HABEAS CORPUS Nº 483.589 - SC (2018/0331441-5)

RELATOR	**:**	**MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA LUDMILA GRADICI CARVALHO DRUMOND - SC036422
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
PACIENTE	:	LUCIANO DE GANG (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de LUCIANO DE GANG contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina (Apelação Criminal n. 0026556-21.2013.8.24.0008) assim ementado (e-STJ fl. 338):

> *APELAÇÃO CRIMINAL. CRIMES CONTRA A LIBERDADE INDIVIDUAL E CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. AMEAÇA E DESACATO (ARTS. 147, CAPUT E 331, CAPUT, AMBOS DO CÓDIGO PENAL). SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DA DEFESA APENAS QUANTO AO CRIME DE DESACATO.*
>
> *PRETENSÃO DE RECONHECIMENTO DA INCONSTITUCIONALIDADE E/OU INCONVENCIONALIDADE DO ART. 331, CAPUT, DO CÓDIGO PENAL. INACOLHIMENTO. LIBERDADE DE EXPRESSÃO QUE NÃO CONSTITUI DIREITO ABSOLUTO. ADEMAIS, CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS QUE NÃO DERROGOU O CRIME. ENTENDIMENTO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (HC 379.269). PRECEDENTES DESTA CORTE.*
>
> *PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO. ALEGADA AUSÊNCIA DE DOLO EM VIRTUDE DA INGESTÃO DE BEBIDA ALCOÓLICA E DROGAS. INVIABILIDADE. AUTORIA E MATERIALIDADE DEVIDAMENTE COMPROVADAS. APELANTE QUE ULTRAJOU POLICIAIS MILITARES NO EXERCÍCIO DE SUAS FUNÇÕES, PROFERINDO PALAVRAS COM A INTENÇÃO DE OFENDER, MENOSPREZAR E HUMILHAR OS MESMOS. EMBRIAGUEZ E USO DE DROGAS QUE NÃO EXCLUEM A IMPUTABILIDADE PENAL. INTELIGÊNCIA DO ART. 28,*

> *INCISO II, DO CÓDIGO PENAL. CONDENAÇÕES MANTIDAS.*
>
> *"[...] de acordo com o art. 28, II, do CP, a embriaguez voluntária não exclui a imputabilidade penal." (Apelação n. 0006868-61.2011.8.24.0067, de São Miguel do Oeste, rel. Des. Rui Fortes, Terceira Câmara Criminal, j. 17.05.2016).*
>
> *EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. POSSIBILIDADE. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA. PRECLUSÃO DA MATÉRIA FÁTICA. NOVA ORIENTAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (HC N. 126.292/SP) ADOTADA POR ESTA CÂMARA CRIMINAL (AUTOS N. 0000516-81.2010.8.24.0048). DETERMINAÇÃO DE EXPEDIÇÃO DE MANDADO DE PRISÃO. PROVIDÊNCIA QUE DEVE SER ADOTADA PELO JUÍZO A QUO. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.*

No presente *writ*, sustenta a defesa que o crime de desacato é incompatível com o artigo 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos.

Aponta, ainda, julgado da 5ª Turma desta Corte Superior no sentido da impetração (REsp-1.640.084/SP), motivo pelo qual pugna, liminarmente, pela suspensão dos efeitos da condenação. No mérito, requer a absolvição do paciente em relação ao crime de desacato.

Indeferido o pleito liminar (e-STJ fls. 358/360), opinou o Ministério Público Federal "pela manutenção da decisão impugnada" (e-STJ fls. 363/366).

É o relatório. Decido.

Inicialmente, cumpre ressaltar que o Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e este Superior Tribunal de Justiça, pela sua Terceira Seção, diante da utilização crescente e sucessiva do *habeas corpus*, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, **sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.**

Esse entendimento objetivou preservar a utilidade e a eficácia do *mandamus*, que é o instrumento constitucional mais importante de proteção

à liberdade individual do cidadão ameaçada por ato ilegal ou abuso de poder, garantindo a celeridade que o seu julgamento requer. Nesse sentido, destaco os seguintes julgados: STF - (HC 104045, Relatora Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 21/08/2012, acórdão eletrônico DJe-176, divultado em 5/9/2012, publicado em 6/9/2012); e STJ - (HC 239550/RJ, Relatora Ministra LAURITA VAZ, Quinta Turma, julgado em 18/09/2012, DJe 26/09/2012).

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

Busca-se, na presente impetração, o reconhecimento da atipicidade do crime de desacato (art. 331 do Código Penal), ante a aplicação do Princípio da Convencionalidade.

De fato, a Quinta Turma deste Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp 1.640.084/SP, afastou a tipicidade do crime de desacato, ante sua incompatibilidade com a Convenção Americana de Direitos Humanos.

No entanto, a matéria foi recentemente examinada pela Terceira Seção deste Sodalício, no HC-379.269/MS (sessão do dia 24/5/2017). Lá, por maioria de votos (vencidos eu e o Ministro Ribeiro Dantas), entendeu-se que o delito de desacato continua a ser conduta típica no ordenamento jurídico pátrio. Eis a ementa do julgado, escrita pelo Ministro Antonio Saldanha Palheiro:

> *HABEAS CORPUS. RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. VIOLAÇÃO DO ART. 306 DO CÓDIGO DE TRÂNSITO E DOS ARTS. 330 E 331 DO CÓDIGO PENAL. PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. MANUTENÇÃO DA TIPIFICAÇÃO DO CRIME DE DESACATO NO ORDENAMENTO JURÍDICO. DIREITOS HUMANOS. PACTO DE SÃO JOSÉ DA COSTA RICA (PSJCR). DIREITO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO QUE NÃO SE REVELA*

ABSOLUTO. CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE. INEXISTÊNCIA DE DECISÃO PROFERIDA PELA CORTE (IDH). ATOS EXPEDIDOS PELA COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CIDH). AUSÊNCIA DE FORÇA VINCULANTE. TESTE TRIPARTITE. VETORES DE HERMENÊUTICA DOS DIREITOS TUTELADOS NA CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. POSSIBILIDADE DE RESTRIÇÃO. PREENCHIMENTO DAS CONDIÇÕES ANTEVISTAS NO ART. 13.2. DO PSJCR. SOBERANIA DO ESTADO. TEORIA DA MARGEM DE APRECIAÇÃO NACIONAL (MARGIN OF APPRECIATION). INCOLUMIDADE DO CRIME DE DESACATO PELO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO, NOS TERMOS EM QUE ENTALHADO NO ART. 331 DO CÓDIGO PENAL. INAPLICABILIDADE, IN CASU, DO PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO TÃO LOGO QUANDO DO RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. WRIT NÃO CONHECIDO.

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

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

3. De acordo com o art. 41 do Pacto de São José da Costa Rica, as funções da Comissão Interamericana de Direitos Humanos não ostentam caráter decisório, mas tão somente instrutório ou cooperativo. Desta feita, depreende-se que a CIDH não possui função jurisdicional.

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

5. As deliberações internacionais de direitos humanos decorrentes dos processos de responsabilidade internacional do Estado podem resultar em: recomendação; decisões quase judiciais e decisão judicial. A primeira revela-se ausente de qualquer caráter vinculante, ostentando mero caráter "moral", podendo resultar dos mais diversos órgãos internacionais. Os

demais institutos, porém, situam-se no âmbito do controle, propriamente dito, da observância dos direitos humanos.

6. Com efeito, as recomendações expedidas pela CIDH não possuem força vinculante, mas tão somente "poder de embaraço" ou "mobilização da vergonha".

7. Embora a Comissão Interamericana de Direitos Humanos já tenha se pronunciado sobre o tema "leis de desacato", não há precedente da Corte relacionada ao crime de desacato atrelado ao Brasil.

8. Ademais, a Corte Interamericana de Direitos Humanos se posicionou acerca da liberdade de expressão, rechaçando tratar-se de direito absoluto, como demonstrado no Marco Jurídico Interamericano sobre o Direito à Liberdade de Expressão.

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

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

11. Norma que incorpora o preenchimento de todos os requisitos exigidos para que se admita a restrição ao direito de liberdade de expressão, tendo em vista que, além ser objeto de previsão legal com acepção precisa e clara, revela-se essencial, proporcional e idônea a resguardar a moral pública e, por conseguinte, a própria ordem pública.

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

13. Controle de convencionalidade, que, na espécie, revela-se difuso, tendo por finalidade, de acordo com a doutrina, "compatibilizar verticalmente as normas domésticas (as espécies de leis, lato sensu, vigentes no país) com os tratados

internacionais de direitos humanos ratificados pelo Estado e em vigor no território nacional."

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

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

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

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

18. Preenchimento das condições antevistas no art. 13.2. do Pacto de São José da Costa Rica, de modo a acolher, de forma patente e em sua plenitude, a incolumidade do crime de desacato pelo ordenamento jurídico pátrio, nos termos em que entalhado no art. 331 do Código Penal.

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

20. Habeas Corpus não conhecido.

Desse modo, ressalvando o meu entendimento a respeito da matéria, acompanho o que ficou decidido pela Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, colegiado de uniformização da jurisprudência criminal nesta Corte Superior.

Ante o exposto, **nego seguimento** ao presente *habeas corpus.*

Publique-se. Intime-se.

Brasília, 18 de fevereiro de 2019.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator