

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

ALESSANDRA PREZEPIORSKI LEMOS

AFASTA DE MIM ESSE CALE-SE:
PELO FIM DO CRIME DE DESACATO

CURITIBA

2014

ALESSANDRA PREZEPIORSKI LEMOS

AFASTA DE MIM ESSE CALE-SE:
PELO FIM DO CRIME DE DESACATO

Trabalho apresentado como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito no curso de graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná.

Orientadora: Prof^a. Clara Maria Roman Borges.

CURITIBA

2014

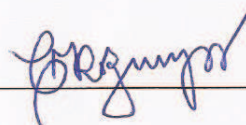
TERMO DE APROVAÇÃO

ALESSANDRA PREZEPIORSKI LEMOS

AFASTA DE MIM ESSE CALE-SE: PELO FIM DO CRÍME DE DESACATO

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção de Graduação no Curso de Direito, da Faculdade de Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

Professora Orientadora



Prof^ª. Dr.^a. Clara Maria Roman Borges

Departamento de Direito Penal e Processual Penal

Universidade Federal do Paraná

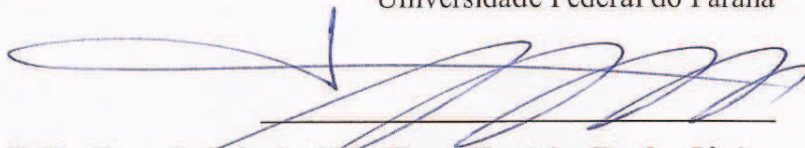
Membros da Banca



Prof^º. Dr. André Ribeiro Giamberardino

Núcleo de Prática Jurídica

Universidade Federal do Paraná



Prof^º. Dr. Francisco de Assis do Rego Monteiro Rocha Júnior

Departamento de Direito Penal e Processual Penal

Universidade Federal do Paraná

Curitiba, 01 de dezembro de 2014



Ministério da Educação e do Desporto

Universidade Federal do Paraná

FACULDADE DE DIREITO

**Ata da reunião da Comissão Julgadora
da Monografia (Trabalho Final de
Curso) da Acadêmica ALESSANDRA
PREZEPIORSKI LEMOS**

Ao primeiro dia do mês de dezembro do ano de 2014, às 14h00, nas dependências do Setor de Ciências Jurídicas, reuniu-se a Comissão Julgadora da Monografia apresentada pela Acadêmica ALESSANDRA PREZEPIORSKI LEMOS, sobre o tema “Afasta de mim esse cale-se: Pelo fim do crime de Desacato”. A Comissão constituída pelos Senhores Professores, CLARA MARIA ROMAN BORGES (Orientadora), ANDRÉ RIBEIRO GIAMBERARDINO e FRANCISCO DE ASSIS DO REGO MONTEIRO ROCHA JÚNIOR, atribuiu as seguintes notas respectivamente: 10,0 , 10,0 e 10,0 ; perfazendo a média igual a 10,0 .

Obs.

Curitiba – PR, 01 de dezembro de 2014.

CLARA MARIA ROMAN BORGES

Orientadora

ANDRÉ RIBEIRO GIAMBERARDINO

1º Membro

FRANCISCO DE ASSIS DO REGO MONTEIRO ROCHA JÚNIOR

2º Membro

AGRADECIMENTOS

A Deus, sempre e acima de tudo.

A minha mãe, Eliane, que me ensinou que a vida não é fácil e que a gente precisa ser forte. Obrigada por todas as renúncias e por ter sempre feito de tudo por mim. Se a distância às vezes dói, ela também nos faz perceber o que é realmente importante em nossas vidas. Tenho muito orgulho de ser sua filha! Obrigada por tudo!

A meu pai, Luiz Antonio, por sempre ter me incentivado o estudo e a cultura e por ter sido o grande incentivador da minha vinda à Curitiba. Se não fosse tudo isso, certamente o sonho de estudar na Universidade Federal do Paraná teria permanecido um sonho.

A minha irmã, Milena, ao mesmo tempo a pessoa que mais me entende e a que é mais meu oposto. Sempre foi você e eu contra o mundo. Sempre vai ser. Obrigada pelo companheirismo!

A Adriane e Leomar, minha segunda mãe e meu segundo pai. Obrigada por todo o apoio e incentivo!

A Daniele, prima, irmã, amiga. Aquela com quem dividi cada sonho, cada vitória e cada drama.

Ao Guilherme, meu primo-irmão. Se não fosse você essa monografia estaria pronta bem antes, mas o meu ano não teria sido tão divertido.

Se já é difícil saber o que falar da própria família, é ainda mais árduo traduzir em palavras a importância das pessoas que dividiram comigo todas as manhãs pelos últimos cinco anos.

Com a Turma de Direito Diurno 2010-2014 eu aprendi muito. Aprendi que tartarugas não sobem em árvores, que diferenças existem e devem ser respeitadas e que lutar contra as arbitrariedades não é um caminho fácil, mas é o caminho certo.

Foi com essas pessoas que eu dividi sonhos, reclamei de madrugadas viradas em claro, discuti política e direito e, é claro, passei momentos *legen – wait for it – dary. LEGENDARY!*

Meu muito obrigada a Alani Maria Benvenuti, Allan Hillani, Amanda Tortelli Bavaresco, Ana Julia Aragão, Beatriz Cassou, Bruna Nowak, Camila Simm, Carolina Alves das Chagas, Elisa Camargo Padilha, Fernanda Fujiwara, Gabriela Fontanella, Galanni Dorado de Oliveira, Henrique Kramer, Isadora Lenzi Michel, Jacqueline

Lopes Pereira, Julia Bonato Peres, Juliano Figueiredo de Mattos, Lara Izabel de Oliveira, Leonardo Stroiek, Natali Risson, Pedro Luís Salvadori Kamizi, Renata Amaral Faria e Sabrine Conciani.

As minhas mais do que queridas amigas de Guarapuava, Heloise, Karen, Juana, Thais e Schaiane, que perdoaram todo o meu juridiquês e os meus sumiços, principalmente neste último ano. A amizade de vocês sempre foi um porto seguro na minha vida e eu sou muito sortuda por isso!

Às meninas da Coordenadoria de Recursos Criminais, Marcela, Janyne, Fernanda e Camila, que fizeram das minhas tardes mais felizes e que me apoiaram não só em meus desesperos com prazos, mas também em todos os meus momentos importantes. Mais do que colegas de trabalho, vocês se tornaram minhas amigas e eu aprendi muito com vocês.

À Gabrielle Stricker do Valle, colega de monitoria, com quem tive algumas das discussões mais interessantes sobre o sistema penal.

À professora e orientadora Clara Maria Roman Borges, por ter me dado total liberdade para fazer um trabalho do qual eu me orgulhasse e por ter me maravilhado desde o início com as suas aulas de processo penal e criminologia. Sua postura questionadora em um ambiente extremamente autoritário e machista como o é o sistema penal, mas também o mundo acadêmico, me faz admirar ainda mais a sua história e agradecer por ter tido a oportunidade de ter sido sua monitória e orientanda. Certamente levarei seus ensinamentos comigo para os dias que seguem.

Ao professor Leandro, coorientador deste trabalho e responsável por ter me apresentado ao direito internacional dos direitos humanos. Seu comprometimento com os direitos humanos me inspira e me faz acreditar que é possível sim operar com o direito de forma emancipatória.

À professora Tatyana Scheila Friedrich que me orientou na Iniciação Científica e que publicou comigo o meu primeiro trabalho acadêmico.

E, por fim, à Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República por ter me oportunizado o primeiro contato com a temática deste trabalho naquela semana em Amandaje.

A todos vocês minha gratidão e admiração!

Numa sala estão sentados três grandes homens, um rei, um sacerdote e um homem rico com o seu ouro. Entre eles está um mercenário, um homem pequeno, de nascimento comum e sem grande inteligência. Cada um dos grandes pede a ele para matar os outros dois. 'Faça isso', diz o rei, 'pois eu sou seu governante por direito'. 'Faça isso', diz o sacerdote, 'pois estou ordenando em nome dos deuses'. 'Faça isso', diz o rico, 'e todo esse ouro será seu'. Agora diga-me: Quem sobrevive e quem morre?

(...)

Tyrion inclinou a cabeça de lado.

- Pretende responder ao seu maldito enigma, ou quer apenas fazer com que a minha dor de cabeça piore?

Varys sorriu.

- Eis, então. O poder reside onde os homens acreditam que ele reside. Nem mais, nem menos.

- Então o poder é um truque de mímica?

- Uma sombra na parede – Varys murmurou. – Mas as sombras podem matar. E, muitas vezes, um homem muito pequeno pode lançar uma sombra muito grande.

RESUMO

O delito de desacato persiste no ordenamento jurídico nacional sob a justificativa de que protege o bom funcionamento da administração pública. Entretanto, ocorre que esse tipo penal acaba sendo utilizado na sociedade brasileira como uma forma de hierarquizar relações sociais, de camuflar abusos perpetrados por autoridades policiais e de censurar críticas aos agentes envolvidos pelo véu da função pública. O presente trabalho, tendo como base esses pressupostos, procurou demonstrar como a criminalização da conduta de desacato é, ao mesmo tempo, causa e consequência do forte caráter hierárquico da sociedade brasileira, servindo a sua aplicação a finalidades políticas diversas das alegadas no discurso oficial. A partir dessa constatação, buscou-se alternativas que permitissem justificar a opção pela descriminalização desta conduta. Uma primeira alternativa apresentada seria a adoção da teoria agnóstica da pena combinada com a doutrina do realismo marginal, construções teóricas que buscam revelar que a pena não é uma medida jurídica, mas sim política, e que incumbe aos operadores do direito reduzir ao mínimo necessário os casos em que ela é aplicada, bem como a sua intensidade. A segunda alternativa discutida foi a disseminação da técnica hermenêutica do controle de convencionalidade, uma vez que no Sistema Interamericano de Direitos Humanos, uma das principais fontes dessa forma de controle na América Latina, já se travou grandes discussões a respeito deste delito. A conclusão a que se chegou é a de que a previsão normativa do tipo penal de desacato viola o que se espera social e juridicamente de um Estado Democrático de Direito e que cabe aos operadores do direito, diante dos instrumentos interpretativos citados, proceder à descriminalização desta conduta.

Palavras-chave: desacato; teoria agnóstica da pena; realismo marginal; controle de convencionalidade; sistema interamericano de direitos humanos.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

Art.	- Artigo
CF	- Constituição Federal
CIDH	- Comissão Interamericana de Direitos Humanos
CORTE IDH	- Corte Interamericana de Direitos Humanos
EC	- Emenda Constitucional
OAB-SP	- Ordem dos Advogados do Brasil – Seccional de São Paulo
OEA	- Organização dos Estados Americanos
ONG	- Organização não-governamental
ONU	- Organização das Nações Unidas
STF	- Supremo Tribunal Federal
TJSP	- Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	09
1. AOS AMIGOS TUDO, AOS INIMIGOS A LEI.....	12
1.1. SOBRE RITOS DE AUTORIDADE: O DELITO DE DESACATO COMO (RE)PRODUÇÃO DA HIERARQUIA NAS RELAÇÕES SOCIAIS.....	13
1.2. L'ÉTAT C'EST MOI! – A VERDADEIRA FACE DO ESTADO.....	18
1.3. A FETICHIZAÇÃO DO PODER E O VERDADEIRO PROPÓSITO DO CRIME DE DESACATO.....	23
2. HORA DA RENÚNCIA - UM NOVO OLHAR SOBRE O CRIME DE DESACATO.....	32
2.1. A TENSÃO ENTRE O ESTADO DE POLÍCIA E O ESTADO DE DIREITO.....	34
2.2. PENA – O MITO FUNDANTE DO SISTEMA PENAL.....	41
2.3. TEORIA AGNÓSTICA DA PENA E O REALISMO MARGINAL	48
2.4. O USO POLÍTICO DO CRIME DE DESACATO.....	54
3. O PRENÚNCIO DO FIM – COMO O SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS PODE PROVOCAR O DESAPARECIMENTO DO DELITO DE DESACATO.....	60
3.1. A CENTRALIDADE DO SER HUMANO NO ORDENAMENTO JURÍDICO INTERNACIONAL – O TRIUNFO DO DISCURSO DOS DIREITOS HUMANOS	62
3.2. O ADVENTO DE UM NOVO PARADIGMA HERMENÊUTICO – O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE	67
3.3. A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E O DELITO DE DESACATO NO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS.....	74
3.3.1. A INTERPRETAÇÃO REALIZADA PELA COMISSÃO INTERAMERICANA	75
3.3.2. A INTERPRETAÇÃO REALIZADA PELA CORTE INTERAMERICANA.....	81
3.4. CONTROLE JUDICIAL DE CONVENCIONALIDADE	85
CONCLUSÃO.....	92
REFERÊNCIAS	94

INTRODUÇÃO

Em 2013, a sociedade brasileira presenciou um daqueles raros momentos que entram para a história como marcos de ruptura, responsáveis por dividir o antes e o depois, o velho e o novo. O Brasil que presenciou as manifestações de junho de 2013 - nada menos do que 696 protestos¹ - certamente não é o Brasil que acaba de passar por mais uma eleição. Ares de mudança perpassam a pátria amada, contudo velhos vícios democráticos ainda costumam a ruir.

Ano passado, a insatisfação dos cidadãos finalmente ganhou as ruas e reverberou por todo o Estado Brasileiro. Contudo, não foram só as reivindicações populares que ganharam visibilidade, mas também – e principalmente – a incapacidade do aparelho estatal de viabilizar o exercício do direito de protesto. O Estado Brasileiro não só deixou de dar as condições mínimas para o exercício deste direito, como respondeu a ele com polícia, repressão e direito penal². Muitos manifestantes foram presos e/ou processados durante os protestos, tendo as suas condutas enquadradas nos mais diversos tipos penais, dentre eles o de desacato.

Desacato é o tipo penal previsto no artigo 331 do Código Penal³ que criminaliza a conduta de ofender funcionário público no exercício ou em razão de função pública. Apesar do tipo ter sido criado para garantir o normal funcionamento da Administração Pública e assegurar, ainda que indiretamente, o prestígio dos funcionários públicos, na prática acaba sendo utilizado para blindar o Estado e seus funcionários contra críticas e reclamações legítimas⁴, fato que se tornou ainda mais notório no contexto pós-manifestações⁵.

O objetivo do presente trabalho é demonstrar como o problema do delito penal de desacato não se circunscreve apenas a esse uso abusivo pelas autoridades públicas, mas sim a própria existência do tipo, uma vez que este nada

¹ ARTIGO 19. *Protestos no Brasil em 2013*, p. 28.

² ARTIGO 19. *Idem*, p. 54.

³ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>.

⁴ ARTIGO 19. *Obra citada*, p. 125.

⁵ ARTIGO 19. *Idem*, p. 126.

mais é do que mais uma maneira de manter a tão disfarçada hierarquia social ainda existente no país, onde *manda quem pode e obedece quem tem juízo*.

Esta mesma hierarquia é a responsável por criar três representativos personagens da sociedade brasileira: o *caxias*, o *renunciador* e o *malandro*. A sociedade determina seus atores⁶. Afinal de contas é ela quem determina as condições em que o *drama social* será encenado. O que esses atores têm em comum é a sua busca por sobrevivência nesse cenário hierarquizado, cada qual desempenhando o papel que acredita que a vida lhe atribuiu.

O direito tampouco escapa a essa teatralidade. O mundo jurídico também é produzido e reproduzido pelas encenações desses atores, o que demonstra a necessidade de entender o papel que cada um deles desempenha no desenrolar da trama jurídica.

O *caxias* é o personagem que reforça a ordem social, que deseja mantê-la como ela é⁷. É o responsável pela reprodução dos conhecimentos legais, sem em momento algum questioná-los. Toma-os como naturais, como *verdade*, vez que a sua visão está limitada pelo tecnicismo legal. Aplica a lei porque é lei. Sua visão do direito é assim extremamente ligada ao passado, pois busca sempre o retorno ao bom funcionamento da ordem vigente, sem se dar conta de que a ordem perfeita que tanto busca nunca sequer existiu.

O *renunciador*, como o próprio nome indica é marcado pela *renúncia* - a renúncia à própria realidade. Ele é o verdadeiro revolucionário num universo social hierarquizante, como é o caso do sistema brasileiro, pois rejeita/ignora as regras já impostas para pensar o mundo a partir de novos parâmetros de justiça social⁸. É o personagem mais ligado ao futuro, à esperança. Faz do dever-ser o seu caminho.

O *malandro* também oferece uma leitura interessante a respeito da ordem jurídica, uma vez que é capaz de reconhecer a ordem vigente como desigual e, ao invés de tentar alterá-la ou se subordinar a ela, busca sempre se aproveitar dessa mesma desigualdade para atingir as suas finalidades. É o personagem que vive do presente, que usa esse presente para criar outras alternativas para o sistema social

⁶ DAMATTA, Roberto. *Carnavais, Malandros e Heróis*, p. 254.

⁷ DAMATTA, Roberto. *Idem*, p. 265.

⁸ DAMATTA, Roberto. *Idem*, p. 266.

vigente⁹. É o profissional do *jeitinho*¹⁰, traço tão marcante do brasileiro. É o que usa o direito do opressor como forma de deixar de ser oprimido, como forma de sobreviver.

O presente trabalho, assim como a maioria das peças teatrais, será dividido em três atos. Cada ato fará uma análise jurídica do tipo penal de desacato a partir da ótica de um dos três personagens apresentados por DaMatta em sua obra *Carnavais, Malandros e Heróis – Para uma sociologia do dilema brasileiro*.

O primeiro capítulo apresentará o olhar do personagem *caxias*, ou seja, apresentará a visão positivada do delito de desacato e a ordem vigente que o mantém e que é ao mesmo tempo mantida pelas relações de poder presentes na sociedade brasileira.

O segundo capítulo, partindo da perspectiva do *renunciador*, analisará o delito de desacato a partir do realismo marginal e da teoria agnóstica da pena, correntes teóricas marcadas pelo forte desejo de mudança social e pelo fato de proporem um novo modelo de criminologia e direito penal adequado à realidade latino-americana.

O terceiro capítulo versará sobre o uso da ferramenta direito, muitas vezes utilizada para naturalizar a hierarquia entre pessoas, como forma de buscar a efetivação dos direitos humanos, incluindo aí a liberdade de expressão, direito muitas vezes violado pelo uso irracional do tipo penal de desacato. Faz-se presente neste capítulo, portanto, a racionalidade do *malandro*, que se utiliza dos mecanismos de controle para escapar do próprio controle.

Por fim, é necessário antes de tudo ressaltar que, ao contrário da teatralidade dos palcos, a teatralidade que se pretende representar neste trabalho não visa iludir a plateia, mas sim acabar com algumas das ilusões positivistas perpetuadas mecanicamente e demonstrar a irracionalidade jurídica do crime de desacato.

Que se abram as cortinas!

⁹ DAMATTA, Roberto. *Carnavais...*, p. 300.

¹⁰ DAMATTA, Roberto. *O que faz o Brasil, Brasil?*, p. 102.

1. AOS AMIGOS TUDO, AOS INIMIGOS A LEI

*Violence does not always take visible form,
and not all wounds gush blood.*

— Haruki Murakami, 1Q84

O protagonista deste capítulo, conforme mencionado, é o *caxias*, personagem marcado pela confiança na lei como mantenedora da ordem. É o personagem apegado à tradição, que discursa via leis e decretos, que tenta a todo custo manter a ordem social momentânea por ser esta a realidade que conhece, não necessariamente por ser a melhor possível.

Essa visão de mundo é muito presente no cotidiano jurídico. Não são poucos os atores processuais que acreditam que a *letra morta* da lei *pode influir por si só e de modo enérgico sobre o destino de um povo*¹¹, convencidos de que a rigidez, a impermeabilidade, a perfeita homogeneidade da legislação parecem constituir o único requisito obrigatório da boa ordem social¹².

No entanto, é necessário remarcar que um jurista não deve se deixar encarnar pela figura do *caxias*, uma vez que este personagem é limitado pelo cenário do senso comum, da insegurança, ao passo que o ator processual deve sempre trabalhar com o fato de que a sua fala tem um local histórico muito preciso e que, por isso, deve ser constantemente reescrita de forma a não perder a *justeza* do texto.

Um primeiro passo para desconstruir essa noção *caxias* do direito, principalmente no atinente ao direito penal, é entender que o crime não existe enquanto categoria jurídica imutável, eterna, mas sim como um conceito que é funcional para todo tipo de controle¹³. É necessário assim, *acima de tudo, situar o*

¹¹ HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*, p. 178.

¹² HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Idem, ibidem*.

¹³ CHRISTIE, Nils. *Uma razoável quantidade de crime*, p. 16.

*crime e o seu controle no âmbito da cultura, isto é perceber o crime e as agências de controle como produtos culturais*¹⁴.

Partindo do pressuposto de que o crime é uma realidade histórico-social construída, *o desafio é entender seu uso nos vários sistemas e, por intermédio desse entendimento, ser capaz de avaliar seu uso e quem o usa*¹⁵.

O presente capítulo cuidará de demonstrar como o tipo penal de desacato¹⁶ adentrou o ordenamento jurídico, bem como qual bem jurídico protege, para então, saindo do discurso oficial, denunciar como uma parcela bem definida da população o usa como forma de *monólogo de poder*.

1.1. SOBRE RITOS DE AUTORIDADE: O DELITO DE DESACATO COMO (RE)PRODUÇÃO DA HIERARQUIA NAS RELAÇÕES SOCIAIS

O primeiro pressuposto que se deve ter em mente ao analisar o motivo da existência de determinado tipo penal é o de que não há separação entre criminologia e política criminal, uma vez que todo saber criminológico está previamente delimitado por uma intencionalidade política¹⁷.

O presente trabalho visa demonstrar que as relações sociais brasileiras são relações marcadas pelo exercício de poder, pela dominação. A esse respeito, é importante ressaltar que o poder não é algo que se possui, mas algo que se exerce ou a que se está submetido¹⁸. Ele é algo que circula, que nunca está localizado em um lugar específico, e, no entanto, é possível identificar um grupo que sofre mais constantemente seus efeitos negativos.

¹⁴ HAYWARD, Keith; YOUNG, Jock *apud* CARVALHO, Salo de. *Antimanual de criminologia*, p. 86.

¹⁵ CHRISTIE, Nils. *Uma razoável quantidade de crime*, p. 16.

¹⁶ É importante avisar desde logo que a autora está ciente de que existe também o crime de desacato militar, previsto no Código Penal Militar, contudo, devido às especificidades daquela legislação, optou-se metodologicamente por abordar somente a questão do crime comum de desacato.

¹⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas*, p. 171.

¹⁸ FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*, p. 103.

Partindo dessa premissa, para entender como o poder é exercido no corpo social, deve-se analisar as práticas reais e efetivas travadas em seu interior, ou seja, observar as relações sociais de perto, procurando apreender como o poder atua sobre elas de forma determinante. Sendo o direito – e, em especial, a sua modalidade penal - a legitimação das múltiplas relações de dominação que podem ser exercidas no âmbito da sociedade¹⁹, imprescindível se faz desvelar as interações sociais que condicionam a existência de tipos penais como o de desacato.

Um estudo mais atento das relações sociais que se desenvolvem no seio da sociedade brasileira possibilita a verificação do fenômeno da verticalização do poder social. Alguns estudiosos, conforme aduz Marilena Chauí, acreditam que essa verticalização é produto da “cultura senhorial” imposta à *terrae brasilis*, cultura esta que implicou em uma estrutura hierarquizada do espaço social, fazendo com que as interações intersubjetivas sejam sempre realizadas entre superiores e inferiores²⁰. Em suma, os relacionamentos sociais brasileiros pautam-se pela desigualdade entre as partes, constituindo-se assim em relações de mando-obediência²¹.

Essa forte hierarquização fez com os cidadãos brasileiros internalizassem a necessidade de, ao se relacionar com outras pessoas, principalmente de outras classes sociais, não perder de vista o seu lugar social, o que implica no reconhecimento - no recolhimento - à sua inferioridade em determinados contextos, sob pena de sanções sociais, inclusive sanções penais como as que prevê o Código Penal para o crime de desacato.

As desigualdades das relações sociais tupiniquins se tornam ainda mais evidentes pelo tão disseminado, no entanto reprovável, discurso do “sabe com quem está falando?”. Esse comportamento nada mais é do que a consequência daquela preocupação de colocar “cada qual no seu lugar”, ou seja, de preservar a hierarquia e a autoridade na sociedade²².

Por tal razão, conforme afirmado por Roberto DaMatta, esse discurso consiste em nada mais do que um rito de autoridade²³, rito este que serve para

¹⁹ FOUCAULT, Michel. *Obra citada*, p. 102.

²⁰ CHAUÍ, Marilena. *Brasil – mito fundador e sociedade autoritária*, p. 93

²¹ CHAUÍ, Marilena. *Idem, ibidem*.

²² DAMATTA, Roberto. *Carnavais...*, p. 184.

²³ DAMATTA, Roberto. *Idem, ibidem*.

desmascarar situações e posições sociais²⁴. Por servir a este propósito, resta evidente que a utilização deste expediente desmascara também a tão difundida ideia de homogeneidade da sociedade brasileira, da ausência de conflitos na terra do “homem cordial”.

Em um universo em que a hierarquia não só é tomada como algo natural, mas como algo praticamente invisível aos olhos e, no entanto, é sentida na pele por muitos, os conflitos tendem a ser tomados como mera irregularidades²⁵, servindo o “sabe com quem está falando?” como recurso que os suprime, ainda que não os resolva. Nesse ponto, tal recurso se assemelha e muito ao papel do direito penal.

O curioso é que não são só as pessoas que se encontram numa posição social tida como superior que fazem uso deste expediente social. Pessoas vindas das classes subalternas, sempre que convém, também fazem uso dessa fórmula de autoridade através do que DaMatta chama de projeção social. Nesse contexto, utilizam-se os laços de subordinação (ser empregado de, ser parente de, pessoa x lhe dever um favor, etc.) para hierarquizar uma relação que, pelo menos a princípio, seria entre iguais²⁶. A homogeneidade social brasileira, portanto, não passa de um mito.

Entretanto, o fenômeno social do “sabe com quem está falando” não se restringe a uma compensação e busca de complementariedade dos extremos da escala hierarquizada da sociedade²⁷. Ele, na verdade, permite também a diferenciação contínua e sistêmica dos iguais²⁸, sendo, portanto, ao mesmo tempo, causa e consequência da hierarquização. Neste sentido, cabível trazer à tona a posição de Michel Foucault, para quem o direito penal sempre funcionou de modo a introduzir contradições no seio do povo, isto é, sempre teve um papel constitutivo nas divisões da sociedade atual²⁹.

Como bem concluiu DaMatta, a utilização deste discurso de autoridade proporciona, com graus de sucesso variáveis, a manutenção de um esqueleto

²⁴ DAMATTA, Roberto. *Carnavais...*, p. 219.

²⁵ DAMATTA, Roberto. *Idem*, p. 184.

²⁶ DAMATTA, Roberto. *Idem*, p. 192.

²⁷ DAMATTA, Roberto. *Idem*, p. 193.

²⁸ DAMATTA, Roberto. *Idem, ibidem*.

²⁹ FOUCAULT, Michel. *Obra citada*, p. 32.

hierárquico e complementar que convive com os ideais igualitários e complica a percepção do modo de operar do sistema³⁰.

A partir dessa constatação, fica ainda mais evidente a relação entre o uso comum do “sabe com quem está falando” e a permanência do tipo penal de desacato no ordenamento jurídico nacional.

O “sabe com quem está falando?”, na sua condição de rito de autoridade, visa demarcar nitidamente a diferença entre autoridade e povo, entre superior e inferior. É essa necessidade constante de diferenciação que aumenta o fetiche em torno de alguns cargos ou empregos de maior prestígio social, fazendo com que os seus integrantes a todo tempo se apresentem socialmente como tais, ainda que somente por meio de signos (elementos simbólicos) que devem estar bem visíveis, para evitar a confusão de papéis e posições³¹. Há, portanto, uma associação entre cerimonial e poder, uma vez que o ritual reveste o poder, dando-lhe uma forma exterior solene e legítima³². É precisamente por isso que, em cada momento da história, a dominação se fixa em um ritual³³.

O tipo de desacato, como já afirmado, serve a esse propósito enquanto rito de autoridade legitimado pelo direito. A criminalização da conduta de desacato permanece para viabilizar um constante poder de vigilância controladora sobre toda a sociedade e, em especial, sobre os que supõe ser, real ou potencialmente, daninhos à hierarquização social³⁴. Isto se evidencia pelo fato deste tipo vir sendo usado como forma de mascarar abusos de autoridade, principalmente policial, e como meio de censurar críticas e oposições políticas.

A conduta que se denomina desacato foi criminalizada com o nítido intuito de repressão aos não-iguais, aos subalternos, os quais não raras vezes se travestem da figura do inimigo. O desacato, assim como o “você sabe com quem está falando?”, não faz sentido em relações entre iguais, perde a sua eficácia, pois só encontra propósito em interações desiguais. Aqui vige também a máxima “aos amigos tudo, aos inimigos a lei”.

³⁰ DAMATTA, Roberto. *Carnavais...*, p. 193.

³¹ DAMATTA, Roberto. *O que faz o brasil...*, p. 86.

³² DAMATTA, Roberto. *Idem*, p. 87.

³³ FOUCAULT, Michel. *Obra citada*, p. 16-17.

³⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no direito penal*, p. 31.

Contudo, o poder repressor exercido pelo direito penal não é o único poder por ele exercido. Também é possível perceber o exercício de um poder positivo e configurador³⁵, posto que, ainda que determinadas condutas não sejam, a priori, relacionadas com quaisquer enunciados do Direito Penal, ainda são controladas por ele, em especial se praticadas em lugares públicos. A simples existência do delito do desacato enseja a transformação do comportamento das pessoas, que evitam desagradar as autoridades privilegiadas – não protegidas – por este tipo penal, pois mesmo uma resposta um pouco mais ríspida ou uma manifestação simples de desgosto pode significar para elas a repressão brutal do direito penal.

Não fosse a presença da função condicionadora do poder este não seria obedecido, pois, para Foucault, o que faz com que o poder se mantenha e seja aceito não é somente a sua força, mas o fato de que ele permeia, forma saber e produz discurso³⁶. Assim, o efeito positivo se faz muito mais presente no corpo social do que propriamente a sua modalidade negativa (repressão)³⁷, o que é sintomático da sua importância.

Tipos penais como o desacato continuam a persistir na sociedade brasileira porque permitem que o poder punitivo exerça, de forma ímpar, tanto a sua função negativa, quanto a sua função positiva, e tudo isso sob o manto da legalidade. Tal permanência não encontra oposição social de grande relevância porque a cultura brasileira foi, a partir da criação do mito do “homem cordial” e da “índole pacífica do povo brasileiro”, condicionada a demonizar a explicitação de conflitos e diferenças³⁸, o que faz com que seja retirada qualquer legitimidade do crítico e da crítica³⁹. O tipo penal de desacato serve bem a esse propósito de barrar críticas.

Mas se o corpo social brasileiro é tudo, menos homogêneo, a quem interessa que seja estabelecido esse consenso, essa ausência de conflitos? A resposta a essa pergunta, assim como às outras aqui expostas, passa pela questão do poder. Apesar de não ser possível afirmar que o poder é propriedade de alguns

³⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca...*, p. 22-23.

³⁶ FOUCAULT, Michel. *Obra citada*, p. 8.

³⁷ FOUCAULT, Michel. *Idem, ibidem*.

³⁸ SOUZA, Jessé. *Ralé Brasileira – quem é e como vive*, p. 38.

³⁹ SOUZA, Jessé. *Idem, ibidem*.

indivíduos, não sendo assim, por consequência, possível determinar quem o detém, ainda é possível identificar quem não o possui⁴⁰.

É por isso que, para além das interações sociais em seu aspecto microssociológico, é necessário levar em conta também o aspecto macrossociológico da sociedade, ou seja, as suas classes sociais. Como bem aponta Jessé de Souza ao criticar a obra de Roberto DaMatta, tomar o capital social das relações pessoais como “estruturante” e não como fator secundário (ainda que fundamental na perspectiva individual) é ignorar a importância de categorias como Estado e mercado no desenvolvimento destas próprias relações⁴¹.

O presente trabalho não incorrerá em tal erro, uma vez que o delito de desacato trata justamente, pelo menos oficialmente, da relação entre pessoas e a Administração Pública (o Estado). Feitas estas ressalvas, necessário se faz, portanto, que se demonstre que por trás da máscara estatal, o que se quer verdadeiramente proteger com este tipo penal são os interesses das pessoas que compõem o quadro funcional e gestor do Estado que, como sabido, advêm de uma parcela bem específica da população.

1.2. *L'ÉTAT C'EST MOI!* – A VERDADEIRA FACE DO ESTADO

Luís XIV ao afirmar que *L'état c'est moi!* (o Estado sou eu) traduziu bem o espírito do Absolutismo, forma de governo em que a figura do Estado e a do soberano se confundiam. Apesar de alguns historiadores afirmarem que este notório episódio não passou de um mito ou lenda, é interessante como a afirmação do rei ainda encontra ecos no momento histórico contemporâneo.

O Estado Brasileiro, assim como o Estado Absolutista Francês, também possui rostos, tendo em vista que é composto e dirigido por classes bem específicas da nossa sociedade. No entanto, por questões sócio culturais tal face no mais das vezes permanece encoberta.

⁴⁰ FOUCAULT, Michel. *Obra citada*, p. 25.

⁴¹ SOUZA, Jessé. *Obra citada*, p. 78.

Existe um senso comum, inclusive jurídico, de que o Estado, assim como o Mercado, é um processo de aprendizado social que foi materializado, institucionalizado e tornado relativamente autônomo no seu funcionamento, ou seja, de que é uma entidade que funciona “independentemente” da vontade de cada um e que possui uma lógica própria⁴². Partindo desse pressuposto, a tendência é apreender o Estado como uma “coisa” que existe fora e acima dos cidadãos e não como um “produto humano”, como de fato é⁴³.

No entanto, o Estado não deve ser tomado como uma realidade “material” externa ao indivíduo, como um mero conjunto de prédios, sejam estes uma delegacia de polícia ou um tribunal de justiça⁴⁴. Tampouco deve ser percebido como uma realidade material neutra, alheio à influência de valores e ideias e incapaz de induzir determinados comportamentos no cotidiano da sociedade⁴⁵.

O Estado, como bem afirma Nicolás María Lopez Calera, *tem rosto, nome e sobrenome, encarna-se em pessoas físicas que tem uma série de faculdades de fazer ou não fazer, de exigir que outro faça ou não faça, faculdades estas reconhecidas e tuteladas pela lei*⁴⁶. No Brasil, o rosto estatal são as classes socioculturais “superiores”, notadamente a classe média-alta, como será exposto a seguir.

No período histórico antecedente à Revolução de 30, a política nacional era marcada por uma forte descentralização, pela presença de várias instâncias autônomas de poder econômico (concentradas principalmente na agricultura exportadora) e pela hipertrofia do poder privado dos grandes agricultores (*coronelismo*)⁴⁷.

Enquanto nas zonas rurais os coronéis controlavam o sistema de trocas políticas devido a essa descentralização, as classes médias urbanas (especialmente nas regiões não-industrializadas) desenvolveram um nicho empregatício no setor público⁴⁸, tornando os empregos públicos uma espécie de moeda de troca na

⁴² SOUZA, Jessé. *Obra citada*, p. 84-85.

⁴³ SOUZA, Jessé. *Idem, ibidem*.

⁴⁴ SOUZA, Jessé. *Idem*, p. 108.

⁴⁵ SOUZA, Jessé. *Idem, ibidem*.

⁴⁶ CALERA, Nicolás María López. *Yo, El Estado*, p. 52.

⁴⁷ MOREIRA, Egon Bockmann. *Anotações sobre a história do Direito Econômico brasileiro (parte I: 1930-1956)*, p. 70.

⁴⁸ MOREIRA, Egon Bockmann. *Idem, ibidem*.

captação de votos e favores⁴⁹. Estava assim estabelecido o que Hélio Jaguaribe denominou de *Estado Cartoria*⁵⁰, marcado, como assim ressaltou Celso Lafer, por

(...) um compromisso pelo qual as elites dominantes, através da cooptação, colocaram a classe média na administração pública, que funcionava para outorgar legitimidade ao sistema. Assim, essa administração pública se ampliou, inchando-se para atender não às necessidades operacionais do sistema, mas às suas variáveis de participação, ou seja, para absorver uma classe sem função econômica mas com peso político, que precisava de emprego. Era, pois, o regime do voto de favor barganhado pelo emprego de favor⁵¹.

Essa troca de apoio político por empregos públicos era muito interessante para a classe média, uma vez que seu objetivo de modo algum consistia em transformar radicalmente a estrutura social, senão tão somente equiparar o seu prestígio social ao das classes político-econômicas “superiores”, além de assegurar uma atividade econômica rentável. Por outro lado, essa troca também permitia aos grandes detentores de poderio econômico manter a ordem política nacional da forma como estava, mas mais do que isso, também lhe conferia *legitimidade*.

Em uma sociedade extremamente hierarquizada como era – e ainda é – a sociedade brasileira, *é preciso traduzir e legitimar o poderio econômico no idioma hierarquizante do sistema e esse idioma revela as linhas das classificações fundadas na pessoa, na intelectualidade e na consideração por uma rede de relações pessoais*⁵².

É por isso que não basta ser rico, é necessário ser doutor ou sábio, ou de preferência pertencer a alguma instituição ou corporação que conte com um exacerbado prestígio social, como é o caso dos órgãos do Estado⁵³.

Atualmente, esta temática reveste-se de um novo sentido. Como bem exposto por Zygmunt Bauman em sua obra *Vidas para consumo – a transformação das pessoas em mercadoria*, hoje em dia um indivíduo só tem valor social enquanto tiver capacidade socioeconômica de consumo. É o consumo que constrói a

⁴⁹ MOREIRA, Egon Bockmann. *Obra citada*, p. 70.

⁵⁰ MOREIRA, Egon Bockmann. *Idem, ibidem*.

⁵¹ LAFER, Celso. *apud* MOREIRA, Egon Bockmann. *Idem*, p. 70-71.

⁵² DAMATTA, Roberto. *Carnavais...*, p. 203.

⁵³ DAMATTA, Roberto. *Idem, ibidem*.

identidade da pessoa, mas também a possibilidade desta pessoa ser convertida ela mesma em mercadoria apta ao consumo⁵⁴.

Essa visão, entretanto, não se contrapõe àquela de que a pessoa precisa de um título sócioeconômico relevante, mas sim a complementa de acordo com as vicissitudes contemporâneas. A estabilidade financeira que os empregos públicos oferecem possibilita essa cultura consumista, a uma porque oferece o capital financeiro, a duas porque permite que estas pessoas sejam consumidas pela sociedade através do prestígio social que esse tipo de cargo oferece.

Jessé de Souza acerta ao lembrar os ensinamentos de Max Weber de que os ricos e privilegiados não querem apenas ser mais felizes, mas também se sentirem *legitimados* no privilégio⁵⁵. Essa legitimação ocorre pela assimilação dos interesses particulares dessa classe como uma espécie de virtude universal, como algo que deve ser aceito por todos, inclusive pelas pessoas que não pertencem àquele segmento social⁵⁶. No momento histórico atual, tal papel é assumido pela ideologia do mérito⁵⁷.

Segundo este sociólogo brasileiro, toda a “legitimação” social e política das sociedades contemporâneas reside na cuidadosa negação do caráter de classe da desigualdade social⁵⁸. A desigualdade social aceita contemporaneamente é aquela individualizada⁵⁹, aquela em que alguns indivíduos em função de seus talentos e/ou esforço (méritos) criam histórias de sucesso e prestígio, ao passo que outros, justamente por essa ausência de mérito, estão fadados ao anonimato.

Os privilégios, assim como o eram nos séculos anteriores, continuam sendo transmitidos como herança familiar e de classe. Entretanto, para que possam se perpetuar, mascaram sua origem e se travestem do argumento do talento especial ou do mérito⁶⁰. A ideologia da meritocracia só alcançou o sucesso que possui devido

⁵⁴ BAUMAN, Zigmunt. *Vida para consumo: transformação das pessoas em mercadoria*. p. 142.

⁵⁵ SOUZA, Jessé. *Obra citada*, p. 87.

⁵⁶ DAMATTA, Roberto. *Carnavais...*,

⁵⁷ SOUZA, Jessé. *Obra citada*, p. 120.

⁵⁸ SOUZA, Jessé. *Idem, ibidem*.

⁵⁹ SOUZA, Jessé. *Idem, ibidem*.

⁶⁰ SOUZA, Jessé. *Idem*, p. 43.

ao fato de ter encoberto a dimensão de caráter de classe, não do mérito em si, mas das condições sociais que permitem o mérito⁶¹.

A meritocracia tem um efeito direto sobre quem vem a compor o aparelho estatal, tendo em vista que a maior parte da contratação dos empregos públicos é realizada por meio de concursos cada vez mais concorridos devido, como já mencionado, ao prestígio social e à estabilidade financeira que proporcionam⁶².

Nesse sentido, Jessé Souza explica muito bem como as classes altas acabam ocupando a grande parte dos empregos públicos. Segundo o autor, o Estado necessita de *conhecimento útil* para se reproduzir e apenas os indivíduos, ou melhor, as classes sociais que têm acesso e possibilidade de *incorporar* esse conhecimento útil é que efetivamente possuem alguma chance de integrar o quadro estatal⁶³. No Brasil, essas classes são as médias-altas, pois elas possuem não somente a renda certa para tanto, como também o prestígio e o reconhecimento social que o permitem⁶⁴.

Importante frisar que esse processo evidencia como a renda econômica que advém desse “sucesso” é na verdade efeito e não causa das diferenças entre as classes sociais⁶⁵. É o capital sociocultural e não o capital em seu sentido puramente econômico que propicia o acesso a determinados tipos de sucesso, dentre eles a obtenção de um emprego público⁶⁶.

Os cargos de alto escalão, a seu turno, são preenchidos em sua grande maioria também por pessoas advindas das classes mais altas, uma vez que somente elas possuem recurso financeiro suficiente para financiar campanhas eleitorais ou estão em posição de estabelecer relacionamentos pessoais que lhes garantirão tais cargos.

Salvo algumas exceções, são esses os rostos do Estado brasileiro e são os interesses dessas pessoas que a “ordem pública” busca tutelar. Isso não quer dizer,

⁶¹ SOUZA, Jessé. *Obra citada*, p. 121.

⁶² Exemplo dessa fetichização dos concursos públicos é notoriamente presenciado nas faculdades de direito, pois a maioria dos alunos que procuram este curso o fazem visando à possibilidade de poderem participar de um concurso público, seja pelo fato do diploma de ensino superior em direito ser requisito obrigatório, seja como forma de estudar de forma mais aprofundada as matérias cobradas, vez que essas não raramente versam quase exclusivamente sobre questões jurídicas.

⁶³ SOUZA, Jessé. *Obra citada*, p. 119-120.

⁶⁴ SOUZA, Jessé. *Idem, ibidem*.

⁶⁵ SOUZA, Jessé. *Idem*, p. 46-47.

⁶⁶ SOUZA, Jessé. *Idem*, p. 79.

como bem argumenta Jessé de Souza, que existe uma “elite” má se reunindo na calada da noite para decidir como manter a obediência a essa ordem social⁶⁷. *O que existem são interesses que tendem a se reproduzir indefinidamente, permitindo o acesso permanente de alguns privilegiados a bens escassos*⁶⁸.

Tudo isso permite entender que, apesar do tipo penal de desacato oficialmente visar proteger a probidade da função pública, ele faticamente está operando de forma a garantir os interesses daquelas pessoas que compõem o quadro funcional estatal. Pode-se afirmar que o grande mito brasileiro é então esse grande mascaramento das diferenças de classe, em que interesses de classe são travestidos de verdade universal.

Ter uma visão *caxias* do direito é ignorar todo o que aqui já foi exposto, preferir acreditar que o Estado é o representante do povo, e não representante de setores da sociedade, pois assim o mundo ficaria dolorosamente concreto e povoado de crises e de interesses⁶⁹, e se tem uma coisa a que o *caxias* é avesso é a crises.

Contudo, não se pode ficar indefinidamente nessa posição alheia a realidade, é necessário abrir os olhos para os perigos do discurso da ordem e, para tanto, nada melhor do que mostrar o uso deturpado do discurso dos direitos humanos como forma de legitimar a sua própria violação. Dessa crise o *caxias* não pode escapar.

1.3. A FETICHIZAÇÃO PODE PODER E O VERDADEIRO PROPÓSITO DO CRIME DE DESACATO

Em relação ao modo como o Direito no geral é produzido e positivado, é necessário sempre ter em mente que toda criação jurídica reproduz determinados tipos de relações sociais, sendo a cultura jurídica brasileira, portanto, a

⁶⁷ SOUZA, Jessé. *Obra citada*, p. 50.

⁶⁸ SOUZA, Jessé. *Idem, ibidem*.

⁶⁹ DAMATTA, Roberto. *Carnavais...*, p. 233-234.

materialização das condições históricas e das contradições socioeconômicas⁷⁰ expostas acima.

De tal lógica também não escapa a construção do Direito Penal, direito criado para prevenir as ameaças diretas ao poder do Estado⁷¹ e não, como muitos creem, para a proteção efetiva de pessoas concretas.

Este fato fica ainda mais visível quando se contempla a história do ordenamento jurídico brasileiro. Como exemplifica Antonio Carlos Wolkmer, as questões relacionadas aos direitos civis e direitos à cidadania somente receberam uma maior atenção do legislador nas duas primeiras décadas do Século XX, quando da elaboração do Código Civil de 1916, ao passo que os primeiros Códigos Penal e de Processo Penal já haviam sido criados na época do Império⁷².

Este contexto ilustra bem como o positivismo possuiu colorações particulares no cenário nacional em comparação a outros ordenamentos jurídicos. Aqui, conforme leciona Vera Malaguti Batista, o positivismo não foi apenas uma maneira de pensar, profundamente enraizada na *intelligentsia* e nas práticas sociais e políticas brasileiras, mas sim uma maneira de tratar o povo, sempre como inferiorizado, patologizado, discriminado e, por fim, criminalizado⁷³. Resta assim evidente a importância que o direito penal assumiu e ainda assume na arte de governar a *terrae brasilis*.

É neste cenário sociocultural que se dá a positivação de tantos delitos, dentre eles, o de desacato. Apesar de não ser o escopo deste trabalho apresentar um histórico detalhado sobre a criação e a aplicação deste crime, é importante que sejam apontadas algumas notas históricas a seu respeito de modo a desconstruir a grande falácia que é a punição por este tipo penal.

Em um primeiro momento, é relevante frisar que a tipificação do delito de desacato não é novidade no ordenamento jurídico brasileiro. Embora seja lugar comum na literatura sobre desacato, especialmente na não-jurídica, a afirmação de que este crime foi instituído pela ditadura, essa afirmação, no entanto, apresenta dois equívocos. O primeiro deles é o fato de que essa expressão remete erroneamente à Ditadura Militar, sendo que foi durante a Ditadura de Vargas que se

⁷⁰ WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo Jurídico – Fundamentos de uma nova cultura no Direito*, p. 84.

⁷¹ WOLKMER, Antonio Carlos. *Idem*, p. 85.

⁷² WOLKMER, Antonio Carlos. *Idem*, p. 85-86.

⁷³ BATISTA, Vera Malaguti *apud* CARVALHO, Salo de. *Penas e Medidas de Segurança*, p. 133.

criminalizou a conduta nos moldes em que hoje se apresenta. O segundo equívoco é que a criminalização desta conduta remonta à época do Brasil Colônia, ou seja, não foi uma inovação jurídica realizada por alguma das ditaduras brasileiras, como será demonstrado na sequência.

A especial proteção dada aos funcionários públicos no exercício de suas atividades vem se consolidando desde a época das Ordenações Filipinas, legislação esta que previa como crime de lesa-majestade as injúrias perpetradas contra os magistrados ou seus oficiais em razão da função⁷⁴.

A primeira vez que esta conduta passou a ser criminalizada por normas de direito propriamente brasileiras foi com a criação do Código Criminal do Império em 1830, onde aparecia como uma forma de calúnia e/ou injúria qualificada^{75 76}.

Foi somente com o advento do Código de 1890 que se adotou o *nomen juris* de desacato para a conduta que atentasse contra a honra e o prestígio da Administração Pública⁷⁷. A única inovação trazida pelo Código Penal de 1940 no que tange à matéria foi a ampliação do alcance do tipo de injusto, passando este a abarcar tanto as ofensas proferidas contra funcionário público no exercício de suas funções quanto as ofensas motivadas em razão do seu ofício^{78 79}.

As disposições do delito de desacato previstas no Código Penal de 1940 remanescem vigentes e preveem a pena de detenção de seis meses a dois anos ou de multa para quem incorrer na conduta.

O bem jurídico que o tipo penal de desacato visa proteger, pelo menos oficialmente, é a Administração Pública e a honra do funcionário público⁸⁰. Através

⁷⁴ PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro – Parte especial – arts. 250 a 359-H*, v. 3, p. 683.

⁷⁵ PRADO, Luiz Regis. *Idem*, p. 684.

⁷⁶ O Código Criminal de 1830 considerava agravadas a calúnia e a injúria quando fossem cometidas “contra qualquer depositário ou agente de autoridade pública, em razão de seu ofício” (arts. 231 e 237). BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*, v. 5, p. 213.

⁷⁷ O Código Penal de 1890, em seu art. 134, punia a conduta de “desacatar qualquer autoridade ou funcionário público, em exercício de suas funções, ofendendo-o diretamente por palavras ou atos, ou faltando à consideração devida e à obediência hierárquica”. O delito era qualificado se o ato fosse praticado em sessão pública ou dentro de repartição pública. BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Idem*, p. 213-214.

⁷⁸ PRADO, Luiz Regis. *Obra citada*, p. 684

⁷⁹ A criminalização do crime de desacato faz-se presente no art. 331, do atual Código Penal, o qual dispõe, *in verbis*, “desacatar funcionário público no exercício da função ou em razão dela. Pena: detenção, de seis meses a dois anos, ou multa”.

⁸⁰ PRADO, Luiz Regis. *Obra citada*, p. 686.

da sua criminalização tenta-se preservar a moralidade, a respeitabilidade e a probidade administrativa⁸¹.

Para Cezar Roberto Bittencourt, ao criminalizar o desacato *objetiva-se, especificamente, garantir o prestígio e a dignidade da “máquina pública” relativamente ao cumprimento de determinações legais, expedidas por seus agentes*⁸².

A questão que se coloca nesse tocante é por que o legislador se preocupou tanto em preservar uma entidade como a Administração Pública. A resposta a esta pergunta está diretamente relacionada ao exercício do poder punitivo.

O que assegura a existência do Estado e, por consequência, a existência da Administração Pública e o exercício do poder punitivo, é a concepção *romântica*⁸³ de que todas as ações e omissões estatais são legítimas e tendentes à efetivação dos direitos humanos. Segundo esta concepção, *o Estado, como entidade derivada do contrato social, criaria condições de anulação das perversidades do homem natural e alavancaria o processo civilizatório*⁸⁴. O Estado, portanto, perpetua-se através do discurso da superação da barbárie, da guerra de todos contra todos.

Como garantidor indispensável dos direitos humanos, o Estado deve sobreviver. A soberania estatal, dentre outros fatores, é resguardada pelo seu direito à defesa e segurança e é esse direito que permite que o Estado crie normas jurídicas, inclusive de direito penal, para preservar a continuidade de sua existência⁸⁵.

No entanto, não são raras as vezes em que, sob o escudo da soberania estatal, esse direito à defesa e segurança, marcado por seu caráter genérico e ambivalente, torna-se hegemônico, acabando por se sobrepor e violar direitos fundamentais individuais sem a devida justificação moral ou política⁸⁶.

Essa visão liberal dos direitos humanos acaba por reduzi-los ao seu conteúdo formal (previsão normativa), ignorando que muitas vezes a efetivação destes direitos passa ao largo do âmbito jurídico. Essa visão fomenta o que Salo de

⁸¹ BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Obra citada*, p. 214.

⁸² BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Idem, ibidem*.

⁸³ CARVALHO, Salo de. *Antimanual...*, p. 212.

⁸⁴ CARVALHO, Salo de. *Idem, ibidem*.

⁸⁵ CALERA, Nicolás María López. *Obra citada*, p. 66.

⁸⁶ CALERA, Nicolás María López. *Idem, ibidem*.

Carvalho chama de fetichização das instituições⁸⁷, processo que faz com que as próprias instituições reivindiquem a titularidade de direitos subjetivos como segurança pública, saúde pública, ordem pública, ordem econômica, etc.⁸⁸.

No entanto, ocorre que o Estado não só não possui um direito penal subjetivo (notadamente o direito à punição - *ius puniendi*), como é ele próprio muitas vezes o principal responsável, seja por ação ou omissão, pela violação e/ou não satisfação dos direitos humanos⁸⁹.

Essa fetichização não apenas das instituições, mas também de seus operadores, leva à crença de que eles próprios são titulares de direitos aos quais os cidadãos devem estar submetidos, devem obedecer independentemente⁹⁰. Ocorre, assim, a absolutização dos interesses das agências estatais, inclusive - e principalmente - das agências de punitividade (agências detentoras da vontade de punir)⁹¹.

Luigi Ferrajoli explicita esse contrassenso com maestria ao afirmar que o Estado ao se propor como um valor supremo, como um bem em si mesmo, cuja defesa e conservação deve ser preservada através do direito, inverte o sentido do sistema de garantias fundamentais. As garantias que antes eram do cidadão face aos abusos do poder público passam a ser, após esse processo, do Estado e de suas instituições democráticas frente ao dissenso e à oposição dos cidadãos⁹². A existência de um tipo penal como o do desacato que visa, entre outros fins, cercear a liberdade de expressão (no sentido de vedar críticas ao poder estatal) é um exemplo perfeito dessa inversão do sistema de garantias.

Com isso, a concepção romântica do papel do Estado, associada a uma consequente fetichização das instituições, atribui ao Direito Penal a missão de tutelar bens jurídicos, fazendo com que, sob a justificativa da proteção dos direitos

⁸⁷ A expressão *fetichização das instituições* claramente remonta à ideia de *fetichização do poder* desenvolvida por Enrique Dussel. Para ele, a fetichização do poder ocorre quando o Estado se afirma como soberano, última instância do poder, fazendo com que seus agentes exerçam o poder a partir de sua autoridade autoreferente. Como toda função política, para o autor, tem como primeira referência e última o *poder da comunidade política* (ou do *povo*, em sentido estrito), todo poder que se exerce de forma autorreferente é corrompido, porque rompe com a ideia necessária de respeito a essa delegação de poder do povo. DUSSEL, Enrique. *20 teses políticas*, p. 16.

⁸⁸ CARVALHO, Salo de. *Antimanual...*, p. 225.

⁸⁹ CARVALHO, Salo de. *Idem, ibidem*.

⁹⁰ CARVALHO, Salo de. *Idem*, p. 212.

⁹¹ CARVALHO, Salo de. *Idem*, p. 213.

⁹² FERRAJOLI, Luigi *apud* CALERA, Nicolás María López. *Obra citada*, p. 14.

humanos, ocorra uma ampliação do rol das condutas puníveis e conseqüentemente do horizonte de projeção da punitividade⁹³.

Diante deste contexto, qualquer expansão do direito penal deve ser vista com reservas, tendo em vista que ao se operar com o poder punitivo, no mais das vezes está se operando com violências organizadas e dirigidas especificamente contra pessoas normalmente sócioeconomicamente vulneráveis. Isso não só evidencia que o direito penal não atua de forma isonômica na proteção dos direitos humanos, mas também que ele exerce seu poder majoritariamente de forma a perpetuar a própria violação destes, ocorrendo assim o que Salo de Carvalho chama de reversibilidade do discurso dos direitos humanos⁹⁴.

A sociedade brasileira é acostumada com essa reversibilidade do discurso de proteção do Estado, uma vez que foi com base na doutrina da segurança nacional que se fundamentou as sanguinárias ditaduras latino-americanas. Este tipo de discurso em que o Estado é um bem em si mesmo acaba por justificar qualquer ruptura com os limites de intervenção punitiva, já que os direitos e as garantias fundamentais passam a ser percebidos como óbices ou estorvos à concretização da meta oficial – a garantia dos direitos humanos⁹⁵.

Assim, Salo de Carvalho é preciso ao afirmar que

(...) ao valorizar e legitimar a ruptura dos direitos dos indivíduos e dos grupos sociais desde o discurso mesmo dos direitos humanos, contrapondo indivíduos, sociedade e/ou Estado, as instituições punitivas ocultam a satisfação dos seus próprios interesses⁹⁶.

O tipo penal de desacato serve exatamente a isso: à proteção dos interesses daqueles grupos sociais que compõem o quadro das instituições estatais, fato que resta comprovado pela simples análise da conduta criminalizada.

Segundo Luis Regis Prado, a conduta criminalizada por este tipo penal é a de *desacatar*, conduta esta que engloba as ações de afrontar, menoscabar, desprezar e humilhar⁹⁷. Para caracterizar o delito, é necessário que o agente direcione a sua ação ao funcionário público com o propósito de ofendê-lo, humilhá-

⁹³ CARVALHO, Salo de. *Antimanual...*, p. 206.

⁹⁴ CARVALHO, Salo de. *Idem*, p. 211.

⁹⁵ CARVALHO, Salo de. *Penas...*, p. 112-113.

⁹⁶ CARVALHO, Salo de. *Antimanual...*, p. 214.

⁹⁷ PRADO, Luiz Regis. *Obra citada*, p. 686.

lo, atentando contra o prestígio da função pública, o que pode se manifestar via palavras, gritos, vias de fato, gestos obscenos, ameaças, etc⁹⁸.

Não se deve olvidar que é pressuposto do delito que a ofensa seja proferida contra alguém que está no exercício da função ou que a conduta seja perpetrada em razão dela, ou seja, é exigido o chamado nexó funcional, uma vez que a tutela penal visa resguardar a função exercida pelo funcionário, não a sua pessoa⁹⁹.

Aspecto diverso do delito que merece destaque é a prescindibilidade de ofensa direta ao funcionário público. Se for ofendido, por exemplo, um parente próximo como mãe, esposa, etc, também restará caracterizado o delito, ainda que em sua modalidade indireta¹⁰⁰. Além disso, importante consignar que mesmo que o funcionário não se encontre no local em que habitualmente presta seus serviços quando do desacato, tal circunstância não afastaria a tipicidade da conduta¹⁰¹.

Para que ocorra a consumação do ato delituoso não é exigida a publicidade da ofensa, isto é, que ela seja irrogada na presença de outras pessoas além da vítima¹⁰², tampouco é necessário perquirir se o funcionário sentiu-se ou não ofendido, pois a tutela penal recai diretamente sobre a dignidade e o prestígio do cargo ou da função exercida pelo ofendido¹⁰³.

Por fim, cumpre ressaltar que o crime de desacato se assemelha e muito ao delito de injúria, diferenciando-se deste somente em relação ao sujeito passivo, uma vez que enquanto na injúria qualquer pessoa pode ser sujeito passivo, no desacato é indispensável essa especial condição de funcionário público para poder se exigir a tutela penal¹⁰⁴.

Apesar do tipo penal ter sido criado para garantir o normal funcionamento da Administração Pública e assegurar, ainda que indiretamente, o prestígio dos funcionários públicos, na prática acaba sendo utilizado para blindar o Estado e seus funcionários contra críticas e reclamações¹⁰⁵, fato que se tornou ainda mais notório no contexto pós-manifestações de 2013¹⁰⁶.

⁹⁸ PRADO, Luiz Regis. *Obra citada*, p. 686.

⁹⁹ PRADO, Luiz Regis. *Idem, ibidem*.

¹⁰⁰ PAGLIARO, Antonio; COSTA JR., Paulo José da. *Dos crimes contra a Administração Pública*, p. 211.

¹⁰¹ PAGLIARO, Antonio; COSTA JR., Paulo José da. *Idem, ibidem*.

¹⁰² PAGLIARO, Antonio; COSTA JR., Paulo José da. *Idem*, p. 212.

¹⁰³ PRADO, Luiz Regis. *Obra citada*, p. 687.

¹⁰⁴ PRADO, Luiz Regis. *Idem*, p. 686.

¹⁰⁵ ARTIGO 19. *Obra citada*, p. 125.

¹⁰⁶ ARTIGO 19. *Idem*, p. 126.

A ONG *Artigo 19*, organização não-governamental que atua em prol dos direitos humanos, tendo em vista o despreparo das autoridades oficiais em lidar com situações de protesto civil, resolveu fazer um relatório analisando minuciosamente as principais violações flagradas durante a onda de manifestações que tomaram o país no ano passado. O relatório *Protestos no Brasil 2013* chegou à conclusão de que foi dado tratamento penal a pleitos de cunho social, o que implicou num recrudescimento da criminalização dos movimentos sociais e das demandas da população¹⁰⁷.

Muitos policiais militares utilizaram este delito indiscriminadamente como forma de intimidar e humilhar os manifestantes. Parte dos participantes dos protestos foi denunciada por desacato como punição por terem se recusado a realizar procedimentos ilegais, por terem rebatido com ofensas as hostilidades dos policiais ou por terem tentado exprimir críticas e reclamações contra a atuação policial¹⁰⁸. Houve casos inclusive em que as pessoas foram indiciadas por desacato sem nem ao menos terem dirigido a palavra a um policial¹⁰⁹.

O delito de desacato, neste contexto, serviu como artimanha legal para abafar o debate público¹¹⁰, mostrando como é perigosa a persistência da sua existência no ordenamento jurídico de um Estado que se vende como um verdadeiro Estado Democrático de Direito.

Adotar uma postura *caxias* frente a existência do crime de desacato é ignorar esse uso deturpado dele, uso que, ao invés de primar pela proteção efetiva dos direitos humanos dos cidadãos, é responsável direto pela sua violação.

No entanto, o *caxias* também pode ser aquele que tem conhecimento dessas vicissitudes da realidade e, mesmo assim, ainda acredita que elas são necessárias para manter a ordem social, acreditando cegamente na capacidade do direito penal de impor a coesão social, falácia há muito desmentida. Para este tipo de *caxias* essa ordem desigual é necessária para manter a sociedade funcionando e o crime de desacato seria um dos instrumentos úteis a esse fim.

Segundo Roberto DaMatta, o risco de encarnar o papel do *caxias* é o de entrar totalmente na ordem e a reificar, perdendo a consciência de que as leis, atos

¹⁰⁷ MARQUES, Camila; QUINTANILHA, Karina; DAMÁSIO, Natália. *Decisões judiciais ameaçam a liberdade de expressão e manifestação*, p. 6.

¹⁰⁸ ARTIGO 19. *Obra citada*, p. 125.

¹⁰⁹ ARTIGO 19. *Idem*, p. 126.

¹¹⁰ MARQUES, Camila; QUINTANILHA, Karina; DAMÁSIO, Natália. *Obra citada*, p. 6.

e decretos foram criados dentro de um horizonte histórico bem determinado e que, com a passagem do tempo, este deixa de subsistir¹¹¹. Com isso, o *caxias* perde de visão o caráter temporário das normas, a sua possibilidade de modificação, pois leis, afinal, são relativizáveis¹¹².

Um operador do direito preocupado efetivamente com a justiça social não pode se deixar seduzir por esta visão *caxias* da sociedade e do direito. Não pode fechar os olhos para o fato de que clichês do senso comum foram incorporados pela “ciência jurídica” como forma de dar suporte ideológico às relações injustas e desiguais, relações estas agora reafirmadas com a “autoridade” da ciência¹¹³.

Salo de Carvalho rejeita enfaticamente a aceitação deste papel social ao combativamente afirmar que *cabe ao pensamento criminológico contemporâneo a percepção e a denúncia das violências (re)produzidas pela própria cultura criminológica através do seu discurso científico*¹¹⁴.

Como bem ressaltou Foucault, cada luta se desenvolve em torno de um foco particular de poder¹¹⁵. O foco deste trabalho é este rito abusivo de autoridade que é o desacato. Fala-se em luta, porque designar focos de poder, denunciá-los, falar do que ninguém fala, forçando a rede de informação institucional, é uma primeira inversão de poder, um primeiro passo para outras lutas contra o poder¹¹⁶. O discurso de luta não se opõe ao inconsciente; ele se opõe ao segredo¹¹⁷.

O presente trabalho escolheu o discurso da luta não do silêncio e, por isso, o próximo capítulo consistirá em um esforço em desconstruir a ideia de que as instituições estatais possuem um direito de punir. Tal desconstrução, por sua vez, somente será possível a partir de uma nova teoria da pena, uma teoria que não desconhece a inevitabilidade dos fatos de poder e que entende que o papel do direito penal não é justificá-los, mas sim limitá-los, buscando assim a maior efetivação possível dos direitos humanos daqueles que entram em contato com o sistema penal.

¹¹¹ DAMATTA, Roberto. *Carnavais...*, p. 270.

¹¹² DAMATTA, Roberto. *Idem, ibidem*, p. 270.

¹¹³ SOUZA, Jessé. *Obra citada*, p. 52.

¹¹⁴ CARVALHO, Salo de. *Antimanual...*, p. 86.

¹¹⁵ FOUCAULT, Michel. *Obra citada*, p. 45.

¹¹⁶ FOUCAULT, Michel. *Idem, ibidem*.

¹¹⁷ FOUCAULT, Michel. *Idem, ibidem*.

2. HORA DA RENÚNCIA – UM NOVO OLHAR SOBRE O CRIME DE DESACATO

A lei não é a pacificação, pois, sob a lei, a guerra continua a fazer estragos no interior de todos os mecanismos de poder, mesmo os mais regulares.

— Michel Foucault, Em defesa da sociedade

Se no capítulo anterior vimos o direito pelo ângulo do *caxias*, o presente capítulo buscará examinar uma alternativa ao sistema penal vigente, em especial no tocante ao delito de desacato, adotando uma postura que se assemelha à do personagem que Roberto DaMatta chamou de *renunciador*.

O *renunciador* é aquele que, por meio de instrumentos diversos e em níveis diferentes, rejeita o mundo social da forma como ele se apresenta¹¹⁸. Ao contrário do *caxias*, personagem que reforça a ordem social, o *renunciador* deseja outra realidade, uma realidade aonde os homens finalmente poderão realizar seus ideais de justiça e paz social¹¹⁹.

O *renunciador* seria o verdadeiro revolucionário num universo social hierarquizante, como é o caso do sistema social brasileiro¹²⁰, pois, ao rejeitar a ordem posta, o direito imposto, ele se propõe a criar uma nova realidade. Mas para negar qualquer realidade é preciso antes de tudo conhecê-la bem, principalmente em se tratando da realidade opressora e genocida do sistema penal nacional.

Estudar os sistemas penais não é importante somente àqueles que querem se aprofundar em questões de direito penal ou de criminologia. Os sistemas penais

¹¹⁸ DAMATTA, Roberto. *Carnavais...*, p. 265.

¹¹⁹ DAMATTA, Roberto. *Idem, ibidem*.

¹²⁰ DAMATTA, Roberto. *Idem, ibidem*.

traduzem aspectos centrais dos Estados que representam¹²¹ e é nisso que reside a principal relevância de seu estudo.

O Direito Brasileiro, através da produção normativa de uma estrutura política unitária concentrada no Estado (direito estatal), tende, segundo Wolkmer, a ocultar o comprometimento e os interesses econômicos da burguesia enriquecida, através de suas características de generalização, abstração e impessoalidade¹²².

Como já demonstrado, a estrutura formalista do direito, bem como as suas regras técnicas, dissimulam as contradições sociais e as condições materiais concretas¹²³. No entanto, não se restringem a essa dissimulação, também funcionando como legitimação destas relações desiguais. Exemplo disso é a persistência na legislação nacional do crime de desacato.

Uma vez tendo sido desvelada essa íntima relação entre direito penal e relações sociais desiguais, torna-se impossível continuar a aceitar uma teorização em torno do direito penal que não leve em consideração o que verdadeiramente acontece na realidade social brasileira¹²⁴. Construir um direito penal sem levar em consideração coisas como o comportamento real das pessoas, suas motivações, sua inserção social, as relações de poder que travam, etc, é construir não só um direito penal fadado ao fracasso, mas possibilitar e legitimar o exercício de um poder que atua de forma desmedida e brutal, como o comprova a triste realidade dos sistemas penais latino-americanos.

Sendo o direito penal uma programação de um exercício de poder¹²⁵, ele deve incorporar dados da realidade que o permitam efetivamente limitar o poder punitivo, dados como os que foram apresentados no primeiro capítulo, de forma a, se não acabar totalmente com a violência desmedida do Estado, pelo menos minimizá-la nos casos em que não exista outra alternativa.

Incorporar dados da realidade como forma de reconstrução do direito penal é um primeiro ato de rompimento com a realidade imposta – *um ato de renúncia*. Recuperar o verdadeiro propósito do direito penal – contenção do poder punitivo - é

¹²¹ CHRISTIE, Nils. *Obra citada*, p. 153.

¹²² WOLKMER, Antonio Carlos. *Obra citada*, p. 49.

¹²³ WOLKMER, Antonio Carlos. *Idem, ibídem*.

¹²⁴ ZAFFARONI, Eugénio Raúl. BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro*, p. 65.

¹²⁵ ZAFFARONI, Eugénio Raúl. BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Idem*, p. 64.

mais um passo. Alguns podem chamar isso de utópico, no entanto, não se pode esquecer, assim como não o fez Eduardo Galeano, que a utopia, apesar de inalcançável, serve para isso: para que nunca se deixe de avançar.

Este capítulo cuidará de analisar o sistema penal vigente em contraposição ao sistema penal que verdadeiramente se almeja em uma sociedade democrática, em que a pena perde seu caráter de legitimação do direito penal e passa a ser aplicada como efetiva forma de contenção do poder punitivo. Tal análise será feita a partir da perspectiva de dois renunciadores do sistema penal vigente – Raúl Eugênio Zaffaroni e Salo de Carvalho – que, a partir das concepções teóricas do realismo marginal e da teoria agnóstica da pena, propõem uma nova realidade, uma alternativa, ao que se entende como sistema penal.

2.1. A TENSÃO ENTRE O ESTADO DE POLÍCIA E O ESTADO DE DIREITO

Quando se pretende realizar um estudo sobre sistemas penais, a primeira coisa que deve ser esclarecida é que, ao contrário do que faz crer a enganosa publicidade que gira em seu entorno, *o sistema penal não se destina a fornecer proteção, segurança ou tranquilidade*¹²⁶.

Como bem explicita Maria Lúcia Karam em sua obra *Escritos sobre a liberdade*:

O sistema penal atua como mera manifestação de poder, servindo tão somente como instrumento de dominação, como instrumento de que se valem os mais diversos tipos de Estado para obter uma disciplina ou um controle sociais que resultem funcionais para manter e reproduzir a organização e o equilíbrio global das formações sociais historicamente determinadas nas quais surgem¹²⁷.

¹²⁶ KARAM, Maria Lúcia. *Escritos sobre a liberdade* - Recuperar o desejo da liberdade e conter o poder punitivo, p. 23.

¹²⁷ KARAM, Maria Lúcia. *Idem, ibidem*.

Para Zaffaroni, na América Latina vigem dois tipos distintos de Estado: o Estado de Polícia e o Estado de Direito. A existência de um não impede a presença simultânea de outro, uma vez que, sendo modelos ideais, não é possível encontrar nenhum deles em sua forma pura e total na realidade. Na prática, o que se encontra são elementos de um e de outro que coexistem e lutam, combinando-se através de medidas diversas e de modo instável e dinâmico¹²⁸, tendo este processo impacto direto no funcionamento do sistema penal.

Segundo o autor, o Estado de Polícia seria um modelo de estado em que um grupo, classe ou segmento social dirigente assume a tarefa de definir unilateralmente o que é bom ou possível, tendo a sua decisão força de lei¹²⁹. Nessa espécie de estado, a relação do cidadão (se é que se pode falar em cidadão) com a lei é de submissão, consistindo esta em sinônimo de obediência ao governo¹³⁰.

Como a consciência do bom aqui pertence à classe hegemônica, o tipo de justiça que se busca neste modelo de estado é a justiça dita *substancialista*, justiça que pauta uma construção do direito a partir de uma perspectiva *transpersonalista*. Tal perspectiva faz com que produção do direito direcione o seu enfoque à proteção de entidades meta-humanas como estado, mercado, ordem pública, segurança pública, etc¹³¹, categorias como se pode observar etéreas, de difícil definição. E é justamente nessa ausência de definição precisa, no amplo espaço de arbítrio possibilitado, que reside o perigo do Estado de Polícia.

Priorizar a proteção de bens jurídicos desta natureza, em detrimento de vidas humanas concretas, implica em não só despersonalizar indivíduos, mas também toda a sociedade¹³². Essa despersonalização possui implicações terríveis, uma vez que, priorizando-se valores como a segurança pública em perspectiva a condutas delituosas futuras, abre-se margem para legitimar e alargar o controle

¹²⁸ ZAFFARONI, Eugénio Raúl. BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Obra citada*, p. 95.

¹²⁹ ZAFFARONI, Eugénio Raúl. BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Idem*, p. 93.

¹³⁰ ZAFFARONI, Eugénio Raúl. BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Idem, ibidem*.

¹³¹ ZAFFARONI, Eugénio Raúl. BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Idem*, p. 93-94.

¹³² ZAFFARONI, Eugénio Raúl. *O inimigo...*, p. 20.

social punitivo¹³³. Invoca-se com base em uma pretensa periculosidade uma necessidade de segurança *que não conhece lei nem limites*¹³⁴.

Nesse sentido, Zaffaroni corretamente aduz que *a estrita medida da necessidade é a estrita medida de algo que não tem limites, porque esses limites são estabelecidos por quem exerce o poder*¹³⁵, residindo aí o perigo de se usar o discurso de proteção de institutos tão etéreos.

Cada sociedade tem o seu regime de verdade, isto é, os tipos de discurso que acolhe e faz funcionar como verdadeiros¹³⁶, sendo o poder o que lhes atribui esses efeitos de veracidade¹³⁷. Tendo em vista que é no sistema penal que o poder se mostra de maneira mais clara¹³⁸, seria ingênuo acreditar que este escapou da criação de verdades funcionais ao exercício do poder punitivo, exemplo disso é a grande publicidade que foi e é dada ao mito do direito penal garante da segurança e da felicidade da sociedade.

O que é fascinante a respeito do poder exercido no sistema penal, em sua modalidade repressiva, é que ele não se esconde, não se mascara cinicamente, já que é inteiramente justificado por esse mito de luta entre o Bem e o Mal, entre a preservação da ordem e a desordem¹³⁹.

O que preserva e perpetua esse discurso é a *frontalidade* das leis penais. Todas as leis autoritárias, como o são as leis penais do Estado de Polícia, têm dois destinatários: os autocratas (classes superiores), a quem o legislador deve agradar para continuar a exercer a sua posição social de prestígio; e o público, para o qual as leis penais servem como forma de propaganda do Estado, demonstrando que este está interessado em defendê-lo e protegê-lo¹⁴⁰.

Zaffaroni fala em frontalidade, pois parte de uma comparação entre o sistema penal e o teatro cortesão, uma vez que ambos marcam-se pelo fato de nunca virar as costas para o espectador, sempre lhe recordando que o espetáculo

¹³³ ZAFFARONI, Eugénio Raúl. *O inimigo...*, p. 21.

¹³⁴ ZAFFARONI, Eugénio Raúl. *Idem*, p. 25.

¹³⁵ ZAFFARONI, Eugénio Raúl. *Idem, ibidem*.

¹³⁶ FOUCAULT, Michel. *Obra citada*, p. 10.

¹³⁷ FOUCAULT, Michel. *Idem*, p. 7.

¹³⁸ FOUCAULT, Michel. *Idem*, p. 43.

¹³⁹ FOUCAULT, Michel. *Idem, ibidem*.

¹⁴⁰ ZAFFARONI, Eugénio Raúl. *O inimigo...*, p. 56.

ali proposto se dirige a ele¹⁴¹. A frontalidade é, portanto, uma característica de todo regime autocrático, não escapando dela o Estado de Polícia¹⁴².

Contudo, é necessário ressaltar que, embora as leis se dirigissem tanto ao autocrata quanto ao público, não é possível afirmar que elas fossem bifrontes¹⁴³. A *frontalidade* existe apenas para produzir um discurso com efeitos de verdade que legitimasse a expansão do controle social punitivo e é através dela que o sistema penal perpetua a convicção de que *um mundo em desordem pode ser ordenado com disciplina imposta através de repressão indiscriminada*¹⁴⁴.

Ainda que seja um discurso que seduz a plateia, o público não deve se esquecer de que a lógica que preside as ideias e teorias a respeito dos crimes e das penas – independente de quais sejam – é a lógica perversa da violência, da submissão e da exclusão¹⁴⁵.

A visão de que interesses etéreos em favor de uma abstrata sociedade devessem prevalecer sobre os direitos individuais não esconde o seu viés totalitário. Nesse sentido, Maria Lúcia Karam é precisa ao afirmar que *a sociedade não é algo abstrato, mas sim o conjunto de indivíduos concretos, só sendo possível legitimar esses ditos interesses da sociedade quando referidos a bens ou direitos individualizáveis*^{146 147}.

Tal esquecimento vai na contramão de tudo o que vem sendo construído em torno do princípio da dignidade da pessoa humana, dignidade esta que implica no reconhecimento de que o indivíduo é um fim em si mesmo, que não pode ser instrumentalizado para a realização de fins estatais ou de qualquer outra natureza, incluída aí a questão da segurança ou ordem pública¹⁴⁸.

Ao substituir o desejo de liberdade pelo de segurança, está-se, na verdade, negando a eficácia dos direitos fundamentais e invertendo os postulados orientadores do Estado de Direito Democrático¹⁴⁹, Estado que segundo a

¹⁴¹ ZAFFARONI, Eugénio Raúl. *O inimigo...*, p. 56.

¹⁴² ZAFFARONI, Eugénio Raúl. *Idem*, p. 57.

¹⁴³ ZAFFARONI, Eugénio Raúl. *Idem, ibidem*.

¹⁴⁴ ZAFFARONI, Eugénio Raúl. *Idem*, p. 76.

¹⁴⁵ KARAM, Maria Lúcia. *Para conter e superar a expansão do poder punitivo*, p. 106.

¹⁴⁶ KARAM, Maria Lúcia. *Idem*, p. 111.

¹⁴⁷ KARAM, Maria Lúcia. *Escritos...*, p. 7.

¹⁴⁸ KARAM, Maria Lúcia. *Idem, ibidem*.

¹⁴⁹ KARAM, Maria Lúcia. *Idem*, p. 6.

Constituição Federal e outros instrumentos normativos seria o tipo de estado oficial e a segunda modalidade de estado a qual Zaffaroni faz referência, merecendo, portanto, um pouco mais de reflexão a seu respeito.

O Estado de Direito seria aquele em que o bom é decidido pela maioria, sem desconsiderar os direitos das minorias. Neste modelo de estado, as regras são anteriormente estabelecidas em prol da sociedade como um todo, não sendo meras decisões transitórias, o que faz com que todos os grupos, hegemônicos ou não, devam as acatar¹⁵⁰.

Segundo Zaffaroni, o tipo de justiça que prevalece nesta modalidade estatal é a *procedimental*, pois parte-se do pressuposto indeclinável de que todo homem é igual em direitos¹⁵¹, o que implica numa construção do direito de caráter *personalista*, ou seja, voltado para seres humanos concretos¹⁵².

No que tange aos conflitos sociais, as atitudes do Estado de Direito e do Estado de Polícia são claramente antagônicas, pois, ao passo que o primeiro se preocupa em resolver tais conflitos, em lhes apresentar soluções, o Estado de Polícia deseja somente suprimi-los¹⁵³, sem levar em consideração os fatores que os produziram e que possivelmente continuarão a lhes produzir.

Enquanto no modelo de Estado dito policial cria-se a figura fluida do inimigo, em que inimigo é todo aquele que confronta o discurso oficial¹⁵⁴, passando a ser considerada subversiva ou traidora qualquer resistência ou limitação jurídica que se pretenda opor ao poder¹⁵⁵, o Estado de Direito, por sua vez, alimenta-se e se sustenta pela possibilidade da plena liberdade de expressão, inclusive a liberdade de criticar, e pela limitação da arbitrariedade e violência do poder punitivo.

Importa ressaltar uma vez mais que tanto o Estado de Direito quanto o Estado de Polícia são apenas modelos ideais de Estado, que se encontram em

¹⁵⁰ ZAFFARONI, Eugénio Raúl. BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Obra citada*, p. 93.

¹⁵¹ ZAFFARONI, Eugénio Raúl. BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Idem*, p. 93-94.

¹⁵² ZAFFARONI, Eugénio Raúl. BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Idem*, p. 94.

¹⁵³ ZAFFARONI, Eugénio Raúl. BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Idem*, p. 94-95.

¹⁵⁴ ZAFFARONI, Eugénio Raúl. *O inimigo...*, p. 78.

¹⁵⁵ ZAFFARONI, Eugénio Raúl. *Idem*, p. 149.

maior ou menor grau nas sociedades contemporâneas, não existindo, por consequência, de forma pura em nenhuma delas.

A tensão produzida pela sua coexistência é o que faz com que os direitos, principalmente os direitos humanos, nunca se realizem completamente. A tensão no ordenamento jurídico atual se dá justamente pelo fato de que, muito embora nossa Constituição tenha estabelecido formalmente um Estado de Direito, ainda persistem elementos de direito penal típicos do Estado de Polícia¹⁵⁶, consequência inarredável da história brasileira, uma vez que não se pode negar os efeitos nocivos produzidos em uma ditadura pautada na etérea categoria da Segurança Nacional, categoria que legitimou toda uma série de abusos por parte do aparelho estatal¹⁵⁷, que ainda encontram eco na sociedade.

É a presença desta tensão que faz com Zaffaroni afirme que a tarefa do direito penal é aberta e inconclusa, um *unfinished*¹⁵⁸, pois é um projeto que deve buscar a sua constante transformação a fim de evitar a permanência ou a criação de novos dispositivos legais que legitimem as práticas penais temerosas típicas dos Estados Policiais.

Existe assim uma *dialética contínua no Estado de direito real, concreto ou histórico, entre este e o Estado de polícia. O Estado de polícia que o Estado de direito carrega em seu interior nunca cessa de pulsar, procurando furar e romper os muros que o Estado de direito lhe coloca*¹⁵⁹.

Acabar com o Estado de Polícia implicaria em uma redução radical ou a própria abolição do poder punitivo¹⁶⁰, contudo é preciso ter em mente que a extrema seletividade do poder punitivo é uma característica estrutural que pode ser atenuada, mas não suprimida¹⁶¹. Sendo o direito penal o muro de contenção mais frágil do Estado de Polícia, faz sentido que este seja o campo preferido das suas

¹⁵⁶ ZAFFARONI, Eugénio Raúl. BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Obra citada*, p. 96.

¹⁵⁷ ZAFFARONI, Eugénio Raúl. *O inimigo...*, p. 146.

¹⁵⁸ ZAFFARONI, Eugénio Raúl. BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Obra citada*, p. 96.

¹⁵⁹ ZAFFARONI, Eugénio Raúl. *O inimigo...*, p. 170.

¹⁶⁰ ZAFFARONI, Eugénio Raúl. *Idem, ibidem*.

¹⁶¹ ZAFFARONI, Eugénio Raúl. *Idem, ibidem*.

pulsões¹⁶², utilizando-se de todo e qualquer espaço concedido para estender-se até chegar ao Estado Absoluto¹⁶³.

Um exercício do poder punitivo que implica na reprodução de antagonismos sociais e de um modelo de sociedade verticalista disciplinante *não pode senão identificar-se como um capítulo do modelo de Estado de Polícia que sobrevive dentro do Estado de Direito*¹⁶⁴. Dado o histórico político-social das recentes democracias latino-americanas, deve-se sempre operar com o fato de que quanto mais habilitações o poder punitivo tiver nas legislações, maior será a possibilidade de incidência do arbítrio seletivo das agências de criminalização secundária e menores poderão ser os controles e contenções do poder jurídico a seu respeito¹⁶⁵.

É por isso que é preciso tomar cuidado com um sistema penal que se vende formalmente como um Estado Democrático de Direito, mas que materialmente não atende aos pressupostos deste. Essa ilusão permite e justifica um exercício do poder punitivo fundado na pretensa neutralidade da legalidade¹⁶⁶, um exercício que faz-se notoriamente de forma desigual e desproporcional

Como mencionado no primeiro capítulo, boa parte do poder punitivo, especialmente o seu exercício positivo/configurador, exerce-se fora das limitações estabelecidas pelo direito penal e processual penal, o que importa dizer que o sistema penal atual, ao se apresentar como democrático, nada mais é do que um embuste, pois afirma dispor de um poder que na verdade não possui, ocultando com isso o verdadeiro poder que exerce¹⁶⁷. Frise-se, *o principal e mais importante exercício de poder do sistema penal se realiza dentro de um modelo de arbitrariedade concedida pela própria lei*¹⁶⁸.

¹⁶² ZAFFARONI, Eugénio Raúl. *O inimigo...*, p. 170.

¹⁶³ ZAFFARONI, Eugénio Raúl. *Idem*, p. 167.

¹⁶⁴ ZAFFARONI, Eugénio Raúl. BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Obra citada*, p. 96.

¹⁶⁵ ZAFFARONI, Eugénio Raúl. *O inimigo...*, p. 170.

¹⁶⁶ WOLKMER, Antonio Carlos. *Obra citada*, p. 49.

¹⁶⁷ ZAFFARONI, Eugénio Raúl. *Em busca...*, p. 26.

¹⁶⁸ ZAFFARONI, Eugénio Raúl. *Idem*, p. 29.

Um direito penal que procure legitimar, justificar, essa dissimulação é, portanto, simultaneamente, legitimação também dos componentes do Estado de Polícia e atua em detrimento do Estado de Direito¹⁶⁹.

Para justificar essa legitimação, o discurso jurídico-penal sempre se baseou em ficções e metáforas¹⁷⁰, dentre elas, as várias teorias da pena. Por isso, faz-se imprescindível à renúncia do sistema penal abusivo vigente a desconstrução destas, atribuindo a pena um novo papel num sistema penal efetivamente democrático.

2.2. PENA – O MITO FUNDANTE DO SISTEMA PENAL

O que distingue o direito das demais instâncias informais de controle social é a sanção, isto é, não é possível conceber uma ordem jurídica sem a possibilidade de coerção¹⁷¹.

A pena seria a sanção mais rigorosa possível dentro do ordenamento jurídico, apresentando forma e conteúdo distintos das sanções previstas para os ilícitos extrapenais¹⁷². Seu impacto é tão grande que é a possibilidade de sua aplicação que caracteriza toda uma espécie do gênero direito: o direito penal¹⁷³.

A pena seria assim o mito fundante do direito penal.

Mito porque a narrativa da pena é a solução que o imaginário coletivo social encontrou para tensões, conflitos e contradições que não encontram outros caminhos para serem resolvidos no nível da realidade¹⁷⁴.

Fundante porque quando se fala em fundação, a imagem que se evoca é a de um momento passado imaginário, de algo que se situa para além do tempo, fora

¹⁶⁹ ZAFFARONI, Eugénio Raúl. BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Obra citada*, p. 96.

¹⁷⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca...*, p. 48.

¹⁷¹ CARVALHO, Salo de. *Penas...*, p. 39.

¹⁷² CARVALHO, Salo de. *Idem*, p. 144.

¹⁷³ CARVALHO, Salo de. *Idem, ibidem*.

¹⁷⁴ CHAUI, Marilena. *Obra citada*, p. 5-6.

da história¹⁷⁵. Segundo Marilena Chauí, *a marca peculiar da fundação é a maneira como ela põe a transcendência e a imanência do momento fundador: a fundação aparece como emanando da sociedade (...) e, simultaneamente, como engendrando essa própria sociedade da qual emana*¹⁷⁶.

A pena é o mito fundante do direito penal justamente porque se impõe como a única solução definitiva para os conflitos sociais que envolvem aquelas condutas criminalizadas, como algo que a sociedade racionalmente e consensualmente escolheu.

A pena representa no sistema penal aquilo que Marilena Chauí chama de *semióforo*. Para a autora, um semióforo é *um signo trazido à frente ou empenhado para indicar algo cujo valor não é medido por sua materialidade e sim por sua força simbólica*¹⁷⁷. É na sua exposição perante a sociedade que se produz a sua significação e existência¹⁷⁸ - que se dá a celebração da unidade indivisa dos que compartilham uma crença comum ou um passado comum¹⁷⁹.

Não se pode olvidar, contudo, que os semióforos também são signos de poder e prestígio¹⁸⁰, utilizados como posse e propriedade daqueles que detêm o poder para produzir e conservar um sistema de crenças ou um sistema de instituições que lhes permite dominar um meio social¹⁸¹.

Para legitimar o exercício do poder político, precisa-se construir um semióforo fundamental¹⁸², que servirá de base para todos os semióforos de determinado sistema. O semióforo do poder punitivo é a pena. Esta caracterização é visível porque a lógica punitiva funciona com base no binômio crime-pena.

Sendo a pena a única resposta jurídica possível na contemporaneidade em face do reconhecimento da existência de um crime¹⁸³, faz sentido que a resposta à pergunta “*por que punir?*” seja responsável por fixar os horizontes de intervenção

¹⁷⁵ CHAUÍ, Marilena. *Obra citada*, p. 6-7.

¹⁷⁶ CHAUÍ, Marilena. *Idem, ibídem*.

¹⁷⁷ CHAUÍ, Marilena. *Idem*, p. 8-9.

¹⁷⁸ CHAUÍ, Marilena. *Idem*, p. 9.

¹⁷⁹ CHAUÍ, Marilena. *Idem*, p. 10.

¹⁸⁰ CHAUÍ, Marilena. *Idem, ibídem*.

¹⁸¹ CHAUÍ, Marilena. *Idem, ibídem*.

¹⁸² CHAUÍ, Marilena. *Idem*, p. 11.

¹⁸³ CARVALHO, Salo de. *Penas...*, p. 144.

das mais distintas teorias do direito penal¹⁸⁴. Para Salo de Carvalho, ela é o que confere as condições de possibilidade dos demais discursos que sustentam o sistema penal: os critérios de imputação (direito penal), as formas de instrumentalização e de incidência das normas (teorias do processo penal), os rumos da criminalização (política criminal) e a imagem dos atores envolvidos no delito e na sua repressão (criminologia)¹⁸⁵.

Pode-se concluir, então, que historicamente o direito penal tem se instrumentalizado a partir da atribuição de fins para a pena, independentemente se essa finalidade está adequada ou não à real experiência punitiva¹⁸⁶.

Uma das principais conquistas do projeto modernidade foi o sequestro do monopólio da pena (da coação legítima). Contudo, a concentração do poder punitivo nas mãos de um soberano e, num segundo momento, nas mãos do Estado-nação, carecia de legitimidade, tendo sido necessário, portanto, que tal sequestro fosse racionalizado. Foi pelo propósito de legitimar o monopólio da violência que passaram a ser desenvolvidas as teorias fundamentadoras da pena.

As grandes narrativas sobre a punição (teorias da pena) surgem, portanto, invocando uma pretensão de cientificidade para operar a racionalização do poder soberano¹⁸⁷. Por isso é possível afirmar que não passam de estereótipos abstratos de justificação¹⁸⁸ do exercício de um poder por essência irracional.

Salo de Carvalho observa acertadamente que estas teorias seguem o padrão das *metanarrativas*, ou seja, em maior ou menor grau de complexidade optam pela criação de discursos altamente abstratos de justificação dos quais deriva uma cadeia de princípios e de pressupostos delineadora da intervenção punitiva em todos os níveis do direito penal¹⁸⁹.

Enquanto metanarrativas, procuram a criação de sistemas universais de legitimação dotados de harmonia e de completude, isto é, buscam criar um sistema sem contradições ou lacunas¹⁹⁰. E é justamente por essa busca de um sistema

¹⁸⁴ CARVALHO, Salo de. *Antimanual...*, p. 259.

¹⁸⁵ CARVALHO, Salo de. *Penas...*, p. 47.

¹⁸⁶ CARVALHO, Salo de. *Idem*, p. 145-146.

¹⁸⁷ CARVALHO, Salo de. *Idem*, p. 46.

¹⁸⁸ CARVALHO, Salo de. *Idem*, p. 47.

¹⁸⁹ CARVALHO, Salo de. *Idem*, p. 93.

¹⁹⁰ CARVALHO, Salo de. *Idem, ibidem*.

fechado em si que esses discursos, mesmo reconhecendo a crise do sistema punitivo, são reticentes ou negam a possibilidade de se repensar o modo como o poder punitivo é exercido e controlado¹⁹¹.

Já se justificou a pena com base nos critérios retributivista, de prevenção geral, de prevenção especial negativa e positiva (ressocialização), entre outros. Porém, nenhuma dessas justificativas foi apta a encontrar um sentido para a pena. Uma após a outra foi sendo substituída e os problemas permaneceram.

Desse rol também faz parte o modelo garantista de direito penal, modelo este que parte de um utilitarismo reformado a partir do argumento da pena mínima necessária, *concebendo como fim da punição não apenas a prevenção de injustos delitos, mas, principalmente, a prevenção da reação informal, selvagem, espontânea, arbitrária que a sua falta poderia ensejar injustos castigos*¹⁹², aparecendo a pena como instrumento normativo de garantia do direito do infrator em não ser punido senão pelo Estado¹⁹³.

Muito embora o garantismo tenha representado um grande avanço em relação as outras teorias da pena, ele ainda padece do mesmo problema que suas predecessoras: *o desprezo pela realidade viva das violências inerentes aos sistemas punitivos, cuja consequência se mede no custo de vidas humanas que produz, sobretudo na realidade periférica, é, no mínimo, uma inconsequência teórica*¹⁹⁴. Além disso, ainda persiste no erro de tentar produzir um metadiscurso.

Como bem aduz Salo de Carvalho, no atual *estado da arte penalógica* estão exauridas não apenas as grandes narrativas justificadoras como estão esgotadas as suas possibilidades de reconstrução¹⁹⁵. Indicativo desse exaurimento é a presença na atualidade da coexistência de diversas teorias penalógicas que tentam dar conta de fenômenos criminológicos bem específicos¹⁹⁶. A criminologia feminista, por exemplo, busca estudar a criminalidade doméstica e sexual, ao passo que a criminologia cultural analisa o fenômeno social crime tentando estabelecer a relação

¹⁹¹ CARVALHO, Salo de. *Penas...*, p. 93.

¹⁹² CARVALHO, Salo de. *Idem*, p. 115.

¹⁹³ CARVALHO, Salo de. *Idem, ibidem*.

¹⁹⁴ CARVALHO, Salo de. *Idem*, p. 118.

¹⁹⁵ CARVALHO, Salo de. *Idem*, p. 124.

¹⁹⁶ CARVALHO, Salo de. *Idem, ibidem*.

entre este e a cultura e mídia¹⁹⁷. A resposta que uma encontra para seu objeto de estudo, encontraria pouco ou nenhum respaldo em relação a outras espécies de crime, revelando-se aí a impossibilidade de se pensar em um metadiscurso a respeito da criminalidade.

Todas as teorias positivas da pena possuíam a seguinte estrutura argumentativa, conforme relata Zaffaroni:

(...) atribuem à pena uma determinada função manifesta; atribuem ao direito penal a interpretação das leis que predispoem uma coerção ajustada a essa função (excluem as demais coerções predispostas em outras leis ou em nenhuma); a partir do relacionamento interpretativo das coerções com a função atribuída, as agências jurídicas decidem a seu respeito em cada caso, com exclusão de toda a restante coerção estatal¹⁹⁸.

Tal estrutura deixa de fora duas questões essenciais para se entender o atual funcionamento dos sistemas punitivos. A primeira delas é o fato de que, ao adotar a supracitada estrutura, as teorias da pena ignoram toda a coerção estatal que não corresponde à função atribuída e que, por definição arbitrária, não é considerada formalmente punitiva, ainda que materialmente o seja¹⁹⁹. Confunde-se assim o poder punitivo lícito com o poder punitivo puro e simples, ignorando que este segundo também pode ser exercido de formas ilícitas²⁰⁰.

No que diz respeito a esta temática, Zaffaroni acertadamente pontua que

Pretender isolar as funções reais da pena do poder punitivo é uma formalização jurídica artificial: o maior poder do sistema penal não reside na pena, mas sim no poder de vigiar, observar, controlar movimentos e ideias, obter dados da vida privada e pública, processá-los, arquivá-los, impor penas e privar de liberdade sem controle jurídico, controlar e suprimir dissidências, neutralizar as coalizões entre desfavorecidos etc²⁰¹.

¹⁹⁷ CARVALHO, Salo de. *Antimanual...*, p. 89.

¹⁹⁸ ZAFFARONI, Eugénio Raúl. BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Obra citada*, p. 97.

¹⁹⁹ ZAFFARONI, Eugénio Raúl. BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Idem*, *ibidem*.

²⁰⁰ ZAFFARONI, Eugénio Raúl. BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Idem*, *ibidem*.

²⁰¹ ZAFFARONI, Eugénio Raúl. BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Obra citada*, p. 98.

Outra questão que escapa a essa construção argumentativa reside na consequência de se adotar uma função positiva para a pena. Visualizar a pena como algo positivo, como algo que salva a sociedade da barbárie, não só a legitima enquanto forma de resolução de conflitos, mas também permite que a partir dela todo um direito penal seja elaborado, levando-se, inclusive, a defesa de um direito penal subjetivo cujo titular seria o próprio Estado²⁰². E é notório o rumo que um Estado toma ao adotar tal perspectiva penalógica – o caminho sem volta do totalitarismo.

O fracasso de todas as metanarrativas relativas à justificação da pena, impulsionado principalmente pela percepção sobre o impacto que a experiência punitiva gera nos criminalizados e nos distintos grupos sociais, torna insustentável a crença nas doutrinas de legitimação²⁰³.

Diante disso, cabe ao pensamento crítico contemporâneo buscar novas perspectivas, distintas da revitalização de antigas teorias e avessas à falsa estabilidade anunciada pelos discursos de unificação²⁰⁴. *Novas perspectivas que tenham como princípio a descrença nos mitos legitimantes e o reconhecimento da complexidade das relações sociais nesta era além-da-modernidade*²⁰⁵.

Salo de Carvalho foi extremamente lúcido ao concluir que *o problema central da penologia é o de que os discursos de justificação (teorias da pena), invariavelmente, naturalizam as consequências perversas e negativas da realidade concreta*²⁰⁶.

Ignorando-se a realidade do poder, o discurso do direito penal serve somente como legitimador de um poder que não é jurídico, mas sim policial, político, comunicacional e também subterrâneo (ilícito)²⁰⁷. Ao incorporar esse papel de legitimação, o discurso jurídico acaba por criar a ilusão de que o Estado tem um

²⁰² ZAFFARONI, Eugénio Raúl. BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Idem*, p. 97.

²⁰³ CARVALHO, Salo de. *Penas...*, p. 125.

²⁰⁴ CARVALHO, Salo de. *Idem, ibidem*.

²⁰⁵ CARVALHO, Salo de. *Idem, ibidem*.

²⁰⁶ CARVALHO, Salo de. *Idem*, p. 41.

²⁰⁷ ZAFFARONI, Eugénio Raúl. BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Obra citada*, p. 71.

direito subjetivo de punir, o que, em última análise, importaria em reduzir a razão de direito à razão de Estado, fenômeno característico dos Estados autoritários²⁰⁸.

O que deve ficar claro é que os discursos de racionalização da pena servem exclusivamente para justificar a expansão do poder punitivo, Nas palavras de Salo de Carvalho, *as narrativas fundamentadoras se transformam sempre em mecanismos de potencialização das retaliações aos dissidentes (inimigos internos ou externos)*²⁰⁹.

Tendo a pena perdido o seu sentido jurídico, permanecendo como inflição de dor sem sentido²¹⁰, a conclusão a que se chega é a de que ela simbolizaria na verdade a própria negação do direito²¹¹. Isto quer dizer que a pena é algo não jurídico, que escapa a lógica do direito porque consiste numa violação grave de direitos, ainda que sob o manto da legalidade.

A falta de racionalidade da pena (inflição de dor sem sentido) deriva do fato de que ela não é instrumento idôneo para a solução de conflitos²¹². Sendo assim, órfã de racionalidade, a pena há séculos procura um sentido, mas não o encontra, simplesmente porque *não tem sentido a não ser como manifestação de poder*²¹³.

A partir do momento em que a pena perde seu sentido jurídico, é possível reconhecer o seu verdadeiro caráter (o caráter político) e assim trabalhar com ela, teórica e praticamente, de forma a, se não lhe extinguir, então minimizar os danos que causa. Por isso, na sequência cabe agora explicitar o porquê de se tomar a pena como uma medida política e não jurídica e quais implicações lógicas e práticas tal reconhecimento teria no direito penal.

²⁰⁸ CARVALHO, Salo de. *Penas...*, p. 147-148.

²⁰⁹ CARVALHO, Salo de. *Idem*, p. 158.

²¹⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca...*, p. 12.

²¹¹ CARVALHO, Salo de. *Penas...*, p. 158.

²¹² ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca...*, p. 203.

²¹³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Idem*, p. 204.

2.3. TEORIA AGNÓSTICA DA PENA E O REALISMO MARGINAL

A promulgação da Constituição Federal de 1988 representou um grande avanço no que diz respeito aos discursos a respeito da pena. A Carta Magna do ordenamento jurídico brasileiro não prevê expressamente uma fundamentação da pena²¹⁴. Ao contrário de outros instrumentos normativos nacionais, como a Lei de Execução Penal de 1984 que conduz o cumprimento da pena a partir da finalidade da ressocialização²¹⁵, a Constituição brasileira mais recente silencia em relação à questão do “*por que punir?*”.

Na parte sobre princípios relativos à punição, o constituinte limitou-se a regular as formas de sanção e limites punitivos ao invés de delimitar uma finalidade para a pena. Isto é, o constituinte direcionou os seus esforços em delimitar o “*como punir?*”, não se prestando a responder a pergunta do “*por que punir?*”.

Como consequência dessa ausência de discurso legitimador da pena somada à determinação constitucional de critérios limitativos à interpretação, aplicação e execução da pena, é possível concluir que foi estabelecida pela Constituição uma *política punitiva de redução de danos*²¹⁶. Exemplo cabal da adoção de tal postura pode ser vislumbrado no art. 5º, inciso XLVII, *alínea* “e”, da Constituição Federal²¹⁷, dispositivo normativo que instaura a proibição do excesso punitivo, ao negar, em qualquer hipótese a aplicação de penas cruéis²¹⁸.

Com isso, é possível afirmar que a *cadeia principiológica definida pela Constituição, ao optar pela exclusiva fixação de limites à forma (meio), supera as finalidades históricas das penas, concebendo política criminal ciente dos danos causados*²¹⁹. Reconhece-se assim a tendência natural do poder punitivo em extravasar os limites da legalidade, preocupando-se a Carta Magna essencialmente, em adotar uma perspectiva chamada por Salo de Carvalho de agnóstica²²⁰.

²¹⁴ CARVALHO, Salo de. *Antimanual...*, p. 259-260.

²¹⁵ CARVALHO, Salo de. *Idem*, p. 259.

²¹⁶ CARVALHO, Salo de. *Idem*, p. 260.

²¹⁷ Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>.

²¹⁸ CARVALHO, Salo de. *Antimanual...*, p. 260-261.

²¹⁹ CARVALHO, Salo de. *Idem*, p. 261.

²²⁰ CARVALHO, Salo de. *Idem, ibidem*.

A teoria agnóstica da pena, também denominada de teoria negativa, consolida-se a partir de quatro pressupostos. O primeiro deles é o de que, se nos Estados democráticos a racionalidade jurídica deve assumir o papel de restrição e de controle dos poderes, ao direito escapa a possibilidade de legitimação da sanção penal²²¹. O segundo pressuposto é o de que não se pode negar que a sanção criminal exerce eminentemente uma função de controle social²²². A terceira premissa seria a de que a pena, na qualidade de instrumento da política (medida política) é um fenômeno incancelável nas sociedades atuais²²³. Por último, o quarto pressuposto consistiria na percepção da sanção criminal como *um fenômeno da realidade, constante em uma sociedade de cultura punitivista, como o é a brasileira, e que, por isso, precisa urgentemente ser contida por uma teleologia redutora dos danos em razão de sua pulsão violenta (tendência ao excesso)*²²⁴.

Reduzir dor e sofrimento (danos) seria, portanto, o único motivo de justificação da pena nas atuais condições dos países periféricos, incluído aí o Brasil²²⁵. Ao negar qualquer metanarrativa da pena, abre-se a possibilidade de não só concentrar os esforços teóricos e práticos na minimização dos efeitos danosos produzidos pelos aparatos punitivos, como também em eliminar do discurso penal seu viés declarado e não cumprido, possibilitando apreender a pena como um fenômeno eminentemente político²²⁶.

Eliminar esse discurso falacioso implicaria, assim como Salo de Carvalho bem reconheceu, em tomar a pena como algo alheio a qualquer fundamentação jurídica e desapegada de qualquer fim nobre. Afastada qualquer ilusão a respeito da pena, nada mais restaria do que proceder ao seu retorno ao campo da política, onde ela apresenta a sua verdadeira face – a de manifestação concreta de poder²²⁷.

Para construir a teoria de que a pena possui caráter exclusivamente político, tanto Eugenio Raul Zaffaroni quanto Salo de Carvalho, vão fazer uso dos ensinamentos de Tobias Barreto, teórico célebre pela sua afirmação de que *quem procura o fundamento jurídico da pena deve também procurar, se é que já não*

²²¹ CARVALHO, Salo de. *Penas...*, p. 147-148.

²²² CARVALHO, Salo de. *Idem*, p. 148.

²²³ CARVALHO, Salo de. *Idem, ibidem*.

²²⁴ CARVALHO, Salo de. *Idem*, p. 148-149.

²²⁵ CARVALHO, Salo de. *Antimanual...*, p. 263.

²²⁶ CARVALHO, Salo de. *Idem, ibidem*.

²²⁷ CARVALHO, Salo de. *Idem, ibidem*.

*encontrou, o fundamento jurídico da guerra*²²⁸. A legitimação jurídica tanto da pena quanto a da guerra serve atualmente como mecanismo de ampliação, de maximização da produção de efeitos do poder punitivo²²⁹, realidade que não pode ser ignorada por juristas que se dizem democráticos.

É a partir desse paralelo estabelecido entre pena e guerra que vai se buscar construir a interpretação do direito penal como forma de reduzir os danos socialmente causados pelo poder punitivo. O Direito Penal deveria agir da mesma forma que age o Direito Humanitário nos contextos de embates bélicos: tentar minimizar a aplicação de violência e produção de sofrimento.

Ao reconhecer que tanto a guerra quanto a pena são fatos de poder que não podem ser suprimidos em sua totalidade, a atenção de tais direitos deveria ser voltada não mais em tentar eliminar algo que não está sobre seu controle, mas sim em tentar controlar a produção de danos de forma a evitar um sofrimento maior dos que estão em combate, sejam civis ou militares. Se não tem como se escapar da pena, que essa ao menos represente a totalidade dos valores de um Estado Democrático de Direito e implique na menor produção de danos possível²³⁰.

Nils Christie é brilhante ao afirmar que frequentemente se olvida no que a punição verdadeiramente consiste: um ato praticado com a intenção de causar sofrimento a outros seres humanos²³¹. *A punição significa ministração intencional de dor* e, no entanto, continua sendo aplicada e aceita em todos os lugares, mesmo significando ela própria uma violação de direitos²³². Nada mais coerente, portanto, que ela seja aplicada com a menor intensidade possível, sob pena de se violar os pressupostos essenciais de um Estado Democrático de Direito.

Adotar a perspectiva de que a pena tem caráter exclusivamente político importa, por consequência, em adotar dois pressupostos a respeito da forma moderna de percepção e de representação da sanção penal. O primeiro deles é o de que são o uso da força e a reivindicação da sua legitimidade os responsáveis por instaurar a ordem jurídico-política. Já dizia Walter Benjamin, o poder é o princípio de

²²⁸ CARVALHO, Salo de. *Antimanual...*, p. 265.

²²⁹ CARVALHO, Salo de. *Idem*, p. 267.

²³⁰ CHRISTIE, Nils. *Obra citada*, p. 130.

²³¹ CHRISTIE, Nils. *Idem*, p. 156.

²³² CHRISTIE, Nils. *Idem, ibidem*.

toda instauração mítica do direito²³³. O segundo pressuposto seria o de que a pena imposta pela autoridade constituída é, inevitavelmente, um ato de violência programado pelo poder político e racionalizado pelo saber jurídico²³⁴.

São nestas bases em que se funda a teoria agnóstica ou negativa da pena. É negativa porque nega a legitimação ou fundamentação jurídica de algo que escapa ao direito, nega a sua função positiva²³⁵. Além disso, é negativa porque a pena seria toda forma de coerção estatal que não entra no modelo reparador nem no administrativo direto²³⁶. Por fim, é agnóstica porque reconhece que a pena é incapaz de cumprir quaisquer funções ou de exercer quaisquer finalidades positivas^{237 238}.

A finalidade almejada pela teoria agnóstica não é realizada *pela* ou *com* a pena, mas por meio de instrumentos jurídicos de controle, isto é, a postura agnóstica constitui uma alternativa teórica capaz de propor, criar e potencializar instrumentos jurídicos, não só os de direito de penal, para minimizar a incidência negativa da sanção criminal na sociedade (teleologia redutora de danos)²³⁹.

As premissas da teoria agnóstica apresentam semelhanças com o modelo garantista proposto por Luigi Ferrajoli. Ambas teorias partem do pressuposto de que cabe ao direito penal limitar o poder punitivo, pois buscam a criação de estratégias de contração do sofrimento proporcionado pela pena, bem como a instrumentalização de mecanismos processuais para a proteção do réu/condenado contra o uso desproporcional e vingativo do poder punitivo²⁴⁰.

A teoria negativa, contudo, vai um passo além do garantismo, uma vez que, ao perceber a pena como fenômeno político e não jurídico, compreende que o

²³³ BENJAMIN, Walter. *Escritos sobre Mito e Linguagem (1915-1921)*, p. 148.

²³⁴ CARVALHO, Salo de. *Penas...*, p. 41.

²³⁵ ZAFFARONI, Eugénio Raúl. BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Obra citada*, p. 99.

²³⁶ ZAFFARONI, Eugénio Raúl. BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Idem, ibidem*.

²³⁷ CARVALHO, Salo de. *Penas...*, p. 149.

²³⁸ ZAFFARONI, Eugénio Raúl. BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Obra citada*, p. 99.

²³⁹ CARVALHO, Salo de. *Penas...*, p. 149.

²⁴⁰ CARVALHO, Salo de. *Antimanual...*, p. 264.

caminho para limitá-la passa pela assimilação de referenciais ônticos, de dados da realidade concreta²⁴¹.

Para Zaffaroni, incorporar os referenciais ônticos alteraria a própria definição de pena, passando esta a ser definida como *uma coerção que impõe uma privação de direitos ou uma dor, mas que não repara e nem restitui, nem tampouco detém as lesões em curso ou neutraliza perigos iminentes*²⁴². Um conceito negativo de pena, como o proposto por Zaffaroni e Salo de Carvalho, tem o efeito discursivo positivo de evidenciar o poder punitivo em todas as suas dimensões (repressiva e condicionadora)²⁴³.

Zaffaroni auto-intitula sua corrente teórica a respeito da sanção penal de realismo marginal. O uso da expressão realismo não é despropositado por vários motivos. Em primeiro lugar, realismo visa indicar que não se está propondo criar conceitos e depois moldar a realidade a eles, pelo contrário, o que se pretende é, a partir da realidade, atribuir conceitos que lhe deem sentido²⁴⁴.

Um segundo sentido seria o de denúncia da necessidade de se renunciar – pelo menos temporariamente – a qualquer modelo penal ideal, tendo em vista a urgência de uma *práxis* minimizante da violência²⁴⁵.

Por fim, uma última justificativa para sua a escolha é o fato de que a palavra *realismo* simboliza o fundamento desta corrente teórica: a prioridade da vida humana concreta (real) e a necessidade de preservá-la²⁴⁶. Toda a construção teórica do realismo marginal se baseia no reconhecimento de que a vida humana tem sido aniquilada intensamente na realidade marginal latino-americana e que isso não pode persistir²⁴⁷.

Cumprido esclarecer também a opção pela expressão marginal, opção que foi motivada pelos sentidos a que remete. Um primeiro sentido da expressão seria o geoeconômico. Marginal quer designar aqueles que não estão na centralidade do

²⁴¹ ZAFFARONI, Eugénio Raúl. BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Obra citada*, p. 99.

²⁴² ZAFFARONI, Eugénio Raúl. BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Idem, ibidem*.

²⁴³ ZAFFARONI, Eugénio Raúl. BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Idem*, p. 100.

²⁴⁴ ZAFFARONI, Eugénio Raúl. *Em busca...*, p. 161.

²⁴⁵ ZAFFARONI, Eugénio Raúl. *Idem*, p. 161-162.

²⁴⁶ ZAFFARONI, Eugénio Raúl. *Idem*, p. 162.

²⁴⁷ ZAFFARONI, Eugénio Raúl. *Idem, ibidem*.

poder, os que se encontram na sua periferia, situação das sociedades latino-americanas²⁴⁸. Outra significação é a de que a expressão remete à grande maioria da população latino-americana, marginalizada do poder, muito embora seja o seu objeto constante de violência através do sistema penal²⁴⁹.

A expressão “marginal”, portanto, encerra uma conotação de originalidade só plenamente entendível quando evidenciadas essas perspectivas históricas do povo latino²⁵⁰.

Nada pode ser compreendido sobre nossa região marginal se não a assumirmos e, por conseguinte, se não assumirmos nossa marginalização da história etnocentrista da civilização industrial²⁵¹.

A extrema importância de se ter em mente este contexto geopolítico marginalizado reside na possibilidade de

(...) uma aproximação dos mecanismos e efeitos da realidade operacional de nossos sistemas penais com a clara e confessa intencionalidade de procurar o saber necessário para diminuir seus níveis de violência de forma imediata e para suprimi-los de forma mediata, como objetivo ou estratégia “utópica” (no sentido positivo do “não realizado”, não no sentido do “não realizável”)²⁵².

Faz-se necessário frisar que o realismo marginal não implica um isolamento teórico, mas sim “uma nova perspectiva teórica tentada a partir de *outro ponto do poder*, ou seja, uma *crítica* e uma *resposta* em um *outro momento do poder*, considerando sempre que a rede de poder é a mesma”²⁵³.

Somado a isso, é importante também fazer a ressalva de que a teoria agnóstica não é uma teoria da pena, mas sim um modelo dogmático crítico que objetiva, utilizando-se do ordenamento jurídico, restringir o poder punitivo²⁵⁴. Sua

²⁴⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca...*, p. 164.

²⁴⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Idem*, p. 165.

²⁵⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Idem*, p. 166.

²⁵¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Idem*, p. 169.

²⁵² ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Idem*, p. 171.

²⁵³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Idem*, p. 174.

²⁵⁴ CARVALHO, Salo de. *Penas...*, p. 149.

opção por uma produção de direito que se dê em torno da teleologia da redução de danos implica na consequente eliminação de uma vez por todas da pretensa existência de um direito de punir do Estado, trabalhando o sistema jurídico apenas a partir de um poder de punir estatal – *ius puniendi*²⁵⁵.

Alterar o sentido que se dá a pena naturalmente implica em transformações na interpretação de vários tipos penais, dentre eles o de desacato.

2.4. O USO POLÍTICO DO CRIME DE DESACATO

No primeiro capítulo, procurou-se demonstrar como a criação e a manutenção do crime de desacato foram escolhas políticas tomadas para beneficiar uma parcela bem definida da população, legitimando juridicamente a hierarquização social. Neste segundo capítulo, por sua vez, defendeu-se até aqui que a pena não possui nenhum sentido senão o de infligir dor voluntariamente enquanto medida política, constatação que permite complementar as críticas já feitas ao delito de desacato.

A grande contribuição da teoria agnóstica, como já mencionado, foi o fato de pautar a sua perspectiva redutora de danos a partir da incorporação de dados da realidade. Assim, uma crítica à previsão normativa do delito de desacato que utilize como fundamento tal teoria deve ser feita também partindo dos dados ônticos que se possui a respeito do tipo penal em questão.

Pois bem, a criminalização da conduta de desacato vem sendo aplicada principalmente nos seguintes cenários: como forma de opressão policial e como forma de silenciar críticas e oposições políticas.

O uso do desacato como forma de censura fica evidenciado quando se leva em consideração que o segundo maior problema que a imprensa brasileira enfrenta, tanto a mídia tradicional quanto as mídias sociais, é a censura judicial²⁵⁶. Por

²⁵⁵ CARVALHO, Salo de. *Penas...*, p. 158.

²⁵⁶ OTIS, John. *Censorship via the courts*, p. 26.

censura judicial devem-se entender todas as formas legais que permitem expressamente um controle jurídico do conteúdo dos canais de informações, abrangendo também os dispositivos legais que abrem margem para um uso abusivo da proteção à honra e/ou à administração pública para censurar opiniões divergentes. O delito de desacato consta do rol de normas que atende a essa função.

Outro uso problemático do tipo penal é experimentado pela sociedade como um todo quando se utiliza de qualquer forma de serviço público. Delegacias, universidades públicas, tribunais de justiça, todos esses lugares possuem no lugar mais visível possível um anúncio com letras garrafais sobre o perigo de se desacatar um funcionário público²⁵⁷.

A presença de uma ameaça clara, como o é esse tipo de aviso, denota bem o tom do tratamento que será dispensado ao “cliente”. O cidadão é colocado na posição de inferior no momento em que lê o conteúdo daquele cartaz e instantaneamente compreende que qualquer deslize da sua parte, independentemente da gravidade, será usado contra ele, inclusive criminalmente. Assim, a exposição ostensiva da possibilidade de criminalização permite à Administração Pública se resguardar de qualquer possibilidade de crítica.

Tal constrangimento se revela ainda mais grave em locais como delegacias e órgãos do judiciário, uma vez que as pessoas normalmente só procuram essas instituições quando estão passando por algum período dramático de suas vidas, sendo cruel lembrar a elas uma vez mais a sua situação de inferioridade e tentar criminalizá-las num momento de fragilidade²⁵⁸.

Este uso despropositado e cruel do crime de desacato inclusive motivou a seccional da Ordem dos Advogados do Brasil de São Paulo (OAB-SP) a representar junto ao Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP) para que fossem retirados das

²⁵⁷ A Universidade Federal do Paraná não foge a essa regra. Na porta de entrada principal da sede do curso de direito – Prédio Histórico – é possível visualizar um cartaz discorrendo sobre desacato. Da mesma forma, no espaço destinado ao Núcleo de Assuntos Estudantis (NAA), também no mesmo prédio, encontra-se outro anúncio da mesma natureza. Isso só para citar alguns exemplos.

²⁵⁸ A autora teve a oportunidade, no ano passado, de visitar a Delegacia da Mulher como parte do programa de uma disciplina a respeito de violência doméstica. A primeira coisa que se observou ao adentrar tal ambiente foi a presença de um cartaz referente ao crime de desacato logo acima do balcão de atendimento às pessoas. A questão que fica é se seria justo às mulheres que procuram tal estabelecimento no pior dia das suas vidas serem confrontadas com uma ameaça legal num momento em que já estão extremamente fragilizadas emocionalmente.

repartições os avisos que contivessem o tipo penal de desacato²⁵⁹, pedido que foi prontamente atendido pela Corregedoria do TJSP. Sobre esse pedido, o conselheiro da OAB-SP Sergei Cobra, autor da representação, manifestou-se da seguinte forma:

Se há necessidade de se informar, de maneira ostensiva, algum crime nos cartórios judiciais, os crimes contra a administração pública deveriam ter prioridade, como por exemplo, a comunicação falsa de crime, a destruição de bem sob a administração da justiça, a fraude processual, a sonegação de provas, que estão diretamente ligados aos problemas diários da Justiça²⁶⁰.

Tendo em vista este problema, o Deputado Federal Edson Duarte entrou propôs o Projeto de Lei nº 4548/2008 visando abolir o artigo 331 do Código Penal²⁶¹. O autor do projeto o justificou afirmando que a exclusiva finalidade da fixação dos anúncios a respeito do delito de desacato é servir como instrumento de intimidação das pessoas no âmbito das repartições públicas²⁶². Na justificação do projeto, o deputado faz críticas severas a essa prática ao afirmar que

(...) muito embora seja justificada por autoridades e servidores públicos como importante meio para deter a violência contra si, estabelece na prática um lamentável mecanismo de censura em detrimento da livre manifestação de pensamento e, assim, contribui em grande medida para perpetuar as situações de mau atendimento a usuários de serviços públicos ou de adoção contra estes de atitudes grosseiras ou incompatíveis com a urbanidade que deveria ser mantida pelos mencionados agentes públicos no âmbito das repartições públicas²⁶³.

No entanto, parece que o uso mais terrível do desacato se dá no desenvolvimento da atividade policial. O uso indiscriminado do crime de desacato pela polícia militar é facilmente vislumbrado pela quantidade de boletins de ocorrência diariamente lavrados. Em Minas Gerais, por exemplo, entre abril e maio

²⁵⁹ OLIVEIRA, Andrea Vaz; OLIVEIRA, Steevan Tadeu de Soares de. *Abolitio criminis do desacato: um olhar sobre a relação entre autoridade pública e o particular na américa latina*, p. 28.

²⁶⁰ ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL SECCIONAL DE SÃO PAULO (OAB-SP). *OAB SP consegue remoção de avisos de desacato no judiciário estadual*.

²⁶¹ Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/631364.pdf>>.

²⁶² BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº 4548/2008*, p. 1.

²⁶³ BRASIL. Câmara dos Deputados. *Idem*, p. 2.

de 2009, foram registradas 1.896 (mil oitocentas e noventa e seis) ocorrências policiais de desacato contra a Polícia Militar mineira²⁶⁴.

Qualquer forma de resistência a um pedido da autoridade policial, mesmo que justificada frente a uma ordem ilegal, é tratada como desacato. O número elevado de casos de Minas Gerais exemplifica essa banalidade. O uso, ou melhor, abuso do tipo nada mais é do que uma maneira de submeter os cidadãos aos mandos e desmandos policiais.

O interessante é que a função principal do desacato nas três situações distintas expostas não é punir efetivamente, mas sim atemorizar, fazer com que os cidadãos marginalizados se comportem de maneira obediente, mesmo face às arbitrariedades e injustiças.

O fato de ser possibilitado o instituto da transação penal no crime de desacato ilustra bem a arbitrariedade proporcionada pelo tipo. Como o desacato é considerado uma infração de menor potencial ofensivo, é dada a possibilidade ao infrator de optar pelo cumprimento de uma pena antecipada, podendo esta ser tanto uma pena de multa ou uma pena restritiva de direitos²⁶⁵, sem precisar passar por um julgamento. Como aceitar a transação não significa uma admissão de culpa ou assunção de responsabilidades, ela não gera reincidência ou maus antecedentes²⁶⁶.

Tendo em vista que quem é acusado de desacato normalmente pertence às classes que são clientela preferencial do sistema penal, parece natural que o medo de uma possível condenação e de seus efeitos nocivos o leve a aceitar qualquer alternativa que não a do processo penal²⁶⁷. Nesse sentido, para Aury Lopes Jr. é no mínimo degradante a qualquer cidadão *ter que decidir entre reconhecer uma culpa inexistente, em troca de uma pena menor, ou correr o risco de submeter-se a um processo que será desde logo desigual*²⁶⁸.

Ora, se a pena no caso do crime de desacato não pode proporcionar os seus dois principais efeitos: a encarcerização (pena privativa de liberdade) ou o estigma (antecedentes criminais), por quê o tipo penal continua vigente? Porque o

²⁶⁴ OLIVEIRA, Andrea Vaz; OLIVEIRA, Steevan Tadeu de Soares de. *Obra citada*, p. 30.

²⁶⁵ LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal*, p. 978.

²⁶⁶ LOPES JÚNIOR, Aury. *Idem*, p. 982.

²⁶⁷ LOPES JÚNIOR, Aury. *Idem*, p. 1015.

²⁶⁸ LOPES JÚNIOR, Aury. *Idem*, p. 1013.

propósito da existência desse tipo penal não é reprimir uma ação divergente, mas sim evitar que ela aconteça.

O delito de desacato serve para dissuadir as pessoas de se rebelarem contra a hierarquia social, ao mesmo tempo em que reproduz e mantém essa diferenciação estrutural. A criminalização do desacato é, desta maneira, o exemplo por excelência do poder punitivo em sua modalidade positiva/condicionadora, o que justifica a sua permanência na legislação pátria.

A teoria agnóstica não só pode como deve ser aplicada também ao crime de desacato. Ao internalizar todos esses dados ônticos a respeito do uso do tipo penal resta evidente que um direito penal que se preocupe em minimizar a violência do poder punitivo, tanto na sua modalidade repressiva quanto condicionadora, deve se posicionar de forma contrária à criminalização da conduta em questão.

Como já mencionado, a denúncia da realidade operacional do sistema penal associada à teleologia redutora de danos tem como estratégia a supressão de crimes que permitem o exercício de um poder punitivo desenfreado e arbitrário²⁶⁹, não restando, a partir dessa perspectiva, argumento favorável que sustente a manutenção do crime de desacato.

O renunciador enquanto espécie de herói tem que passar pelas mais terríveis provas para finalmente desvelar o seu glorioso destino²⁷⁰. É entendendo os dramas reais do sistema punitivo que é possível trilhar o caminho da sua superação. A teoria agnóstica é esse caminho, o caminho da renúncia à arbitrariedade e à violência genocida.

O renunciador só pode vislumbrar o futuro, porque ainda está atado ao passado²⁷¹, porque não o ignora. Um renunciador penalista entende que o crime de desacato produziu e continua a produzir inúmeras injustiças sociais. Por isso, renunciar a essa realidade necessariamente passaria pela descriminalização legislativa do ilícito. Só assim uma nova realidade social poderia ser deslumbrada.

Ainda que a mera supressão do delito de desacato do âmbito jurídico não pudesse acabar diretamente com o poder condicionador por ele exercido, uma vez

²⁶⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca...*, p. 171.

²⁷⁰ DAMATTA, Roberto. *Carnavais...*, p. 258.

²⁷¹ DAMATTA, Roberto. *Idem*, p. 260.

que ele poderia se realocar para outras áreas de controle, não se pode esquecer que o próprio desacato mantém e reproduz a ordem social que exerce esse poder condicionador e que a sua extinção representaria verdadeira ruptura nesta ordem imposta, apesar de não implicar na sua total ruína.

Contudo, é notório que os esforços legislativos tem se mostrado inaptos em promover a sua extinção. Apesar de ter sido anunciado que o crime de desacato deixaria de existir no Novo Projeto de Código Penal²⁷², observa-se que ele não só se mantém, como também em sua nova forma – injúria qualificada – passou a cominar uma pena ainda maior, passando de uma pena máxima de dois anos para uma pena máxima de três.

Se a proposta feita pelo renunciador (descriminalização legislativa) ainda não surtiu efeito e, no entanto, o crime de desacato continua sendo usado como meio de legitimar a violência e hierarquia social, outro caminho deve ser buscado, mesmo que temporariamente, até o momento em que outra realidade social seja possível como bem o quer o renunciador.

A proposta que será apresentada no outro caminho será a de usar o próprio direito como forma de tentar aniquilar as violências arbitrárias produzidas pelo seu abuso, inspirando-se no *modus operandi* do malandro, que usa dos meios que o oprimem para deixar de ser oprimido.

²⁷² Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=143412&tp=1>>.

3. O PRENÚNCIO DO FIM – COMO O SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS PODE PROVOCAR O DESAPARECIMENTO DO DELITO DE DESACATO

“A luta pelos direitos humanos e, em geral, pela defesa e promoção da dignidade humana não é um mero exercício intelectual, é uma prática que resulta de uma entrega moral, afetiva e emocional ancorada na incondicionalidade do inconformismo e da exigência de ação”.

— Boaventura Sousa Santos,

A gramática do tempo

Até agora buscou-se demonstrar como a criminalização do delito de desacato vem sendo usada como meio para se manter uma ordem desigual e hierarquizada, uso que viola o que se espera social e juridicamente de um Estado Democrático de Direito.

Ao se desvelar a verdadeira finalidade política deste tipo penal, partindo dos dados da realidade, revelou-se também a necessidade de se repensar a forma como o direito penal é construído.

Contudo, apesar de ser socialmente notório o uso abusivo do delito de desacato e não persistir nenhuma razão jurídico-penal apta a justificar a sua permanência no ordenamento jurídico brasileiro, ainda assim a sua previsão legal persiste.

Se a visão do renunciador ainda não consegue impedir a aplicação do tipo penal de desacato, outras medidas deverão ser tomadas a fim de acabar com a arbitrariedade por ela proporcionada.

Assim, sai de cena o *renunciador* e entra o *malandro*.

O *malandro* é o personagem cuja marca é saber converter todas as desvantagens em vantagens²⁷³. Ao contrário do *caxias* que é ligado ao passado e do *renunciador*, personagem voltado ao futuro, o *malandro* é o personagem do presente e da circunstância, fazendo uso dos recursos dados pelo momento para transformar sua situação²⁷⁴. Por viver do presente, usar do presente, é que pode-se afirmar que o *malandro* é quem faz a ponte entre passado e futuro²⁷⁵.

Se o futuro ainda não é possível e o passado é insustentável, mais não resta do que se utilizar do presente, das ferramentas que já se têm, para alcançar a justiça social.

A positivação dos direitos humanos em nível internacional é um desses instrumentos. Como bem inferiu Zaffaroni, este fenômeno jurídico constituiu um extraordinário esforço universal em favor do Estado de Direito²⁷⁶, o que evidencia a sua importância face à necessidade e a urgência da deslegitimação de um sistema penal autoritário e arbitrário²⁷⁷.

O discurso dos direitos humanos - principalmente para a América Latina aquele construído em torno do Sistema Interamericano de Direitos Humanos - pode ser apontado como um dos instrumentos atuais mais adequado a impedir a perpetuação das violências provocadas pelo uso abusivo desta forma de criminalização.

Adotar uma perspectiva jurídica do malandro é usar o direito, aquele que oprime e tem pulsões totalitárias, como forma de conter a sua própria arbitrariedade, uma vez que ele abre essa margem ao legitimar sua atuação sob o argumento de que garante os direitos humanos.

Como bem constatou Foucault,

²⁷³ DAMATTA, Roberto. *Carnavais...*, p. 274.

²⁷⁴ DAMATTA, Roberto. *Idem*, p. 299.

²⁷⁵ DAMATTA, Roberto. *Idem*, p. 300.

²⁷⁶ ZAFFARONI, Eugénio Raúl. BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Obra citada*, p. 94

²⁷⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca...*, p. 153.

O grande jogo da história será de quem se apoderar das regras, de quem tomar o lugar daqueles que as utilizam, de quem se disfarçar para pervertê-las, utilizá-las ao inverso e voltá-las contra aqueles que as tinham imposto; de quem, se introduzindo no aparelho complexo, o fizer funcionar de tal modo que os dominadores encontrar-se-ão dominados por suas próprias regras²⁷⁸.

Diante disso, o presente capítulo cuidará de demonstrar como o Sistema Interamericano de Direitos Humanos é uma saída interessante para aqueles que desejam eliminar uma marca tão autoritária do direito penal nacional quanto o é o tipo penal de desacato.

Para tanto, será explicado de forma breve como se deu a consolidação do discurso dos direitos humanos e o advento de uma nova corrente hermenêutica: o controle de convencionalidade. O presente trabalho se ocupará tanto do controle de convencionalidade realizado pela Comissão e Corte Interamericanas quanto aquele feito pelos tribunais nacionais, demonstrando que a partir da ótica dos direitos humanos não é possível admitir a aplicação das sanções impostas pelo artigo 331 do Código Penal.

3.1. A CENTRALIDADE DO SER HUMANO NO ORDENAMENTO JURÍDICO INTERNACIONAL – O TRIUNFO DO DISCURSO DOS DIREITOS HUMANOS

A consolidação do discurso dos direitos humanos, principalmente a sua internacionalização, é a responsável pela criação de mecanismos específicos de apuração de violações de direitos dessa natureza, sejam eles voltados a verificar responsabilidades estatais como, por exemplo, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, ou responsabilidades individuais como o faz o recentemente criado Tribunal Penal Internacional. O importante, entretanto, é reconhecer o seu papel na proteção destes direitos indispensáveis ao pleno desenvolvimento humano e o seu impacto na produção jurídica interna de cada Estado.

²⁷⁸ FOUCAULT, Michel. *Obra citada*, p. 17.

Para entender como tal discurso ganhou o mundo e a sua conseqüente importância, no entanto, é necessário entender o contexto que permitiu a sua expansão.

Conforme constata André de Carvalho Ramos, *a barbárie do totalitarismo nazista gerou a ruptura do paradigma da proteção nacional dos direitos humanos, cuja insuficiência levou à negação do valor do ser humano como fonte essencial do Direito*²⁷⁹. Para o autor, *esse legado nazista de exclusão exigiu a reconstrução dos direitos humanos após a 2ª Guerra Mundial, sob uma ótica diferenciada: a da proteção universal, garantida, subsidiariamente e na falha do Estado, pelo próprio Direito Internacional dos Direitos Humanos*²⁸⁰.

Chegou-se à conclusão de que a proteção dos direitos ligados à dignidade da pessoa humana não pode ser tida como parte do domínio reservado de um Estado, devendo ser a soberania dos Estados redesenhada de forma a internalizar a premissa de que a proteção de direitos humanos é um tema internacional e não meramente uma questão de jurisdição nacional²⁸¹.

Com isso cai a predominância positivista *nacionalista* dos direitos humanos e passa-se ao desenvolvimento de uma positivação *internacionalista*, isto é, do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Esta positivação culminou na criação de normas e tribunais internacionais aceitos pelos Estados, tendo, desta maneira, impacto direto na vida das sociedades locais²⁸².

Norberto Bobbio descreve bem o desenvolvimento da temática ao afirmar que

(...) os direitos humanos nascem como direitos naturais universais, desenvolvem-se como direitos positivos particulares (quando cada Constituição incorpora Declaração de Direitos) para finalmente encontrar a plena realização como direitos positivos universais²⁸³.

²⁷⁹ RAMOS, André de Carvalho. *Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional*, p. 61.

²⁸⁰ RAMOS, André de Carvalho. *Idem*, p. 62.

²⁸¹ RAMOS, André de Carvalho. *Idem, ibidem*.

²⁸² RAMOS, André de Carvalho. *Idem*, p. 61.

²⁸³ BOBBIO, Norberto *apud* RAMOS, André de Carvalho. *Idem, ibidem*.

Neste contexto, o Direito Internacional dos Direitos Humanos se consolida como o ramo jurídico relacionado ao conjunto de direitos e faculdades que proporciona e assegura a dignidade do ser humano através de garantias internacionais institucionalizadas²⁸⁴.

Seu marco histórico inicial é a Carta de São Francisco, tratado internacional que instituiu a Organização das Nações Unidas (ONU) em 1945 e que em seu corpo consagrou a vontade da comunidade internacional em reconhecer e fazer respeitar os direitos humanos por todo o globo²⁸⁵. Por isso é possível afirmar que é a Carta de São Francisco o primeiro tratado de alcance universal que reconhece os direitos fundamentais de *todos* os seres humanos, impondo aos Estados o dever de garanti-los²⁸⁶.

O marco da universalização dos Direitos Humanos, por sua vez, foi a edição da Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948, também conhecida como Declaração de Paris, que dispõe que basta a condição humana para a titularidade de direitos essenciais²⁸⁷. Segundo a Declaração, o ser humano tem dignidade única e direitos inerentes à condição humana, isto é, direitos que pertencem a todos os membros da espécie humana sem qualquer distinção, sendo possível, a partir disso, afirmar a sua universalidade²⁸⁸.

A década de 1960 se caracterizou pela intensificação do desenvolvimento “legislativo” do Direito Internacional dos Direitos Humanos, intensificação esta que se materializou, em 1966, na produção de dois pactos Internacionais pela Assembleia Geral da ONU: o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ambos ratificados pelo Brasil²⁸⁹.

Em paralelo aos textos oriundos da atividade da ONU, surgiram textos de proteção dos direitos humanos em nível regional, dentre eles a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem de 1948 e a Convenção Americana de

²⁸⁴ RAMOS, André de Carvalho. *Teoria...*, p. 73.

²⁸⁵ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, p. 196.

²⁸⁶ RAMOS, André de Carvalho. *Teoria...*, p. 73.

²⁸⁷ RAMOS, André de Carvalho. *Idem*, p. 62.

²⁸⁸ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos...*, p. 204.

²⁸⁹ GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Direito supraconstitucional*, p. 94.

Direitos Humanos de 1969, também denominada de Pacto de San José da Costa Rica.

A proliferação de documentos internacionais que tentam efetivar e garantir os direitos inerentes a todos os seres humanos, independentemente de cor, gênero e nacionalidade, evidentemente implicaram numa redefinição do conceito de soberania estatal, condicionando esta à plena realização dos direitos humanos. Cumpre ressaltar ainda que isto não importa em um amesquinamento da soberania dos Estados, uma vez que a possibilidade de celebração de tratados é justamente um dos mais importantes exercícios de soberania²⁹⁰.

Os motivos pelos quais os Estados ratificam essa espécie de tratados, entretanto, variam. No tocante ao caso brasileiro, é possível observar que existe um motivo que se sobressai em relação aos demais: o anseio em adquirir legitimidade política na arena internacional e distanciar-se de passados ditatoriais marcados pela sistemática violação de direitos humanos²⁹¹.

Porém, como bem ressalta Ramos

Não só o repúdio ao passado ditatorial impulsiona os sucessivos governos brasileiros desde então (governos de diferentes matizes ideológicas, diga-se) a ratificar tratados de direitos humanos. As lutas no campo, a violência policial e a impunidade, a crise do desemprego, as crianças e adolescentes em situação de risco nas ruas, a fome e miséria que assolam milhões, enfim, o atual cenário de desrespeito a direitos humanos faz com que os governos brasileiros queiram ansiosamente mostrar que não compactuam (ao menos na retórica) com tal situação e que estão comprometidos com a mudança²⁹².

O Direito Internacional dos Direitos Humanos serve, portanto, para países como o Brasil, como meio de alterar a percepção negativa que possuem no cenário internacional e, com isso, pleitear a posição de igual nas negociações internacionais a respeito de outros campos de interesse do Estado²⁹³.

Apesar de o discurso a respeito dos direitos humanos muitas vezes não passar de mera retórica, é incontestável que a internacionalização dos direitos

²⁹⁰ RAMOS, André de Carvalho. *Teoria...*, p. 93.

²⁹¹ RAMOS, André de Carvalho. *Idem*, p. 81.

²⁹² RAMOS, André de Carvalho. *Idem*, p. 82.

²⁹³ RAMOS, André de Carvalho. *Idem, ibidem*.

humanos é uma realidade incontornável no momento. É graças a esse fenômeno que se pode agora falar em obrigações internacionais vinculantes que, se descumpridas, ensejam a responsabilização dos Estados no sentido de se evitar novas violações e se proceder à reparação dos danos porventura causados.

É justamente a possibilidade de responsabilização de um Estado na esfera internacional que reafirma a juridicidade deste conjunto de normas. Dito de outra forma, as obrigações internacionais relativas aos direitos humanos *só possuem conteúdo real quando o mecanismo de responsabilização por violações é eficaz*²⁹⁴. São, portanto, os mecanismos internacionais de apuração das violações de direitos humanos que conferem relevância aos diplomas normativos internacionais de direitos humanos²⁹⁵.

Por isso, é necessário ressaltar que o Direito Internacional dos Direitos Humanos não só é composto pela positivação de um rol de direitos humanos, mas também pelos processos internacionais que interpretam o conteúdo desses direitos e zelam para que os Estados cumpram suas obrigações de efetivá-los²⁹⁶.

Diante disso, a fim de que seja efetivamente implantado o universalismo dos direitos humanos, não basta a adoção da mesma redação de um determinado direito nas dezenas de legislações nacionais, é imprescindível também que seja realizada uma interpretação uniforme desse texto²⁹⁷.

A uniformização do entendimento destes dispositivos encontra a sua razão de ser na tentativa de coibir que os Estados se utilizem da ratificação de tratados como forma meramente retórica de cumprimento de seu dever de proteção.

André de Carvalho Ramos denomina esse expediente retórico de *truque de ilusionista*. Para o autor, este truque consiste em o Estado afirmar que respeita determinado direito, uma vez que assinou determinados tratados internacionais, mas mesmo assim aplicar uma interpretação peculiar e em evidente contradição com a linha interpretativa adotada pelos órgãos internacionais de direitos humanos²⁹⁸.

²⁹⁴ RAMOS, André de Carvalho. *Processo Internacional de Direitos Humanos*, p. 32.

²⁹⁵ RAMOS, André de Carvalho. *Idem, ibidem*.

²⁹⁶ RAMOS, André de Carvalho. *Idem*, p. 33.

²⁹⁷ RAMOS, André de Carvalho. *Idem, ibidem*.

²⁹⁸ RAMOS, André de Carvalho. *Idem, ibidem*.

No que tange à universalização dos direitos humanos, é necessário fazer algumas ressalvas metodológicas. O presente trabalho parte da concepção universalista dos direitos humanos, porque é ela no momento quem melhor oferece proteção jurídica a estes direitos no âmbito internacional.

No entanto, a autora está bem ciente da controvérsia a respeito da universalização *versus* relativização dos direitos humanos e entende que em certa medida o discurso da universalização consiste sim em uma nova espécie de colonização das sociedades que não se enquadram no arquétipo imposto pelas sociedades capitalistas ocidentais, colonização esta que não deixa de ter um caráter violento.

Contudo, como o escopo deste presente capítulo é demonstrar como é possível através dos meios juridicamente dados lutar contra as arbitrariedades juridicamente legitimadas, não se vislumbra nenhuma contradição em adotar tal posicionamento, tendo em vista que o discurso do universalismo é um meio apto a romper com as vicissitudes de outros discursos tão ou mais violentos.

Feitas essas ressalvas, cumpre por último frisar que o Brasil não pode se evadir da interpretação internacionalista e optar por uma interpretação exclusivamente nacionalista, pois aderiu a vários mecanismos de apuração como, por exemplo, a Comissão e a Corte Interamericanas.

Para evitar justamente esse expediente retórico é que vem se consolidando no cenário internacional uma nova corrente teórica: o controle de convencionalidade.

3.2. O ADVENTO DE UM NOVO PARADIGMA HERMENÊUTICO – O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE

A Constituição Brasileira de 1988 representou o que Valério Mazzuoli chama de abertura do sistema jurídico nacional à consagração dos direitos humanos²⁹⁹.

²⁹⁹ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *O controle jurisdicional da convencionalidade das leis*, p. 143.

Após a sua promulgação, pareceu criar-se um consenso a respeito do valor positivo dos direitos humanos³⁰⁰.

Com a promulgação desta Carta Fundamental, efetuou-se um redimensionamento do direito à dignidade humana, uma vez que se privilegiou enfaticamente a questão dos direitos e garantias fundamentais, principalmente ao conceder a eles o *status* jurídico de cláusulas pétreas³⁰¹.

O valor da dignidade da pessoa humana, com a Constituição de 1988, passou a ser o núcleo informador do ordenamento jurídico brasileiro, conferindo suporte axiológico a todo o sistema³⁰², isto é, a dignidade da pessoa humana foi erigida como o valor fundante da ordem normativa nacional³⁰³, servindo, como consequência, de parâmetro à interpretação de todo o sistema constitucional.

Instaurou-se, assim, um novo paradigma jurídico pautado pela força expansiva do princípio da dignidade da pessoa humana e dos direitos humanos: o paradigma do *human rights approach* (*human centered approach*)³⁰⁴.

Com a mudança de paradigmas, surgiram novas correntes doutrinárias dispostas a buscar uma maior efetividade destes direitos tão importantes ao pleno desenvolvimento do ser humano. Dentre elas, pode ser apontada a doutrina do controle de convencionalidade.

Controle de convencionalidade, a princípio, seria todo o controle que envolvesse a compatibilização entre uma norma nacional e um tratado internacional, seja ele de direitos humanos ou não³⁰⁵. Toda convenção, tratado, acordo, entre outros, é paradigma de controle de convencionalidade *latu sensu*.

Entretanto, para Mazzuoli, como esta expressão é reservada na jurisprudência das cortes internacionais exclusivamente para os casos de compatibilização das obrigações dos Estados face aos tratados de direitos humanos, seria mais correto não utilizar a expressão controle de convencionalidade quando se

³⁰⁰ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Obra citada*, p. 143.

³⁰¹ PIOVESAN, Flavia. *Temas de direitos humanos*, p. 329.

³⁰² PIOVESAN, Flavia. *Idem*, p. 339.

³⁰³ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Obra citada*, p. 144.

³⁰⁴ PIOVESAN, Flavia. *Controle de Convencionalidade, Direitos Humanos e Diálogo entre Jurisdições*, p. 122.

³⁰⁵ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Obra citada*, p. 81.

utilizar como parâmetro interpretativo tratados internacionais a respeito de outras matérias.

A controvérsia em torno da possibilidade não de se utilizar a expressão controle de convencionalidade nesses casos, contudo, não importa ao presente trabalho, uma vez que a doutrina reconhece que o controle das normas domésticas realizado tendo como parâmetro a Convenção Americana de Direitos Humanos e demais tratados de direitos humanos constitui verdadeiro controle de convencionalidade³⁰⁶.

A primeira vez que a expressão controle de convencionalidade foi utilizada foi no início da década de 1970 pelo Conselho Constitucional Francês quando da prolação da Decisão nº 74-54 DC. Naquele momento, o conselho entendeu não ser competente para analisar a *convencionalidade preventiva das leis*, uma vez que era responsável apenas pelo controle de constitucionalidade propriamente dito³⁰⁷.

Apesar de não ter sido o Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH) o responsável por esse neologismo, entende-se que no continente americano a obrigação de controlar a convencionalidade das leis remonta à entrada em vigor da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH)³⁰⁸. Embora a CADH tenha entrado em vigor em 18 de julho de 1978, a expressão controle de convencionalidade só foi aparecer pela primeira a partir de 2006, quando a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) passou a entender ser

obrigação dos juízes e tribunais internos proceder ao exame da compatibilidade das leis domésticas com a Convenção Americana, levando em conta não somente a Convenção, mas também a interpretação que dela faz a Corte Interamericana, intérprete última e mais autorizada do Pacto de San José³⁰⁹.

É necessário ressaltar que a expressão *controle de convencionalidade* possui uma polissemia, isto é, serve tanto para designar o controle realizado pelos

³⁰⁶ Nesse sentido, já se posicionaram Valério Mazzuoli, André de Carvalho Ramos, Flávia Piovesan, Sidney Guerra, entre outros.

³⁰⁷ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Obra citada*, p. 88.

³⁰⁸ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Idem*, p. 94.

³⁰⁹ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Idem*, p. 94-95.

mecanismos internacionais de apuração das violações de direitos humanos³¹⁰, caso, por exemplo, da Comissão e da Corte Interamericanas, quanto o controle realizado pelos tribunais nacionais das normas jurídicas de um determinado ordenamento legal face aos tratados internacionais assinados pelo Estado em questão³¹¹.

No que tange à primeira acepção da expressão, cumpre ressaltar que não existe no âmbito universal uma Corte Internacional de Direitos Humanos³¹². A Corte que mais se aproxima desse papel é Corte Internacional de Justiça, entretanto, ela apenas possui papel secundário na proteção de direitos humanos, uma vez que sua jurisdição contenciosa aplica-se somente a Estados, quer como autores ou como réus³¹³.

Por conta disso, os sistemas regionais de direitos humanos, principalmente o europeu, o americano e o africano, tornaram-se os principais responsáveis pelo controle de convencionalidade dos tratados internacionais de direitos humanos.

Como o presente trabalho cuida da verificação de convencionalidade de uma norma penal de um país signatário da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), que inclusive reconheceu a jurisdição obrigatória da Corte IDH em 1998, o enfoque será no Sistema Interamericano de Proteção de Direitos Humanos (SIDH).

O procedimento de apuração de violações de direitos humanos no SIDH se divide em dois momentos distintos: primeiramente perante a Comissão Internacional de Direitos Humanos (CIDH) e, posteriormente, se for o caso, perante a Corte IDH. Apesar do foco do presente estudo não ser o funcionamento do SIDH, é necessário explicitar, ainda que de forma breve, qual é o papel desempenhado pela Comissão e pela Corte Interamericanas.

Qualquer demanda que vise à responsabilização do Estado pela efetiva ou provável violação de direitos humanos deve ser interposta primeiramente em face da CIDH. Conforme dispõe o artigo 44³¹⁴ da CADH, qualquer pessoa, grupo de pessoas ou entidade não-governamental legalmente reconhecida pode apresentar à

³¹⁰ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Obra citada*, p. 84.

³¹¹ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Idem*, p. 95.

³¹² RAMOS, André de Carvalho. *Teoria...*, p. 124.

³¹³ RAMOS, André de Carvalho. *Idem, ibidem*.

³¹⁴ Artigo 44 - Qualquer pessoa ou grupo de pessoas, ou entidade não-governamental legalmente reconhecida em um ou mais Estados-membros da Organização, pode apresentar à Comissão petições que contenham denúncias ou queixas de violação desta Convenção por um Estado-parte.

Comissão petições que contenham denúncias ou queixas de violação aos dispositivos da CADH por um Estado-parte (signatário).

Uma vez apresentado o pedido, cabe à Comissão analisar tanto a admissibilidade da demanda, verificando se estão preenchidos os requisitos elencados pelo artigo 46 da CADH³¹⁵, quanto o mérito do pedido. À Comissão também é dada a possibilidade de proferir medidas cautelares, a requerimento de uma parte ou mesmo de ofício, para que o Estado adote medidas de proteção a pessoas ou ao objeto da demanda perante a própria Comissão³¹⁶.

Outra possibilidade neste momento é a solução amistosa entre a vítima e o Estado infrator, em que as próprias partes, por intermédio da Comissão, concordam em adotar uma determinada solução para a violação de direitos humanos em questão³¹⁷.

Não sendo a demanda arquivada por inadmissibilidade, perda de objeto ou por improcedência do mérito, a Comissão estabelecerá ao Estado considerado violador uma série de recomendações que ele deverá cumprir a fim de efetivar as disposições constantes na CADH. Se a Comissão se satisfizer com o cumprimento parcial ou total das recomendações, julgará extinto o feito. No entanto, se verificar que foram descumpridas todas as recomendações, a Comissão *deve automaticamente* propor a ação contra o Estado se este tiver reconhecido a

³¹⁵ Artigo 46 – 1. Para que uma petição ou comunicação apresentada de acordo com os artigos 44 ou 45 seja admitida pela Comissão, será necessário:

- a) que hajam sido interpostos e esgotados os recursos da jurisdição interna, de acordo com os princípios de Direito Internacional geralmente reconhecidos;
- b) que seja apresentada dentro do prazo de seis meses, a partir da data em que o presumido prejudicado em seus direitos tenha sido notificado da decisão definitiva;
- c) que a matéria da petição ou comunicação não esteja pendente de outro processo de solução internacional; e
- d) que, no caso do artigo 44, a petição contenha o nome, a nacionalidade, a profissão, o domicílio e a assinatura da pessoa ou pessoas ou do representante legal da entidade que submeter a petição.

2. As disposições das alíneas “a” e “b” do inciso 1 deste artigo não se aplicarão quando:

- a) não existir, na legislação interna do Estado de que se tratar, o devido processo legal para a proteção legal para a proteção do direito ou direitos que se alegue tenham sido violados;
- b) não se houver permitido ao presumido prejudicado em seus direitos o acesso aos recursos da jurisdição interna, ou houver sido ele impedido de esgotá-los; e
- c) houver demora injustificada na decisão sobre os mencionados recursos.

³¹⁶ RAMOS, André de Carvalho. *Teoria...*, p. 128.

³¹⁷ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos...*, p. 347.

jurisdição da Corte IDH, só se desincumbindo desse ônus se houver decisão da maioria absoluta dos comissários³¹⁸.

Proposta a ação perante a Corte IDH, será oportunizado às partes (vítima e Estado) o exercício do contraditório e ampla defesa, com plena instrução probatória³¹⁹. A Comissão atuará perante a Corte IDH como um órgão que exerce o papel de *custus legis*³²⁰.

A sentença da Corte pode ser pela procedência ou improcedência dos pedidos (total ou parcial), não cabendo nenhum recurso, salvo um recurso similar aos embargos de declaração brasileiro intitulado de recurso de interpretação³²¹. A Corte poderá ainda, por iniciativa própria ou por provocação de uma das partes feita até um mês após a notificação da sentença, retificar erros notórios, de edição ou de cálculo³²².

As sentenças da Corte IDH possuem efeito de coisa julgada *inter partes*, ou seja, possuem efeito vinculante em relação às partes em litígio. Apesar de não produzirem efeitos *erga omnes*, não se pode desconsiderar o efeito de *coisa interpretada* de um julgado da Corte IDH, efeito este responsável por impor aos órgãos internos de cada país signatário da CADH o dever de se orientar pela interpretação da Corte IDH no que tange aos direitos consagrados naquele documento normativo.

Vale ressaltar que a Corte, além de apreciar ações de responsabilidade internacional de Estados, também possui o que se chama de jurisdição consultiva, isto é, a possibilidade de emitir pareceres ou opiniões consultivas sobre a interpretação e aplicação de normas internacionais de direitos humanos³²³.

No entanto, para Valério Mazzuoli, a Corte IDH, no exercício da jurisdição consultiva, não estaria efetivando em verdade um controle de convencionalidade,

³¹⁸ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos...*, p. 348.

³¹⁹ RAMOS, André de Carvalho. *Teoria...*, p. 131.

³²⁰ RAMOS, André de Carvalho. *Idem*, p. 130.

³²¹ RAMOS, André de Carvalho. *Idem*, p. 131.

³²² RAMOS, André de Carvalho. *Idem, ibidem*.

³²³ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos...*, p. 350.

mas sim uma *aferição de convencionalidade*³²⁴, tendo em vista que para o autor os pareceres não teriam força vinculante perante os Estados-partes³²⁵.

Ainda que falte força vinculante aos pareceres consultivos da Corte IDH, estes, assim como as sentenças, devem ser respeitados *na órbita do direito interno, exatamente com o fim de auxiliar os juízes e tribunais nacionais a controlar a convencionalidade das leis em face dos tratados internacionais de direitos humanos*³²⁶, o que leva a segunda forma de controle de convencionalidade citada – o controle realizado pelos próprios órgãos internos de cada Estado.

Para Valério Mazzuoli, o controle nacional de convencionalidade (realizado pelos juízes e tribunais locais) deveria ser o primeiro a ser realizado, antes de qualquer manifestação de cortes internacionais a respeito³²⁷.

O autor baseia seu posicionamento na decisão expedida pela Corte IDH no *Caso Almonacid Arellano e outros vs. Chile*, em que a Corte afirmou que cabe aos Estados *velar para que os efeitos das disposições da Convenção não se vejam prejudicados pela aplicação de leis contrárias ao seu objeto e fim, e que desde o seu início carecem de efeitos jurídicos*³²⁸.

Para a Corte, o Poder Judiciário deveria proceder a um controle de convencionalidade entre as normas jurídicas internas e a CADH, levando não só em conta a letra do tratado, mas também a interpretação que é feita do mesmo pela Corte IDH, intérprete última da Convenção Americana de Direitos Humanos³²⁹.

Tal entendimento foi reforçado quando do julgamento do *Caso dos Trabalhadores Demitidos do Congresso vs. Peru*, tendo a Corte aproveitado a oportunidade para afirmar que o controle de convencionalidade pelo Poder Judiciário interno de cada país deve se realizar inclusive *ex officio*,³³⁰ exercendo a atribuição dada ao juiz pelo princípio do *iura novit curia*³³¹. Tal princípio é traduzido, segundo Maria Helena Diniz, *no dever do magistrado de conhecer e aplicar, de ofício, a*

³²⁴ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Obra citada*, p. 107.

³²⁵ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Idem*, p. 105-106.

³²⁶ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Idem*, p. 105.

³²⁷ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Idem*, p. 90-91.

³²⁸ CORTE IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, § 124.

³²⁹ CORTE IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile, idem*.

³³⁰ CORTE IDH. *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, § 128.

³³¹ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Obra citada*, p. 98.

*norma, e o poder do juiz de procurar e aplicar a lei, ainda que não alegada e provada pelas partes*³³².

A respeito do controle de convencionalidade realizado internamente é necessário frisar que todo e qualquer tratado de direitos humanos pode ser utilizado como parâmetro para o controle de convencionalidade³³³, bem como que este controle deve ser realizado pelos juízes e órgãos vinculados à administração da justiça em todos os níveis³³⁴.

Após esse breve panorama sobre como funciona o controle de convencionalidade, agora fica mais fácil entender como a interpretação que a Comissão e a Corte Interamericana vêm dando à previsão normativa do delito de desacato e à liberdade de expressão pode ajudar a extirpar este fantasma do Estado de Polícia da sociedade brasileira.

3.3. A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E O DELITO DE DESACATO NO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS

Como visto, a partir da consolidação do Direito Internacional dos Direitos Humanos no cenário mundial tornou-se cada vez mais importante a realização daquilo que se chama controle de convencionalidade, tanto via os sistemas internacionais de proteção aos direitos humanos quanto por meio do Poder Judiciário de cada Estado.

No caso brasileiro, o principal controle de convencionalidade em matéria internacional se dá através do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, uma vez que o Brasil é signatário tanto da CADH, bem como reconheceu a competência jurisdicional da Corte IDH.

³³² DINIZ, Maria Helena. *Dicionário jurídico*, p. 1066.

³³³ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Obra citada*, p. 99.

³³⁴ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Idem*, p. 101.

O controle de convencionalidade é concretizado, dentro do SIDH, através da Comissão e da Corte Interamericanas. Estes órgãos internacionais têm sido responsáveis por fomentar avanços jurídicos em diversos temas polêmicos como as leis de anistia das ditaduras latino-americanas³³⁵ e a permanência da criminalização da conduta de desacato.

Apesar da Comissão e da Corte possuírem entendimento diferente sobre até que ponto a tipificação da conduta de desacato implica em violação de direitos humanos, ambas convergem no sentido de afirmar que este delito não raras vezes importa numa efetiva transgressão ao direito à liberdade de expressão.

Diante disto, primeiro será analisado o posicionamento da Comissão Interamericana (CIDH), para depois ser explicitado o posicionamento adotado pela Corte IDH em casos que envolvem a aplicação do citado tipo penal.

3.3.1. A INTERPRETAÇÃO REALIZADA PELA COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

A CIDH em vários pronunciamentos, em especial nos relatórios especiais acerca da liberdade de expressão, manifestou-se no sentido de que as leis de desacato não são compatíveis com a Convenção Interamericana de Direitos Humanos, tendo em vista que eram utilizadas como um meio para silenciar ideias e opiniões impopulares, reprimindo assim o debate crítico necessário ao pleno funcionamento das instituições democráticas³³⁶.

A primeira vez que a Comissão cuidou do assunto foi em 1992, quando foi submetido a sua apreciação o *Caso Horácio Verbitsky Vs. Argentina*. Em linhas gerais, o caso versava sobre a condenação do jornalista Horácio Verbitsky pelo

³³⁵ Exemplo disso foi a recente decisão da Corte IDH no *Caso Gomes Lund y otros ("Guerrilha do Araguaia") Vs. Brasil*. No julgamento deste contencioso, a Corte chegou a afirmar que a lei de anistia promulgada no Brasil ao fim do período ditatorial não poderia impedir a investigação de graves crimes contra a humanidade.

³³⁶ CIDH. *Capítulo V – Leis de Desacato e Difamação Criminal*.

delito de desacato em virtude de ter chamado um ministro da Suprema Corte Argentina de *asqueroso*³³⁷.

Sob a supervisão da Comissão, naquele mesmo ano as partes optaram pela via da solução amistosa para resolver a questão, tendo o governo argentino se comprometido a derrogar o artigo 244 de seu Código Penal (artigo correspondente ao crime de desacato). O Estado Argentino cumpriu o compromisso assumido em 3 de junho de 1993 com a Lei nº 24.198.

Além disso, naquele momento foi feita uma solicitação à Comissão IDH para que se manifestasse acerca da compatibilidade entre a criminalização do desacato e as normas do Pacto San José da Costa Rica³³⁸. A Comissão emitiu o parecer solicitado no informe anual de 1994, publicado somente em 1995³³⁹.

Naquela informe, a Comissão IDH dedicou um capítulo inteiro (Capítulo V – *Informe sobre la compatibilidad entre las leyes de desacato y la Convención Americana sobre los Derechos Humanos*) para verificar se as previsões legais de penalização do desacato violariam ou não os preceitos presentes tanto na Convenção Americana de Direitos Humanos, quanto na Declaração Americana sobre os Direitos e Deveres do Homem³⁴⁰.

Para a Comissão, o tipo penal de desacato violaria o disposto no art. 13.2 da CADH³⁴¹. Embora tal órgão reconheça que a liberdade de expressão não é um direito absoluto, este afirma que só é possível restringir essa liberdade *a posteriori* e respeitando-se quatro requisitos: a) os fundamentos para estabelecer a responsabilidade devem estar fixados previamente; b) devem estar expressos de forma precisa; c) os fins perseguidos devem ser legítimos; e, por fim, d) a

³³⁷ CIDH. *Síntese sobre a jurisprudência interamericana em matéria de liberdade de expressão*, § 25.

³³⁸ OLIVEIRA, Andrea Vaz; OLIVEIRA, Steevan Tadeu de Soares de. *Obra citada*, p. 22.

³³⁹ OLIVEIRA, Andrea Vaz; OLIVEIRA, Steevan Tadeu de Soares de. *Idem, ibidem*.

³⁴⁰ Artigo 13 – Liberdade de pensamento e de expressão

1. Toda pessoa tem o direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito inclui a liberdade de procurar, receber e difundir informações e ideias de qualquer natureza, sem considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer meio de sua escolha.
2. O exercício do direito previsto no inciso precedente não pode estar sujeito à censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores, que deve ser expressamente previstas em lei e que se façam necessárias para assegurar:
 - a) o respeito dos direitos e da reputação das demais pessoas.
 - b) a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas.

³⁴¹ OLIVEIRA, Andrea Vaz; OLIVEIRA, Steevan Tadeu de Soares de. *Obra citada*, p. 23.

responsabilização deve ser necessária para o alcance do fim legítimo que se procura³⁴².

Segundo a Comissão IDH, as leis de desacato atendiam aos dois primeiros requisitos, uma vez que havia a sua previsão legal, via de regra, nos códigos penais dos países³⁴³. Contudo, no que diz respeito à legitimidade dos fins e à proporcionalidade da repressão criminal à ofensa, não seria possível reconhecer a compatibilidade do crime de desacato com as normas internacionais de direitos fundamentais³⁴⁴.

No tocante ao terceiro item, afirmou que o tratamento dispensado aos funcionários públicos lhes outorga uma proteção especial da honra da qual não partilham os demais integrantes da sociedade³⁴⁵. Somado a isso, esta distinção vai na contramão do princípio fundamental do sistema democrático que é o controle do governo pelos cidadãos, controle este responsável por prevenir e conter o abuso do poder coercitivo³⁴⁶.

Se os funcionários públicos no exercício ou em razão das suas funções representam, para todos os efeitos, o governo, então deve-se possibilitar aos cidadãos realizar críticas à forma como estes funcionários atuam³⁴⁷, respeitando-se dessa forma o que o Estado Democrático de Direito preconiza. Como já destacou a Comissão, *o pleno exercício da liberdade de expressão é um dos principais mecanismos que uma sociedade tem de realizar o controle democrático sobre as pessoas que exercem cargos relacionados a assuntos de interesse público*³⁴⁸.

Diante disso, tampouco merece prevalecer o argumento de que as leis de desacato visam defender a ordem pública, já que uma democracia que funciona adequadamente constitui a maior garantia da ordem pública³⁴⁹.

Outro motivo pelo qual entendeu-se que o delito de desacato não atenderia ao disposto no terceiro requisito seria o fato de que, além de reprimir criminalmente críticas já proferidas, o tipo penal teria um efeito dissuasivo, pois a possibilidade de

³⁴² OLIVEIRA, Andrea Vaz; OLIVEIRA, Steevan Tadeu de Soares de. *Obra citada*, p. 23.

³⁴³ OLIVEIRA, Andrea Vaz; OLIVEIRA, Steevan Tadeu de Soares de. *Idem, ibidem*.

³⁴⁴ OLIVEIRA, Andrea Vaz; OLIVEIRA, Steevan Tadeu de Soares de. *Idem, ibidem*.

³⁴⁵ OLIVEIRA, Andrea Vaz; OLIVEIRA, Steevan Tadeu de Soares de. *Idem, ibidem*.

³⁴⁶ CIDH. *Antecedentes e Interpretación de la Declaración de Principios*, § 50.

³⁴⁷ CIDH. *Idem, ibidem*.

³⁴⁸ CIDH. *Idem, ibidem*.

³⁴⁹ CIDH. *Capítulo V – Leis de Desacato e Difamação Criminal*.

criminalização penal faria com que os cidadãos tivessem receio de externalizar reclamações³⁵⁰.

Ainda que não se proceda a uma censura posterior, a mera previsão de uma pena, como o faz as leis de desacato, gera efetivamente aquilo que é conhecido por *chillingeffect*, *efeito silenciador*³⁵¹ ou *autocensura*³⁵².

Segundo, Germán Bidart Campos o fenômeno da autocensura consiste na opção por guardar silêncio, dissimular uma opinião ou calar uma crítica por conta da pressão de estímulos sociais. Para o autor, um dos principais indutores do silêncio seria o governo. Muito embora não se trate de censura propriamente dita, seria ingênuo afirmar que não há nesses casos coerção, pois esta postura é adotada sempre face a uma ameaça, risco, medo, etc³⁵³.

Em relação ao quarto e último requisito, a Comissão IDH afirmou que uma ação civil por difamação ou calúnia seria o meio idôneo e adequado para resolver este tipo de querela³⁵⁴. Contudo, é preciso tomar cuidado com o recurso a esse expediente, uma vez que em vários países a tutela civil não exclui uma simultânea tutela penal das condutas atentatórias contra a honra, servindo inclusive, nos países em que não existe a tipificação da conduta de desacato, para os mesmos fins que este³⁵⁵.

Tendo em vista essas externalidades negativas que tal postura produziria e as razões pelas quais se promove a derrogação do delito de desacato, a Comissão afirmou ser necessário estabelecer um mecanismo para que os delitos contra a honra não sejam utilizados desta maneira. A saída proposta seria a incorporação nos ordenamentos penais de uma excludente de aplicação da pena para os casos em que o sujeito passivo fosse um funcionário ou uma figura pública, bem como nos casos em que o particular ofendido estivesse envolvido em assunto de interesse público³⁵⁶.

³⁵⁰ CIDH. *Capítulo V – Leis de Desacato e Difamação Criminal*.

³⁵¹ ROJAS, Claudio Nash. *Las relaciones entre el derecho de la vida privada y el derecho a la libertad de información en la jurisprudencia de la corte interamericana de derechos humanos*, p. 168

³⁵² NHUCH, Flavia Kamenetz. *Liberdade de expressão e crimes contra a honra nos países da OEA*, p. 10.

³⁵³ CAMPOS, Germán Bidart *apud* CIDH. *Capítulo V – Leis de Desacato e Difamação Criminal*.

³⁵⁴ OLIVEIRA, Andrea Vaz; OLIVEIRA, Steevan Tadeu de Soares de. *Obra citada*, p. 23.

³⁵⁵ CIDH. *Capítulo V – Leis de Desacato e Difamação Criminal*.

³⁵⁶ CIDH. *Idem*.

No entanto, é possível encontrar ainda outro problema na retirada do âmbito penal a questão. Manter a possibilidade de condenação civil poderia implicar na diminuição da proteção dada ao cidadão face ao poder público, pois é notório que as garantias que o direito penal e processual penal oferecem são muito mais protetivas que as ofertadas pelo juízo cível, juízo em que existe toda a questão, por exemplo, de presunção de veracidade, ônus da prova dos fatos alegados, entre outros.

É importante enfatizar que o esforço da Comissão em incentivar a abolição do crime de desacato dos ordenamentos jurídicos latino-americanos se deve pela relevância que o direito à liberdade de expressão tem no continente americano³⁵⁷. Tal importância se deve principalmente pelo fato de que boa parte desses países possui um histórico comum de ditaduras e supressão da liberdade de expressão³⁵⁸, representando as leis de desacato uma herança autoritária desses (des)governos³⁵⁹.

Após esse primeiro relatório, a Comissão iniciou uma tradição de tratar da temática nos *Informes anuales da relatoria sobre a liberdade de expressão*. No relatório de 1998, a Comissão IDH apontou que 17 países latino-americanos precisavam adequar as legislações internas para o fim de decretar a extinção deste delito, dentre eles o Brasil³⁶⁰.

No relatório do ano de 2005, foram ressaltadas positivamente as mudanças legislativas realizadas nos Estados de El Salvador e Panamá em 2004, bem como no Peru em 2003³⁶¹. Também foi louvado, neste informe, o fato da Corte Suprema de Justiça de Honduras ter feito um controle de constitucionalidade do delito e optado por derrogar o artigo 345 do Código Penal que o previa³⁶².

O relatório de 2006 destacou que Guatemala e Chile, seguindo o exemplo dos Estados de El Salvador, Panamá e Peru, eliminaram esse crime de seus ordenamentos jurídicos³⁶³.

Os outros relatórios mantiveram essa mesma proposta de considerar a mera existência do tipo penal de desacato como uma violação à liberdade de expressão,

³⁵⁷ OLIVEIRA, Andrea Vaz; OLIVEIRA, Steevan Tadeu de Soares de. *Obra citada*, p. 23.

³⁵⁸ OLIVEIRA, Andrea Vaz; OLIVEIRA, Steevan Tadeu de Soares de. *Idem, ibidem*.

³⁵⁹ CIDH. *Antecedentes e Interpretación de la Declaración de Principios*, § 52.

³⁶⁰ OLIVEIRA, Andrea Vaz; OLIVEIRA, Steevan Tadeu de Soares de. *Obra citada*, p. 24.

³⁶¹ CIDH. *Informe especial del relator sobre la libertad de expresión 2005*.

³⁶² CIDH. *Idem*, § 67.

³⁶³ CIDH. *Informe especial del relator sobre la libertad de expresión 2006*.

inclusive no relatório mais recente que foi o do ano de 2013, como se pode observar em sua recomendação de nº 8³⁶⁴.

O relatório de 2013 merece ainda mais destaque, tendo em vista que naquele ano foi realizada pela Comissão IDH uma audiência sobre *liberdade de expressão, desacato e crimes contra a honra no Brasil*, a pedido da já citada ONG *Artigo 19*. A solicitante justificou tal pedido através da apresentação de casos em que jornalistas estavam sendo processados criminalmente por desacato como forma de censura³⁶⁵. Como exemplo, foi citado o caso do jornalista José Cristian Góes, processado e condenado a 7 meses e 16 dias de detenção por ter supostamente injuriado um magistrado com a feitura e publicação de uma crônica fictícia³⁶⁶.

Visando ilidir-se do papel de Estado violador, o Estado Brasileiro alegou, durante a audiência, que já estava tramitando no Congresso Nacional um projeto de lei que visava abolir o delito de desacato do Código Penal (já mencionado no segundo capítulo), reconhecendo, porém, que este mesmo projeto propunha um aumento da pena do crime de injúria nos casos em que fosse praticada contra funcionário público no exercício ou em razão de suas funções, fixando, inclusive, uma pena maior do que a atual para o delito de desacato.

O Estado Brasileiro, nesta mesma oportunidade, solicitou à Relatoria para a Liberdade de Expressão da Organização dos Estados Americanos e ao Relator Especial das Nações Unidas que emitissem uma nota técnica a respeito dos crimes contra a honra e o projeto em trâmite de reforma do Código Penal Brasileiro³⁶⁷.

A solicitação foi cumprida em 4 de novembro de 2013 com o envio da nota técnica, nota esta que reforçava mais uma vez o entendimento destes órgãos demandados de que leis de desacato violariam *per se* a liberdade de expressão e

³⁶⁴ CIDH. *Informe especial del relator sobre la libertad de expresión 2013*, recomendação nº 8.

³⁶⁵ CIDH. *Idem*, § 123.

³⁶⁶ O desembargador Edson Ulisses resolver processor o jornalista José Cristian Góes pela publicação do texto *Eu, o coronel em mim*, texto em que o jornalista faz uma crônica, em primeira pessoa e sem citar nomes, sobre o coronelismo. Os argumentos do desembargador seriam o de que o texto se referia, ainda que implicitamente, a ele e a seu cunhado que à época era governador do Sergipe e que por isso teria se ofendido com a publicação. A defesa de José Cristian argumentou que se tratava de um texto ficcional e que por isso não se haveria de falar em qualquer ofensa a honra de ninguém. O jornalista, no entanto, acabou condenado. A crônica pode ser acessada em <http://www.infonet.com.br/josecristiangoes/ler.asp?id=128810>.

³⁶⁷ CIDH. *Informe especial del relator sobre la libertad de expresión 2013*, § 123.

ressaltando também o entendimento da Corte IDH, ainda que parcialmente divergente sobre a temática³⁶⁸ que será analisado a seguir.

3.3.2. A INTERPRETAÇÃO REALIZADA PELA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

No que tange à Corte IDH, em primeiro lugar, é necessário frisar que, ao contrário da Comissão IDH, ela não considera a mera criminalização do desacato uma violação ao artigo 13 da CADH (artigo da liberdade de expressão)³⁶⁹. Foi este o posicionamento que a Corte adotou nos três casos mais importantes a respeito da temática: *Caso Canese Vs. Paraguai*³⁷⁰; *Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica*³⁷¹; e *Caso Palamara Iribarne Vs. Chile*³⁷².

A consequência provocada por se adotar esse posicionamento é que demandas dessa natureza continuam a ser apresentadas nos tribunais nacionais ainda que a probabilidade de condenação seja reduzida³⁷³, mantendo desta maneira todos os efeitos nocivos que a passagem pelo sistema penal acarreta, independentemente se o processo terminar ou não em uma condenação criminal.

Se a Corte tivesse já se pronunciado da mesma forma que a Comissão tal problema poderia ser evitado, mesmo se se considerar que as sentenças da Corte IDH possuem apenas efeitos *interpartes*, pois não se pode desprezar a já citada coisa julgada interpretativa, isto é, o impacto que a interpretação realizada pela

³⁶⁸ CIDH. *Informe especial del relator sobre la libertad de expresión 2013*, § 123.

³⁶⁹ ROJAS, Claudio Nash. *Obra citada*, p. 168.

³⁷⁰ CORTE IDH. *Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111.

³⁷¹ CORTE IDH. *Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 02 de julio de 2004. Serie C No. 107.

³⁷² CORTE IDH. *Caso Palamara Iribarne Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135.

³⁷³ PASQUALUCCI, Jo. *Criminal defamation and the evolution of the doctrine of freedom of expression in international law: comparative jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights*, p. 404.

Corte, na sua condição de intérprete última da CADH, poderia ter nos diversos ordenamentos jurídicos dos Estados signatários.

Muito embora reconheça a possibilidade de existência de delitos como o de desacato, a Corte ressaltou, na sentença do *Caso Kimel Vs. Argentina*³⁷⁴ que a responsabilização penal deve ser aplicada somente como *ultima ratio* e de maneira proporcional³⁷⁵.

A respeito do direito à liberdade de expressão, a Corte reconhece que este possui duas dimensões e que qualquer restrição a elas deve atender alguns requisitos, dentre eles o da proporcionalidade.

A primeira dimensão da liberdade de expressão seria a individual. Essa dimensão é respeitada quando ninguém tem o seu direito de expressar pensamentos limitado ou impedido de maneira arbitrária³⁷⁶. Neste sentido, a sua proteção não significa apenas a possibilidade teórica de escrever ou falar o que quiser, mas também a possibilidade de que as ideias expressadas possam alcançar um grande número de pessoas³⁷⁷.

A segunda dimensão, por sua vez, diz respeito ao elemento social da liberdade de expressão, no sentido de que é necessário entender que a liberdade de expressão engloba também a troca de ideias e informações entre as pessoas. Essa dimensão inclui não só o direito de tentar expressar determinado ponto de vista a outras pessoas, mas também o direito de todos de receber opiniões, informações e notícias³⁷⁸.

Ambas as dimensões possuem igual importância e devem ser preservadas simultaneamente a fim de que seja dado efeito pleno ao direito à liberdade de expressão nos termos expressos no artigo 13 da CADH³⁷⁹.

³⁷⁴ CORTE IDH. *Caso Kimel Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de mayo de 2008 Serie C No. 177.

³⁷⁵ ROJAS, Claudio Nash. *Obra citada*, p. 167.

³⁷⁶ CORTE IDH. *Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay*, § 77, e *Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica*, § 108.

³⁷⁷ CORTE IDH. *Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay*, § 78, e *Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica*, § 109.

³⁷⁸ CORTE IDH. *Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay*, § 79, e *Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica*, § 110.

³⁷⁹ CORTE IDH. *Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica*, § 111.

Ao reconhecer que a liberdade de expressão não é um direito absoluto, mostrou-se indispensável que a Corte estipulasse qual tipo de restrição a este direito seria admissível dentro do Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Nesse sentido, a Corte optou por adotar três requisitos como parâmetro para essa valoração: a) toda restrição deve estar previamente estabelecida em lei; b) a restrição deve ser útil à proteção dos direitos e reputação de outros ou proteger a segurança nacional, a ordem pública ou a saúde e moral públicas; e, por fim c) deve ser necessária dentro de uma sociedade democrática³⁸⁰.

Quanto ao primeiro requisito não há muita controvérsia, uma vez que as leis de desacato encontram ou encontravam-se positivadas quando foram aplicadas nos casos que chegaram a Corte. O segundo requisito não apresenta também, em tese, nenhum problema, pois a criminalização de desacato é utilizada em seu discurso oficial como meio de se assegurar a ordem pública ou segurança nacional, bem como proteger a honra dos funcionários públicos.

É no terceiro requisito – o da necessidade - que resta a controvérsia a respeito de leis de tal natureza³⁸¹. Segundo este critério, toda restrição deve ser justificada por motivos coletivos que, devido a sua importância, sobrepõem-se ao direito individual de pleno gozo do direito à liberdade de expressão que o artigo 13 da CADH garante³⁸².

O problema é que leis que se propõem a proteger a segurança nacional ou ordem pública normalmente são escritas em termos não específicos e amplos, o que permite que o Estado possa usar essa lei para criminalizar quem, através de suas críticas, questiona ou é visto como uma ameaça ao poder do governo³⁸³.

Em relação à proteção da honra, a questão fica ainda mais complexa, já que este é igualmente um direito garantido no corpo da CADH, mais especificamente em seu artigo 11³⁸⁴. Tendo em vista a inexistência de hierarquia entre estes direitos,

³⁸⁰ CORTE IDH. *Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica*, § 120, e *Caso Palamara Iribarne Vs. Chile*, § 79.

³⁸¹ ROJAS, Claudio Nash. *Obra citada*, p. 159.

³⁸² CORTE IDH. *Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay*, § 96, *Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica*, § 121, e *Caso Palamara Iribarne Vs. Chile*, § 85.

³⁸³ PASQUALUCCI, Jo. *Obra citada*, p. 15.

³⁸⁴ ROJAS, Claudio Nash. *Obra citada*, p. 165.

seria necessário fazer a ponderação para, no caso concreto, entender qual direito deveria prevalecer e em que medida³⁸⁵.

No *Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica* foi afirmado pela Corte IDH que a honra dos funcionários públicos deve ser legalmente protegida, desde que seja proporcionada de acordo com os princípios democráticos³⁸⁶. Uma vez que o controle democrático das atividades estatais se dá por meio da opinião pública e esta é responsável por encorajar a transparência e uma maior *accountability* por parte do poder público, resta inquestionável que os debates políticos que versem sobre questões de interesse público sejam restringidos minimamente³⁸⁷, mesmo aqueles que impliquem em comoção, preocupação ou ofensa à autoridade estatal³⁸⁸.

A ordem pública, assim, não deve ser vista como o era durante os regimes ditatoriais da região latino-americana, como proteção do Estado face aos dissidentes. O conceito de ordem pública num Estado Democrático de Direito passa necessariamente pela garantia da livre circulação de notícias, ideias e opiniões, da mesma forma que pelo acesso amplo da sociedade as informações de interesse público³⁸⁹.

Por isso, não basta que a restrição à liberdade de expressão seja considerada útil ou desejável, faz-se indispensável também que a restrição não exceda o mínimo necessário para defender o interesse coletivo, que interfira o mínimo possível no exercício da liberdade de expressão dos cidadãos³⁹⁰.

Com isso, é possível aduzir que para a Corte IDH o direito previsto no artigo 13 da CADH é violado tanto nos casos em que há uma negação da possibilidade de liberdade de expressão, quanto nos em que esta é restringida além do mínimo necessário³⁹¹.

Após analisar o posicionamento de ambas as esferas de controle de convencionalidade do SIDH, importante se faz consignar que, no que diz respeito ao

³⁸⁵ ROJAS, Claudio Nash. *Obra citada*, p. 158.

³⁸⁶ CORTE IDH. *Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica*, § 138.

³⁸⁷ CORTE IDH. *Idem*, § 127.

³⁸⁸ PASQUALUCCI, Jo. *Obra citada*, p. 5.

³⁸⁹ DEFENSORIA DEL PUEBLO. *Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos em matéria de protección de la honra y de la libertad de expresión*. p. 12

³⁹⁰ CORTE IDH. *Caso Palamara Iribarne Vs. Chile*, § 85.

³⁹¹ CORTE IDH. *Idem*, § 68.

Estado Brasileiro, não houve nenhuma decisão com caráter vinculante que determinasse a revogação do delito de desacato.

Contudo, a interpretação dada por estas instâncias de controle permite aos juízes que exerçam aquela segunda modalidade de controle de convencionalidade e deixem de aplicar o tipo penal em todos os casos ou, pelo menos, nos casos em que não se atenda os três requisitos estabelecidos pela Corte IDH. Desta forma, está nas mãos dos juízes decidir se mantêm velhas tradições autoritárias ou se acenam em direção a um verdadeiro Estado Democrático de Direito.

3.4. O CONTROLE JUDICIAL DE CONVENCIONALIDADE

É correto afirmar que, apesar da Corte IDH não ter dado ainda um ultimato ao Brasil para que revogue o tipo penal de desacato, o Sistema Interamericano de Direitos Humanos forneceu importantes interpretações a respeito do delito que não só podem, como devem, ser aplicadas pelos juízes de forma a evitar as arbitrariedades praticadas em nome da ordem pública.

O controle de convencionalidade realizado pelos juízes é denominado *controle judicial de convencionalidade* e serve para declarar a invalidade de leis incompatíveis com os tratados internacionais de direitos humanos, seja pela via difusa (processo subjetivo), seja pela via concentrada (processo objetivo)³⁹².

O controle judicial de convencionalidade pode ser realizado de duas formas: controle repressivo e controle positivo/constutivo. O controle repressivo é aquele que considera uma norma doméstica, face a algum tratado de direitos humanos ou à jurisprudência do SIDH, inconveniente, deixando de aplicá-la ao caso concreto. O controle positivo ou constutivo, por sua vez, é aquela modalidade de controle em

³⁹² RUSSOWSKY, Iris Saraiva. *O controle de convencionalidade das leis: uma análise na esfera internacional e interna*, p. 65.

que o magistrado procede a uma releitura do direito nacional de forma harmonizante com os instrumentos internacionais de proteção aos direitos humanos³⁹³.

Os sujeitos habilitados a realizar o controle judicial de convencionalidade são os mesmos previstos para proceder ao controle de constitucionalidade. O controle de convencionalidade difuso ou concreto poderá ser realizado por qualquer juiz ao julgar casos concretos³⁹⁴, independentemente se repressivo ou positivo. Tanto o é que a própria Constituição prevê em seu art. 105, inciso III, *alínea* “a”, a hipótese de Recurso Especial contra decisão que violar ou negar vigência a tratado internacional.

O controle de convencionalidade concentrado ou abstrato, a seu turno, só será possível no caso de violação a tratado de direitos humanos que tenha sido aprovado segundo o procedimento previsto no art. 5º, § 3º, da Constituição Federal, uma vez que só assim é considerado formalmente constitucional e, por isso, apto a ensejar tal forma de controle³⁹⁵. Assim como no controle concentrado de constitucionalidade, só o Supremo Tribunal Federal é legitimado a sua feitura.

Diante deste cenário, indispensável se faz uma breve explanação sobre como funciona a assimilação de tratados internacionais que versem sobre direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro³⁹⁶.

Sempre houve controvérsia a respeito de qual seria a natureza destes tratados, se eles teriam valor constitucional, supralegal ou de legislação ordinária. Foi somente com a Emenda Constitucional nº 45/2004 que se reconhecer formalmente a possibilidade dos tratados de direitos humanos assumirem a estatura de norma constitucional. Para tanto, seria necessário ter sido o documento internacional aprovado em cada Casa do Congresso em dois turnos por três quintos dos votos dos respectivos membros (art. 5º, § 3º, da CF).

Não obstante a Constituição ter disposto expressamente que só terão tratamento constitucional os tratados internacionais aprovados desta forma específica, existe parte considerável da doutrina, dentre ela Valério Mazzuoli, que

³⁹³ RUSSOWSKY, Iris Saraiva. *Idem*, p. 66.

³⁹⁴ RUSSOWSKY, Iris Saraiva. *Obra citada*, p. 66.

³⁹⁵ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Obra citada*, p. 166.

³⁹⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Controle de convencionalidade (na perspectiva do direito brasileiro)*, p. 62.

acredita que os tratados internacionais de direitos humanos teriam *status* constitucional, ainda que só material, independentemente de terem sido aprovados antes da EC nº 45/2004 ou após ela sem ter preenchido o quórum requisitado.

Mesmo com a promulgação da emenda constitucional a matéria continuou controversa, de forma que coube ao Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento Recurso Especial nº 466.343/SP³⁹⁷, decidir qual seria a natureza jurídica de tais documentos internacionais. Vale ressaltar que a importância da questão reside justamente no fato de que um dos principais tratados de proteção dos direitos humanos, o já mencionado Pacto San José da Costa Rica, foi aprovado antes do advento da EC nº 45/2004.

O Ministro Celso Antonio Bandeira de Mello votou no sentido de ser reconhecido o caráter materialmente constitucional destes instrumentos normativos, compondo estes o que se chama de bloco de constitucionalidade³⁹⁸. A tese levantada por Mello repousa sobre o § 2º do art. 5º da Constituição, dispositivo este que constitui uma cláusula aberta, pois afirmar que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem os direitos dos tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário, o que importaria em admitir que o ingresso dos tratados internacionais dos direitos humanos seria realizado conferindo a eles a mesma condição hierárquica das normas constitucionais³⁹⁹.

Contudo, a tese que prevaleceu no julgamento do RE nº 466.343/SP foi a de que a estes tratados o constituinte teria apenas concedido o caráter de supralegalidade⁴⁰⁰. O Ministro Gilmar Mendes, ao adotar este posicionamento, afirmou que

(...) os tratados sobre direitos humanos seriam infraconstitucionais, porém, diante de seu caráter especial em relação aos demais atos normativos internacionais, também seriam dotados de um atributo de supralegalidade. Em outros termos, os tratados sobre direitos humanos não poderiam afrontar a supremacia da Constituição, mas teriam lugar especial reservado no ordenamento jurídico. Equipará-los à legislação ordinária seria subestimar o seu valor especial no contexto do sistema de proteção dos direitos da pessoa humana.

³⁹⁷ Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>>.

³⁹⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Obra citada*, p. 63.

³⁹⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Idem, ibidem*.

⁴⁰⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Idem*, p. 64.

Apesar de toda essa discussão, entende-se que, independentemente da natureza supralegal ou constitucional, eles são paradigmas do controle de convencionalidade das normas brasileiras, difuso e concentrado⁴⁰¹.

Deste modo, é possível afirmar que os direitos humanos no Brasil estão sujeitos a uma dupla garantia: o controle de constitucionalidade nacional e o controle de convencionalidade internacional⁴⁰². Todo ato normativo interno, não importando sua natureza ou origem, deve atender aos parâmetros apresentados por estes dois crivos, sob pena de ser considerado inválido⁴⁰³.

A importância que o controle de convencionalidade, em especial na sua modalidade judicial, tem reside principalmente na essência contramajoritária que o Direito Internacional dos Direitos Humanos possui, pois as maiorias geralmente são bem-sucedidas no processo político legislativo e judiciário e conseguem a proteção jurídica que almejam⁴⁰⁴.

A essência contramajoritária se revela principalmente na promoção de novas interpretações destes direitos, interpretações que buscam mais tolerância e emancipação contra posições tradicionais (com viés cultural, social ou mesmo religioso) das maiorias⁴⁰⁵.

Não basta somente ratificar normas universais de direitos humanos, é necessário também que a interpretação dada pelos tribunais nacionais esteja de acordo com o princípio *pro homine*, isto é, que a interpretação seja construída buscando-se a maior proteção possível ao ser humano, às vidas concretas⁴⁰⁶.

Ter essa base hermenêutica é especialmente importante para aqueles magistrados que atuam com causas criminais, uma vez que sua atuação gravita em torno da tentativa de limitar, através de critérios de imputação do delito e parâmetros de responsabilização penal, o poder punitivo⁴⁰⁷.

⁴⁰¹ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Obra citada*, p. 80.

⁴⁰² RAMOS, André de Carvalho. *Teoria...*, p. 315.

⁴⁰³ RAMOS, André de Carvalho. *Idem*, p. 316.

⁴⁰⁴ RAMOS, André de Carvalho. *Idem*, 144.

⁴⁰⁵ RAMOS, André de Carvalho. *Idem, ibidem*.

⁴⁰⁶ RAMOS, André de Carvalho. *Idem*, 105.

⁴⁰⁷ CARVALHO, Salo de. *Penas...*, p. 151.

Conforme sustenta Zaffaroni, *a agência judicial, com a configuração atual do poder social, não pode pretender resolver os conflitos, e sim limitar-se e esforçar-se por reduzir ao mínimo a intervenção sempre violenta da ação do poder em conjuntura política*⁴⁰⁸.

Continuar condenando pessoas por um crime que serve a fins tão arbitrários quanto o desacato com base em argumentos “a lei diz assim”, “separação dos poderes”, entre outros, é fechar os olhos para o toque de Midas do direito e processo penal⁴⁰⁹, toque este que estigmatiza e causa dor mesmo no caso de delitos com penas proporcionalmente irrisórias.

Assim, como aduz novamente o brilhante Zaffaroni, está

(...) nas mãos do jurista decidir se cria um discurso a serviço do poder de agências não-judiciais, racionalizando-o como discurso útil a um suposto “sistema”, ou se produz um discurso que desenvolva uma prática de poder autônoma para as agências judiciais, a serviço da pessoa humana, valendo-se de uma contradição que reduza a violência⁴¹⁰.

No entanto, a compatibilização entre o direito interno e o direito internacional dos direitos humanos não serve apenas como um instrumento útil a um juiz preocupado com a realidade social. Proceder a essa compatibilização é, em verdade, uma obrigação de todos os integrantes dos poderes públicos, uma vez que cabe a eles conferir eficácia máxima e imediata a todo e qualquer preceito constitucional definidor de direito e garantia fundamental⁴¹¹.

Se é uma obrigação de todos os integrantes públicos, não se deve apenas propor uma atuação ativa somente por parte da Magistratura, mas também por parte dos Ministérios Públicos e das Defensorias Públicas, estaduais e federais.

Nesse sentido é interessante notar manifestações destes dois órgãos que se utilizam do mecanismo do controle de convencionalidade para pugnar pela inaplicabilidade do tipo penal de desacato.

⁴⁰⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Em busca...*, p. 206.

⁴⁰⁹ CHRISTIE, Nils. *Obra citada*, p. 23.

⁴¹⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Em busca...*, p. 208.

⁴¹¹ RAMOS, André de Carvalho. *Processo...*, p. 344.

Como exemplo dessa atuação por parte do Ministério Público, tem-se a manifestação exarada pelo procurador da república de primeiro grau no processo de nº 5000493-66.2013.404.7119, originário da Vara Federal Criminal de Cachoeira do Sul, situada no Rio Grande do Sul⁴¹². O procurador pediu o arquivamento de um suposto caso de desacato cometido contra uma juíza eleitoral sob o argumento de que o delito em questão não era compatível com a CADH e de que não teria sido recepcionado pela Constituição Federal.

Apesar de posteriormente ter sido determinada pela 2ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal o prosseguimento do feito penal com a nomeação de outro procurador para entrar com a denúncia, evidenciase que a lógica interna ministerial em relação a este delito tem sofrido sim a influência do SIDH, o que denota a importância que o *human approach* possui.

As Defensorias Públicas também estão fazendo uso destas possibilidades hermenêuticas de forma a evitar a condenação de seus representados.

A Defensoria Pública de São Paulo, dentre outras, tem persistentemente se manifestado em suas alegações finais, em casos de desacato, sobre a inconveniência do delito. Nos autos de nº 337/2011 processados perante o Juizado Especial Criminal da Comarca de São Carlos – São Paulo, por exemplo, esta defensoria alegou, assim como o fez o Ministério Público no caso citado acima, que o delito não foi recepcionado pela Constituição Federal e que não seria compatível com art. 13 da CADH⁴¹³.

Esta mesma defensoria também recentemente enviou uma representação à CIDH por conta de uma condenação pelo art. 331, do Código Penal Brasileiro, o que demonstra que o uso do Sistema Interamericano está cada vez mais sendo internalizado pelos atores processuais brasileiros.

Se, por um lado, é indispensável a atuação dos poderes públicos no sentido de se efetivar o controle de convencionalidade, por outro, não merece ser olvidado o papel que organizações da sociedade civil e advogados ativistas tiveram no debate acerca da criminalização do desacato, tendo o presente trabalho feito uso inclusive

⁴¹² Disponível em: <<http://2ccr.pgr.mpf.mp.br/documentos-e-publicacoes/boletins/boletim-45/voto3853.pdf>>.

⁴¹³ Manifestação disponível no site da Defensoria Pública de São Paulo somente para download.

de relatórios realizados por eles e citado uma audiência que teria sido solicitada por tais agentes.

Nesse sentido, resta evidente que a incorporação do controle de convencionalidade não é uma questão que diz respeito somente aos tradicionais atores processuais.

A partir do exposto, seria no mínimo imprudência desconsiderar o potencial de efetivação de direitos humanos e de contenção do poder punitivo que o SIDH oferece, merecendo este ramo do direito cada vez mais atenção por parte de toda população.

Se, como já dito, a perpetuação da lógica do *caxias* é insustentável do ponto de vista social e há ainda um longo caminho à nova realidade proposta pelo *renunciador*, resta no momento a via da malandragem, do jeitinho.

Porém, malandragem aqui não quer dizer algo ruim, como alguns podem associar, malandragem, principalmente numa perspectiva jurídica, é saber as regras do jogo, mas mais do que isso, *saber jogar o jogo*. Apesar do direito muitas vezes mostrar apenas a máscara da dominação, é possível ainda vislumbrar em sua face a emancipação. E o malandro está aí para lembrar a todos disto.

CONCLUSÃO

O crime de desacato é um daqueles tipos penais que passam ao largo de uma maior atenção dos juristas, uma vez que não é tão chocante quanto um caso de estupro de vulnerável ou não abre tanta margem a controvérsias como o latrocínio. No entanto, a lógica que faz com que esse tipo penal permaneça no ordenamento jurídico nacional é a mesma lógica responsável por uma série de violações de direitos humanos de toda ordem que, por sua obviedade, passa muitas vezes despercebida.

Como visto no primeiro capítulo, o delito de desacato é ao mesmo tempo produto e reprodutor da forte hierarquização brasileira. Apesar de no discurso oficial ele ser apresentado como uma tutela jurídica importante na preservação do bom funcionamento da administração pública, ele na verdade está a serviço de interesses de uma parcela bem específica da população.

No segundo capítulo, buscou-se evidenciar que a pena é um fato de poder, algo que possui caráter eminentemente político, e que, portanto, não caberia ao direito tentar justificá-la, mas somente limitá-la, vez que se trata de uma inflição voluntária de dor. A análise do delito de desacato permite escancarar essa natureza política da pena, principalmente se levar-se em conta as principais situações em que este tipo de injusto é aplicado: abuso de autoridade policial e censura a críticas ao Estado e seus aparatos.

Se os dados que a realidade oferece são cruéis e cabe ao direito penal limitar a inflição voluntária de dor que é a pena, verifica-se que a criminalização do desacato não se sustenta, principalmente se confrontada com os ensinamentos da corrente teórica do realismo marginal e da teoria agnóstica da pena.

Entretanto, mesmo sendo notório esse uso nefasto do tipo penal, ele continua sendo aplicado no dia-a-dia dos tribunais brasileiros, faltando a estas teorias o apelo do legalismo que tanto fascina os operadores *caxias* do direito.

Se a renúncia total a essa realidade ainda não é possível, é necessário achar mecanismos que possuam essa aura de legalidade formal e deixem os *caxias*, senão de mãos atadas, pelo menos com uma atuação mais regulada. O Sistema Interamericano de Direitos Humanos e o seu controle de convencionalidade tem servido a esse propósito como bem restou demonstrado no terceiro capítulo.

Que o direito no mais das vezes é instrumento útil de dominação, inclusive através do discurso dos direitos humanos, não se pode questionar, mas desprezar o seu potencial emancipatório seria um grande erro, equívoco este que o *renunciador* e o *malandro* não estão dispostos a cometer.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARTIGO 19. *Protestos no Brasil em 2013*. Disponível em: <[http://www.artigo19.org/protestos/Protestos no Brasil 2013.pdf](http://www.artigo19.org/protestos/Protestos%20no%20Brasil%202013.pdf)>. Acesso em: 18 de outubro de 2014.

BAUMAN, Zigmunt. *Vida para consumo: transformação das pessoas em mercadoria*. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

BENJAMIN, Walter. *Escritos sobre Mito e Linguagem (1915-1921)*. [s.l.] Editora 34 [s.n.].

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 4548/2008, de 17 de dezembro de 2008. *Revoga o artigo 331 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal -, extinguindo o crime de desacato*. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/631364.pdf>>. Acesso em: 02 de novembro de 2014.

_____. Código Penal (1940). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 02 de novembro de 2014.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil (1988)*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 02 de novembro de 2014.

_____. Senado. Projeto de Lei nº 236/2012. *Institui novo Código Penal*. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=143412&tp=1>>. Acesso em: 02 de novembro de 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Recurso especial nº 466.343/SP*. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>>. Acesso em: 02 de novembro de 2014.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. 6ª ed. rev. e amp. v. 5. São Paulo: Saraiva, 2012.

CALERA, Nicolás María López. *Yo, El Estado*. Madrid: Editorial Trotta, 1992.

CARVALHO, Salo de. *Antimanual de criminologia*. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. *Penas e Medidas de Segurança no direito penal brasileiro: fundamentos e aplicação judicial*. São Paulo: Saraiva, 2013.

CHAUÍ, Marilena. *Brasil – mito fundador e sociedade autoritária*. 1ª ed. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2000.

CHRISTIE, Nils. *Uma razoável quantidade de crime*. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

CIDH. *Antecedentes e Interpretación de la Declaración de Principios*. Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=132&IID=2>. Acesso em: 02 de novembro de 2014.

_____. *Capítulo V – Leis de Desacato e Difamação Criminal*. Disponível em: <http://www.oas.org/pt/cidh/expresao/showarticle.asp?artID=533&IID=4>. Acesso em: 02 de novembro de 2014.

_____. *Informe especial del relator sobre la libertad de expresión 2005*. Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/informes/anuales/Informe%20Anual%202005%201%20ESP.pdf> >. Acesso em: 02 de novembro de 2014.

_____. *Informe especial del relator sobre la libertad de expresión 2006*. Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/informes/anuales/Informe%20Anual%202006%201%20ESP.pdf>>. Acesso em: 02 de novembro de 2014.

_____. *Informe especial del relator sobre la libertad de expresión 2013*. Disponível em: http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/informes/anuales/2014_04_22_IA_2013_ESP_FINAL_WEB.pdf>. Acesso em: 02 de novembro de 2014.

_____. *Síntese sobre a jurisprudência interamericana em matéria de liberdade de expressão*. Disponível em: <http://cidh.oas.org/annualrep/2002port/vol.3f.htm>>. Acesso em: 02 de novembro de 2014.

CORTE IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154.

_____. *Caso Gomes Lund y otros ("Guerrilha do Araguaia") Vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010. Serie C No. 219.

_____. *Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 02 de julio de 2004. Serie C No. 107.

_____. *Caso Kimel Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de mayo de 2008 Serie C No. 177.

_____. *Caso Palamara Iribarne Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135.

_____. *Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111.

_____. *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de Noviembre de 2006. Serie C No. 158.

DAMATTA, Roberto. *Carnavais, Malandros e Heróis – Para uma sociologia do dilema brasileiro*. 6 ed. Rio de Janeiro: Rocco, 1997.

_____. *O que faz o brasil, Brasil?* Rio de Janeiro: Rocco, 1986.

DEFENSORIA DEL PUEBLO. *Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos em matéria de proteção de la honra y de la libertad de expresión*. Disponível em: <<http://defensoria.gob.pa/libros/25.pdf>>. Acesso em: 17 de out. de 2013.

DINIZ, Maria Helena. *Dicionário jurídico*. 2ª ed. rev. atual. e aum. v. 2. São Paulo: Saraiva, 2005.

DUSSEL, Enrique. *20 teses políticas*. São Paulo: Expressão Popular, 2007.

FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. 26 ed. Rio de Janeiro: Graal, 2008.

GOÉS, José Cristian. *Eu, o coronel em mim*. Disponível em: <<http://www.infonet.com.br/josecristiangoes/ler.asp?id=128810>>. Acesso em: 02 de novembro de 2014.

GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Direito supraconstitucional – do absolutismo ao Estado Constitucional e Humanista de Direito*. 2ª ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 26 ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

KARAM, Maria Lúcia. *Escritos sobre a liberdade - Recuperar o desejo da liberdade e conter o poder punitivo*. v. 1. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

_____. Maria Lúcia. Para conter e superar a expansão do poder punitivo. *Veredas do Direito*, Belo Horizonte: Escola Superior Dom Helder Câmara, v. 3, n. 5, jan./jun. 2006.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 11ª ed. São Paulo: 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme. Controle de convencionalidade (na perspectiva do direito brasileiro). In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (Org.). *Controle de Convencionalidade: um panorama latino-americano*. 1ª ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

MARQUES, Camila; QUINTANILHA, Karina; DAMÁSIO, Natália. Decisões judiciais ameaçam a liberdade de expressão e manifestação. *Juízes para a democracia*. Disponível em: <http://www.ajd.org.br/arquivos/publicacao/83_83_jornal_63.pdf>. Acesso em: 02 de novembro de 2014.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *O controle jurisdicional da convencionalidade das leis*. 3ª ed. rev., atual. e amp. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

MOREIRA, Egon Bockmann. Anotações sobre a história do Direito Econômico brasileiro (parte I: 1930-1956). *Revista de Direito Público da Economia*. Belo Horizonte: Fórum, v. 6, p. 67-96, 2004.

NHUCH, Flavia Kamenetz. *Liberdade de expressão e crimes contra a honra nos países da OEA*. Disponível em: <

rio.br/pibic/relatorio_resumo2013/resumos_pdf/ccs/DIR/JUR-2594_Flavia%20Kamenetz%20Nhuch.pdf>. Acesso em: 02 de novembro de 2014.

OLIVEIRA, Andrea Vaz; OLIVEIRA, Steevan Tadeu de Soares de. Abolitio criminis do desacato: um olhar sobre a relação entre autoridade pública e o particular na américa latina. *Revista do Centro Acadêmico Afonso Pena*. Belo Horizonte: [s.n.], Número Especial: I Jornada de Estudos Jurídicos da UFMG, p. 15-35, 2010.

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL SECCIONAL DE SÃO PAULO (OAB-SP). *OAB SP consegue remoção de avisos de desacato no judiciário estadual*. Disponível em: <<http://www.oabsp.org.br/noticias/2006/11/08/3919>>. Acesso em: 5 de outubro de 2014.

OTIS, John. Censorship via the courts. In: COMMITTEE TO PROTECT JOURNALISTS (Org.). *Halftime for the brazilian press*. Disponível em: <<http://cpj.org/reports/2014/05/halftime-for-brazilian-press-censorship-violence.php>>. Acesso em: 02 de novembro de 2014.

PAGLIARO, Antonio; COSTA JR., Paulo José da. *Dos crimes contra a Administração Pública*. 4ª ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2009.

PASQUALUCCI, Jo. Criminal defamation and the evolution of the doctrine of freedom of expression in international law: comparative jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights. *Vanderbiltjournal of transnational law*. v. 39, p. 379-433, 2006.

PIOVESAN, Flavia. Controle de Convencionalidade, Direitos Humanos e Diálogo entre Jurisdições. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (Org.). *Controle de Convencionalidade: um panorama latino-americano*. 1ª ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

_____. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 14ª ed. rev. e amp. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. *Temas de direitos humanos*. 2ª ed. São Paulo: Max Limonad, 2003.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro – Parte especial – arts. 250 a 359-H*. 9ª ed. rev., atual. e ampl. v. 3. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

RAMOS, André de Carvalho. *Processo Internacional de Direitos Humanos*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. *Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

ROJAS, Claudio Nash. *Las relaciones entre el derecho de la vida privada y el derecho a la libertad de información en la jurisprudencia de la corte interamericana de derechos humanos*. Disponível em: <http://www.cecoch.cl/htm/revista/docs/estudiosconst/revistaano_6_1.htm/Lasrelaciones08.pdf>. Acesso em: 19 de out. de 2013.

RUSSOWSKY, Iris Saraiva. O controle de convencionalidade das leis: uma análise na esfera internacional e interna. *Revista do Centro Acadêmico Afonso Pena*. Belo Horizonte: n. 2, v. XVIII, p. 61-98, 2012.

SOUZA, Jessé. *Ralé Brasileira – quem é e como vive*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2009.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo Jurídico – Fundamentos de uma nova cultura no Direito*. 3ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Alfa Omega, 2001.

ZAFFARONI, Eugénio Raúl. BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal*. 4 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

_____. *Em busca das penas perdidas*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

_____. *O inimigo no direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2007.