



CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE E SUA (IN)EFICÁCIA: DA LEGALIDADE PENAL NA JURISPRUDÊNCIA DA CORTE IDH À SUBSISTÊNCIA DO DELITO DE DESACATO NO BRASIL

CONVENTIONALITY CONTROL AND ITS (IN)EFFECTIVENESS: FROM CRIMINAL LEGALITY IN THE JURISPRUDENCE OF THE IDH COURT TO THE SUBSISTENCE OF THE CRIME OF CONTEMPT IN BRAZIL

Arthur Brizzi¹
Maitê Caurio Felker²

RESUMO

O presente artigo tem como objetivo analisar, a partir do controle de convencionalidade realizado no marco jurídico da Convenção Americana de Direitos Humanos, como tem se dado a internalização desse controle a nível brasileiro, especificamente no que diz respeito à (in)subsistência do crime de desacato. A metodologia consiste em expor o controle de convencionalidade e a jurisprudência da Corte IDH em matéria penal, para, em seguida, verificar a internalização desse controle no que diz respeito ao objeto de estudo. Adota-se o método de abordagem dialético, o método de procedimento comparativo e a técnica de pesquisa da documentação indireta. O trabalho está estruturado em três seções. Inicia-se pela apresentação do controle de convencionalidade e seus desdobramentos. Segue-se com a discussão sobre o controle exercido pela Corte IDH em matéria penal, com enfoque para o delito de desacato e figuras similares. Por fim, realiza-se uma análise crítica da jurisprudência brasileira, a fim de verificar a internalização desse controle, destacando os equívocos na interpretação quanto à convencionalidade do crime de desacato. Conclui-se que as decisões dos tribunais brasileiros vão de encontro ao entendimento da Corte IDH, que entende pela inconvenção do crime de desacato, justamente por vulnerar a legalidade penal. Sustenta-se que a ideia de discricionariedade estatal não deve ser aplicada diante de uma posição consolidada. Ademais, as decisões brasileiras ignoram a eficácia jurídica da jurisprudência da Corte, demonstrando a incipiência do controle de convencionalidade no sistema interamericano, a evidenciar a dificuldade de construção de um sistema multinível de proteção de direitos.

Palavras-chave: Controle de convencionalidade; Convenção Americana de Direitos Humanos; Corte Interamericana de Direitos Humanos; desacato.

ABSTRACT

The aim of this article is to analyse, based on the control of conventionality carried out within the legal framework of the American Convention on Human Rights, how this control has been internalized at the Brazilian level, specifically with regard to the (in)subsistence of the crime of contempt. The methodology consists of explaining the control of conventionality and the case law of the IA Court in criminal matters, and then verifying the internalization of this control with regard to the object of study. It adopts the dialectical approach method, the comparative procedure method and the indirect

¹ Mestre em Direito pela Universidad de Granada (UGR). Mestrando em Direito na Universidade Federal de Santa Maria (UFSM). Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria (UFSM). E-mail: brizziarthur@gmail.com.

² Mestra em Direito pela Universidad de Granada (UGR). Mestranda em Direito na Universidade Federal de Santa Maria (UFSM). Bolsista CNPq. Bacharela em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria (UFSM). E-mail: felker99@hotmail.com.



documentation research technique. The paper is structured in three sections. It begins with a presentation of conventionality control and its developments. This is followed by a discussion of the control exercised by the IA Court in criminal matters, with a focus on the crime of contempt and similar figures. Finally, a critical analysis of Brazilian jurisprudence is carried out in order to verify the internalization of this control, highlighting the misunderstandings in the interpretation of the conventionality of the crime of contempt. It concludes that the decisions of the Brazilian courts go against the understanding of the IA Court, which considers the crime of contempt to be unconventional, precisely because it violates criminal legality. It is argued that the idea of state discretion should not be applied in the face of a consolidated position. Furthermore, the Brazilian decisions ignore the legal effectiveness of the Court's jurisprudence, demonstrating the incipency of conventionality control in the inter-American system, which highlights the difficulty of building a multi-level system of rights protection.

Keywords: American Convention on Human Rights; contempt; conventionality control; Inter-American Court of Human Rights.

INTRODUÇÃO

O controle de convencionalidade se desenvolveu no sistema interamericano diante da necessidade de conferir efetividade ao direito internacional. Assim, a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) passou a exigir a adequação da legislação nacional à legislação supranacional e, para além disso, que os próprios juízes dos Estados nacionais realizassem esse controle, deixando de aplicar a legislação nacional quando incompatível com os preceitos da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH).

De qualquer forma, a Corte IDH segue tendo papel fundamental na apreciação da compatibilidade das normas de direito interno. Nesse mister, destaca-se a atuação da Corte no âmbito penal e processual penal, especialmente quanto à tipicidade e à taxatividade penal. A construção jurisprudencial nesses temas tem convergido para o reconhecimento, pela Corte IDH, da inconvenção do crime de desacato ou de figuras assemelhadas. No entanto, no direito brasileiro, os tribunais superiores têm reconhecido a subsistência do crime de desacato, apesar da jurisprudência da Corte IDH.

Assim, o presente trabalho tem como objetivo principal, que já enuncia o próprio problema de pesquisa, analisar a jurisprudência brasileira a respeito da convencionalidade do crime de desacato, verificando a (in)subsistência dessa figura à luz das premissas fixadas pela Corte IDH. Para tanto, parte-se de uma investigação da jurisprudência da Corte, para, na sequência, aplicá-la a um ordenamento jurídico nacional que deve obediência ao marco jurídico da CADH. Desse modo, discutem-se os diversos conceitos que permeiam o controle de convencionalidade e sua efetividade, abordando-se temas como a margem de apreciação nacional, a soberania dos Estados e a dificuldade de desenvolver uma cultura de controle de convencionalidade.



Utilizou-se a abordagem dialética, partindo da dialeticidade que permeia a própria tensão envolvendo a aplicação do controle de convencionalidade. Adotou-se o método de procedimento comparativo, valendo-se, também, da técnica de pesquisa da documentação indireta, por meio da pesquisa bibliográfica e documental. Para fluidez da compreensão, dividiu-se o presente trabalho em alguns capítulos. Inicialmente, apresentam-se breves notas a respeito do controle de convencionalidade, explicitando o seu conceito e as suas possibilidades. Na sequência, analisa-se o controle de convencionalidade exercido pela Corte IDH em matéria penal e processual penal, desde aspectos mais gerais até chegar propriamente ao delito de desacato e figuras análogas. Por fim, analisa-se criticamente a jurisprudência brasileira a respeito da (in)convencionalidade do crime de desacato, apontando os equívocos e alvitando possíveis soluções.

1. BREVES NOTAS SOBRE O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE: A ADEQUAÇÃO NACIONAL NO MARCO DA CADH

A imposição de caráter vinculante ao direito internacional tem sido um desafio enfrentado em todos os sistemas de proteção de direitos humanos. Exatamente por isso desenvolveu-se a conhecida divisão entre *hard law* e *soft law*, para denotar aquelas construções que são dotadas de caráter vinculante e aquelas desprovidas dessa natureza. Para além disso, a doutrina internacionalista busca se ancorar em uma série de conceitos para ampliar essa efetividade do direito internacional, como a defesa da vinculação do *jus cogens*, independentemente de positivação ou reconhecimento dessa natureza pelos Estados nacionais.

Na União Europeia, por exemplo, o Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) construiu - e consolidou - as noções de primazia e efeito direto, conferindo contornos claros à obrigatoriedade do direito comunitário e das próprias decisões do Tribunal. No sistema interamericano, por sua vez, a obrigatoriedade da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) também se apresentava como um problema, apesar das disposições da CADH que consagram obrigações aos Estados, em especial a de respeitar os direitos e de adotar disposições de direito interno.

Exatamente com esse pano de fundo se desenvolveu o chamado controle de convencionalidade, isto é, uma reivindicação de “compatibilização vertical das normas domésticas com os tratados internacionais de direitos humanos (mais benéficos) em vigor no



Estado [...]”³. Embora haja menções em outros julgados anteriores, foi em 2006, no julgamento do Caso *Almonacid Arellano e outros vs. Chile*, que a Corte IDH começou a desenhar com contornos mais nítidos o que vem a ser o controle de convencionalidade.

[...] Em outras palavras, o Judiciário deve exercer uma espécie de “controle de convencionalidade” entre as normas jurídicas domésticas que se aplicam em casos específicos e a Convenção Americana. Nessa tarefa, o Judiciário deve levar em conta não apenas o tratado, mas também a interpretação do tratado pela Corte Interamericana, o intérprete final da Convenção Americana⁴.

A partir dessa menção, pode-se extrair uma série de noções a respeito do controle de convencionalidade. Primeiramente, tem-se que o controle de convencionalidade não é uma tarefa exclusiva da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Com efeito, a grande relevância do controle de convencionalidade é no plano interno, de modo que a atuação da Corte IDH deve ser considerada subsidiária⁵.

Além disso, o controle de convencionalidade não diz respeito tão somente à realização de um juízo comparativo entre o direito interno e as normas internacionais. Na verdade, os Estados nacionais devem observar, no controle de convencionalidade, não só os tratados e convenções internacionais, mas também as decisões proferidas pela Corte IDH no exercício da sua competência interpretativa dos instrumentos de direito internacional do sistema interamericano⁶.

Vale dizer que esse juízo comparativo poderá ter como efeito o reconhecimento da *inconvenionalidade* de determinada norma do direito interno, que não poderá ser aplicada no caso concreto diante da incompatibilidade com o direito internacional. Nesse sentido, pode-se dizer que a inconvenionalidade produz um dever concreto de inaplicação da norma, devendo os órgãos jurisdicionais se absterem de aplicar tais normas⁷.

O controle de convencionalidade foi se consolidando no âmbito da Corte Interamericana, que passou a afirmar reiteradamente, em diversas decisões,

³ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 108.

⁴ CORTE IDH. **Caso Almonacid Arellano vs. Chile**. Sentença de 26 de setembro de 2006. Série C, n. 154.

⁵ HITTERS, Juan Carlos. Control de constitucional y control de convencionalid. Comparación (Criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos). **Estudios Constitucionales**, v. 7, n. 2, 2009, p. 119.

⁶ ALCALÁ, Humberto Nogueira. **El control de convencionalidad y el diálogo interjurisdiccional entre tribunales nacionales y Corte Interamericana de Derechos Humanos**. *ReDCE*, ano 10, n. 19, 2013, p. 234.

⁷ SAGÜÉS, Néstor Pedro. **Obligaciones Internacionales y control de convencionalid**. *Estudios Constitucionales*, ano 8, n. 1, 2010, p. 127.



a instrumentalidade desse controle, como condição de possibilidade para a efetividade das normas internacionais. Isto é, no momento em que os Estados aderem ao marco jurídico da Convenção Americana, são obrigados a promover uma adequação do seu direito interno, o que desagua no controle de convencionalidade, a ser realizado inclusive *ex officio*⁸.

Veja-se, portanto, como o controle de convencionalidade foi se consolidando no âmbito do sistema interamericano. Vale dizer que a Corte IDH passou a, concomitantemente, exercer o controle e indicar a necessidade de que ele também seja feito no âmbito interno dos Estados nacionais. Ademais, a Corte conferiu uma amplitude bastante significativa ao controle de convencionalidade, chegando, em alguns casos, como notícia a doutrina, a realizar uma espécie de controle abstrato de convencionalidade, declarando a inconvenção de determinadas disposições do direito interno dos Estados⁹.

Essa amplitude também ficou evidente no *Caso Olmedo Bustos* “La última tentación de Cristo” vs. Chile, no qual a Corte IDH consignou que até mesmo as normas constitucionais devem adequação à CADH, sob pena de imposição de responsabilidade do Estado. Diante disso, determinou que o Chile reformasse seu ordenamento interno - incluindo a Constituição - para o fim de suprimir a censura prévia¹⁰.

Traçadas essas breves noções conceituais, passa-se a analisar o controle de convencionalidade promovido pela Corte IDH em matéria penal e processual penal, até chegar a questão propriamente relacionada ao crime de desacato e figuras análogas. Isso porque, para que se analise o tema central do trabalho, é fundamental compreender a interpretação que a Corte IDH tem conferido a algumas disposições da CADH.

2. O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE EM MATÉRIA PENAL: A JURISPRUDÊNCIA DA CIDH EM MATÉRIA PENAL ATÉ O CRIME DE DESACATO E FIGURAS ANÁLOGAS

⁸ CORTE IDH. *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguardo Alfaro et al.) vs. Perú*. Sentença de 24 de novembro de 2006. Série C, n. 158.

⁹ GUIMARÃES. Diogo Fernandes. A interação entre os espaços constitucionais nacionais e internacionais e seus impactos no sistema de fontes do Direito: as lições da proteção cooperativa de Direitos Humanos e o caso da integração europeia. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 18, n. 3, dez. 2021, p. 179. Disponível em: <https://uniceub.emnuvens.com.br/rdi/article/view/8078>. Acesso em: 21 set. 2024.

¹⁰ CORTE IDH. *Caso Olmedo Bustos* “La última tentación de Cristo” vs. Chile. Sentença de 5 de fevereiro de 2001. Série C, n. 73.



A Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) arrola uma série de direitos que guardam relação indissociável com as searas penal e processual penal. No que interessa ao presente trabalho, merece destaque, inicialmente, a construção jurisprudencial da Corte IDH no que diz respeito ao princípio da legalidade. O dispositivo que consagra essa prerrogativa é, de certa forma, lacônico, limitando-se a afirmar, quanto à legalidade, que “ninguém pode ser condenado por ações ou omissões que, no momento em que forem cometidas, não sejam delituosas, de acordo com o direito aplicável” [...] ¹¹.

No entanto, a Corte IDH tem ampliado significativamente o conteúdo desse princípio, para compreender múltiplos aspectos relacionados à legalidade penal. Nesse sentido, veja-se o decidido no *Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*, no qual a CIDH teceu uma série de considerações a respeito do princípio da legalidade, rechaçando a possibilidade de tipos penais incriminadores ambíguos ou abertos, consignando a necessidade de incriminação por meio de termos estritos e unívocos, que esgotem as condutas passíveis de punição ¹².

Na mesma toada, no conhecido *Caso Fermín Ramírez vs. Guatemala*, a Corte IDH condenou o Estado guatemalteco a adequar o seu ordenamento jurídico nacional, bem como a se abster de aplicar um tipo penal dotado de conceito indeterminado, que, segundo a Corte, minava o princípio da legalidade estampado no artigo 9 da CADH ¹³. Vale dizer que, diante de tipos penais alegadamente abertos, a Corte também decidiu várias vezes no sentido de inexistência de ofensa à legalidade penal consagrada na CADH, o que chegou a motivar críticas quanto a uma suposta oscilação jurisprudencial desprovida de fundamentação relevante ¹⁴.

A título de exemplo, menciona-se a decisão proferida no *Caso Lori Berenson Mejía vs. Perú*, em que a Corte entendeu que o delito de colaboração com o terrorismo, então previsto na legislação criminal peruana, não violava o princípio da legalidade inscrito na CADH. Porém, vale ressaltar que a Corte, mesmo nesses casos, manteve todas as diretrizes que norteiam a interpretação da legalidade penal inscrita na CADH. Na verdade, à luz das diretrizes já consolidadas de vedação de tipos penais abertos, máxime em casos de

¹¹ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Convenção Americana sobre os Direitos Humanos*. San José, Costa Rica, 22 de novembro de 1969.

¹² CORTE IDH. *Caso Castillo Petruzzi vs. Perú*. Sentença de 30 de maio de 1999. Série C, n. 52.

¹³ CORTE IDH. *Caso Fermín Ramírez vs. Guatemala*. Sentença de 20 de junho de 2005. Série C, n. 126.

¹⁴ DALBORA, José Luis. El principio de legalidad penal em la jurisprudencia de la corte interamericana de derechos humanos. In: AMBOS, KAI; MALARINO, Ezequiel (org.). *Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional*. Bogotá: Temis, 2011. p. 183.



terrorismo e crimes de lesa-pátria, a Corte fez uma espécie de *distinguishing*, consignando que não haveria violação à legalidade na hipótese¹⁵.

Veja-se que, mesmo entendendo pela inexistência de ofensa à legalidade, a Corte referiu que não se verificavam as mesmas deficiências na formulação do tipo penal que justificaram a inconveniência de outros tipos penais. Portanto, ainda que se possa discordar do juízo interpretativo realizado pela Corte IDH, a decisão não infirma as balizas fixadas quanto à legalidade penal; ao contrário, as confirma¹⁶. Vale repisar que a Corte IDH rechaçou esses tipos penais analisados ainda quando havia amparo na Constituição nacional, o que reafirma a noção de que se tem entendido amplamente a necessidade de adequação do direito interno ao paradigma da CADH. Também diversas decisões da Corte trataram sobre outros desdobramentos e princípios relacionados à legalidade. A título de exemplo, no Caso *de La Cruz Flores vs. Perú*, a Corte teceu diversas considerações a respeito dos princípios da legalidade, anterioridade e irretroatividade da lei penal¹⁷.

Também as decisões a respeito desses vetores não ficaram imune a críticas. Nesse sentido, menciona-se que a jurisprudência da Corte IDH teria voltado a mostrar pouca firmeza, chancelando a criação de tipos penais excessivamente repressivos¹⁸. No entanto, não há como se concordar com essas críticas. Entende-se que a Corte Interamericana de Direitos Humanos tem tido um papel fundamental na construção do princípio da legalidade penal no sistema interamericano. Isso porque tais situações, em que a Corte supostamente adotou posicionamentos mais repressivos, inserem-se em situações altamente controversas na doutrina penal.

E, diante de tais situações controversas, surge exatamente a teoria do reconhecimento da discricionariedade estatal (margem de apreciação nacional), pela qual, especialmente em temas sensíveis, cumpre ao órgão jurisdicional internacional - no caso, a Corte IDH - agir com deferência às deliberações dos Estados nacionais¹⁹. Ou seja, antes de

¹⁵ CORTE IDH. *Caso Lori Berenson Mejía vs. Perú*. Sentença de 25 de novembro de 2004. Série C, n. 119.

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ CORTE IDH. *Caso de La Cruz Flores vs. Perú*. Sentença de 18 de novembro de 2004. Série C, n. 115.

¹⁸ DALBORA, José Luis. *El principio de legalidad penal em la jurisprudencia de la corte interamericana de derechos humanos*. In: AMBOS, KAI; MALARINO, Ezequiel (org.). *Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional*. Bogotá: Temis, 2011. p. 186-187.

¹⁹ DELGADO, Francisco R. Barbosa. *El margen nacional de apreciación en el Derecho internacional de los derechos humanos: entre el Estado de Derecho y la sociedad democrática*. Universidad Nacional Autónoma de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2012. p. 60



representar uma oscilação ou uma falta de critério jurisprudencial, parece que as variações da CIDH na matéria são fruto de uma parcimônia na aplicação do controle.

Essa mesma perspectiva garantista - mas parcimoniosa - pode ser observada no julgado do *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*²⁰. Isso fica claro pois a Corte adotou uma solução casuística para cada um dos direitos supostamente violados. A título de exemplo, entendeu violada a garantia do juiz natural, constante do artigo 8.1 da CADH, ao passo que afastou a violação à presunção de inocência, constante do artigo 8.2 da CADH, cujos desdobramentos naturalmente viabilizam um reconhecimento de um certo grau de discricionariedade por parte dos Estados nacionais.

Portanto, filia-se àqueles que identificam na atuação da Corte a construção de um princípio da legalidade ancorado com a tutela dos direitos e liberdades fundamentais²¹. Isso porque as exceções realizadas pela Corte encontram, ainda que se possa discordar pontualmente, justificação razoável, inclusive na margem de apreciação dos Estados em temas sensíveis, embora, por vezes, sem menção expressa a tal construção teórica.

Nessa linha de raciocínio, a Corte tem associado as garantias da legalidade e da taxatividade à liberdade de expressão, para rechaçar tipos penais que, inclusive pelo seu grau de indeterminação, possam macular indevidamente essa liberdade fundamental, protegida amplamente pelo artigo 13 da CADH. Essa perspectiva na Corte IDH aparece especialmente nos casos nos quais se aprecia a convencionalidade de crimes que punem ofensas contra agentes do Estado (desacato a autoridades).

Nesse sentido, cumpre tecer uma breve exposição da jurisprudência da Corte. No *Caso Palamara Iribiarne vs. Chile*, a Corte começou a desenhar a sua jurisprudência no sentido da inconveniência do crime de desacato. Discutia-se essa figura na legislação chilena, entendendo que a previsão afrontava o artigo 13 da CADH, que tutela a liberdade de expressão. Nessa ocasião, a Corte inclusive pontuou que a liberdade de expressão exercida de forma crítica em relação aos agentes públicos goza de maior proteção.

No que diz respeito às restrições à liberdade de expressão por meio do estabelecimento de responsabilidade posterior, a Corte estabeleceu, em casos anteriores, que é lógico e apropriado que a expressão relativa a funcionários públicos ou outras pessoas que exerçam funções de natureza pública goze [...] de maior proteção para permitir uma margem de abertura

²⁰ CORTE IDH. *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*. Sentença de 2 de julho de 2004. Série C, n. 107.

²¹ RAMÍREZ, Sergio García; SANCHEZ, Julieta Morales. Consideraciones sobre el principio de la legalidade penal en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Cuestiones Constitucionales*, Ciudad de México, n. 24, p. 244-245, jun. 2011. Disponível em: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-91932011000100006&lng=es&nrm=iso. Acesso em: 21 set. 2024.



para um amplo debate, essencial para o funcionamento de um sistema verdadeiramente democrático²².

A discussão voltou à Corte no *Caso Kimel vs. Argentina*. O caso é bastante interessante para os contornos da questão no sistema interamericano, pois Eduardo Gabriel Kimel era um escritor argentino, que publicou uma obra com críticas ácidas a autoridades públicas, inclusive a um magistrado. Diante disso, o escritor foi processado e acabou sendo inicialmente condenado pelo crime de injúria, de modo que o caso chegou à CIDH após suscitação da Comissão Interamericana.

Embora não se tratasse propriamente do crime de desacato, à época já revogado na Argentina, a discussão era muito similar ao *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*. Assim, a CIDH novamente prestigiou a liberdade de expressão e afastou a censura prévia, fazendo uma conjugação entre a tutela da liberdade de expressão e as garantias da legalidade e da taxatividade em matéria penal²³.

Por fim, mencione-se o *Caso Mémoli vs. Chile*. Esse caso apresenta a mesma particularidade referida em outras decisões da Corte, qual seja, a de que a Corte, apesar de entender pela inexistência de violação à CADH no caso concreto, acaba reafirmando a sua jurisprudência. Em síntese, a Corte IDH reiterou que a restrição *a priori* da liberdade de expressão no caso de críticas a agentes públicos é *inconvenional*; no caso, no entanto, não se tratava dessa situação²⁴.

Pode-se dizer que esse entendimento goza de uma consolidação considerável no sistema interamericano, tanto que viria a ser repetido em outras decisões. Para além disso, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, embora desprovida de natureza jurisdicional, também já se manifestou diversas vezes sobre a incompatibilidade de crimes de desacato e assemelhados com a CADH, até mesmo antes da consolidação jurisprudencial da CIDH, quando emitiu um relatório a respeito do tema.

Diante de todo o exposto, resta analisar como o tema tem se desenvolvido no Brasil, no qual houve uma série de decisões a respeito da discussão quanto à *inconvenionalidade* do crime de desacato. Destaque-se, ademais, que a discussão perpassa a própria compreensão do caráter vinculante das decisões emanadas da CIDH, o que tem sido objeto de conflito nos Estados, que frequentemente invocam sua soberania para se eximir de obrigações internacionais.

²² CORTE IDH. *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*. Sentença de 22 de novembro de 2005. Série C, n. 135.

²³ CORTE IDH. *Caso Kimel vs. Argentina*. Sentença de 2 de maio de 2008. Série C, n. 177.

²⁴ CORTE IDH. *Caso Mémoli vs. Chile*. Sentença de 22 de agosto de 2013. Série C, n. 265.



3. O CRIME DE DESACATO NO BRASIL: ENTRE A INCONVENCIONALIDADE, A VINCULAÇÃO DAS DECISÕES DA CIDH E A MARGEM DE APRECIACÃO NACIONAL

O direito brasileiro consagra a figura do crime de desacato, prevista no artigo 331 do Código Penal: “Desacatar funcionário público no exercício da função ou em razão dela: Pena - detenção, de seis meses a dois anos, ou multa”²⁵. O crime consta no Código Penal brasileiro desde o seu advento no ano de 1940. As discussões quanto à subsistência dessa figura no direito brasileiro ganharam novas luzes com o entendimento da Corte supracitada.

Isso porque se passou a sustentar que as manifestações dos órgãos do sistema interamericano de direitos humanos (Corte e Comissão) não são simples recomendações, mas sim dotadas de efeito vinculante em um processo de complementariedade de sistemas de proteção de direitos²⁶. Desse modo, como consequência lógica, deveria se reconhecer a insubsistência do delito de desacato no Brasil, diante de sua inconvencionalidade.

A matéria chegou ao Superior Tribunal de Justiça (STJ), que é o Tribunal brasileiro responsável por uniformizar a interpretação da legislação infraconstitucional, situando-se hierarquicamente abaixo apenas do Supremo Tribunal Federal (STF), que tem natureza de Tribunal Constitucional. Assim, no ano de 2017, por ocasião do julgamento do Recurso Especial 1.640.084/SP, a 5ª Turma do STJ reconheceu a insubsistência do crime de desacato, realizando um autêntico controle de convencionalidade²⁷.

A decisão, na verdade, demonstrava uma moderna compreensão a respeito do controle de convencionalidade. Fez-se referência ao Caso Almonacid Arellano y otros v. Chile, exprimindo o dever de os órgãos jurisdicionais nacionais realizarem o controle de convencionalidade. Traçou-se a evolução jurisprudencial da Corte IDH e da Comissão Interamericana a respeito do crime de desacato para concluir que “a criminalização do

²⁵ BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 22 set. 2024.

²⁶ RIBEIRO, Daniela Menengoti; ROQUE, Gabriel Antonio. A efetividade do direito à liberdade de expressão pelo controle de convencionalidade: a (des)criminalização do desacato no Brasil e os impactos no direito da personalidade. *Revista de Direito Brasileira*, [s. l.], v. 25, n. 10, p. 231, 2020. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/rdb/article/view/5630>. Acesso em: 22 set. 2024. doi:<http://dx.doi.org/10.26668/IndexLawJournals/2358-1352/2020.v25i10.5630>.

²⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5ª Turma). *Recurso Especial 1.640.084/SP*. 15 de dezembro de 2016.



desacato está na contramão do humanismo, porque ressalta a preponderância do Estado - personificado em seus agentes - sobre o indivíduo”²⁸.

No entanto, a 3ª Seção do Tribunal - composta pela 5ª e 6ª Turmas - reexaminou a questão, decidindo pela subsistência do crime de desacato. Pontuou que o controle de convencionalidade não afastava essa conclusão, por uma série de argumentos, podendo-se destacar os principais: a) não havia decisão específica a respeito do crime de desacato previsto no Brasil; b) ainda que houvesse, deveria prevalecer a soberania do Estado brasileiro, em prestígio à teoria da margem de apreciação nacional; e c) o desacato previsto no ordenamento jurídico brasileiro encontraria respaldo no artigo 13.2 da CADH²⁹.

Vale destacar que o dispositivo mencionado da CADH diz respeito à possibilidade de impor responsabilidades pelo exercício abusivo da liberdade de expressão, quando necessário para assegurar “o respeito aos direitos ou à reputação das demais pessoas” ou “a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas”³⁰. A questão, no entanto, é que as decisões da Corte, que é o órgão responsável pela interpretação da CADH, orientam no sentido de que o desacato não encontraria justificação nessa disposição.

De qualquer forma, a Suprema Corte brasileira também foi instada a analisar a questão, tanto à luz do controle de constitucionalidade como a partir do controle de convencionalidade. Assim como prevaleceu no STJ, também no STF o entendimento foi pela subsistência da figura do desacato no ordenamento jurídico brasileiro. O STF entendeu que a análise de convencionalidade do delito conduzia a essa conclusão, ressaltando a inaplicabilidade dos precedentes da Corte IDH³¹.

Nesse sentido, convém mencionar que o STF referiu que a Corte não vedou a tipificação em abstrato de crimes contra a honra ou de desacato, “mas sim da utilização indevida que se fez do direito penal como instrumento de perseguição e de inibição da liberdade de expressão”³². Ressaltou-se, ademais, que nenhum dos precedentes da Corte diz respeito ao caso brasileiro, razão pela qual o controle de convencionalidade não atrairia a conclusão de afastar o delito de desacato no país.

²⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5ª Turma). **Recurso Especial 1.640.084/SP**. 15 de dezembro de 2016.

²⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3ª Seção). **Habeas Corpus 379.269/MS**. 24 de maio de 2017.

³⁰ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Americana sobre os Direitos Humanos**. San José, Costa Rica, 22 de novembro de 1969.

³¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 496**. 22 de junho de 2020.

³² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 496**. 22 de junho de 2020.



No entanto, as decisões do STJ e STF apresentam uma série de pontos que merecem uma análise mais acurada. Primeiramente, o argumento quanto à falta de decisão específica quanto ao caso brasileiro não pode prevalecer. Isso porque, conforme visto no início do presente trabalho, doutrina e jurisprudência são praticamente uníssonas quanto à eficácia erga omnes das sentenças da Corte IDH, que vinculam não somente as partes, mas também todos os Estados signatários da CADH³³.

Desse modo, as decisões podem não tratar do caso brasileiro, mas se efetivamente guardam similitude com a situação fática posta no Brasil, devem ser aplicadas. Para além disso, a decisão do STJ também se valeu da já analisada noção de margem de apreciação nacional. Com efeito, a ideia de margem de apreciação nacional diz respeito a temas sensíveis, em que a Corte se abstém de fixar determinados parâmetros, prestigiando a discricionariedade dos Estados. É fato que a Corte IDH tem fixado uma certa gama de discricionariedade na questão da liberdade de expressão, tanto que reiteradamente afirma não se tratar de um direito absoluto, até porque a própria CADH impõe certas limitações a esse direito. No entanto, a Corte não parece viabilizar uma margem de apreciação quanto aos crimes de desacato, mas sim quanto a outras restrições à liberdade de expressão.

Veja-se que a Corte tem reiteradamente afirmado que os crimes cuja tipificação, até pelo seu grau de indeterminação, permita censurar eventuais críticas às autoridades, pelo simples fato de assim serem, são inconventionais, sem prejuízo de outras sanções na esfera civil e/ou penal. Desse modo, não se trata de um caso no qual é cabível a invocação da margem de apreciação nacional, até porque essa construção não tem espaço em caso de desarmonia entre o direito interno e o direito internacional, devendo prevalecer esse quando mais favorável à proteção do ser humano³⁴.

Pode-se dizer, portanto, que essa decisão se valeu de uma espécie de um drible continental, invocando uma maior amplitude da discricionariedade estatal que, embora reconhecida no sistema europeu, não se faz presente no sistema interamericano³⁵. Talvez

³³ MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. Eficacia de la sentencia interamericana y la cosa juzgada internacional: vinculación directa hacia las partes (res judicata) e indirecta hacia los Estados Parte de la Convención Americana (res interpretata) (Sobre el cumplimiento del Caso Gelman Vs. Uruguay). *Estudios Constitucionales*, v. 11, n. 2, 2013, p. 656.

³⁴SALDANHA, Jânia Maria Lopes; BRUM, Márcio Morais. A margem nacional de apreciação e sua (in)aplicação pela Corte Interamericana de Derechos Humanos em matéria de anistia: uma figura hermenêutica a serviço do pluralismo ordenado? *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Ciudad de México., v. 15, 2015, p. 232. Disponível em: https://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-46542015000100006&lng=es&nrm=iso. Acesso em: 22 set. 2024.

³⁵ GUERRA, Gustavo Rabay; MARCOS, Henrique Jerônimo Bezerra. O drible continental: a margem de apreciação nacional na decisão de convencionalidade do crime de desacato pelo Superior Tribunal de



exatamente essa utilização equivocada do instituto que faça parcela da doutrina sustentar que sequer foi adotada a margem de apreciação nacional pelo sistema interamericano³⁶.

Ademais, voltando ao argumento de que não havia decisão específica da Corte IDH aplicável à situação, repise-se que no *Caso Palamara Iribiarne vs. Chile*, a Corte tratou especificamente do crime de desacato. Ou seja, parece difícil não concluir pela inconveniência da previsão do crime no direito brasileiro, já que praticamente impossível, diante da grande similitude fática, realizar um *distinguishing* em relação aos precedentes da Corte IDH.

Para além disso, ainda que a previsão do delito não seja utilizada como forma de perseguição, remanesce a problemática quanto à sua falta de taxatividade (*nulla poena sine lege certa*). Veja-se que o Código Penal brasileiro fala simplesmente em desacatar funcionário público, sem delimitar adequadamente o âmbito de incidência do crime. À luz da jurisprudência da CIDH, que exige uma tipificação com termos claros, precisos, sem margem para uma excessiva discricionariedade, pode-se concluir pela inconveniência também à luz desse aspecto. Não há como se afastar dessa conclusão quanto à ausência de taxatividade, que já é compartilhada pela doutrina há algum tempo:

Comportamentos como atos obscenos ou desacato, por exemplo, correspondem a delitos “em branco”, por assim dizer, cuja identificação judicial, devido à indeterminação de suas definições legais, depende, muito mais do que de provas, das avaliações inevitavelmente discricionárias do juiz, que de fato tornam inúteis tanto o princípio formalista da legalidade quanto o princípio empirista da factualidade do desvio punível³⁷.

Por fim, resta analisar um último aspecto quanto à jurisprudência brasileira. No Brasil, os tratados internacionais que versam sobre direitos humanos podem ter status constitucional ou supralegal. Para terem status constitucional, a incorporação ao direito interno deve observar o rito das emendas constitucionais. Por sua vez, os tratados que não tenham sido incorporados dessa forma - até mesmo pela inexistência dessa possibilidade,

Justiça. *Revista da Faculdade de Direito - UFPR*, Curitiba, v. 63, n. 2, 2018, p. 180. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/59194>. Acesso em: 22 set. 2024.

³⁶ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Controle jurisdicional da convencionalidade das leis*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 196.

³⁷ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. Madrid: Editorial Trotta, 1995. Versão original: “Comportamientos como el acto obsceno o el desacato, por ejemplo, corresponden a figuras delictivas, por así decirlo, “en blanco”, cuya identificación judicial, debido a la indeterminación de sus definiciones legales, se remite, mucho más que a pruebas, a valoraciones del juez inevitablemente discrecionales que de hecho convierten en vana tanto el principio formalista de la legalidad como ele empirista de la factualidad de la desviación punible”.



que só surgiu em 2004 - gozam de status supralegal, ou seja, situam-se acima da legislação infraconstitucional, mas abaixo da Constituição.

É exatamente esse o caso da CADH, em relação a qual é pacífico o status supralegal no direito brasileiro. Assim, reconhece-se que a CADH tem o condão de paralisar a legislação infraconstitucional em sentido contrário. Ora, essa eficácia paralisante - aliada à interpretação conferida pela Corte IDH à CADH - foi aplicada em outros casos pelo STF, sendo perfeitamente aplicável para compreender pela insubsistência do delito de desacato no direito brasileiro, diante de sua *inconvenionalidade*.

Diante do exposto, pode-se concluir que a análise da convencionalidade do crime de desacato no direito brasileiro foi feita de maneira incompleta, desconsiderando, de certa forma, toda a construção jurisprudencial realizada pela Corte IDH, seja no que diz respeito ao controle de convencionalidade, seja no que tange especificamente à legalidade penal e ao crime de desacato. Ademais, também ficam evidentes os desafios que ainda enfrenta o controle de convencionalidade no sistema interamericano. Isso porque, a despeito do esforço da Corte IDH em construir o controle como um papel a ser exercido primordialmente no âmbito dos Estados, percebe-se que ainda não há, por assim dizer, uma *cultura de controle de convencionalidade*, como ocorre no controle de constitucionalidade.

Por fim, a discussão relativa ao crime de desacato no direito brasileiro, diante de algumas suscitações junto à Comissão Interamericana, provavelmente chegará em algum momento à Corte IDH. A grande questão, no entanto, é que o controle de convencionalidade procedido pela Corte é - ou deveria ser - subsidiário, o que tem encontrado entraves de difícil transposição na jurisprudência dos Estados.

CONCLUSÃO

O controle de convencionalidade tem ganhado espaços cada vez mais alvissareiros na jurisprudência da Corte IDH. Primeiramente, impôs-se a obrigação aos Estados de realizarem um filtro hermenêutico-comparativo de sua legislação nacional, deixando de aplicá-la em caso de incompatibilidade com a CADH. Essa possibilidade de controle passou a poder ser desenvolvida *ex officio*, bem como tendo como objeto inclusive normas constitucionais dos Estados membros.

Especificamente em matéria penal e processual penal, a Corte IDH tem prestigiado o garantismo penal - ainda que, em certos casos, de forma parcimoniosa -, ampliando as garantias constantes da CADH. Assim, quanto à legalidade penal, vê-se uma gama de julgados



que reiteradamente exigem a taxatividade das leis penais, rechaçando a possibilidade de tipos penais abertos. Ademais, quanto à liberdade de expressão, a Corte tem rechaçado a possibilidade de censura prévia, prestigiando a liberdade especialmente em casos de críticas dirigidas a agentes públicos, que se submetem a um tirocínio mais rigoroso devido ao papel por eles exercido.

Assim, a Corte IDH passou a combinar as garantias da legalidade e taxatividade penais com esse prestígio à liberdade de expressão, de modo a julgar *inconvenções* crimes de desacato a agentes públicos, por entender desproporcional a imposição de sanção criminal nesses casos. Não há dúvidas, atualmente, que o entendimento jurisprudencial no âmbito da Corte IDH é pela *inconvenção* de crimes como o desacato.

Apesar disso, explicitou-se que, no Brasil, os Tribunais Superiores entenderam pela *convencionalidade* do crime de desacato previsto no Código Penal brasileiro, invocando noções como a soberania, a inexistência de decisão a respeito do tema, bem como a tese da margem de apreciação nacional. No entanto, a partir de toda construção jurídica da Corte IDH, não há outra conclusão senão quanto ao equívoco dessas decisões dos tribunais brasileiros. Isso porque as decisões da Corte IDH gozam de efeito vinculante, que se aplica não só às partes do processo, mas igualmente aos Estados que se submetem à jurisdição da Corte. Portanto, há de se reconhecer a existência de jurisprudência pela *inconvenção* do crime de desacato. Ademais, destacou-se que não se pode aplicar a ideia de discricionariedade estatal ou margem de apreciação nacional, que se aplica em questões sensíveis, não quando há uma posição consolidada da Corte.

Ainda, pontuou-se que as decisões a nível brasileiro desconsideram a própria eficácia jurídica da CADH no plano brasileiro, que tem o condão de paralisar a legislação infraconstitucional no que lhe for contrária. Por fim, referiu-se que as decisões brasileiras explicitam que o controle de convencionalidade, apesar da sua importância no sistema interamericano, ainda tem um longo caminho a percorrer, tendo em vista a resistência dos órgãos nacionais de realizarem um autêntico controle de convencionalidade, reconhecendo que a adesão à CADH impõe efeitos vinculantes aos Estados.

REFERÊNCIAS

ALCALÁ, Humberto Nogueira. El control de convencionalidad y el diálogo interjurisdiccional entre tribunales nacionales y Corte Interamericana de Derechos Humanos. *ReDCE*, ano 10, n. 19, p. 221-270, 2013.



BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940.** Código Penal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 22 set. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3^a Seção). **Habeas Corpus 379.269/MS.** 24 de maio de 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5^a Turma). **Recurso Especial 1.640.084/SP.** 15 de dezembro de 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 496.** 22 de junho de 2020.

CORTE IDH. **Caso Almonacid Arellano vs. Chile.** Sentença de 26 de setembro de 2006. Série C, n. 154.

CORTE IDH. **Caso Castillo Petruzzi vs. Perú.** Sentença de 30 de maio de 1999. Série C, n. 52.

CORTE IDH. **Caso de La Cruz Flores vs. Perú.** Sentença de 18 de novembro de 2004. Série C, n. 115.

CORTE IDH. **Caso Fermín Ramírez vs. Guatemala.** Sentença de 20 de junho de 2005. Série C, n. 126.

CORTE IDH. **Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica.** Sentença de 2 de julho de 2004. Série C, n. 107.

CORTE IDH. **Caso Kimel vs. Argentina.** Sentença de 2 de maio de 2008. Série C, n. 177.

CORTE IDH. **Caso Lori Berenson Mejía vs. Perú.** Sentença de 25 de novembro de 2004. Série C, n. 119.

CORTE IDH. **Caso Mémoli vs. Chile.** Sentença de 22 de agosto de 2013. Série C, n. 265.

CORTE IDH. **Caso Olmedo Bustos “La última tentación de Cristo” vs. Chile.** Sentença de 5 de fevereiro de 2001. Série C, n. 73.

CORTE IDH. **Caso Palamara Iribarne vs. Chile.** Sentença de 22 de novembro de 2005. Série C, n. 135.

CORTE IDH. **Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguardo Alfaro et al.) vs. Perú.** Sentença de 24 de novembro de 2006. Série C, n. 158.

DALBORA, José Luis. El principio de legalidad penal em la jurisprudencia de la corte interamericana de derechos humanos. In: AMBOS, KAI; MALARINO, Ezequiel (org.). **Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional.** Bogotá: Temis, 2011. p. 171-192.

DELGADO, Francisco R. Barbosa. **El margen nacional de apreciación en el Derecho internacional de los derechos humanos: entre el Estado de Derecho y la sociedad democrática.** Universidad Nacional Autónoma de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2012.



FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón: teoría del garantismo penal**. Madrid: Editorial Trotta, 1995.

GUERRA, Gustavo Rabay; MARCOS, Henrique Jerônimo Bezerra. O drible continental: a margem de apreciação nacional na decisão de convencionalidade do crime de desacato pelo Superior Tribunal de Justiça. **Revista da Faculdade de Direito - UFPR**, Curitiba, v. 63, n. 2, p. 169-189, 2018. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/59194>. Acesso em: 22 set. 2024.

GUIMARÃES. Diogo Fernandes. A interação entre os espaços constitucionais nacionais e internacionais e seus impactos no sistema de fontes do Direito: as lições da proteção cooperativa de Direitos Humanos e o caso da integração europeia. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 18, n. 3, p. 173-191, dez. 2021. Disponível em: <https://uniceub.emnuvens.com.br/rdi/article/view/8078>. Acesso em: 21 set. 2024.

HITTERS, Juan Carlos. Control de constitucional y control de convencionalid. Comparación (Criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos). **Estudios Constitucionales**, v. 7, n. 2, p. 109-128, 2009.

MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. Eficacia de la sentencia interamericana y la cosa juzgada internacional: vinculación directa hacia las partes (res judicata) e indirecta hacia los Estados Parte de la Convención Americana (res interpretata) (Sobre el cumplimiento del Caso Gelman Vs. Uruguay). **Estudios Constitucionales**, v. 11, n. 2, p. 641-693, 2013.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Americana sobre os Direitos Humanos**. San José, Costa Rica, 22 de novembro de 1969.

RAMÍREZ, Sergio García; SANCHEZ, Julieta Morales. Consideraciones sobre el principio de la legalidade penal en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Cuestiones Constitucionales**, Ciudad de México, n. 24, p. 195-246, jun. 2011. Disponível em: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-91932011000100006&lng=es&nrm=iso. Acesso em: 21 set. 2024.

RIBEIRO, Daniela Menengoti; ROQUE, Gabriel Antonio. A efetividade do direito à liberdade de expressão pelo controle de convencionalidade: a (des)criminalização do desacato no brasil e os impactos no direito da personalidade. **Revista de Direito Brasileira**, [s. l.], v. 25, n. 10, p. 221-249, 2020. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/rdb/article/view/5630>. Acesso em: 22 set. 2024. doi:<http://dx.doi.org/10.26668/IndexLawJournals/2358-1352/2020.v25i10.5630>.

SAGÜÉS, Néstor Pedro. **Obligaciones Internacionales y control de convencionalid**. *Estudios Constitucionales*, ano 8, n. 1, p. 117-136, 2010.

SALDANHA, Jânia Maria Lopes; BRUM, Márcio Morais. A margem nacional de apreciação e sua (in)aplicação pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em matéria de anistia: uma figura hermenêutica a serviço do pluralismo ordenado? **Anuario Mexicano de Derecho Internacional**, Ciudad de México., v. 15, p. 195-239, 2015. Disponível em:



https://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-46542015000100006&lng=es&nrm=iso. Acesso em: 22 set. 2024.