o art. 2º do seu respectivo Estatuto *[Aprovado pela resolução AG/RES. 448 (IX-O/79), adotada pela Assembléia Geral da OEA, em seu Nono Período Ordinário de Sessões, realizado em La Paz, Bolívia, outubro de 1979]*.

Já o art. 68 da CADH prevê que os Estados Partes na Convenção comprometem-se a cumprir a decisão da Corte em todo caso em que forem partes, o que denota de forma patente seu caráter vinculante.

Acentue-se que as deliberações internacionais de direitos humanos decorrentes dos processos de responsabilidade internacional do Estado podem resultar em: recomendação; decisões quase judiciais e decisão judicial. A primeira revela-se ausente de qualquer caráter vinculante, ostentando mero caráter "moral", podendo resultar dos mais diversos órgãos internacionais. Os demais institutos, porém, situam-se no âmbito do controle, propriamente dito, da observância dos direitos humanos.

Desta feita, a despeito do que fora aduzido no inteiro teor do voto proferido no REsp. 1.640.084/SP, no que encampado pelo Ministro relator do presente *writ*, certo é que as recomendações não possuem força vinculante, mas tão somente "*poder de embaraço*" ou "*mobilização da vergonha*", como bem assinala André de Carvalho Ramos ao alumiar:

"(...) essas deliberações compõem o chamado *power of embarras*, que por definição é uma pressão política, já que lhe faltaria a chamada força vinculante. Busca-se, então, a chamada "mobilisation de la honte", para que o Estado violador, sponte propria, repare integralmente a ofensa aos direitos humanos protegidos." (Ramos, André de Carvalho. *Processo internacional de direitos humanos : análise dos mecanismos de apuração de violações de direitos humanos e a implementação das decisões no Brasil* – 4. ed. – São Paulo: Saraiva, 2015. p. 359).

Ademais, ressalte-se que, à exceção do caso *Gomes Lund e outros* ("Guerrilha do Araguaia") vs. *Brasil* cuja abordagem era afeta à diferente esfera da que tratada nestes autos, não houve nenhuma deliberação da Corte Interamericana de Direitos Humanos (IDH) sobre eventual violação do direito à liberdade de expressão por parte do Brasil, mas tão somente pronunciamentos emanados pela CIDH.

Noutras palavras, embora a Corte (IDH) já tenha se pronunciado sobre o tema "*leis de desacato*", consoante se infere do emblemático caso *Palamara Iribarne vs. Chile* – cujas circunstâncias que balizaram foram significativamente distintas às da presente abordagem –, não há precedente da Corte relacionada ao crime de desacato atrelado ao Brasil.

Nada obstante, ainda que assim não fosse, passo a tecer as seguintes observações.

O art. 13 do Pacto de São José da Costa Rica preceitua o Direito à Liberdade de Expressão:

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. **(grifei)**

Ocorre que a Corte Interamericana de Direitos Humanos se posicionou acerca da liberdade de expressão, rechaçando tratar-se de direito absoluto, como demonstrado no Marco Jurídico Interamericano sobre o Direito à Liberdade de Expressão, aprovado em 30 de dezembro de 2009:

"A liberdade de expressão não é um direito absoluto. O artigo 13 da Convenção Americana dispõe expressamente – em seus incisos 2, 4 e 5 – que ela pode estar sujeita a certas restrições e estabelece o marco geral das condições que tais restrições devem cumprir para serem legítimas. A regra geral está prevista no inciso 2, pelo qual “o exercício do direito previsto no inciso precedente não pode estar sujeito à censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente fixadas pela lei e ser necessárias para assegurar: (a) o respeito aos direitos e à reputação das demais pessoas; (b) a proteção da segurança nacional, da ordem pública ou da saúde ou da moral públicas”. Por sua vez, o inciso 4 dispõe que “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”. O inciso 5 prevê que “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”.

Ao interpretar esse artigo, a jurisprudência interamericana desenvolveu um teste tripartite para controlar a legitimidade das restrições, em virtude do qual estas devem cumprir com uma série de condições precisas para serem admissíveis sob a Convenção Americana. Essas condições são explicadas em detalhe a seguir. A

Superior Tribunal de Justiça

CIDH e a Corte Interamericana também têm considerado: (a) que certas formas de restrição da liberdade de expressão são admissíveis, e (b) que alguns tipos de restrições, pelo tipo de discurso sobre o qual recaem, ou pelos meios que utilizam, devem se sujeitar a um exame mais estrito e exigente para serem válidas sob a Convenção Americana (...).

Ainda no apontado documento é definido o denominado teste tripartite, em que se exige o preenchimento cumulativo de específicas condições emanadas do art. 13.2. do PSJCR, para que se admita eventual restrição do direito à liberdade de expressão, quais são:

Conforme foi interpretado pela jurisprudência interamericana, o artigo 13.2. da Convenção Americana exige o cumprimento das três seguintes condições básicas para que uma restrição do direito à liberdade de expressão seja admissível: (1) a restrição deve ter sido definida de forma precisa e clara por meio de uma lei formal e material, (2) a restrição deve se orientar à realização de objetivos imperiosos autorizados pela Convenção Americana, e (3) a restrição deve ser necessária em uma sociedade democrática para o sucesso dos imperiosos fins buscados; estritamente proporcional à finalidade buscada; e idônea para alcançar o imperioso objetivo que procura realizar.

Em se tratando de restrição oriunda da norma penal, soma-se a este rol a estrita observância do princípio da legalidade.

Outrossim, sobrepuja enfatizar que os vetores de hermenêutica dos Direitos tutelados na CADH encontram assento no art. 29 do referido Pacto, ao passo que o alcance das restrições se situa no dispositivo subsequente. Nesse diapasão, frise-se que, sob o prisma de ambos instrumentos de interpretação, não se vislumbra qualquer transgressão do Direito à Liberdade de Expressão pelo teor do art. 331 do Código Penal, ante as singularidades que norteiam o caso em tela.

Note-se, portanto, que o citado dispositivo legal preenche de forma plena todos os requisitos exigidos para que se admita a restrição ao direito de liberdade de expressão, tendo em vista que, além de ser objeto de previsão legal com aceção precisa e clara, revela-se essencial, proporcional e idônea a resguardar a moral pública e, por conseguinte, a própria ordem pública.

Superior Tribunal de Justiça

A CIDH e a Corte Interamericana têm perfilhado o entendimento de que o exercício dos direitos humanos deve ser feito em respeito aos demais direitos, de modo que, no processo de harmonização, o Estado desempenha um papel crucial mediante o estabelecimento das responsabilidades ulteriores necessárias para alcançar tal equilíbrio exercendo o juízo entre a liberdade de expressão manifestada e o direito eventualmente em conflito, *verbi gratia*, como ocorrido no caso *Eduardo Kimmel vs. Argentina*, cuja sentença foi prolatada em 2 de maio de 2008.

A rigor, esse cenário deve ser submetido ao denominado controle de convencionalidade, que, na espécie, revela-se difuso, tendo por finalidade, de acordo com a insigne doutrina, "*compatibilizar verticalmente as normas domésticas (as espécies de leis, lato sensu, vigentes no país) com os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Estado e em vigor no território nacional.*" (Mazzuoli, Valerio de Oliveira, 1977 – O controle jurisdicional da convencionalidade das leis; prefácio de Luiz Flávio Gomes. – 3. ed., rev., ampl. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 148).

Sob essa perspectiva, para que a produção normativa doméstica possa ter validade e, por conseguinte, eficácia, exige-se uma dupla compatibilidade vertical material, assim ilustrada:

"Para a melhor compreensão dessa dupla compatibilidade vertical material, faz-se necessário, primeiro, entender como se dá (1) o respeito à Constituição (e aos seus direitos expressos e implícitos) e (2) aos tratados internacionais (em matéria de direitos humanos ou não) ratificados e em vigor no país. O respeito à Constituição faz-se por meio do que se chama de controle de constitucionalidade das leis; o respeito aos tratados que sejam de direitos humanos faz-se pelo até agora pouco conhecido (pelo menos no Brasil) controle de convencionalidade das leis; e o respeito aos tratados que sejam comuns faz-se por meio do controle de supralegalidade das leis (...)." (Op. Cit. p. 135).

Nessa toada, atraindo essa conjuntura à situação em concreto, tem-se que o crime de desacato não pode, sob qualquer viés, seja pela ausência de força vinculante às recomendações expedidas pela CIDH, como já explanado, seja pelo viés interpretativo, o que merece especial importância, ter sua tipificação penal afastada.

Nada obstante, ainda que existisse decisão da Corte (IDH) sobre a

preservação dos direitos humanos, essa circunstância, por si só, não seria suficiente a elidir a deliberação do Brasil acerca da aplicação de eventual julgado no seu âmbito doméstico, tudo isso por força da soberania inerente ao Estado.

Diante dessa ótica, com base na Teoria da Margem de Apreciação Nacional (*margin of appreciation*), Luiz Guilherme Arcaro Conci anuncia:

"Ainda que se parta do pressuposto de que os direitos humanos tenham pretensão universalista, pode-se pensar na necessidade de que os estados nacionais estejam – apesar de vinculados ao direito internacional dos direitos humanos – em situação econômica, social, política ou jurídica diferenciada, o que, em algumas situações, legitimaria uma diversidade de resultados no processo hermenêutico. Essa diferença aponta para uma reflexão que relativiza a perspectiva universalista, no sentido de entender que os estados nacionais, apesar de signatários dos mesmos tratados e vinculados pela jurisprudência da Corte IDH, no caso americano, ou pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos, naquele continente, continuam a manter um espectro de discricionariedade para a concretização dos direitos humanos, ainda que existam decisões tomadas por órgãos judiciários, não judiciários ou que exerçam função quase judicial. Não se trata de entender a possibilidade do descumprimento ou da violação, mas de entender que há uma margem de discricionariedade para temperamento de algumas decisões proferidas internacionalmente, quando de seu cumprimento internamente."

Nessa explanação de idéias, trago à baila os demais fundamentos hábeis a afastar qualquer tendência de abolir o crime de desacato do ordenamento jurídico pátrio.

Extrai-se das lições de Magalhães Noronha, em apontamentos registrados na obra "Direito Penal", que o crime de desacato tem origem no fato de se considerarem qualificadas as injúrias e ofensas para certa categoria de pessoa, tal qual acontecia em Roma, quando as respectivas penas eram majoradas caso praticadas contra magistrados.

No Brasil, o mencionado delito tem seu ineditismo rompido nas Ordenações Filipinas, Livro V, Título L – *Dos que fazem ou dizem injúrias aos Julgadores, ou a seus Oficiais* –, posteriormente, adequado à época do Código Criminal do Império de 1830, quando abordado como espécie qualificada de injúria (art. 237, §

2º), em seguida, à do Código Penal dos Estados Unidos do Brasil de 1890 (art. 134), ao ser previsto como crime autônomo de desacato, e, por fim, passou a ser consignado no atual Código Penal, art. 331.

Por certo que o desacato é especial forma de injúria, caracterizado como uma ofensa à honra e ao prestígio dos órgãos que integram a Administração Pública.

Como leciona a doutrina alienígena *"a noção de prestígio resulta do investimento na função pública, enquanto a de honra é idêntica àquela constante da injúria"* (Pagliaro, Antonio. *Dos crimes contra a administração pública* – 4. ed. – São Paulo: Atlas, 2009. p. 185).

Em continuidade, reportando-se aos seus próprios dizeres em *"Oltraggio a um pubblico ufficiale"* (*Enciclopédia giuridica*, v. 21, Roma, 1990, p. 2), Antonio Pagliaro assevera:

"A honra do funcionário é tutelada, mercê do desacato, de modo muito mais rigoroso do que a honra do particular. Tal se dá porque o funcionário é portador de um interesse público, desempenhando posto de particular relevo no ordenamento do Estado.

Diversas as razões dessa particular tutela.

De um lado, se uma pessoa física age por conta da administração pública, é lógico que o Estado, que dela solicitou que agisse em seu nome, assuma a tarefa de tutelá-la das ofensas que ela venha a padecer no exercício ou por causa de suas funções.

De outro lado, a turbação psicológica que poderá apossar-se do funcionário quando ofendido em suas funções ou em razão delas eventualmente alterará seu processo decisório, fazendo-o assumir decisões errôneas ou tornando sua ação hesitante ou incerta. Em suma, a ofensa à honra do funcionário poderá acarretar dano ao bom andamento da Administração Pública.

Por derradeiro, a ofensa ao funcionário atinge o prestígio da Administração Pública. E o prestígio é um dos elementos com os quais a Administração deverá contar se pretende operar com eficácia" (Op. Cit. p. 185).

Nesse plano, ainda devem ser reverberados os dizeres cirúrgicos de Magalhães Noronha:

"O bem jurídico considerado é a dignidade, o prestígio, o respeito

devido à função pública. É o Estado diretamente interessado em que aquele seja protegido e tutelado, por ser indispensável à atividade e à dinâmica da administração pública. Sem isso, não poderiam os agentes desta exercer de modo eficaz suas funções, por via das quais é atingida a finalidade superior, de caráter eminentemente social, que a administração busca e procura." (Noronha, E. Magalhães, 1906-1982. Direito penal – 33. ed., atual. / por Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha. – São Paulo: Saraiva, 2003. p. 317).

Não menos importantes são os cinzelados com a acribia de Nelson Hungria ao ensinar *in verbis*:

Desacatar é faltar ao acatamento, faltar ao acatamento, faltar ao respeito, tratar com irreverência (desprezar, subestimar, afrontar, menoscar). No caso, o desrespeito, visando o funcionário, já vem destinado a resvalar do indivíduo para o funcionário, do funcionário para a função, desta para a administração, para o poder público. Há para o desacato toda uma escala, toda uma gama a percorrer, que vai da simples indiferença, da simples inatenção, do não tomar conhecimento da presença do funcionário, da ironia duvidosa, do sarcasmo até o doesto, a injúria, o achincalhe mais brutal. (Comentários ao Código penal: Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. – Rio de Janeiro: Forense, 1942-1958. 9 v. p. 342).

Como bem enfrentado por Jorge Beltrão, o crime de desacato é "*uma imposição social; sob pena de subversão da ordem jurídica na aplicação e cumprimento das ordens emanadas das autoridades revestidas de função pública*", de modo que a proteção legal tem por escopo "*preservar a hegemonia da função na proteção do indivíduo que a exerce, cuja garantia no cumprimento do dever é um imperativo da ordem.*" (Beltrão, Jorge. Desacato, Resistência, Desobediência. São Paulo: Juriscredi, 1971. p. 55/56).

Pontificando adiante, faz o seguinte alerta:

"É difícil o exercício da função pública e mais difícil ainda seria se não houvesse a proteção legal para os atos do funcionário no exercício amplo de suas funções.

Pois a ofensa pode ser real ou moral, por atos ou palavras, mas com o objetivo precípua de aviltamento da autoridade do agente que executa a ordem judicial ou administrativa." (Op. Cit. p. 58)

Superior Tribunal de Justiça

Noutro giro, demonstra-se frágil a proposta de tratamento igualitário e uniforme à tutela dos direitos da Administração contra o particular pautar-se pelos crimes de injúria e difamação (dos crimes contra honra – Capítulo V, Código Penal), diante de eventual desonra dirigida ao servidor, pois exigiria desse, quando ofendido no exercício ou em decorrência da função pública (*propter officium*), a representação para postulação de seu direito, dado o caráter condicionado da ação penal pertinente (art. 145, *caput*, do CP), ou, ainda, caso não opte pela via do Juizado Especial Criminal, a necessária contratação de advogado, no caso de inércia do *Parquet*, para que intentada a ação penal privada subsidiária da pública, bem como caso optasse pelo oferecimento de queixa-crime, passando ao largo, por ora, das controvérsias que circundam o verbete n. 714 da Súmula do STF, a respeito da legitimidade concorrente nela referida.

A consequência desse desamparo normativo poderia culminar em desforço pessoal ou acomodação e, até mesmo, desídia do funcionário no exercício de suas atribuições.

Nesse rumo, não se deve olvidar que o servidor público tem a obrigação legal de dispensar tratamento diferenciado ao particular, atuando com urbanidade, educação, civilidade, lhanza, entre outros múnus decorrentes da função que derivam do bom trato que lhe é exigido no seu desempenhar, submetendo-se a procedimento disciplinar que pode vir a resultar na imposição de severas sanções, no caso de inobservância de tais deveres, listados no rol do art. 116 da Lei 8.112/1990, *ex positis*:

Art. 116. São deveres do servidor:

*I - exercer com **zelo e dedicação** as atribuições do cargo;*

*II - **ser leal às instituições** a que servir;*

III - observar as normas legais e regulamentares;

IV - cumprir as ordens superiores, exceto quando manifestamente ilegais;

Superior Tribunal de Justiça

V - atender com **presteza**:

- a) ao público em geral, prestando as informações requeridas, ressalvadas as protegidas por sigilo;
- b) à expedição de certidões requeridas para defesa de direito ou esclarecimento de situações de interesse pessoal;
- c) às requisições para a defesa da Fazenda Pública.

VI - levar ao conhecimento da autoridade superior as irregularidades de que tiver ciência em razão do cargo;

VI - levar as irregularidades de que tiver ciência em razão do cargo ao conhecimento da autoridade superior ou, quando houver suspeita de envolvimento desta, ao conhecimento de outra autoridade competente para apuração;

VII - zelar pela economia do material e a conservação do patrimônio público;

VIII - guardar sigilo sobre assunto da repartição;

IX - **manter conduta compatível com a moralidade administrativa;**

X - ser assíduo e pontual ao serviço;

XI - **tratar com urbanidade as pessoas;**

XII - representar contra ilegalidade, omissão ou abuso de poder. **(grifei)**

Ressalte-se que o excesso no desatendimento dos deveres administrativos transbordam para o tipo penal, a incorrer em possíveis sanções provenientes da Lei de Abuso de Autoridade ou outro delito previsto no próprio Código Penal.

Com isso, o tratamento destinado aos deslizes do servidor desafiam

punições muito mais severas do que ao particular, atraindo a simetria em sua proteção quando no exercício da função pública. De forma exemplificativa, cito o crime de *furto*, que possui pena de reclusão de 1 (um) a 4 (quatro) anos, ao passo que o *peculato* tem previsão de pena de reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa; noutro exemplo, enquanto a inação dos deveres inerentes ao cargo na esfera particular não resulta em nenhuma consequência de ordem penal, o servidor público tem sua conduta amoldada ao crime de prevaricação (art. 319, CP), cuja pena de detenção pode ser estipulada entre 3 (três) meses e 1 (um) ano, além de multa.

À vista desse cenário, com ostensível incomplexidade, alcança-se a conclusão de que o processo de circunspeção evolutiva da norma penal teve por fim seu efetivo e concreto ajuste à proteção da condição de funcionário público e, por via reflexa, em seu maior espectro, a honra *lato sensu* da Administração Pública.

Posto isso, forçoso concluir que o panorama desenhado no corpo deste voto desemboca no entendimento de que foram preenchidas as 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.

Nesse palmilhar, portanto, voltando-se às nuances que deram ensejo à impetração sob exame, notadamente os externados na peça acusatória, deve ser mantido o acórdão combatido em sua integralidade, visto que inaplicável o princípio da consunção tão logo quando do recebimento da denúncia, considerando que os delitos apontados foram, *primo ictu oculi*, violadores de tipos penais distintos e originários de condutas autônomas, o que, por certo, demanda maior esgotamento probatório a fim de se alcançar a conclusão acerca de sua incidência.

Sob essa linha de intelecção:

PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. FRAUDE À LICITAÇÃO. ELEVAÇÃO ARBITRÁRIA DE PREÇOS PARA LICITAÇÃO. MALVERSAÇÃO DE VERBAS DE SAÚDE. OPERAÇÃO SAÚDE. INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. INOCORRÊNCIA. VERBAS DO SUS. SUJEIÇÃO À FISCALIZAÇÃO DOS ÓRGÃOS FEDERAIS DE CONTROLE. ENUNCIADO N. 208, DA SÚMULA DO STJ. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. AUSÊNCIA DE INDÍCIOS DE AUTORIA E DE

PROVA DA MATERIALIDADE DO FATO. REVOLVIMENTO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DE VERIFICAÇÃO NA VIA ELEITA. RECURSO ORDINÁRIO DESPROVIDO.

I - É de competência da Justiça Federal o processamento de feito que apura eventual irregularidade na verbação de verbas repassadas pela União a Unidade Federativa, através do SUS. (Precedentes).

II - Incide, em igual sede, para o caso, *mutatis mutandis*, o Enunciado n. 208, da Súmula do STJ que afirma que "compete à Justiça Federal processar e julgar Prefeito Municipal por desvio de verba sujeita à prestação de contas perante órgão federal".

III - A jurisprudência do Excelso Supremo Tribunal Federal, bem como desta eg. Corte, há muito já se firmaram no sentido de que o trancamento da ação penal por meio do habeas corpus é medida excepcional, que somente deve ser adotada quando houver inequívoca comprovação da atipicidade da conduta, da incidência de causa de extinção da punibilidade ou da ausência de indícios de autoria ou de prova sobre a materialidade do delito.

IV - A apreciação da presença de indícios de autoria, bem como de provas da materialidade, se não aferíveis de plano, demandam revolvimento de matéria fático-probatória, inviável na via eleita, devendo os temas serem apreciados no curso da instrução e no julgamento da causa.

V - Na hipótese, **não há falar em aplicação do princípio da consunção entre o crime de resistência e o de desobediência, mormente neste momento processual, já que a avaliação da sua incidência demandaria profunda valoração probatória, devendo ser sopesada por ocasião da prolação da sentença.**

Recurso ordinário desprovido.

(RHC 59.287/RS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 17/11/2015, DJe 25/11/2015, grifei)

A propósito, valendo-se das narrativas do *Parquet*, tem-se que o paciente teria, inicialmente, praticado o crime de conduzir o veículo automotor com capacidade psicomotora alterada por influência de álcool, seguindo-se do delito de desobediência ao não respeitar o comando oriundo dos Policiais que, em abordagem, determinaram a retirada do veículo da via pública. Em continuidade, teria feito gestos obscenos e proferido palavras de sórdido calão aos funcionários públicos durante o estrito cumprimento de seus respectivos ofícios.

Por fim, deve-se consignar que, malgrado não se demonstre viável a

Superior Tribunal de Justiça

aplicação do princípio da consunção, por ora, já que ainda há mera análise prematura dos autos, de certo que, em fase de posterior exame de mérito, após realizada sua devida satisfação instrutória, quando debruçado em cognição exauriente, poderá o Juízo de piso vir a entender de modo diverso.

Em vista de todo o exposto, mantida a tipificação do desacato, **não conheço do pedido de *habeas corpus*.**

É como voto.

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
Relator para acórdão



HABEAS CORPUS Nº 379.269 - MS (2016/0303542-3)

VOTO

O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ (Relator):

I. Controle de Convencionalidade

Inicialmente, gostaria de enfatizar a minha particular satisfação pela maneira como os Ministros Ribeiro Dantas e Reynaldo Soares da Fonseca trouxeram à baila o debate sobre este importante tema, a partir do enaltecimento de normas convencionais do Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

Já tive a oportunidade de fazer referência, por ocasião do julgamento do Recurso Especial n. 1.351.177-PR, à dificuldade que ainda temos de incorporar, não só à praxe dos tribunais, mas ao nosso modo de decidir, as normas de Direito Internacional.

E disse, na época, que o controle de convencionalidade obriga todo e qualquer magistrado ou órgão que integra o respectivo Poder Judiciário a seguir, além das normas dos tratados internacionais, notadamente a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, a jurisprudência da Corte que os interpreta e, acima de tudo, as decisões da Corte Interamericana relativas aos processos dos quais o Estado faça parte. Em recente julgado (Cabrera García y Montiel Flores Vs. México, sentença de 26 de novembro de 2010) – ali salientei –, assentou a Corte que, para exercer tal controle de convencionalidade, “os juízes e órgãos vinculados à administração da justiça devem ter em conta não somente o tratado, senão também a interpretação que lhe tenha dado a Corte Interamericana, intérprete última da Convenção Americana” (No mesmo sentido: Caso Liakat Ali Alibux Vs. Surinam; Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana).

Lembro, sem embargo, que a composição do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos difere da organização do sistema europeu. Enquanto neste somente há a Corte Europeia de Direitos Humanos, o sistema interamericano conta também com a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, com o objetivo, *inter alia*, de receber os pedidos, seja de um estado, seja de um indivíduo, de tutela de direito humano protegido pelo sistema. Recebida a petição, abre-se um procedimento, em cujo âmbito se realizam, eventualmente, visitas, nomeação de relatores, tratativas com o estado questionado e, a partir desses procedimentos, fixação de

recomendações por parte da Comissão, que, se não atendidas a tempo e modo, podem engendrar o acionamento da Corte Interamericana.

II. Ausência de decisão com força normativa

Primeiramente, quanto ao cabimento do controle de convencionalidade ao caso ora em análise, constato que **não houve, na espécie, nenhuma decisão da Corte Interamericana sobre Direitos Humanos envolvendo o crime de desacato no âmbito do sistema penal brasileiro.**

Ao mesmo tempo, saliento que, **dos casos que foram analisados no voto do relator, alguns dizem respeito a manifestações apenas da Comissão Interamericana de Direitos Humanos.** Além disso, desses casos referidos, alguns, como o *Kimel vs. Argentina* (sentença de 2/5/2008) – que inclusive resultou, posteriormente, na revogação do crime de desacato pela Argentina –, foram analisados apenas pela Comissão e, outros, também pela Corte, como é o caso do *Palamara Iribarne vs. Chile*.

No voto do Ministro Ribeiro Dantas, também referido hoje pelo Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, afirma-se que as recomendações da Comissão Interamericana de Direitos Humanos assumem força normativa interna, ante o entendimento da Corte Interamericana, segundo o qual os estados contratantes da Convenção Americana sobre Direitos Humanos estão obrigados a realizar os seus melhores esforços para cumprir as deliberações da Comissão.

Deveras, esses esforços são não apenas do Poder Legislativo, mas também do Poder Judiciário, este por meio da interpretação do direito doméstico, à luz também, mas não apenas, das opiniões, dos relatórios e dos informes da Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

Porém, nesse aspecto, tenho uma pequena dissidência em relação ao voto do relator: a meu sentir, **a manutenção do crime de desacato no ordenamento jurídico pelo Brasil não implica** – como sustentam a Defensoria Pública do Estado do Mato Grosso do Sul, a Defensoria Pública da União, a Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão e o representante do MPF nesta assentada – **o descumprimento do art. 13 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos** e do respectivo princípio da liberdade de expressão.

As normas de direito internacional, integrantes do nosso

ordenamento jurídico, podem ser interpretadas como qualquer outra, não havendo essa força vinculante que se procurou a elas emprestar.

O art. 13, II, da Convenção – dispositivo que teria sido, segundo sustentado no voto do eminente relator, desrespeitado pelo Tribunal de origem – cuida do direito à informação. Após sua definição, dispõe o seguinte:

[...]

O exercício do direito previsto no inciso precedente não pode estar sujeito à 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.** [...]

Resulta evidente que esse **dispositivo permite a criação de tipos penais** que objetivem proteger, como **bem jurídico digno de proteção**, a honra subjetiva da pessoa humana, bem como o respeito à ordem e à moral públicas, de que devem ser destinatários os serviços prestados pelo Estado ao público em geral. Ademais, qualquer servidor, no exercício de uma função pública, ao tratar com o particular, deve merecer essa proteção, não tanto para tutelar a sua honra subjetiva – porque essa proteção já encontra guarida nos crimes contra a honra – mas para garantir o respeito que se deve destinar aos funcionários que representam e apresentam o estado nos variados tipos de serviços públicos que são prestados.

A Corte Interamericana permite, em casos de extrema gravidade do abuso da liberdade de expressão, a utilização do direito penal para a proteção da honra, devendo a aplicação dessas medidas ser avaliada com especial cautela. Nesse sentido: Caso Ricardo Canese vs. Paraguai. Sentença de 31 de agosto de 2004. § 104; Caso Kimel vs. Argentina. Sentença de 2 de maio de 2008. par. 71 e 76 e Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica. Sentença de 2 de julho de 2004.

Confirmam-se os seguintes trechos do julgamento de Kimel vs. Argentina:

[...]

54. Entretanto, a liberdade de expressão não é um direito absoluto. O artigo 13.2 da Convenção, que proíbe a censura prévia,

também prevê a possibilidade de exigir responsabilidades ulteriores pelo exercício abusivo deste direito. Estas restrições têm caráter excepcional e não devem limitar, além do estritamente necessário, o pleno exercício da liberdade de expressão e converter-se em um mecanismo direto ou indireto de censura prévia.

55. Por sua vez, o artigo 11 da Convenção estabelece que toda pessoa tem direito ao respeito de sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade. Isso implica em limites às ingerências dos particulares e do Estado. Por isso, **é legítimo que quem se considere afetado em sua honra recorra aos meios judiciais que o Estado disponha para sua proteção.**

56. A necessidade de proteger os direitos à honra e à reputação, assim como outros direitos que possam ser afetados por um exercício abusivo da liberdade de expressão, requer a devida observância dos limites determinados a esse respeito pela própria Convenção. Estes devem responder a um critério de estrita proporcionalidade. [...]

75. **El ejercicio de cada derecho fundamental tiene que hacerse con respeto y salvaguarda de los demás derechos fundamentales.** En ese proceso de armonización le cabe un papel medular al Estado buscando establecer las responsabilidades y sanciones que fueren necesarias para obtener tal propósito. **Que se haga uso de la vía civil o penal dependerá de las consideraciones que abajo se mencionan.**

[...]

77. Tomando en cuenta las consideraciones formuladas hasta ahora sobre la protección debida de la libertad de expresión, **la razonable conciliación de las exigencias de tutela de aquel derecho, por una parte, y de la honra por la otra, y el principio de mínima intervención penal característico de una sociedad democrática, el empleo de la vía penal debe corresponder a la necesidad de tutelar bienes jurídicos fundamentales frente a conductas que impliquen graves lesiones a dichos bienes,** y guarden relación con la magnitud del daño inferido. La tipificación penal de una conducta debe ser clara y precisa, como lo ha determinado la jurisprudencia de este Tribunal en el examen del artículo 9 de la Convención Americana.

78. **La Corte no estima contraria a la Convención cualquier medida penal a propósito de la expresión de informaciones u opiniones,** pero esta posibilidad se debe analizar con especial cautela, ponderando al respecto la extrema gravedad de la conducta desplegada por el emisor de aquéllas, el dolo con que actuó, las características del daño injustamente causado y otros datos que pongan de manifiesto la absoluta necesidad de utilizar, en forma verdaderamente excepcional, medidas penales. En todo momento la

carga de la prueba debe recaer en quien formula la acusación. En este orden de consideraciones, la Corte observa los movimientos en la jurisprudencia de otros Tribunales encaminados a promover, con racionalidad y equilibrio, la protección que merecen los derechos en aparente pugna, sin mellar las garantías que requiere la libre expresión como baluarte del régimen democrático.

A Corte Interamericana, ao tratar de casos concretos sobre o conflito entre o direito à liberdade de expressão e o direito à honra, propõe analisar, segundo as circunstâncias de cada hipótese, se a aplicação desses tipos penais (difamação, injúria, calúnia ou desacato) enseja contrariedade à Convenção Americana ao impor penas desnecessárias e desproporcionais.

Essa compreensão assemelha-se, aliás, ao entendimento esposado pela homóloga Corte Europeia de Direitos Humanos:

[...] o valor preponderante da liberdade de expressão, especialmente em questões de interesse público, não pode prevalecer sempre em todos os casos sobre a necessidade de proteger a honra e a reputação de outros, seja de pessoas privadas ou de funcionários públicos. (Caso *Mamère v. France*, n. 12697, § 27)

[...] permanece aberta a possibilidade para as autoridades competentes do Estado de adotar, em sua condição de garantes da ordem pública, medidas, ainda que de natureza penal, destinadas a reagir de maneira adequada e não excessiva frente a imputações difamatórias desprovidas de fundamento ou formuladas de má fé. (Caso *Castells v. Spain*, 23/4/1992, n. 236, § 46)

III. Ausência de similitude fática entre os julgados da CIDH e o caso dos autos

Entre diversos casos em que se discutiu, na Corte Interamericana de Direitos Humanos, a questão ora sob debate (Kimel vs. Argentina, Herrera Ulloa vs. Costa Rica, Palamara Iribarne vs. Chile, Ricardo Canese vs. Paraguai, etc.), observo que não há absolutamente nenhum que descreva uma situação parecida com aquelas que rotineiramente encontramos nos nossos processos criminais por desacato.

Superior Tribunal de Justiça

Digo isso porque, lendo as decisões proferidas pela Corte Interamericana nesses casos, percebo que se cuidou, em todos eles, de **delitos de opinião**, imputados às condutas de pessoas que, segundo os respectivos governos, demandaram a reação estatal ao **mau uso da liberdade de expressão, quase sempre cometidos por jornalistas ou escritores**.

Cito, como exemplos, os crimes imputados a Palamara Iribarne, punido pela publicação de um livro em que ele criticava o serviço de inteligência chileno, e a Eduardo Gabriel Kimel, autor do livro “O Massacre de São Patrício”, no qual critica severamente a atuação de inúmeras autoridades, entre elas um juiz, que não teriam investigado os referidos crimes por supostos interesses do regime militar que teve lugar na Argentina.

Todos os outros casos (Ricardo Canese vs. Paraguai. Sentença de 31/8/2004; Herrera Ulloa vs. Costa Rica. Sentença de 2/7/2004; Tristan Donoso vs. Panamá. Sentença de 27/1/2009; Usón Ramírez vs. Venezuela. Sentença de 20/11/2009; Verbitsky vs. Argentina, sentença de 20/9/1994) **se referem a manifestações de opinião de escritores e jornalistas contra autoridades, e não a ofensas proferidas na presença de um servidor público.**

Vejam, então, Senhores Ministros que, quanto ao crime de desacato, é muito diferente o que se observa no Brasil quando tal figura delitiva é invocada. O típico caso de desacato em nosso sistema de justiça, como bem referiu o Ministro Antonio Saldanha, trata de situações de abordagem policial, de prisão em flagrante, de cumprimento de mandado pelo oficial de justiça, de entrevero ocorrido em audiências judiciais, de atendimento de servidor em hospitais, repartições públicas, etc.

Então, é forçoso concluir **não haver identidade entre as situações fáticas** que resultaram nos julgamentos referidos e as que os tribunais brasileiros correntemente enfrentam quando são processados os autores de crimes de desacato à autoridade (art. 331 do Código Penal).

Por isso, não me parece adequado invocar esses parâmetros que a Comissão e, em alguns casos, a Corte utilizam para extrair a conclusão de que o crime de desacato deve ser abolido em todos os países sob a jurisdição do sistema interamericano de direitos humanos.

IV. Situações desiguais, tratamento penal desigual

Dito isso, **enxergo a possibilidade do discrimen**

relativamente ao funcionário público em relação ao particular, considerando que **o próprio Código Penal já o faz em vários pontos**. Vejam, eminentes pares, que, nos próprios crimes contra a honra, se prevê o agravamento da pena (art. 141, II, do CP) e a forma de ação pública condicionada, em vez da ação penal privada, quando se trata de ofensa a funcionário público (art. 145, parágrafo único, do CP). Então, o funcionário público – que suporta o ônus decorrente de estatuto próprio – deve ser tratado de modo diferente em relação a quem não exerce a função pública, tanto quando é agente, quanto quando é vítima de um crime.

E é natural que assim o seja, **porquanto um servidor público, ao agir nessa qualidade, carrega uma diversidade de deveres funcionais e responsabilidades que o oneram sobremodo em relação ao particular**. Não se trata de conceder privilégio ao servidor público e inferiorizar o particular em relação àqueles.

Portanto, cuida-se, sim, de estabelecer o esperado tratamento desigual a situações desiguais.

Observem, Senhores Ministros, haver crimes que somente podem ser cometidos por funcionários públicos em razão da função exercida e que encontram maior reprovação penal exatamente em face da condição do agente do crime. Tome-se como exemplo o delito de peculato (art. 312 do CPB), punido com a sanção de 2 a 12 anos de reclusão. A mesma conduta de apropriar-se de bem de que tem a posse, se praticada por um particular, rende-lhe a pena de 1 a 4 anos, o que evidencia a necessária e justificável diferença de tratamento jurídico-penal que há de existir entre particulares e servidores públicos, não somente quando são autores das condutas criminosas, mas também quando delas são vítimas.

Ainda, ressalto que, no crime de desacato, o bem jurídico tutelado não é a honra pessoal do servidor público.

Na definição de Hungria, desacato é "a grosseira falta de acatamento, podendo consistir em palavras injuriosas, difamatórias ou caluniosas, vias de fato, agressão física, ameaças, gestos obscenos, gritos agudos etc.", ou seja, "qualquer palavra ou ato que redunde em vexame, humilhação, desprestígio ou irreverência ao funcionário público. Confira-se o seguinte excerto:

[...]

Conceito e análise. 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 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 a coberto de quaisquer violências ou afrontas.

Ao juiz Bourriche, que ANATOLE FRANCE criou para as farpas de sua ironia, poderia parecer que vai nisso uma homenagem à força de que dispõe o Estado para submeter as vontades recalcitrantes: "*La société repose S'llr la force, et la torce doit être respectée comme le fondement auguste des sociétés*"; mas não há tal, senão a necessidade de se tutelar o indispensável acatamento à autoridade, um *rationale obsequium* ao poder público, que é a garantia da ordem jurídica, do equilíbrio das atividades coexistentes. Como diz: a BERLIER, quando da elaboração do Cód. Penal francês e a propósito do crime de *outrage*, "*c'est l'exercice de l'autorité qui émane de la loi que la loi plus efficacement protege*". Cada funcionário é um fragmento do Estado, um elemento de sinergia na consecução dos fins do Estado. Ao condenar o desventurado Crainquebille, por um pretendido *outrage* (desacato) a um agente de polícia, o juiz Bourriche praticou uma injustiça *in concreto*, mas, em tese, seu raciocínio era justo: "*L'agent 64 est une parcelle du Prince. Le Prince reside dans chacun de ses officiers. Ruiner l'autorité de l'agent , c'est atfaiblir l'Etat. Manger une des feuilles de l'artichaut, c'est mange l'artichaut*"

Já vimos que a nossa lei penal reprime a oposição violenta ou coação moral exercida contra a atividade funcional dos agentes do poder público; mas não se circunscreve a tais casos o seu solícito patrocínio: preocupa-se ela, ainda, com o resguardá-los em geral, quando *in officio* ou *propter officium*, de qualquer ultraje, menoscabo ou grosseria.

Embora sem o caráter genérico com que modernamente se apresenta, remonta à antiguidade romana o interesse legal pela salvaguarda da indenidade corporal e moral dos depositários da autoridade pública. Considerava-se *injuria atrox* (gravíssima) a que era irrogada aos magistrados: "*Atroce injuriam, aut persona, aut tempore, aut re ipsa fieri, Labeo ait. Persona atrocior injuria fit, ut cum magistratui fiat*". Na Idade Média, dominou o mesmo critério. A injúria (*verbis aut re*) contra os magistrados era considerada como *illata ipsi Principi*. Uma controvérsia, entretanto, se travava entre os *práticos*: entendiam uns que o magistrado devia ser protegido ainda mesmo quando *extra officium* e mesmo que a ofensa não fosse feita

propter officium (MATTHAEUS); outros opinavam que só devia ser amparado *durante officio, vel post officium sed contemplatione officii* (FARINACIUS), e outros ainda sustentavam que a proteção devia ser outorgada somente ao que estivesse *in officio*, excluído, portanto, aquele *cujos officium est finitum, licet in civitate* (MENOCCHIUS). Este último critério, aliás, era o da lei romana.

[...] A questão não depara solução uniforme nos Códigos vigentes, que, em geral, ampliaram sua proteção a todos os funcionários, sem distinção de classes, hierarquias ou graduações. [...] A ofensa constitutiva do desacato é qualquer *palavra* ou *ato* que redunde em vexame, humilhação, desprestígio ou irreverência ao funcionário. É a grosseira falta de acatamento, podendo consistir em palavras injuriosas, difamatórias ou caluniosas, vias de fato, agressão física, ameaças, gestos obscenos, gritos agudos, etc. Uma expressão grosseira, ainda que não contumeliosa, proferida em altos brados ou de modo a provocar escândalo, bastará para que se identifique o desacato.

[...]

O elemento subjetivo do crime é a *intenção ultrajante* (dolo específico) . propósito de depreciar ou vexar (o que distingue o desacato da resistência, ainda quando exercido mediante violência ou intimidação), sabendo o agente que o ofendido reveste a qualidade de servidor público e se acha no exercício de sua função, ou estando consciente de que a esta se vincula a ofensa. (Nelson Hungria. *Comentários ao Código Penal*, 1959, IX/424, pp. 418-423)

Magalhães Noronha, mais sucintamente, ensina que **o bem tutelado pelo crime de desacato é a dignidade, o prestígio, o respeito devido à função pública**. Sem o devido respeito, os agentes públicos não poderiam exercer, de modo eficaz, suas funções, por via das quais é atingida a finalidade superior, de caráter eminentemente social, que a administração busca e procura.

Confira-se o seguinte excerto:

Como se verifica do art. 331 e da "Exposição de Motivos", a lei atual ampliou a área do delito, considerando desacato não apenas a ofensa praticada *in officio*, mas também *propter officium*, isto é, quando ele se ache em *exercício da função*, onde quer que esteja, ou *fora da função*, mas em razão, ou seja, por motivo dela.

O bem jurídico considerado é a dignidade, o prestígio, o respeito devido à função pública. É o Estado diretamente interessado em que aquele seja protegido e tutelado, por ser indispensável à atividade e à

dinâmica da administração pública. Sem isso, não poderiam os agentes desta exercer de modo eficaz suas funções, por via das quais é atingida a finalidade superior, de caráter eminentemente social, que a administração busca e procura. (NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 1988, v. 4, p. 303)

Bem a propósito, rememoro a sempre oportuna lição de Luigi Ferrajoli, segundo a qual **o Direito Penal tem como objetivo principal evitar que, na sua ausência, os agentes públicos assumam, como meios corretivos, outros tipos de reações, sejam informais, sejam estatais, mas excessivas.**

Assim pontua o jus filósofo italiano:

Existe, entretanto, um outro tipo de objetivo, no qual o princípio da pena mínima pode ser comissurado: trata-se da prevenção, mas do que dos delitos, de um outro tipo de mal, antitético ao delito, que normalmente é negligenciado tanto pelas doutrinas justificacionistas como pelas abolicionistas. **Este outro mal é a maior reação – informal, selvagem, espontânea, arbitrária, punitiva mas não penal – que, na ausência das penas, poderia advir da parte do ofendido ou de forças sociais ou institucionais solidárias a ele.** É o impedimento deste mal, do qual seria vítima o réu, ou, pior ainda, pessoas solidárias ao mesmo, que representa, eu acredito, o segundo e fundamental objetivo justificante do direito penal. **Quero dizer que a pena não serve apenas para prevenir os delitos injustos, mas, igualmente, as injustas punições"** (FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão. Teoria do garantismo penal*. Tradução coletiva. São Paulo: RT, 2002, p. 268).

Essa, aliás, é a tônica da obra de Ferrajoli, centrada na necessidade de caminhar na direção de um sistema de garantia em que se tenha como legítimo e necessário o Direito Penal – dado que, na sua ausência, o espaço seria ocupado pela anarquia punitiva e pelas reações abusivas, formais ou informais –, de sorte que:

[...] **monopolizando a força**, delimitando-lhe os pressupostos e as modalidades e **precluindo-lhe o exercício arbitrário por parte dos sujeitos não autorizados**, a proibição e a ameaça penal protegem os possíveis ofendidos contra os delitos, ao passo que **o julgamento e a imposição da pena protegem, por mais paradoxal que pareça, os réus (e os inocentes suspeitos de sê-lo)** contra as vinganças e outras reações mais severas. (FERRAJOLI, *op. cit.* p. 270)

Sob tal perspectiva, não seria prematuro inferir que, na ausência de um tipo penal que proteja o funcionário público em uma conjuntura como as descritas acima, situações mais aflitivas e sensíveis poderiam ocorrer, como, v.g., a situação em que policiais possam ser tentados a reagir a um desacato à sua autoridade com algum tipo de correção imediata, fora do âmbito da legalidade e de maneira desproporcional.

Estou certo, em verdade, de que, na ausência do tipo penal em exame, abusos ainda maiores serão cometidos, o que não retira – e o digo por experiência própria, como membro do Ministério Público que fui durante mais de vinte e seis anos – a **frequente ocorrência de abusos de agentes públicos, mormente das forças policiais, no cumprimento de suas funções, o que deve ser repreendido com rigor pelo Judiciário**, punindo aqueles que, por um simples tom de voz mais elevado ou por palavras mais duras e em tom de crítica proferidas por um particular, já se apressam em dar voz de prisão e processar o indivíduo por suposta prática de crime de desacato.

Aliás, registro que, em mais de uma oportunidade, assentou a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (como, v.g., o informe sobre a Declaração de Princípios sobre Liberdade de Expressão) que **"...as personalidades políticas e públicas devem estar mais – e não menos – expostas ao escrutínio e à crítica do público. Como essas pessoas estão no centro do debate público e se expõem de modo consciente ao escrutínio da cidadania, devem demonstrar maior tolerância à crítica"** (destaquei).

Deveras, um servidor público, qualquer que seja sua função, há de saber lidar com a crítica e, sobretudo em situações em que se verifica uma tensão entre o agente público e o particular – como as que desempenham os órgãos da segurança pública –, relevar alguns excessos na maneira que o cidadão muitas vezes expressa sua indignação, insatisfação ou revolta com a qualidade do serviço prestado ou com o próprio ato oficial que o esteja atingindo.

E, sem dúvida alguma, o tipo penal do art. 331 do Código Penal é aberto, dando azo a punições injustas e desarrazoadas, e é precisamente nesse ponto que entendo caber ao Poder Judiciário contribuir, decisivamente, para a mudança desse quadro.

V. Contempt of Court

Superior Tribunal de Justiça

Lembro também que o direito norte-americano trabalha com um **conceito ainda mais sutil de ofensa a servidores públicos**, o *contempt of court*, que consiste, segundo Dan Dobbs (*Contempt of court: a survey*. Cornell Law Review, v. 56, 1971, p. 186), em um ato ou omissão que substancialmente perturbe ou obstrua o processo judicial em um caso em particular, seja por meio de comportamento durante o julgamento, com a interrupção deste, seja via comportamentos obstrutivos fora da Corte propriamente dita. Pode incluir, ainda, a desobediência de uma ordem judicial, como por exemplo, quando uma parte viola uma tutela específica [*injunction*], ou quando uma testemunha se recusa a responder a uma pergunta efetuada pelo juiz.

Como bem ressaltou Joseph Moskovitz (*Contempt of injunctions, civil and criminal*. London, Columbia Law Review, v. 43, nº 9, p. 780-824, 1943, p.780), o *contempt of court* se expressa em diversas condutas e por diferentes pessoas que, de algum modo, conectem-se com o ato que afronta a dignidade da justiça: pessoa que comete perjúrio, o litigante que desafia o juiz ou tenta corromper um jurado, o advogado que se comporta inadequadamente no curso do processo ou perante a Corte, a testemunha que se recusa a falar, o oficial da Corte que pratica conduta inadequada e inclusive o próprio juiz.

Não obstante o *contempt of court* **encontre limitações na primeira emenda à constituição americana** – em *Bridges v. Califórnia*, de 1941, a Suprema Corte afirmou que o *contempt power* de todas as Cortes, Federais ou Estaduais, é limitado pela garantia da primeira emenda contra a interferência na liberdade de expressão ou de imprensa (no mesmo sentido *Wood v. Georgia*, de 1962, *Craig v. Harney*, de 1947) –, **a imposição de gag orders** ("ordens de mordação") **vem sendo considerada lícita** a fim de evitar que publicações prejudiquem o curso de um processo judicial, visto que "um tribunal de justiça sem poder para reivindicar sua própria dignidade, para impor a obediência aos seus mandatos, para proteger seus oficiais ou para proteger aqueles que são confiados a seus cuidados, seria uma anomalia que não poderia ser permitida em qualquer comunidade civilizada" (OSWALD, James Francis. *Contempt of court, committal, and attachment, and arrest upon civil process, in the supreme court of judicature, with the practice and forms. 2 edition, London, 1895. William Clowes and Sons*. Republicação integral efetuada por Kessinger Publishing's Rare Reprints, Kessinger Publishing. p. 11).

É bem verdade que os tribunais norte-americanos conferem

grande margem de expressão aos cidadãos em suas manifestações críticas contra agentes públicos. Em 1987, a Suprema Corte dos EUA decidiu em *City of Houston VS. Hill*, que a Primeira Emenda permite uma "quantidade significativa de críticas e desafios verbais sejam dirigidos a policiais", ao cassar uma norma municipal que considerava ilícito qualquer ato de oposição, molestamento ou interrupção de qualquer policial no cumprimento de seu dever, ou qualquer pessoa convocada para ajudar a fazer uma prisão. O juiz da Suprema Corte Lewis F. Powell Jr., ao deixar claro que os indivíduos têm o direito de insultar os policiais, consignou que a polícia deveria ser capaz de lidar com linguagem mais ofensiva do que um cidadão particular.

Então, posso concluir que o direito norte-americano tem esse contraponto: ao mesmo tempo em que prevê punição contra o advogado ou um participante de uma audiência por qualquer deslize contra a prestação jurisdicional, oferece tolerância muito maior com atos semelhantes em relação aos policiais (*contempt of cop*) e demais servidores públicos.

VI. Considerações finais

Apenas para finalizar, julgo importante expressar minha convicção de que simplesmente transferir a punição de eventuais ofensas a título de desacato à autoridade para os crimes contra a honra deixaria de fora situações em que a conduta e o comportamento ilícito não se dirigem, necessariamente, à honra da pessoa.

Imaginemos o exemplo de um oficial de justiça que, ao cumprir um mandado de intimação, é confrontado pelo destinatário, que pega aquele mandado e o rasga, jogando-o no rosto do servidor público e esbravejando: "Essa justiça para mim não vale nada! Eu não a respeito e não respeito você!". Nessa situação, não há ofensa a ponto de configurar crime contra a honra subjetiva do servidor público, mas é evidente o ultraje à função pública, e, a meu ver, isso não permite apenas a responsabilização cível do ofensor, porque, em tal hipótese, o que está sob risco é a própria autoridade e o bom andamento dos serviços prestados pelo Poder Judiciário, a justificarem a existência de mecanismos expeditos e eficazes para restaurar a ordem jurídica violada e responder ao crime de desacato.

E mais, senhores ministros, vivemos uma quadra histórica no Brasil em que, cada vez mais, as pessoas estão assumindo comportamento excessivamente violento e desrespeitoso. Não vejo como se possa, pelo menos

neste momento, retirar da proteção penal situações que, no dia a dia, configuram intolerável desrespeito e até violência a agentes públicos que agem em nome do estado na prestação de serviços públicos.

Acompanho o Ministro Ribeiro Dantas na sua percepção de que, no futuro, provavelmente teremos, por via legislativa ou até jurisprudencial, uma modificação sobre o tratamento jurídico-penal desta matéria – quem sabe, ao menos, dando contornos mais fechados e claros ao tipo penal em análise.

Acrescento que, normalmente, sou favorável a caminhos que privilegiem uma menor intervenção do Direito Penal na vida das pessoas. Sigo a orientação de que as proibições e as penas têm por fim assegurar “o máximo de bem-estar possível dos não desviantes e o mínimo mal-estar necessário dos desviantes” (FERRAJOLI, *op. cit.*, p. 271). Todos os meios interpretativos que, na medida do possível - sem o sacrifício da segurança cidadã e da necessária proteção aos bens jurídicos -, minimizem a intervenção do Direito Penal são bem-vindos.

Mas, na presente controvérsia, assumo uma posição conservadora.

Pelo menos neste momento – ainda mais em um habeas corpus, dada a dificuldade de termos a exata dimensão dos fatos ocorridos –, eu não iria tão longe para afirmar que o crime de desacato não mais integra o ordenamento jurídico penal brasileiro, por conta de, repito, relatórios ou informes da Comissão e de casos julgados pela Corte Interamericana de Direitos Humanos que não tiveram o Brasil como parte e não trataram da situação fática idêntica à que foi versada neste habeas corpus.

VII. Dispositivo

Pedindo, portanto, a mais respeitosa vênia, acompanho a divergência inaugurada pelo Ministro Antonio Saldanha Palheiro e **denego** a ordem.

HABEAS CORPUS Nº 379.269 - MS (2016/0303542-3)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE : MAGNO LEANDRO SANTOS ANGELICO

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO NEFI CORDEIRO (Relator):

Senhor Presidente, com a vênia do Relator e do Ministro Ribeiro Dantas, vou acompanhar o voto da divergência. Não vejo incompatibilidade com as normativas internacionais que somente protegem a liberdade de opinião ou crítica de expressão ou informação, mas não tornam com isso incompatível o crime de desacato. Também não tornam incompatível a existência de crimes que protejam a honra, protejam contra manifestações que gerem preconceitos e manifestações que atinjam outros bens juridicamente relevantes ao ponto da intervenção do Direito Penal.

De outro lado, embora até fosse possível ponderação diversa, não pode ser classificado como absurdo o tratamento do Direito Penal como um desvalor maior à ofensa que é feita ao servidor público em razão de sua função. Tem-se, sim, a proteção da administração pública, mas, também, tem-se, subsidiariamente, a proteção da honra de quem está mantendo contato com pessoas pelo exercício da função e não por contatos da vida privada.

E o caso concreto é forte até na demonstração da diferença. Vejam que não temos qualquer discussão quanto à crítica ou manifestação de pensamento. Aqui, é um motorista que parou o carro na via pública, os policiais pediram que ele retirasse o carro, e ele disse: "vai tomar no cu". Isso é manifestação de pensamento? Isso é direito de crítica ao Estado? Isso é uma ofensa irrogada em face do servidor, o que é outras das grandes diferenciações entre a injúria e o desacato, porque a injúria não precisa ser realizada pessoalmente. Nessa situação, é necessária, sim, a intervenção do Direito Penal e não pode ser taxada como absurda essa proteção maior, com pena maior, a quem ofenda o servidor no exercício da função.

Então, acompanho o voto da divergência.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
TERCEIRA SEÇÃO**

Número Registro: 2016/0303542-3

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 379.269 / MS
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00375188920158120001 00495052520158120001 375188920158120001
495052520158120001

EM MESA

JULGADO: 24/05/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **REYNALDO SOARES DA FONSECA**

Relator para Acórdão

Exmo. Sr. Ministro **ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **JOÃO PEDRO DE SABOIA BANDEIRA DE MELLO FILHO**

Secretário

Bel. **GILBERTO FERREIRA COSTA**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE : MAGNO LEANDRO SANTOS ANGELICO

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Praticados por Particular Contra a Administração em Geral -
Desacato

SUSTENTAÇÃO ORAL

O Dr. Elias Cesar Kesrouani sustentou oralmente pelo impetrante.

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia TERCEIRA SEÇÃO, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Terceira Seção, por maioria, não conheceu do habeas corpus, nos termos do voto do Sr. Ministro Antonio Saldanha Palheiro, que lavrará o acórdão. Vencidos os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca e Ribeiro Dantas, que não conheciam do habeas corpus e concediam a ordem de ofício para excluir da ação penal o crime de desacato e determinando o prosseguimento da ação penal, quanto aos delitos previstos nos arts. 306 do C.T.B e 330 do CP.

Votaram vencidos os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca (Relator) e Ribeiro Dantas.

Votaram com o Sr. Ministro Antonio Saldanha Palheiro (Relator para acórdão) os Srs.

Superior Tribunal de Justiça

Ministros Felix Fischer, Maria Thereza de Assis Moura, Jorge Mussi, Rogério Schietti Cruz e Nefi Cordeiro.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Joel Ilan Paciornik.
Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior.

