

UNIVERSIDADE CANDIDO MENDES – CENTRO (UCAM)
FACULDADE DE DIREITO CANDIDO MENDES (FDCM)

Ana Bárbara Cerqueira de Oliveira

A NÃO RECEPÇÃO DO CRIME DE DESACATO PELA CONSTITUIÇÃO DA
REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988

RIO DE JANEIRO

2017

Ana Bárbara Cerqueira de Oliveira

A NÃO RECEPÇÃO DO CRIME DE DESACATO PELA CONSTITUIÇÃO DA
REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao Curso de Direito da
Universidade Candido Mendes – Centro,
como requisito parcial à obtenção do título
de bacharel em Direito.

Orientador: Rodrigo Machado Gonçalves

RIO DE JANEIRO

2017

Ana Bárbara Cerqueira de Oliveira

A NÃO RECEPÇÃO DO CRIME DE DESACATO PELA CONSTITUIÇÃO DA
REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao Curso de Direito da
Universidade Candido Mendes – Centro,
como requisito parcial à obtenção do título
de bacharel em Direito.

Rio de Janeiro, _____ de _____ de _____.

Nota ()

Prof. Dr. Rodrigo Machado Gonçalves – Orientador

Prof. Dr. Fernando Moreira Reis – Avaliador

RESUMO

Trata-se da análise do contexto histórico-político em que o tipo penal de desacato emergiu, da missão do Direito Penal em sociedade e das conseqüentes conclusões advindas da descoberta da real finalidade desta infração penal consolidada em solo pátrio com ares democráticos. A partir deste trabalho serão também retratados a eficácia principiológica da Constituição da República Federativa do Brasil/1988 e o status supralegal do Pacto de San Jose da Costa Rica, de modo a ensejar a utilização do controle de convencionalidade, intencionando-se extirpar a figura do desacato do Código Penal Brasileiro. Pretende-se explicitar os motivos pelos quais a aludida infração penal não foi recepcionada pela Constituição Cidadã, haja vista o cenário histórico e político de onde proveio o desacato e os princípios que regem o sistema normativo brasileiro.

Palavras-chave: Desacato. Crime. Constituição. Principiológica. Supralegalidade. Direitos. Recepção.

ABSTRACT

It is the analysis of the historical-political context in which the criminal type of contempt has emerged, of the mission of Criminal Law in society and of the consequent conclusions coming from the discovery of the real purpose of this criminal infraction consolidated in the country with democratic airs. From this work will also be portrayed the principiological effectiveness of the Constitution of the Federative Republic of Brazil / 1988 and the supralegal status of the Pact of San Jose of Costa Rica, in order to allow the use of the control of conventionality, intending to extirpate the figure of the contempt of the Brazilian Penal Code. The purpose is to explain the reasons why the aforementioned criminal infraction was not received by the Citizen Constitution, given the historical and political scenario from which the desacato and the principles that governed the Brazilian normative system.

Keywords: Disappointment. Crime. Constitution. Principle. Superstability. Rights. Reception.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	1
2	CONTEXTO HISTÓRICO-POLÍTICO CINZENTO: A INSTITUIÇÃO DO TIPO PENAL SOB A OUTORGA DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1937.....	3
3	PRECEITOS CONSTITUCIONAIS E SUPRALEGAIS: PREMISSAS CONSTITUTIVAS DO RACIOCÍNIO ACERCA DO “DEVER SER”.....	14
3.1	A eficácia principiológica da “constituição cidadã”.....	14
3.2	O controle de convencionalidade.....	15
4	O CRIME DE DESACATO E A MITIGAÇÃO DE UM DIREITO INDIVIDUAL FUNDAMENTAL.....	22
4.1	A finalidade do direito penal e os bens jurídicos tutelados em um estado desarmônico.....	22
4.2	O cenário nacional-internacional e a contínua transgressão a valores individuais consolidados.....	25
5	CONCLUSÃO.....	30
6	REFERÊNCIAS.....	32

1 INTRODUÇÃO

O tema do presente estudo, a não recepção do crime de desacato pela Constituição da República Federativa do Brasil, aloca em si, substancialmente, os Direitos Constitucional, Penal e Internacional, ou seja, esta temática circunda a liberdade de expressão, tutelada em âmbito nacional e internacional, e a viabilidade da permanência de um tipo penal no ordenamento jurídico brasileiro.

Imprescindível retratar o contexto histórico-político de onde proveio o tipo penal e delinear os passos jurídicos que concederam permissão à violação de direitos e garantias individuais. Importante analisar o quão decisivo foi o momento histórico-político para a criação do tipo penal, pois não é possível desvendar o telos normativo e fundamentar a retirada do crime de desacato do ordenamento pátrio sem antes perquirir a história e a política ao tempo de seu surgimento.

Serão analisados também os instrumentos de controle aptos a afastarem o desacato e reestabelecerem a liberdade de expressão – um dos alicerces do Estado Democrático. Necessário observar os preceitos constitucionais e supralegais de modo a possibilitar a utilização de mecanismos adequados e eficientes para ensejar a declaração de não recepção do crime em questão.

Atentar-se a eficácia principiológica da Constituição de 1988 e ao controle de convencionalidade são condições sem as quais não é possível visualizar uma infração penal incompatível com o ordenamento jurídico interno e com os pactos ou convenções dos quais o Brasil é signatário.

Além disto, pretende-se adentrar no aspecto teleológico do crime de desacato, de modo a desvelar o caráter autocrático de uma tipificação penal que se encontra arraigada em um Estado Democrático de Direito, assim como, desvelar o tecido que a reveste.

Compreender a intenção do legislador ao criminalizar o desacato é fundamental para desmitificar a suposta função exercida por este tipo penal. A missão do Direito Penal em sociedade e a tutela de alguns bens jurídicos são aptas a ensejar qualquer compreensão acerca dos objetivos em se criminalizar determinada conduta e proteger determinado bem jurídico.

A produção normativa é destinada a atender os interesses de determinada classe social e ao braço armado do Estado – o Direito Penal – incumbe protegê-la, de

modo a possibilitar a crescente e contínua dominação sobre as classes desprivilegiadas.

O ordenamento jurídico - penal brasileiro institui como crime o desacato a funcionário público no exercício de sua função ou em razão dela com finalidade meramente repressora e amordaçante do direito de expressão. A liberdade de expressão é criminalizada de maneira sorrateira pela legislação ordinária.

A recepção do crime de desacato, sob a ótica constitucional e internacional, exsurge flagrantes violações a direitos e garantias individuais fundamentais, bem como, traz à baila o descumprimento reiterado de tratados e convenções internacionais que versam sobre Direitos Humanos, em especial o Pacto de San Jose da Costa Rica.

A principal violação a liberdade de expressão, em âmbito internacional, relaciona-se as incessantes determinações da Convenção Interamericana de Direitos Humanos em se retirar o crime de desacato da legislação interna dos Estados signatários do Pacto de San Jose da Costa Rica e estes continuarem inertes, desrespeitando um grandioso acordo no tocante a estrita observância aos direitos de cada indivíduo.

A mitigação a direitos individuais consolidados é preocupante, pois põe em xeque o suposto Estado Democrático de Direito instituído no país e revela, cada vez mais, o estado de submissão vivido pela plebe brasileira.

Compreensível que a *mens legis* é o fio condutor do tipo penal e a partir dele será possível robustecer os argumentos favoráveis a não recepção do crime de desacato, já que a incongruência entre a legislação constitucional e infraconstitucional é nítida.

Desta forma, observar o efeito irradiante da Constituição da República Federativa do Brasil/1988 e a eficácia supralegal do Pacto de San Jose da Costa Rica é fundamental a descaracterização de uma infração penal eminentemente transgressora e repressora.

2 CONTEXTO HISTÓRICO-POLÍTICO CINZENTO: A INSTITUIÇÃO DO TIPO PENAL SOB A OUTORGA DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1937

Segundo Eric Weil, a ação política é sempre histórica, apoiada em um contexto que constitui seu ponto de partida e, em consequência, sob as condições nas quais e sobre as quais ela se exerce, o que faz com que a compreensão da ação política remeta necessariamente a uma compressão histórica¹.

Desvincular a história da política significa inviabilizar a compreensão das normas jurídicas e a compatibilidade destas com a Constituição vigente; significa dizer que história e política não são vértices da mesma figura geométrica, quando nada mais são que componentes de uma mesma substância.

Não se pode considerar a política desvinculada da história, pois a conexão entre o histórico e o político resulta da própria natureza da sociedade, do conviver humano.

O Direito (componente intrínseco a ordem social) não é dado em abstrato, mas é estabelecido, desejado e constituído por um conjunto de sujeitos históricos. Conforme preceitua Hermann Heller, “as normas jurídicas positivas não se estabelecem por si mesmas, mas são desejadas, estabelecidas e asseguradas por meio de disposições reais”.

Desta forma, a história, a política e o Direito se entrelaçam continuamente e não destoam no que tange as premissas e valores estabelecidos em uma sociedade. A partir de determinações expressas e contidas em uma Constituição é possível constatar a vinculação entre eles. O Direito emerge no seio de uma sociedade política contaminada pela história.

Para o professor de História, Paulo Sérgio da Silva², Constituição é um conjunto normativo racional de uma unidade política estatal no qual estão expressos sua estruturação primordial, seus fins e sua identidade. Portanto, as normas jurídicas traduzem os valores sociais estabelecidos pelo parlamento em um dado momento histórico de sua criação.

Miguel Reale³ explica que:

¹ WEIL, Eric. *Filosofia política*. São Paulo: Loyola Jesuítas. 1990, p. 20.

² SILVA, Paulo Sérgio da. *A constituição brasileira de 10 de novembro de 1937: um retrato com luz e sombra*. São Paulo: UNESP, 2008. p.23.

³ REALE, Miguel. *apud*. SILVA, Paulo Sérgio da. *A constituição brasileira de 10 de novembro de 1937: um retrato com luz e sombra*. São Paulo: UNESP, 2008. p. 24.

O Direito é antes de qualquer coisa fato social, realidade psicossocial em perene transformação, haja vista o fato de as normas não subsistirem, nem serem possíveis sem a realidade de que resultam como conclusões necessárias que se impõem a todos, governantes e governados.

Toda descrição da organização constitucional de um Estado, toda análise de sua vida política, todo estudo do complexo tecido de forças que orienta seu destino conduzem sempre a um exame da sua constituição⁴.

A partir dessa breve teorização acerca do político, do histórico e do Direito observa-se que a Constituição e, inegavelmente, o momento histórico em que fora criada concedem margem e embasamento principiológico às leis vindouras de uma nação.

Insta salientar, a partir de então, o momento político que ensejou a Constituição de 1937 e o momento em que esta concedeu um arcabouço principiológico a delineação da infração penal de desacato, inserida no bojo do Código Penal Brasileiro de 1940, cerca de 03 anos após a outorga da Carta Magna.

A análise do contexto histórico e político nacional será iniciada desde o esfacelamento de um Estado rural ao surgimento de um Estado inovador e autoritário, imbuído de atitudes obscuras e violadoras a liberdade de cada cidadão brasileiro.

Ao final da década de 1920 ocorreu um fato decisivo no cenário político e econômico do Brasil: a crise mundial. Esta desconstituiu uma série de pressupostos do capitalismo liberal dando margem, no plano político, para críticas à liberdade de expressão e à liberdade partidária que eram reconhecidas como elementos nevrálgicos, prontos a conduzir o país a desordem e ao caos.

Diante da instabilidade político-econômica vivenciada neste período, até então dominado pelas oligarquias rurais, surgiam objetivos nebulosos de atingimento ao poder, disseminados aos quatro cantos do país e calcados nos ideais do ditador italiano Mussolini.

Dentre os defensores de práticas autoritárias em solo brasileiro encontravam-se Alberto Torres, Azevedo Amaral, Oliveira Viana e Francisco Campos – o grande mentor intelectual da Constituição de 1937. Todos atribuíram a responsabilidade pela crise brasileira às oligarquias rurais e alegavam que um

⁴ BURDEAU, Georges. *apud*. SILVA, Paulo Sérgio da. *A constituição brasileira de 10 de novembro de 1937: um retrato com luz e sombra*. São Paulo: UNESP, 2008, p. 25.

governo central deveria tomar as rédeas do poder e ditar as diretrizes do desenvolvimento.

Para eles o Estado deveria ter um cunho paternalista/autoritário no que tange ao conflito social, pois este deveria ser vigiado, reprimido e controlado. O Estado autoritário deveria ser analisado como um “Leviatã Benevolente”, um zelador, gestor, juiz e árbitro da sociedade, nas palavras de José Luis Bendicho Beired⁵.

Avançando-se na história, em 1930 foi instituída uma Junta Provisória de Governo, composta por militares, após a prisão do então Presidente Washington Luís que não acatou a ordem de renúncia ao cargo concedida pelos Generais. Em 03 de novembro do mesmo ano, diante das pressões das forças revolucionárias, a Junta transmitiu o poder a Getúlio Vargas e então dava-se início a um novo período da política brasileira com Vargas à frente de um Governo Provisório.

A partir de então surgia a necessidade de se realizar uma nova Constituição que denotasse a figura de uma nova política, um novo modo de governar, diverso do modelo político-econômico ruralista e ultrapassado. Em 16 de julho de 1934 foi promulgada a Constituição Brasileira que, ao contrário do que Vargas esperava, estreitou os poderes do Presidente da República, proibiu sua reeleição e aumentou sua responsabilidade na definição das políticas sociais e econômicas.

Com a promulgação da Constituição de 1934 foi realizado o primeiro passo para a transição de um governo provisório para o estabelecimento de um governo permanente e constitucional. Inegavelmente, Getúlio era um candidato natural a sua própria sucessão e depois de prolongadas discussões e votação o até então Presidente Provisório confirmou seu favoritismo, sendo o escolhido para ocupar a chefia do Poder Executivo.

Empossado como o primeiro governo constitucional pós 1930, Vargas prometeu publicamente defender a constituição, porém disfarçava seu descontentamento pessoal com o documento, já que os poderes do executivo federal foram extremamente restritos pelos constituintes.

Aliado ao nítido descontentamento do Presidente da República, que gerava um clima de tensão e inquietude, visualizava-se um cenário político bipolar onde se encontravam a Ação Integralista Brasileira e a Aliança Nacional Libertadora.

⁵ BEIRED, José Luís Bendicho. *Autoritarismo e nacionalismo: o campo intelectual da nova direita no Brasil e na Argentina (1942-1945)*. Tese (doutorado em Filosofia, Letras e Ciências Humanas). Universidade de São Paulo. São Paulo, 1996.

A primeira traduzia-se em um movimento que recebia influências advindas do fascismo italiano e prezava pelo princípio da autoridade e pela presença marcante de um nacionalismo exacerbado. A AIB aglutinou grupos heterogêneos que comungavam concepções elitistas representativas de noções da direita radical.

A segunda configurava um movimento com influência comunista e que integrava os segmentos da esquerda a partir de propostas anti-imperialistas, antifascistas e contra os interesses dos latifundiários. A pretensão da ANL era promover um programa popular revolucionário contra os imperialistas e contra os governos opressores reacionários internos, representados pelo governo de Getúlio.

O clima de tensão e inquietude era nítido em território pátrio e a partir de junho de 1935 os confrontos entre a ANL e a AIB assumiram amplas proporções, sobretudo nos comícios realizados em Petrópolis, e desde então as dúvidas na opinião pública acerca do futuro da democracia no Brasil tornaram-se exponenciais.

Neste mesmo ano a Aliança Nacional Libertadora realizou um comício no qual seria lido o manifesto revolucionário de Prestes à nação. Este ato foi o suficiente para que o país se visse mergulhado em um crescente clima de apreensão, manipulado por segmentos do poder atrelados à Vargas, o que levou a opinião pública a se ver defrontada com o fantasma do comunismo.

A partir da proclamação de Prestes convidando o povo brasileiro à luta criou-se um cenário ideal para a reação conservadora e uma ação enérgica do governo a fim de combater o comunismo. Foi então que Getúlio Vargas formou uma aliança com os militares, a igreja, os empresários, os intelectuais e os integralistas, já que todos possuíam um inimigo em comum.

Esta comunhão de frentes foi um dos sinais mais contundentes a realização do golpe e a condução ao Estado Novo. Pouco antes desta aliança o governo já concedia indícios de endurecimentos político e social com a aprovação e promulgação da Lei de Segurança Nacional que era extremamente rigorosa e rechaçava garantias processuais.

O levante comunista legitimou a ação do governo para implementação de medidas de exceção o que provocou, em novembro de 1935, a solicitação de Vargas ao Congresso para aprovação do estado de sítio – devidamente atendido - por um período de 30 dias. Contudo, fez-se crer que a decretação do estado de sítio não era suficiente para conter o movimento comunista e que, ao contrário do que se esperava, teria havido o seu recrudescimento.

Em 15 de julho de 1936, alegando ser imperiosa a implementação de medidas severas e efetivas, o Presidente da República encaminhou ao Congresso uma mensagem pedindo a criação de um Tribunal Especial para processar os extremistas da esquerda. Seu pedido foi plenamente concretizado pelo Poder Legislativo que instituiu como órgão da Justiça Militar o Tribunal de Segurança Nacional.

A criação deste Tribunal, que possuía como função primordial processar e julgar os acusados de promover atividades contra a segurança externa do país e contra as instituições militares, políticas e sociais, facilitou a ingerência do Executivo no Judiciário e a realização de atos de repressão.

Neste mesmo ano editou-se um decreto presidencial restringindo os direitos dos processados, determinando-se uma única citação por edital, o afastamento da Ordem dos Advogados do Brasil na indicação de patronos para réus reveses ou sem advogado, a extinção da defesa prévia, dentre outras medidas de cunho autoritário.

O governo, a todo o momento, demonstrava a necessidade de adotar medidas drásticas de modo a afastar a ameaça comunista que aparentava estar cada vez mais próxima. E com o objetivo de inflamar a opinião pública e amedrontá-la com maior vigor, em 30 de setembro de 1936 foi trazido à tona um suposto plano de um violento golpe articulado por forças invisíveis internacionais – o Plano Cohen. Este, definitivamente, colaborou para alimentar o mito do complô internacional comunista e foi o estopim para o golpe de 1937.

Divulgou-se a nação que o plano havia sido organizado pelos dirigentes do partido comunista russo e que pretendiam depredar e incendiar ruas, desrespeitar a honra e os sentimentos mais íntimos da mulher brasileira.

O Plano Cohen foi utilizado como instrumento psicológico para amedrontar e pressionar a sociedade civil, já que se destinava, supostamente, a destruir o capitalismo e seus valores básicos, como a família, a igreja e o exército. Frente a esta possibilidade de destruição político-social-econômica foi decretado o estado de guerra em 02 de outubro de 1937.

Com o estado de guerra acirrou-se a censura à imprensa, suspendeu-se a imunidade parlamentar e divulgou-se a nação, de forma enérgica, que os inimigos da Pátria eram os comunistas e os indiferentes. O espírito de radicalização era nítido e assustador.

A comissão executora do estado de guerra divulgou suas resoluções, contidas em quatorze pontos, a partir dos quais se visualizava a simpatia pelos regimes fascista e nazista, bem como, o clamor governista por um poder central e autoritário.

Dentre as medidas arroladas nas resoluções destacavam-se duas: a detenção, com ou sem estado de guerra, de todos os simpatizantes do comunismo e a organização de campos de concentração militares para a reeducação dos elementos jovens simpatizantes do marxismo⁶.

Diante de um cenário político-social instável, em 10 de novembro de 1937, o Senado e a Câmara dos Deputados foram cercados por soldados da força policial do Distrito Federal que apoiaram a decisão tomada pelo chefe da Nação e pelos líderes políticos: a implementação de um golpe.

Neste cenário cinzento e conturbado não mais existiam brechas para um regime democrático. Promovia-se então um golpe e outorgava-se imediatamente uma Constituição, cujo mentor foi o Ministro da Justiça Francisco Campos.

Getúlio Vargas anunciava que as exigências do interesse coletivo o levaram a adotar medidas de transformação institucional com vistas a fornecer ao governo os meios adequados ao enfrentamento dos graves problemas que perturbavam a ordem pública. O Presidente qualificou o Congresso Nacional como inoperante e concluiu seu discurso: “Quando as competições políticas ameaçam degenerar em guerra civil, é sinal de que o regime constitucional perdeu o seu valor prático”⁷.

A instauração do Estado Novo com o afastamento das falsidades morais e políticas e sob a égide de uma nova Constituição, segundo Getúlio, era imprescindível para evitar o esfacelamento da Nação.

O Chefe de Estado disseminava um pensamento e um sentimento não apenas seu, mas incorporado ao longo da década de 1930 pela sociedade, o que tornou viável a implantação de um regime ditatorial.

Sentia-se as ruas que a verdadeira democracia somente poderia se concretizar a partir de um governo forte, pois o Estado era entendido como o

⁶ SILVA, Paulo Sérgio da. *A constituição brasileira de 10 de novembro de 1937: um retrato com luz e sombra*. São Paulo: UNESP, 2008. p. 83.

⁷ SILVA, Paulo Sérgio da. *A constituição brasileira de 10 de novembro de 1937: um retrato com luz e sombra*. São Paulo: UNESP, 2008. p.100

protagonista da manutenção da ordem social, o tutor da coletividade, o defensor da ideia da vontade nacional acima dos interesses de classe. O novo regime pregava a primazia do Estado, a obediência à hierarquia e a passividade política da sociedade, que foi claramente manipulada pelas forças governistas.

A Constituição de 1937 traduzia esses ideais e era fruto de um período político acalorado e de concepções políticas e ideológicas de seu autor, Francisco Campos. Para o jurista, a implantação do Estado Novo e a criação de uma nova Constituição resultaram da necessidade de salvação nacional.

A obra de Campos concedia aos brasileiros a oportunidade de viverem em harmonia uns com os outros, desde que não colocassem acima do país pessoas, opiniões, credos ou ideologias.

A Constituição trazia consigo um centro de vontade forte, um único poder capaz de gerar a nação unidade de pensamento e ação. Primava-se por imperativos de ordem e segurança e a liberdade individual deveria e merecia ser mitigada em prol dos interesses da nação.

O preâmbulo da Constituição de 1937 utilizava-se novamente da ameaça comunista como fundamento necessário a implementação de um governo autoritário e que concretizasse os presumidos interesse e vontade da nação. Assim expressava⁸:

O Presidente da República dos Estados Unidos do Brasil
Atendendo às legítimas aspirações do povo brasileiro à paz política e social, profundamente perturbada por conhecidos fatores de desordem resultantes da crescente agravação dos dissídios partidários, que uma notória propaganda demagógica procura desnaturar em luta de classe, e da extremação de conflitos ideológicos, tendentes, pelo seu desenvolvimento natural, a resolver-se em termos de violência, colocando a Nação sob a funesta eminência da guerra civil.
Atendendo ao estado de apreensão criado no país pela infiltração comunista, que se torna dia a dia mais extensa e profunda, exigindo remédios de caráter radical e permanente;
Atendendo a que, sob as instituições anteriores, não dispunha o Estado de meios normais de preservação e de defesa da paz, da segurança e do bem-estar do povo;
Com o apoio das Forças Armadas e cedendo às aspirações da opinião nacional, umas e outras justificadamente apreensivas diante dos perigos que ameaçavam a nossa unidade e da rapidez com que vem processando a decomposição de nossas instituições civis e políticas;
Resolve assegurar à Nação a sua unidade, o respeito a sua honra e a sua independência, e ao povo brasileiro, sob um regime de paz política

⁸ SILVA, Paulo Sérgio da. *A constituição brasileira de 10 de novembro de 1937: um retrato com luz e sombra*. São Paulo: UNESP, 2008. p. 139.

e social, as condições necessárias à sua segurança, ao seu bem-estar e a sua prosperidade,
Decretando a seguinte constituição, que se cumprirá desde hoje em todo o país.

A partir do preâmbulo percebia-se que a figura de um homem providencial, o Presidente da República, havia incorporado todo o Poder Constituinte e que com o apoio das Forças Armadas poderia, suficientemente, proteger e salvaguardar os interesses do povo. Segundo Francisco Campos, “o governo gravitava em torno de um chefe, que era o Presidente da República”.

No tocante ao Poder Legislativo, a Constituição havia o subordinado e o vinculado ao Poder Executivo, pois aquele não passava de um mero espectro no emaranhado institucional e atuava nas ocasiões, na intensidade e segundo os objetivos determinados pelo Executivo, conforme palavras do professor Paulo Sérgio da Silva⁹.

O Poder Judiciário também sofreu com as amarras providenciadas pelo Executivo. Alegava-se que o judiciário atravancava o dinamismo da civilização, pois se utilizava de interpretações formais ou calcadas em um mundo exaurido.

Campos acreditava que as interpretações de um juiz estavam vinculadas a sua subjetividade e por isso não era plausível aceitá-las quando se estão em jogo os maiores interesses da nação.

Entendia-se que ao atribuir a um tribunal o poder de declarar o que é constitucional, se estaria atribuindo também o poder de declarar a própria Constituição, nos termos que parecessem mais convenientes e adequados. Deste modo, ao Poder Judiciário estariam sendo entregues os poderes de conduzir e controlar a nação.

Nítido estava o propósito do Governo de Getúlio Vargas ao instituir uma Constituição que delimitava e atrelava as atividades dos Poderes Legislativo e Judiciário ao Poder Executivo.

A Carta Político-Jurídica de 1937 era um instrumento de poder do qual apenas o Governo Central fazia uso, utilizando-a para controlar os dois malfadados poderes da República e resumi-los a meros órgãos inoperantes de atividades inócuas.

⁹ SILVA, Paulo Sérgio da. *A constituição brasileira de 10 de novembro de 1937: um retrato com luz e sombra*. São Paulo: UNESP, 2008. p.156.

A partir de então, constatados as visões e os interesses do Executivo em relação ao Legislativo e ao Judiciário, será abordado o último ponto, essencial e de extrema relevância a compreensão do surgimento do Código Penal Brasileiro e do crime de desacato: Os direitos e as garantias individuais.

Inegavelmente, a Constituição de 1937 foi mestra em apresentar restrições aos direitos e as garantias individuais sob o incansável fundamento de proteção aos interesses da nação e em prol da paz social, da ordem e do progresso. De acordo com as suas conveniências, o Estado havia traçado os limites do permitido e do proibido, do lícito e do ilícito, do social e do antissocial.

Assegurava-se a todo cidadão à liberdade de expressão, o direito de manifestar seu pensamento oralmente ou por escrito, impresso ou por imagens, desde que adstrito aos limites fixados em lei. Segundo a Constituição esta liberdade de expressão, apenas nominal e formalmente esculpida, não poderia contrariar a moralidade e os bons costumes, ameaçar a paz, a ordem e a segurança nacional, sob pena de censura.

Desta forma, o livre pensamento estava atrelado à concordância com a concepção das autoridades, pois o conceito de segurança pública, moralidade, bons costumes estava relacionado à subjetividade e o Estado era quem ditava as regras do jogo político, econômico e social. Assim, a liberdade de pensamento deveria ser expressa da maneira e na intensidade que fosse conveniente ao regime.

Além da fragilidade imposta, de plano, aos direitos e as garantias individuais, a própria Constituição autorizava aos agentes estatais a modificação destes direitos caso conviesse ao bem público, já que o interesse da nação estaria sempre acima das prerrogativas individuais.

Ao realizar uma leitura mais apurada é possível observar que os inúmeros termos e as expressões indeterminadas, principalmente no capítulo que versa sobre os direitos e as garantias individuais, estão alocados no texto constitucional com a finalidade de conceder ao Presidente da República a possibilidade de invocá-los a seu favor, a qualquer tempo.

O bem estar da nação foi o fundamento para a instauração de um regime autoritário e para a mitigação - em alguns casos até a suspensão - dos direitos e garantias individuais. Um dos supostos motivos que ensejou a implementação do Estado Novo e a outorga de uma nova Constituição, também viabilizou flagrantes violações aos direitos dos cidadãos.

O Governo gerava, propositalmente, uma falsa percepção da realidade ao alegar que a Constituição estava imersa por um espírito democrático inovador e que contemplava direitos, serviços e bens assegurados, garantidos e promovidos pelo próprio Estado.

Fazia-se crer que a liberdade irrestrita não garantia a qualquer brasileiro o direito ao trabalho, à educação e à segurança e que somente um Estado forte poderia assegurar a todos o gozo desta herança comum.

Ao reduzir a pó os direitos e garantias individuais com o objetivo de neutralizar qualquer forma de reação popular foi possível visualizar e anunciar o nascimento de um Código Penal que salvaguardava e continua a salvaguardar as majestades - os detentores do poder.

Ao longo desta síntese histórica foi possível perceber que Getúlio pôs em prática e foi o protagonista de uma ação política audaciosa que objetivava tomar as rédeas do país com a instituição de um regime autoritário e apoiado por uma nova Constituição – um suposto símbolo de legitimidade do Poder Executivo.

A Constituição Brasileira de 1937 trazia em si as marcas do contexto político e histórico em que teve lugar e refletia projetos políticos, ideias e ideais vigentes no período. Ostentava não somente as insígnias de seu criador, Francisco Campos, mas de todo um pensar e de todo um traçado político que se desejava implantar.

Campos ofereceu a Vargas e a seu grandioso projeto político nacional um estatuto do poder, simples e direto, com o objetivo de tornar o governo um fato e pronto para garantir o bem-estar, a segurança e o desenvolvimento pleno da nação brasileira.

A Constituição fundou um regime personalíssimo, centrado no Presidente da República, elevado a condição de chefe supremo da nação, detentor de uma força decisória praticamente ilimitada.

Neste novo regime havia um único centro de vontade, o Executivo Federal, e aos poderes Legislativo e Judiciário restaram as migalhas deixadas pelo governo central. No Estado Brasileiro não havia espaço para compartilhar poderes, pois apenas um poderia apresentar um brilho estonteante e reduzir os demais a meras figuras ilustrativas.

Sendo membro de uma nação, o cidadão brasileiro teria seu interesse apoiado pelo Estado, até o momento em que este não colidisse com os interesses de

comunhão nacional, defendidos a toda força pelo Estado, mesmo que isso implicasse a completa aniquilação de um direito ou garantia individual.

Assim, a Carta de 1937 trouxe à luz as razões, os motivos, os objetivos e os valores postulados pelo e no novo regime e ensejou a criação de uma infração penal eminentemente transgressora das liberdades de pensamento e expressão, já que o Estado havia se despedido de qualquer obediência aos direitos e as garantias individuais e a pretensão era afastá-los em prol de um suposto melhor interesse: o bem-estar da nação.

Os resquícios daquela Constituição continuam vigentes, porém sob o pálio da atual Constituição Brasileira, o que torna clara e evidente a camuflada perpetuação do autoritarismo no ordenamento jurídico pátrio.

Preocupante observar a rejeição em se afastar normas que não dialogam com o sistema político-jurídico vigente, mesmo sob a égide de uma Constituição denominada cidadã.

3 PRECEITOS CONSTITUCIONAIS E SUPRALEGAIS: PREMISSAS CONSTITUTIVAS DO RACIOCÍNIO ACERCA DO ‘DEVER-SER’

3.1 A eficácia principiológica da ‘constituição cidadã’

Ao adentrar no estudo da impossibilidade de recepção do crime de desacato pela Constituição vigente, necessário salientar e pormenorizar o ‘dever-ser’ de uma norma que se encontra no bojo de um Estado Democrático de Direito e que está permeada por preceitos de uma lei suprema indubitavelmente protecionista dos direitos e garantias individuais fundamentais.

Entender o caráter transgressor desta norma penal incriminadora indica perquirir os princípios e o telos constitucional que fundamentam a validade das normas infraconstitucionais. Importante asseverar o conceito de constituição estabelecido pelo doutrinador italiano Alessandro Pizzorusso: “A Constituição é o conjunto de princípios e regras incorporados por forças políticas e sociais que, em certo momento histórico, são prevaletentes no Estado e estabelece o regime jurídico vigente¹⁰”.

Ao analisar este conceito e o teor das normas constitucionais constata-se que a Constituição Brasileira intitula-se, claramente, como uma Constituição principiológica, pois predominam os princípios, identificados como normas constitucionais providas de alto grau de abstração, consagradoras de valores.

Os axiomas (valores) são aqueles que fundamentam as normas hierarquicamente inferiores, sob a ótica de Hans Kelsen, pela presença de uma norma suprema que espraia seus valores sobre as normas já existentes e vindouras. Deste modo, para se compreender a dissonância e a incompatibilidade entre a Constituição vigente e o tipo penal de desacato deve-se recorrer aos axiomas que norteiam o Direito Brasileiro.

Os valores que circundam a vedação a criminalização do desacato e a conseqüente declaração de sua não recepção estão esculpidos na Constituição Brasileira – norma de caráter supremo - e no Pacto de San José da Costa Rica – norma de caráter supralegal – já que essas normas são firmes em garantir a liberdade

¹⁰ PIZZORUSSO, Alessandro. *apud*. MORAES, Guilherme Peña de. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 122.

de expressão, o direito à informação e a ausência de qualquer forma de discriminação como pilares de um Estado Democrático de Direito.

A Constituição é uma norma que irradia seus efeitos as demais, o que impossibilita uma norma infraconstitucional de estabelecer preceitos que violem a finalidade principiológica de qualquer carta político-jurídica.

A norma infraconstitucional deve estar em consonância com a Constituição e refletir suas premissas e valores, pois o fundamento de validade das normas hierarquicamente inferior jamais poderá ser afastado por visualizar-se a Lei Maior e um Tratado Internacional de Direitos Humanos como elementos meramente prescindíveis em um controle de constitucionalidade ou convencionalidade.

3.2 O controle de convencionalidade

Analisar a adequação das leis com a Constituição (controle de constitucionalidade) é o primeiro movimento a ser dado a fim de se garantir validade à produção do Direito doméstico. Contudo, além da necessária sintonia entre as normas constitucionais e infraconstitucionais, as normas internas devem estar em conformidade com os Tratados Internacionais ratificados pelo governo brasileiro e em vigor no país. A este último mecanismo de adequação dá-se o nome de controle de convencionalidade.

Valério Mazzuoli¹¹, um dos primeiros autores a tratar do controle de convencionalidade no Brasil, explica que:

O controle de convencionalidade (ou o de suprallegalidade) 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 este 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 suprallegalidade das leis no Brasil.

¹¹ MAZZUOLI, Valério. *O controle jurisdicional da convencionalidade das leis*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 133.

Flávia Piovesan aponta que a palavra “Tratado” é um termo genérico que abarca todo e qualquer acordo de vontades entre sujeitos de Direito Internacional, podendo eventualmente receber as denominações de “Convenção”, “Pacto”, “Protocolo”, dentre outras¹².

A constitucionalidade e a convencionalidade das normas não poderá ser analisada de maneira isolada, afastando-se certos aspectos de normas constitucionais ou supralegais. A Constituição Brasileira e certos Tratados e Convenções de Direitos Humanos, dos quais o Brasil é signatário, instituíram em solo pátrio um sistema de direitos e garantias individuais e as normas infraconstitucionais devem observá-lo estritamente.

Ao analisar a figura típica do desacato tem-se a nítida e a falaciosa impressão de que o tipo penal está eivado de inconstitucionalidade, tendo em vista a flagrante violação à liberdade de expressão – um direito constitucional. Todavia, a vigência do Código Penal, no qual está inserido o crime de desacato, é anterior a da Constituição Brasileira de 1988. Portanto, não seria cabível uma declaração de inconstitucionalidade, tendo em vista a anterioridade do crime em questão.

Trata-se da análise da convencionalidade da norma penal, logicamente em cotejo com os princípios estabelecidos na Carta Magna, haja vista o efeito proveniente de uma declaração de norma incompatível com um Tratado ou Convenção de Direitos Humanos: a invalidade da norma.

Assim sendo, o desacato não é uma norma inconstitucional, o que impossibilita a sua revogação. Resta-se, então, avaliar a recepcionalidade desta norma.

Oportuno ressaltar que a Convenção Americana de Direitos Humanos, também chamada de Pacto de San José da Costa Rica, foi assinada em 22 de novembro de 1969, na cidade de San José, na Costa Rica, e ratificada pelo Brasil em setembro de 1992. A convenção internacional procurou consolidar entre os países americanos um regime de liberdade pessoal e de Justiça social, fundado no respeito aos direitos humanos essenciais, independentemente do país onde a pessoa resida ou tenha nascido.

¹² PIOVESAN, Flavia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 12. ed. São Paulo: Saraiva. 2011. p. 96.

O preâmbulo e os artigos 1º e 2º do Pacto de San José¹³ são explícitos ao garantir o livre e pleno exercício dos direitos e liberdades e ao mencionar o dever de cada Estado-Parte em adotar disposições de direito interno que não contrariem os valores estabelecidos na Convenção.

PREÂMBULO

Os Estados americanos signatários da presente Convenção,

Reafirmando seu propósito de consolidar neste Continente, dentro do quadro das instituições democráticas, um regime de liberdade pessoal e de justiça social, fundado no respeito dos direitos essenciais do homem;

Reconhecendo que os direitos essenciais do homem não derivam do fato de ser ele nacional de determinado Estado, mas sim do fato de ter como fundamento os atributos da pessoa humana, razão por que justificam uma proteção internacional, de natureza convencional, coadjuvante ou complementar da que oferece o direito interno dos Estados americanos;

Considerando que esses princípios foram consagrados na Carta da Organização dos Estados Americanos, na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e na Declaração Universal dos Direitos do Homem e que foram reafirmados e desenvolvidos em outros instrumentos internacionais, tanto de âmbito mundial como regional;

Reiterando que, de acordo com a Declaração Universal dos Direitos do Homem, só pode ser realizado o ideal do ser humano livre, isento do temor e da miséria, se forem criadas condições que permitam a cada pessoa gozar dos seus direitos econômicos, sociais e culturais, bem como dos seus direitos civis e políticos; e

Considerando que a Terceira Conferência Interamericana Extraordinária (Buenos Aires, 1967) aprovou a incorporação à própria Carta da Organização de normas mais amplas sobre direitos econômicos, sociais e educacionais e resolveu que uma convenção interamericana sobre direitos humanos determinasse a estrutura, competência e processo dos órgãos encarregados dessa matéria,

Convieram no seguinte:

PARTE I DEVERES DOS ESTADOS E DIREITOS PROTEGIDOS

CAPÍTULO I ENUMERAÇÃO DE DEVERES

¹³ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Convenção americana sobre direitos humanos*. Costa Rica. nov. 1969. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_america.htm>. Acesso em: 6 dez. 2017.

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.

Salienta-se que a Constituição Brasileira de 1988, antes da ratificação da Convenção Americana, já estabelecia uma série de direitos e garantias individuais como cláusulas pétreas e os classificavam como baluartes de um Estado Democrático.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;
XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;

O Brasil incorporou ao seu ordenamento jurídico uma Convenção Internacional que preza pela observância aos direitos do cidadão e à sua dignidade, vedando-se qualquer forma de violação horizontal ou vertical a estes direitos, isto é, entre os próprios cidadãos ou entre estes e o Estado.

O Pacto de São José da Costa Rica – Convenção Americana de Direitos Humanos – ingressou no ordenamento jurídico brasileiro com força de norma supralegal (artigo 5º, parágrafo 2º, da CRFB), ou seja, normas que estão em um patamar acima das denominadas leis ordinárias e que são reconhecidas como normas que concedem embasamento teórico para realizar um controle de legalidade e utilizadas como instrumento de confronto, dada a importância destes Tratados e Convenções em um Estado Democrático de Direito.

Sendo assim, as normas com status de supralegalidade têm o condão de afastar aquelas que violam suas premissas e seus valores. Significa dizer que toda lei antagônica às normas emanadas de tratados internacionais que versem sobre direitos humanos é destituída de validade.

Embora o STF tenha, após a Constituição de 1988, aplicado jurisprudência a ela anterior, entendendo que os Tratados de Direitos Humanos teriam o mesmo regime jurídico da lei federal, referido entendimento foi finalmente modificado ao final do ano de 2008, quando do julgamento conjunto do RE 349.703 e do RE466.343 no qual a Corte rejeitou por unanimidade as teses da supraconstitucionalidade e da legalidade para os Tratados de Direitos Humanos, ficando dividida quanto à adoção da tese da constitucionalidade ou da supralegalidade. Esta última restou vencedora, por maioria.

Desta forma, Tratados de Direitos Humanos internalizados com base no § 2º do artigo 5º da CRFB possuirão status supralegal e, por isso, somente poderão configurar parâmetro de controle de legalidade, a ser feito por qualquer magistrado, independentemente de provocação.

O Ministro Luiz Fux, no julgamento do REsp 914.253/SP, explicitou que estes tratados de direitos humanos possuem um efeito paralisante em relação às normas infralegais e que no plano material, as regras provindas da Convenção Americana de Direitos Humanos são ampliativas do exercício do direito fundamental à liberdade, em relação as normas internas. Deste modo, há uma paralisação da eficácia normativa da regra interna, pois não haverá uma decretação de revogação, mas de invalidação.

Realizando-se um parêntesis, salienta-se que os Tratados de Direitos Humanos podem ingressar no ordenamento jurídico brasileiro com status de emenda à Constituição, desde que aprovados em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, conforme previsão do artigo 5º, parágrafo 3º, da CRFB.

Depreende-se então que o controle de convencionalidade das normas poderá assumir feições de controle de constitucionalidade ou de controle de legalidade, a depender do parâmetro de controle que venha a ser aplicado.

Assim, se é formalizada alegação de violação de um Tratado internalizado com fundamento no § 2º do artigo 5º da Constituição (que consiste em norma supralegal), o controle a ser desempenhado pelo Judiciário se assemelha ao de

legalidade. Já no caso de vulneração aos Tratados internalizados com base no § 3º do artigo 5º, o caso é de semelhança com o controle de constitucionalidade, haja vista que o parâmetro de controle (tratado) possui status de norma constitucional.

A Convenção Americana, por possuir status de norma supralegal, viabiliza um controle de legalidade do artigo 331 do Código Penal Brasileiro, tornando-o inválido frente às disposições principiológicas estabelecidas na Constituição de 1988 e no Pacto de San José da Costa Rica.

Em sede de Recurso Especial¹⁴, Luiz Guilherme Marinoni, citado pelo Ministro Ribeiro Dantas, aduz 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 requerimento da parte ou mesmo de ofício”.

O artigo 105, inciso III, alínea “a”, da CRFB estabelece expressamente a competência do Superior Tribunal de Justiça para analisar e 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, *in verbis*:

Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

III - 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:

a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência;

Segundo o Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Ribeiro Dantas¹⁵, 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 San José da Costa Rica, que estipula mecanismos de proteção à liberdade de pensamento e expressão.

Por conseguinte, imprescindível compreender as violações realizadas pelo crime de desacato em um Estado Democrático e promover um controle de

¹⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai. *apud*. DANTAS, Ribeiro. *Recurso Especial n° 1.640.084 – São Paulo*. São Paulo, 2016, p. 11.

¹⁵ DANTAS, Ribeiro. *Recurso Especial n° 1.640.084 – São Paulo*. São Paulo, 2016. p.10.

convencionalidade com a finalidade de torná-lo inválido enquanto não há interesse legislativo em aboli-lo do ordenamento jurídico brasileiro.

Constata-se, portanto, que a Constituição vigente e a Convenção Americana de Direitos Humanos concedem premissas que devam calcar as normas do Estado Brasileiro, de modo a afastar possíveis violações a direitos e garantias individuais e adequar as normas internas aos parâmetros internacionais.

4 O CRIME DE DESACATO E A MITIGAÇÃO DE UM DIREITO INDIVIDUAL FUNDAMENTAL

4.1 A finalidade do Direito Penal e os bens jurídicos tutelados em um Estado desarmônico

Embora a Constituição/88 seja extremamente libertária e tenha criado avanços significativos no campo dos direitos e garantias individuais, a permanência do crime de desacato no Código Penal pouco incomodou parte da sociedade brasileira. Na verdade, a presença desta figura penal era e continua a ser utilizada como escudo pelas classes dominantes.

Segundo Nilo Batista¹⁶:

O Direito Penal vem ao mundo para cumprir funções concretas dentro de e para uma sociedade que concretamente se organizou de determinada maneira. O Direito Penal existe para cumprir finalidades, para que algo se realize, não para a simples celebração de valores eternos ou para a glorificação de paradigmas morais.

O Direito Penal é um membro do Estado e este pode surgir como a encarnação do interesse universal-abstrato, distinto e superior àqueles particulares-concretos que inviabilizam a convivência harmônica em sociedade. O Estado assume a configuração de representante do interesse geral e institui bens jurídicos relevantes, aptos a sua proteção.

O professor Nilo Batista¹⁷ assevera com extrema propriedade que os bens jurídicos tutelados pelo legislador estão diretamente relacionados com a política criminal:

O bem jurídico se situa na fronteira entre a política criminal e o direito penal. Não há um catálogo de bens jurídicos imutáveis à espera do legislador, mas há relações sociais complexas que o legislador se interessa em preservar e reproduzir. São múltiplos e irreduzíveis os aspectos dessas relações sociais, aos quais pode o legislador outorgar proteção penal, convertendo-o em bens jurídicos. O bem jurídico, portanto, resulta da criação política do crime (mediante a

¹⁶ BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 12. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011. p. 19.

¹⁷ BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 12. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011. p. 93.

imposição de pena a determinada conduta), e sua substância guarda a mais estrita dependência daquilo que o tipo ou tipos penais criados possam informar sobre os objetivos do legislador.

Para ele os bens jurídicos expressam, em uma sociedade de classes, os interesses da classe dominante e que a finalidade em se tutelar determinados bens está atrelada a “garantia de reprodução das relações de dominação vigentes”¹⁸.

O legislador transforma fins particulares em fins universais e o Direito Penal é um executor de tarefas estabelecidas pela classe dominante, ou seja, bens jurídicos não são criados para proteger a sociedade de modo indistinto, mas para tutelar os interesses dos detentores do poder estatal.

A missão do Direito Penal não detém uma fórmula simplificada como aparenta, pois está vinculada a interesses convergentes de apenas uma das variadas classes sociais, conforme lições de Nilo Batista¹⁹:

Podemos, assim, ao ouvirmos dizer que a missão do Direito Penal é a proteção de bens jurídicos, através da cominação, aplicação e execução da pena, retrucar que numa sociedade dividida em classes o Direito Penal estará protegendo relações sociais (ou “interesses”, “ou estados gerais”, ou “valores”) escolhidos pela classe dominante, ainda que aparentem certa universalidade, e contribuindo para a reprodução daquelas relações.

É imprescindível observar a finalidade do Direito Penal em sociedade e os objetivos legislativos em se dar proteção a determinados bens jurídicos para que se possa visualizar a política obscurantista e autoritária por de trás do crime de desacato.

Um dos princípios norteadores do Direito Penal é o da intervenção mínima em que se estabelece a possibilidade de ação deste ramo do Direito, se e somente se, os demais ramos forem ineficientes na tutela de determinado bem jurídico, já que o Direito Penal é a *ultima ratio*.

A pena é um mecanismo de sanção gravíssimo e por isto deve ser utilizada com cautela, em situações excepcionais e com a finalidade de se tutelar bens que necessitam do apoio brutal do Direito Penal.

¹⁸ BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 12. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011. p. 94.

¹⁹ BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 12. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011. p. 113.

A intervenção somente deve ocorrer nos casos de ataques muito graves aos bens jurídicos mais importantes, pois as lesões mais leves à ordem jurídica não pertencem ao Direito Penal.

A partir da delimitação do papel do Direito Penal em sociedade e da proteção de determinados bens jurídicos pode-se realmente visualizar a intenção legislativa e compreender que a proteção ao funcionário público está intimamente atrelada a proteção de uma classe superior.

Com a política estabelecida na década de 1930 - retornando ao contexto histórico em que o tipo penal foi criado - foi possível constatar que o desacato foi criado justamente em um cenário de mitigações de direitos e garantias individuais, onde se buscava centralizar o Poder Executivo e protegê-lo de forças contrárias ao regime.

Desacatar naquela período histórico-político era manifestar-se contrariamente ao Estado Novo, a um Estado autoritário e perverso, a arbitrariedades dos agentes estatais, a lesões a direitos do povo, a pessoa do Presidente da República. Desacatar era pensar e/ou se expressar de modo diverso ao que havia sido proposto para o país.

Utilizava-se do Direito Penal como instrumento para garantir os interesses do corpo social e como mecanismo de controle. Entretanto, após a entrada em vigor de uma Constituição democrática este ramo do Direito permaneceu sendo utilizado para o mesmo fim, pois em uma sociedade dividida em classes não é cabível se falar em interesses convergentes e, conseqüentemente, alegar-se o manuseio do Direito Penal para atender aos interesses da nação.

Depreende-se que a figura do desacato é utilizada como meio de controle e para silenciar os críticos de um Estado inoperante e transgressor das regras impostas. Este crime, latente em sociedades opressoras, não é abordado com o devido valor no que tange a sua incompatibilidade pós regime ditatorial e promulgação da Constituição Cidadã.

Determinados direitos e garantias individuais tornam-se fragilizados face uma norma penal intimidadora e flagrantemente incompatível com os ditames de um Estado Democrático. Porém, aparenta ser oportuna e conveniente ao Estado a criminalização de uma conduta expressiva e de expressão.

4.2 O cenário nacional-internacional e a contínua transgressão a valores individuais consolidados

O Pacto de San José da Costa Rica repele de modo veemente a figura típica do desacato, uma vez que se estaria violando a liberdade de pensamento e de expressão. O Brasil, embora seja signatário desta Convenção Internacional de Direitos Humanos e a tenha incorporado ao ordenamento jurídico pátrio, permeia constantes violações interna e externamente.

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos promoveu, no ano de 2002, um relatório anual para a liberdade de expressão e abordou, dentre alguns temas, a incompatibilidade das leis de desacato frente à Convenção Interamericana de Direitos Humanos, bem como, a morosidade dos Estados signatários em derogá-las da legislação interna.

Explica-se que o desacato é utilizado como um meio de silenciar ideias e opiniões impopulares e rechaçar o direito de exame e crítica das ações e atitudes dos funcionários públicos, no que tange à função pública, e que esta infração penal não pode ser utilizada como justificativa para a defesa da ordem pública, já que a Democracia é sua maior garantia.

Em sede introdutória o relatório anual da relatoria para a liberdade de expressão 2002²⁰ assim expôs:

24. A Relatoria condena energicamente todos estes atos intimidatórios que tem por finalidade provocar um temor generalizado que suprima ou restrinja a livre expressão. Mas ao mesmo tempo, parabeniza a todos aqueles, jornalistas, comunicadores sociais, defensores de direitos humanos, entre outros, que demonstrando sua coragem e seu desejo de não se deixar atropelar por aqueles que querem calá-los, seguem exercendo este direito fundamental, indispensável para uma vida digna e democrática.

Reiterou-se a imprescindibilidade de deslocamento do delito de desacato do campo penal para o campo cível e instou todos os Estados membros a adaptarem suas legislações aos padrões de garantia da liberdade de expressão estabelecidos pelo Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos.

²⁰ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Relatório anual da relatoria para a liberdade de expressão 2002*. Costa Rica. 2002. Disponível em: <<http://cidh.oas.org/annualrep/2002port/vol.3.htm>>. Acesso em: 6 dez. 2017.

Importante salientar que as recomendações da Comissão Interamericana de Direitos Humanos assumem força normativa interna e, deste modo, os Estados signatários do Pacto “devem realizar seus melhores esforços para cumprir as deliberações da Comissão”²¹, sob pena de violação ao princípio da boa-fé.

Bruno Haddad Galvão, Defensor Público do Estado de São Paulo, expõe que, na hermenêutica das normas internas e internacionais, conforme entendimento da Corte Interamericana de Direitos Humanos, deve prevalecer o princípio da interpretação extensiva dos direitos humanos e restritiva de suas limitações. Salienta que o artigo 13 da Convenção Americana tem prevalência sobre o artigo 331 do Código Penal Brasileiro, uma vez que aquele melhor ampara a liberdade pessoal²².

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 ideias 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 frequências 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 ideias 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.

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

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

²² GALVÃO, Bruno Haddad. *O crime de desacato e os direitos humanos*. Conjur. São Paulo. set. 2012. Disponível em: <www.conjur.com.br/2012-set-15/bruno-galvao-desacato-comissao-interamericana-direitos-humanos>. Acesso em: 6 dez. 2017.

A Procuradora Federal dos Direitos do Cidadão, Deborah Duprat²³, representou ao Procurador Geral da República pela propositura de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental perante o Supremo Tribunal Federal, pois alega que o crime do artigo 331 do CP costuma servir de instrumento de abuso de poder pelas autoridades estatais com a finalidade de suprimir direitos fundamentais.

No julgamento do Recurso Especial nº 1.640.084 – SP, no qual se declarou a inaplicabilidade do artigo 331 do Código Penal por incompatibilidade com o Pacto de San José, o Ministro Relator Ribeiro Dantas assim explicou:

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 San José abolissem suas respectivas leis de desacato.

15. O afastamento da tipificação criminal de 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.

Sendo assim, a observância aos direitos e garantias constitucionais e aos parâmetros de liberdade individual estabelecidos em âmbito nacional e internacional é crucial para o desenvolvimento pleno e saudável de uma Democracia. A liberdade de expressão é um pressuposto indispensável para a própria existência de uma sociedade democrática.

²³ MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Ação de descumprimento de preceito fundamental. Brasília. Maio 2016. Disponível em: <<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>>. Acesso em: 6 dez. 2017.

O item 11 da Declaração de Princípios sobre Liberdade de Expressão estatui que:

Os funcionários públicos estão sujeitos a maior escrutínio da sociedade, que são leis que punem a expressão ofensiva contra funcionários públicos, geralmente conhecidas como “*leis de desacato*”, atentam contra a liberdade de expressão e o direito à informação.

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos adotou como justificativa para a formulação e declaração do item 11 a necessidade de se tutelar a liberdade de expressão como mecanismo de controle da atividade exercida pelo agente público, pois as funções exercidas por um funcionário público são de interesse da sociedade e o mesmo deve estar aberto a críticas²⁴.

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:

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. A crítica política com frequência inclui juízos de valor. Quando são aplicadas, as leis de desacato tem um efeito direto sobre o debate

²⁴ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Relatório especial para a liberdade de expressão*. Costa Rica. Disponível em: <<http://www.oas.org/pt/cidh/expressao/showarticle.asp?artID=132&IID=4>>. Acesso em: 6 dez. 2017.

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.

A partir dos entendimentos massificados e veiculados pela Convenção Interamericana, bem como dos princípios que norteiam o ordenamento jurídico brasileiro, não restam dúvidas de que “a liberdade de expressão não é uma concessão dos Estados, e sim, um direito fundamental”²⁵.

²⁵COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Declaração de princípios sobre a liberdade de expressão*. Costa Rica. out. 2000. Disponível em:< <http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/s.convencao.libertade.de.expressao.htm>>. Acesso em: 6 dez. 2017.

5 CONCLUSÃO

Ao analisar o contexto histórico-político, a irradiação dos efeitos das normas constitucionais, o controle de convencionalidade, a função do Direito Penal em sociedade e a violação à liberdade de expressão foi possível notar e concluir pela incompatibilidade da norma penal, objeto deste estudo, face a Constituição vigente e a Convenção Americana de Direitos Humanos.

O tipo penal (desacato) emergiu de um Estado transgressor das liberdades individuais e sob a égide de uma constituição sombria, o que invariavelmente acarreta, utilizando-se de um pensamento lógico-jurídico-racional, sua inadmissibilidade em um Estado Democrático de Direito.

A Constituição de 1988 detém valores eminentemente libertários e garantistas, por isto não há plausibilidade em se admitir a continuidade normativa desse tipo penal, dado o teor principiológico que a Carta Magna espraia por todo o ordenamento jurídico.

Os princípios estabelecidos em sede constitucional, assim como, aqueles constantes no Pacto de San Jose da Costa Rica não correspondem a um Estado autoritário e opressor. Assim sendo, o Brasil comete flagrantes violações as normas internas e internacionais (constitucionais e supralegais), induzindo-se a repensar acerca da concretude do modelo democrático instituído em solo pátrio.

Os mecanismos eficazes a efetuar a declaração de incompatibilidade do crime de desacato frente à Constituição/88 e a Convenção Americana de Direitos Humanos são o controle de legalidade e o controle de convencionalidade, já que ao desacato não cabe a declaração de inconstitucionalidade (controle de constitucionalidade).

Aos operadores do Direito resta a utilização destes mecanismos com a finalidade de tornar inaplicável o crime ao caso concreto, atendendo-se aos princípios estabelecidos na Constituição e internalizados através da ratificação do Pacto de San Jose da Costa Rica.

A intenção legislativa, em se privilegiar o funcionário público e intimidar o cidadão com a existência de uma figura incriminadora, é nítida: perpetuar o poder nas mãos da classe dominante.

O desacato é utilizado como um meio adequado para intimidar e silenciar os críticos e, claramente, permanece vívido no ordenamento jurídico brasileiro.

Enquanto a sociedade brasileira for eminentemente desigual essa figura incriminadora não será extirpada do Código Penal, pois constitui instrumento hábil de controle das massas.

O Brasil ainda adota práticas autoritárias como se possuíssem essência democrática, de modo a levar a sociedade a conviver de modo incessante com os resquícios dos anos obscuros - anos em que a censura prevalecia e ditava as regras sobre as liberdades individuais.

A existência desta figura típica traduz um tratamento diferenciado entre particulares e funcionários públicos, o que é impensável em um Estado Democrático regido por normas constitucionais de cunho garantista dos direitos individuais e por uma Convenção que alberga os Direitos Humanos.

Repelir o crime de desacato não significa autorizar qualquer atitude desrespeitosa direcionada ao agente público, pois práticas que exorbitem a esfera da proporcionalidade e a da razoabilidade podem perfeitamente serem avocadas por instrumentos de natureza cível ou até mesmo penal, neste último caso aplicáveis a toda e qualquer pessoa.

É inarredável, portanto, a compreensão de que a liberdade de expressão é uma *conditio sine qua non* para a efetividade de um regime democrático e que o desacato viola um direito fundamental imprescindível, não sendo, assim, recepcionado pela Constituição brasileira de 1988 e, perceptivelmente, incompatível com a Convenção Americana de Direitos Humanos.

O afastamento desta tipificação criminal é uma forma de anunciar que a Democracia não está adormecida e que o Estado brasileiro preza pelo seu substancial reerguimento e continuidade.

6 REFERÊNCIAS

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 12. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BEIRED, José Luís Bendicho. *Autoritarismo e nacionalismo: o campo intelectual da nova direita no Brasil e na Argentina (1942-1945)*. Tese (em Filosofia, Letras e Ciências Humanas). Universidade de São Paulo. São Paulo, 1996.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Convenção americana sobre direitos humanos*. Costa Rica. nov. 1969. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_america.htm>. Acesso em: 6 dez. 2017.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Declaração de princípios sobre a liberdade de expressão*. Costa Rica. out. 2000. Disponível em: <<http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/s.convencao.libertade.de.expressao.htm>>. Acesso em: 6 dez. 2017.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Relatório anual da relatoria para a liberdade de expressão 2002*. Costa Rica. 2002. Disponível em: <<http://cidh.oas.org/annualrep/2002port/vol.3.htm>>. Acesso em: 6 dez. 2017.

DANTAS, Ribeiro. *Recurso Especial nº 1.640.084 – São Paulo*. São Paulo, 2016.

GALVÃO, Bruno Haddad. *O crime de desacato e os direitos humanos*. Conjur. São Paulo. set. 2012. Disponível em: <www.conjur.com.br/2012-set-15/bruno-galvao-desacato-comissao-interamericana-direitos-humanos>. Acesso em: 6 dez. 2017.

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

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. *Ação de descumprimento de preceito fundamental*. Brasília. Maio 2016. Disponível em: <<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>>. Acesso em: 6 dez. 2017.

MORAES, Guilherme Peña de. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Relatório especial para a liberdade de expressão*. Costa Rica. Disponível em: <<http://www.oas.org/pt/cidh/expressao/showarticle.asp?artID=132&IID=4>>. Acesso em: 6 dez. 2017.

PIOVESAN, Flavia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

SILVA, Paulo Sérgio da. *A constituição brasileira de 10 de novembro de 1937: um retrato com luz e sombra*. São Paulo: UNESP, 2008.

WEIL, Eric. *Filosofia política*. São Paulo: Loyola Jesuítas. 1990.