UNIVERSIDADE DO SUL DE SANTA CATARINA

DARLAN WESTPHAL BITTENCOURT DA CUNHA

ABOLIÇÃO DO CRIME DE DESACATO: ESTUDO À LUZ DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA DO FUNCIONÁRIO PÚBLICO EM CONFRONTO COM A LIBERDADE DE EXPRESSÃO DO CIDADÃO, NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Tubarão

2017

DARLAN WESTPHAL BITTENCOURT DA CUNHA

ABOLIÇÃO DO CRIME DE DESACATO: ESTUDO À LUZ DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA DO FUNCIONÁRIO PÚBLICO EM CONFRONTO COM A LIBERDADE DE EXPRESSÃO DO CIDADÃO, NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Monografia apresentada ao Curso de graduação em Direito, da Universidade do Sul de Santa Catarina como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Linha de pesquisa: Justiça e Sociedade.

Orientador: Prof. Lauro José Ballock, Msc.

Tubarão

2017

DARLAN WESTPHAL BITTENCOURT DA CUNHA

ABOLIÇÃO DO CRIME DE DESACATO: ESTUDO À LUZ DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA DO FUNCIONÁRIO PÚBLICO EM CONFRONTO COM A LIBERDADE DE EXPRESSÃO DO CIDADÃO, NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Esta Monografia foi julgada adequada à obtenção do título de Bacharel em Direito e aprovada em sua forma final pelo Curso de Graduação em Direito, da Universidade do Sul de Santa Catarina.

Tubarão, 04 de dezembro de 2017.

Professor e orientador Lauro José Ballock, Msc.
Universidade do Sul de Santa Catarina

Prof. Cristiano de Souza Selig, Esp.
Universidade do Sul de Santa Catarina

Prof. Jean Pierri Lopes Toledo, Esp.
Universidade do Sul de Santa Catarina

A meus pais, João e Rita de Cássia, por, pacientemente, me ensinarem o caminho que devo seguir.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, em primeiro lugar, a Deus, que me concedeu o dom da vida e esta oportunidade para crescer na vida, iluminou o meu caminho e, até aqui, tem me sustentado.

Aos meus pais, agradeço profundamente por todo o apoio e suporte sem os quais eu não chegaria até aqui. Agradeço, em especial, à minha mãe por todas as suas orações que me sustentaram até agora.

Ao meu querido orientador, por ter transmitido todo seu conhecimento e experiência, conduzindo-me até este momento, com paciência e dedicação.

Às minhas irmãs que, mesmo de longe, torcem por mim e sonham os meus sonhos comigo.

Aos professores que me transmitiram seus conhecimentos com humildade e paciência, durante todo o decorrer do curso.

Aos meus amigos e colegas de curso com quem dividi alegrias e tristezas. Com vocês, o curso e a vida ficam mais leves.

Aos colegas de trabalho da 1ª Vara Federal de Tubarão/SC e da Procuradoria da República no Município de Tubarão/SC, por todo aprendizado que me proporcionaram e todo o apoio fornecido.

Aos que direta e indiretamente fizeram parte da minha formação acadêmica, profissional, pessoal e espiritual.

Agradeço imensamente a todos.

“Trata de saborear a vida; e fica sabendo que a pior filosofia é a do choramingas que se deita à margem do rio para o fim de lastimar o curso incessante das águas. O ofício delas é não parar nunca; acomoda-te com a lei, e trata de aproveitá-la” (ASSIS, Machado de. Memórias Póstumas de Brás Cubas, 1881).

RESUMO

O presente trabalho teve como objetivo geral estudar a incompatibilidade do desacato com o ordenamento jurídico nacional, levando-se em conta o direito de livre expressão dos cidadãos no estado de direito e o confronto com a proteção à dignidade humana do funcionário público. Para isso, foi abordado o delito de desacato, previsto no Código Penal Brasileiro e suas especificidades. Foi discorrido, também, acerca dos direitos humanos, sua evolução histórica nacional e internacional, bem como sua eficácia na órbita interna, elucidando o modo de introdução dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro, e estudando os órgãos e a composição do sistema interamericano de direitos humanos. Por fim, buscou-se identificar se é legítima a posição de criminalizar a conduta do desacato, levando-se em conta os entendimentos esposados sobre o tema, notadamente, a respeito de sua incompatibilização com a liberdade de expressão e, por consequência, identificar a solução para a proteção da dignidade humana do funcionário público, ao ser desacatado no exercício de suas funções ou em razão delas. A natureza do estudo foi a exploratório, enquanto o método de abordagem foi o dedutivo. No que toca à sua abordagem, foi utilizada a qualitativa. Por fim, o procedimento utilizado na coleta de dados foi o documental, bem como bibliográfico. Os resultados apontaram para a incompatibilização do desacato com a Convenção Americana de Direitos Humanos, bem como sobre a necessidade de se propor medidas não penais alternativas, a fim de se proteger a dignidade do funcionário público no exercício de suas funções. As conclusões alcançadas asseveram que surgiram novas balizas ao direito penal contemporâneo, que apontam para sua menor incidência sobre as condutas, devendo prevalecer medidas de outra natureza, sempre que possível.

Palavras-chave: Direito penal. Dignidade. Liberdade de expressão. Direitos Humanos.

ABSTRACT

The present study had as its general objective to study the incompatibility of contempt with the national legal system, taking into account the right of free expression of citizens in the democratic State and the confrontation with the protection of human dignity of public servants. For that, the offense of contempt, provided for in the Brazilian Penal Code and its specificities, was addressed. It was also discussed about human rights, its national and international historical evolution, as well as its effectiveness in the internal orbit, elucidating the way of introducing international human rights treaties in the Brazilian legal system, and studying the organs and composition of the American System on Human Rights. Finally, it was tried to identify if the position of criminalizing the conduct of the comtempt is legitimate, taking into account the undestanding espoused on the subject, in particular, regarding its incompatibilization with the freedom of expression and, consequently, to identify the solution for the protection of the human dignity of the public agent, when he is disobeyed in the performance of his duties or because of them. The nature of the study was exploratory, while the method of approach was deductive. Regarding their approach, the qualitative approach was used. Finally, the procedure used in the data collection was the documentary, as well as bibliographical. The results pointed to the incompatibility of contempt with the American Convention on Human Rights and the need to propose alternative non-criminal measures in order to protect the dignity of the civil servant in the exercise of his or her functions. The conclusions reached indicate that new approaches to contemporary criminal law have emerged, which point to their lower incidence on conduct, and measures of another nature should prevail whenever possible.

Keywords: Criminal law. Dignity. Freedom of expression. Human rights.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO 11
1.1 DESCRIÇÃO DA SITUAÇÃO PROBLEMA E FORMULAÇÃO DO PROBLEMA 11
1.2 JUSTIFICATIVA 12
1.3 OBJETIVOS 13
1.3.1 Objetivo geral 14
1.3.2 Objetivos específicos 14
1.4 DELINEAMENTO METODOLÓGICO 14
1.5 DESENVOLVIMENTO DO TRABALHO: ESTRUTURA DOS CAPÍTULOS 15
2 DO DESACATO 16
2.1 ASPECTOS HISTÓRICOS DO DELITO DE DESACATO 16
2.2 DO DELITO DE DESACATO 18
2.2.1 Conceito e elementos do delito 18
2.2.2 Objeto jurídico 21
2.2.3 Sujeito passivo 21
2.2.4 Sujeito ativo 22
2.3 ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL Nº 496 22
2.4 NOVO CÓDIGO PENAL 24
2.5 DECISÕES DO STJ: ENTENDIMENTOS ACERCA DO DELITO 28
2.5.1 A descriminalização perante a 5ª Seção do STJ 28
2.5.2 O julgamento perante a 3ª Seção do STJ: a manutenção do delito. 29
3 DIREITOS HUMANOS E SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTEÇÃO 31
3.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS HUMANOS NO MUNDO 31
3.2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS HUMANOS NO BRASIL 33
3.3 TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS E O DIREITO INTERNO 36
3.4 SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS 38
3.4.1 A Convenção Americana sobre Direitos Humanos 39
3.4.2 A Comissão Interamericana de Direitos Humanos 40
3.4.3 A Corte Interamericana de Direitos Humanos 42
3.5 O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE 43
4 A ABOLIÇÃO DO DESACATO EM RAZÃO DE SUA INCOMPATIBILIDADE COM A CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS E A PROTEÇÃO

À HONRA E DIGNIDADE HUMANA DO FUNCIONÁRIO PÚBLICO.....48
4.1 ENTENDIMENTO DA COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS: INCOMPATIBILIDADE DO DESACATO COM A CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS.....48
4.1.1 Relatório Anual de 1994.....48
4.1.2 A Relatoria Especial para a Liberdade de Expressão.....54
4.1.2.1 A Declaração de Princípios sobre Liberdade de Expressão.....55
4.1.3 As recomendações da Assembleia Geral da OEA.....56
4.1.4 Relatórios da Comissão Interamericana de Direitos Humanos acerca da situação do Brasil.....57
4.1.5 Estados da OEA que derrogaram o desacato de suas legislações.....59
4.2 LIBERDADE DE EXPRESSÃO *VERSUS* DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.....60
4.2.1 Dignidade da Pessoa Humana.....60
4.2.2 Liberdade de Expressão.....62
4.2.3 Considerações.....65
4.3.1 Da proporcionalidade.....67
4.3.1.1 Subprincípio da adequação.....67
4.3.1.2 Subprincípio da necessidade.....68
4.3.1.3 Subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito.....68
4.3.2 Do direito penal mínimo e o princípio da intervenção mínima.....69
4.3.2.1 O princípio da subsidiariedade.....70
4.3.2.2 O princípio da fragmentariedade.....71
5 CONCLUSÃO.....72
REFERÊNCIAS.....74

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho monográfico terá, por finalidade, estudar a incompatibilidade do desacato com o ordenamento jurídico nacional e a proteção da dignidade da pessoa humana do funcionário público em confronto com a liberdade de expressão, no Estado Democrático de Direito.

1.1 DESCRIÇÃO DA SITUAÇÃO PROBLEMA E FORMULAÇÃO DO PROBLEMA

O delito de desacato, previsto no artigo 331, do Código Penal Brasileiro,[1] surge com a finalidade de proteger, em primeiro plano, o Estado, e em segundo plano, o funcionário público.[2] Ademais, encontra-se situado na Parte Especial do Código Penal, no Título XI, que trata DOS CRIMES CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, Capítulo II, que trata dos CRIMES PRATICADOS POR PARTICULAR CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA EM GERAL,[3] revelando que esta é o sujeito passivo do delito de desacato.

Em 15 de dezembro de 2016, em sede de Recurso Especial nº 1.640.084/SP, a 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, em controle de convencionalidade, entendeu por descriminalizar o desacato, afastando sua incidência por julgá-lo incompatível com a Convenção Americana de Direitos Humanos.[4]

Avançando no tema, destacou que há conflito de normas entre o Código Penal Brasileiro, artigo 331, e o artigo 13, da Convenção Americana de Direitos Humanos, ratificada pelo Brasil. Ressaltou também que este já é o entendimento consolidado da Comissão Interamericana, conforme se vê na aprovação, pela Comissão, da Declaração de Princípios Sobre Liberdade de Expressão em seu 108º período ordinário de sessões, realizado de 16 a 27/10/2000, na capital dos Estados Unidos da América, Washington.

Entretanto, em sede do *Habeas Corpus* nº 379.269/MG, julgado em 24 de maio de 2017, e publicado em 30 de junho de 2017, a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça manteve no ordenamento jurídico nacional o delito de desacato, sob o fundamento de que não

---

[1] BRASIL. Decreto-lei nº 2.848 de 7 de Dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 24 out. 2017.
[2] DELMANTO, Celso. et al. **Código Penal Comentado**. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Saraiva, 2016, p. 985.
[3] BRASIL, 1940.
[4] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.640.084. Alex Carlos Gomes. Relator: Min. Ribeiro Dantas. Brasília, DF, 15 dez. 2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1564541&num_registro=201600321060&data=20170201&formato=PDF>. Acesso em: 25 set. 2017.

havia incompatibilidade entre este e a Convenção Americana de Direitos Humanos.[5]

Como visto, tem-se que houve decisões conflitantes do Superior Tribunal de Justiça acerca da incompatibilidade do crime com o ordenamento jurídico nacional, levando-se em conta o entendimento adotado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

Assim, verifica-se que se faz necessária melhor análise acerca da questão da possível incompatibilidade do delito com o ordenamento jurídico nacional, levando-se em conta o posicionamento da Comissão Interamericana de Direitos Humanos e, notadamente, verificar a possibilidade de que a proteção do funcionário público se dê por outros meios, além do direito penal.

1.2 JUSTIFICATIVA

Após o desfecho da Segunda Guerra Mundial, em 1945, dadas as proporções tomadas no conflito, bem como as graves arbitrariedades praticadas pelo Estado e pelos detentores do poder, a sociedade internacional constatou a necessidade de se criarem mecanismos voltados à proteção dos direitos humanos.[6]

No contexto global, a edição da Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948, foi o primeiro passo para que a temática da proteção dos direitos humanos se espraiasse pelos continentes.[7]

Assim, em 1950, o continente europeu se torna o primeiro a editar um sistema de proteção consubstanciado na edição do seu tratado-regente, qual seja a Convenção Europeia de Direitos Humanos. Na sequência, foi editada a Convenção Americana de Direitos Humanos, em 1969, ratificada pelo Brasil, em 1992, e, por último, a Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos, em 1981.[8]

O Brasil, além de ratificar a Convenção Americana de Direitos Humanos, em 1992, no ano de 1998, também reconheceu a competência contenciosa da Corte Interamericana de Direitos Humanos, estando plenamente integrado ao sistema interamericano de proteção dos direitos humanos.[9]

---

[5] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* nº 379.269, da Defensoria Pública do Estado de Mato Grosso do Sul, Brasília, DF, 30 de jun. 2017. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1595452&num_registro=201603035423&data=20170630&formato=PDF>. Acesso em: 25 set. 2017.

[6] GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Comentários à Convenção Americana Sobre Direitos Humanos**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 16.

[7] Ibid., loc. cit.

[8] GOMES; MAZZUOLI, 2013, p. 16-17.

[9] Ibid., p. 7.

A Comissão Interamericana, desde 1994, recomendava aos Estados membros da Organização dos Estados Americanos, que promovessem uma reforma em suas legislações penais, de forma a remover delas o delito de desacato.[10]

O Brasil, entretanto, nada fez nesse sentido até que, em 2016, uma decisão do Superior Tribunal de Justiça, em sede de controle difuso de convencionalidade, decidiu pela descriminalização do desacato por declará-lo incompatível com a Convenção Americana de Direitos Humanos.[11]

Entretanto, o Brasil voltou atrás, em 2017, quando a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça julgou por manter, no ordenamento jurídico nacional, o delito sob o argumento de que não era incompatível com a Convenção Americana sobre Direitos Humanos e, ainda que fosse, não havia nenhuma condenação do Brasil, no sentido de derrogar o delito.[12]

A pesquisa buscará analisar a compatibilidade do desacato com o direito interno brasileiro, tendo como parâmetro o entendimento dentro do sistema interamericano de direitos humanos, levando-se em conta a liberdade do cidadão *versus* a dignidade do funcionário público em ter sua honra protegida pela lei.

Ademais, buscará se estudar a situação, uma vez que, se afastada do alcance do direito penal, poderá haver incidência de um ato ilícito, por exemplo, dentro do campo do Direito Civil, ou até mesmo um ilícito administrativo conforme a situação. Assim, o estudo pretende estabelecer os parâmetros para que seja fixada a forma com que o direito do funcionário público será resguardado dos abusos eventualmente praticados pelo particular, relativamente aos quais, antes, se aplicava o delito de desacato.

1.3 OBJETIVOS

Depois de explicitado o problema e expostas as razões para a escolha do tema, deve-se identificar os objetivos que serão alcançados durante o transcorrer do presente trabalho de conclusão de curso.

---

[10] ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Capítulo V***: Informe sobre la compatibilidade entre las leyes de desacato y la convencion americana sobre derechos humanos. Informe Anual de la Comission Interamericana de Derechos Humanos*. Washington, EUA: Comissão Interamericana de Direitos Humanos, 1995. Disponível em: <http://www.cidh.oas.org/annualrep/94span/cap.V.htm#CAPITULO V:>. Acesso em: 10 nov. 2017.

[11] BRASIL, 2016.

[12] BRASIL, 2017.

1.3.1 Objetivo geral

Estudar a incompatibilidade do desacato com o ordenamento jurídico nacional, levando-se em conta o direito de livre expressão dos cidadãos no estado de direito, e o confronto com a proteção à dignidade humana do funcionário público.

1.3.2 Objetivos específicos

Abordar o delito de desacato previsto no Código Penal Brasileiro e suas especificidades, estudando sua evolução histórica, sua caracterização enquanto delito, entre outros aspectos fundamentais para melhor compreender o crime de desacato.

Discorrer acerca dos direitos humanos, sua evolução histórica nacional e internacional, bem como sua eficácia na órbita interna, elucidando o modo de introdução dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro, e estudando os órgãos e a composição do sistema interamericano de direitos humanos.

Identificar se é legítima a posição de criminalizar a conduta do desacato, levando-se em conta os entendimentos esposados sobre o tema, notadamente a respeito de sua incompatibilização com a liberdade de expressão e, por consequência, identificar a solução para a proteção da dignidade humana do funcionário público ao ser desacatado no exercício de suas funções ou em razão delas.

1.4 DELINEAMENTO METODOLÓGICO

Este trabalho foi confeccionado utilizando-se do método de abordagem dedutivo, visto que o raciocínio, aqui esposado, partiu de considerações gerais para, então, analisar o problema especificamente.[13]

O trabalho, no que toca à sua classificação com relação ao nível de profundidade, será exploratório, pois, seu objetivo principal foi proporcionar maior familiaridade com o objeto de estudo.[14]

Quanto à abordagem, o estudo se classifica como qualitativo, porquanto a abordagem apresentou as questões problemas de pesquisa, sistematizou ideias e, assim, foi-se

---

[13] LEONEL, Vilson; MOTTA, Alexandre de Medeiros. **Ciência e Pesquisa**: livro didático. 3. ed. Palhoça: Unisul Virtual, 2011. p. 66-67

[14] LEONEL; MOTTA, 2011, p. 101.

construindo a análise do problema.[15]

Por fim, no tocante ao procedimento utilizado na coleta de dados, adotou-se o documental, bem como o bibliográfico, utilizando-se de inúmeros instrumentos, a fim de se proceder à coleta de dados, notadamente livros, leis, decisões judiciais, tratados internacionais, relatórios, resoluções, entre outros.

1.5 DESENVOLVIMENTO DO TRABALHO: ESTRUTURA DOS CAPÍTULOS

A fim de alcançar os objetivos propostos e, em especial, atentando para a melhor elaboração do presente trabalho, o estudo foi divido em três capítulos.

Após a introdução, no segundo capítulo, será apresentado o crime de desacato, conforme previsto no Código Penal Brasileiro. Para tanto, será abordada sua evolução histórica, desde a antiguidade, o núcleo do tipo, as condutas que caracterizam o crime, sujeitos do crime, entre outros aspectos indispensáveis, a fim de se obter uma ampla compreensão do crime em si.

Avançando o trabalho, no terceiro capítulo serão apresentados os direitos humanos, sua conceituação e evolução histórica, além de situar a eficácia dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento jurídico nacional, bem como analisar o instituto do controle de convencionalidade. Será estudado, também, o sistema interamericano de direitos humanos, seus órgãos e sua estrutura básica.

Por fim, o quarto capítulo estudará o porquê se entende o desacato por incompatível com o sistema interamericano de direitos humanos, explicando o posicionamento dos órgãos do sistema a respeito do tema, apresentando, também, conceitos de direito penal que podem solucionar a problemática da proteção da dignidade humana do funcionário público, em face da abolição do delito.

[15] LEONEL; MOTTA, 2011, p. 101.

2 DO DESACATO

Neste capítulo será abordado o delito de desacato, sua história, conceito, elementos objetivos do tipo penal, sujeitos passivo e ativo do crime, objeto jurídico, entre outros, a fim de situar o que será debatido ao longo de todo o trabalho.

2.1 ASPECTOS HISTÓRICOS DO DELITO DE DESACATO

A punição ao desacato, sendo este consubstanciado em ofensas irrogadas contra os funcionários públicos, remonta à Antiguidade.[16] O Direito Romano classificava o desacato como uma modalidade de injúria agravada no que tocava às ofensas dirigidas aos magistrados, as quais eram apenadas com a deportação, para alguns, e pena capital, para outros.[17] Tal situação se manteve durante toda a Idade Média na Europa, sendo estendida, também, ao clero,[18] passando a ser considerada como ofensa ao próprio rei[19].

No Brasil, as Ordenações do Reino Português, cuja parte criminal vigorou desde o descobrimento do Brasil, até o ano de 1.830, puniam as injúrias praticadas contra juízes e seus oficiais,[20] sem haver, porém, uma pena pré-estabelecida, ficando a critério do julgador a pena a ser aplicada, conforme, por exemplo, Livro V, Título L, das Ordenações Filipinas.[21]

Somente a partir dos Códigos Criminais Franceses, de 1.791 e 1.810, na era das codificações, foi ampliada, em vários países, a figura típica para abranger os demais funcionários públicos.[22]

Com o advento do Código Criminal do Império, promulgado por D. Pedro, em 16 de dezembro de 1.830, seguindo a tendência europeia, foram alargadas as figuras da injúria e da calúnia para, dentro destas, incluir, como sujeito passivo, qualquer “depositário ou agente

---

[16] BUSATO, Paulo César. **Direito Penal**: Parte Especial, v. 3. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 681.
[17] BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte especial, vol. 5: crimes contra a administração pública e dos crimes praticados por prefeitos. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 216; FÜHRER, Maximiliano Roberto Ernesto; FÜHRER, Maximilianus Cláudio Américo. **Código Penal Comentado**: incluindo a história de cada um dos tipos penais, as correntes jurisprudenciais e a principal legislação correlata. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007. p. 945.
[18] BITENCOURT, loc. cit.
[19] FÜHRER; FÜHRER, loc. cit.
[20] ESTEFAM, André. **Direito Penal**: Parte Especial, volume 3 (arts. 235 a 359-H). 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 650.
[21] PORTUGAL. **Ordenações e leis do Reino de Portugal**: recopiladas por mandado d'El-Rey D. Philippe I. 1870. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/242733>. Acesso em: 24 out. 2017.
[22] BITENCOURT, loc. cit.; FÜHRER; FÜHRER, loc. cit.

de autoridade pública em razão de seu ofício".[23]

As penas cominadas no Código Criminal do Império variavam entre seis a dezoito meses de prisão, em se tratando de calúnia em impressos, litografados, ou gravados, distribuídos entre mais de quinze pessoas, ou reduzida pela metade, caso não fosse cometida por aqueles meios. A injúria, por sua vez, tinha pena cominada de três a nove meses de prisão, se cometida na forma de impressos, litografados, ou gravados, distribuídos entre mais de quinze pessoas, e reduzida à metade, se cometida de outra forma. Em ambas, havia a previsão de pena de multa concomitantemente, sendo definida pela metade da pena de prisão aplicada.

Após a proclamação da República e a edição de um Código Penal republicano, Decreto n. 847 de 1.890,[24] o desacato foi desmembrado dos crimes contra a honra, adquirindo caráter de crime *sui generis*, previsto no artigo 134. Passou-se, então, por consequência, a utilizar-se o núcleo do tipo "desacatar" restringindo, entretanto, as hipóteses de configuração do delito a ofensas diretas por palavras ou atos, ou faltando à consideração devida, e à obediência hierárquica.

No código republicano, a pena foi reduzida para dois a quatro meses, além dos excessos que, eventualmente, o sujeito ativo cometesse. A pena de multa foi retirada, e houve a previsão de uma causa de aumento de um terço para a hipótese de desacato praticado em sessão pública legislativa, administrativa ou do Judiciário, diante de corporação docente ou repartição pública.

Na atualidade, por fim, o Código Penal em vigor, Decreto-lei 2.848 de 1.940,[25] trouxe insculpido a previsão do delito, em seu artigo 331. Trouxe, também, mais uma ampliação da figura típica, desta vez para abarcar, não só as ofensas irrogadas ao funcionário público no exercício de suas funções públicas, mas, também, em razão delas.

O delito é de ação penal pública incondicionada, cuja pena cominada é de detenção de seis meses a dois anos ou multa, o que o torna de menor potencial ofensivo, nos termos do artigo 61, da Lei n. 9.099/95,[26] sendo passível de aplicação dos institutos despenalizadores lá previstos, tais como transação penal e suspensão condicional do processo.

Conforme visto, trata-se de um de crime que, embora presente no ordenamento jurídico há milhares de anos, sofreu grande mutação em sua essência até os dias de hoje,

---

[23] BRASIL. Lei de 16 de dezembro de 1830. **Código Criminal do Império**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM-16-12-1830.htm>. Acesso em: 24 out. 2017.
[24] BRASIL. Decreto nº 947 de 11 de outubro de 1890. **Promulga o Codigo Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d847.htm>. Acesso em: 24 out. 2017.
[25] BRASIL, 1940.
[26] BRASIL. **Lei nº 9.9099 de 26 de Setembro de 1995**. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm>. Acesso em: 24 out. 2017.

sempre para alargar sua aplicação e incluir, na sua alçada, mais pessoas e mais situações.

2.2 DO DELITO DE DESACATO

O delito de desacato encontra previsão legal no Código Penal Brasileiro, Decreto-lei 2.848, de 1940,[27] em seu artigo 331. Ademais, está situado na Parte Especial do Código Penal, no Título XI, Capítulo II, que trata dos crimes praticados por particular contra a administração pública em geral, revelando que esta é o sujeito passivo primário do crime de desacato.

Embora haja também a previsão do desacato no Código Penal Militar, Decreto-lei 1.001/69,[28] artigos 298, 299 e 300, neste trabalho será abordado apenas o delito de desacato, previsto no Código Penal Brasileiro.

2.2.1 Conceito e elementos do delito

O núcleo do tipo do crime de desacato é justamente "desacatar". Segundo o dicionário Michaelis,[29] desacatar significa "faltar com o devido respeito a alguém; tratar com desconsideração; desrespeitar", ou também, "opor-se abertamente a alguém ou algo; afrontar", ainda "ter em pouca conta; desprezar, menoscabar".

Por sua vez, o Dicionário Jurídico da Academia Brasileira de Letras Jurídicas, define desacato como "falta de acatamento, por meio de palavras ou atos que redundem em vexame, humilhação, desprestígio ou irreverência, a servidor público, civil ou militar, no exercício da função".[30]

Führer e Führer destacam que desacato origina da palavra *accaptare*, que significa "comprar, adquirir", a qual evolui para o significado de prezar respeitar. Daí, portanto, a conclusão que desacatar é desprezar, desrespeitar.[31]

Ao comentar o crime, Hungria traz uma definição completa do crime de desacato e de sua configuração:

---

[27] BRASIL, 1940.
[28] BRASIL. Decreto-lei nº 1.001 de 21 de Outubro de 1969. **Código Penal Militar**. Disponível em: <http:// www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del1001Compilado.htm>. Acesso em: 25 out. 2017.
[29] DESACATAR. In: MICHAELIS. **Dicionário Brasileiro de Língua Portuguesa**. São Paulo: Editora Melhoramentos. Disponível em: <http://michaelis.uol.com.br/busca?r=0&f=0&t=0&palavra=desacatar>. Acesso em: 25 out. 2017.
[30] SIDOU, J. M. (org.). **Dicionário Jurídico**: Academia Brasileira de Letras Jurídicas. 11. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 234.
[31] FÜHRER; FÜHRER, 2007, p. 945.

> A ofensa constitutiva do desacato é qualquer palavra ou ato que redunde em vexame, humilhação, desprestígio ou irreverência ao funcionário. É a grosseira falta de acatamento, podendo consistir em palavras injuriosas, difamatórias ou caluniosas, vias de fato, agressão física, ameaças, gestos obscenos, gritos agudos etc.[32]

Este é o entendimento da doutrina especializada. Para Jesus, desacatar significa humilhar, ofender, desprestigiar, entre outros, admitindo diversos meios de execução da conduta, desde palavras e gestos, até agressão física.[33] Este é o entendimento, também, de Capez,[34] Nucci,[35] Führer e Führer,[36] Prado,[37] Mirabete e Fabbrini,[38] Greco.[39]

Para Busato, entretanto, embora também entenda que a conduta pode ser desde palavras, injúrias, até agressão física, salienta que, neste último caso, a agressão não é absorvida pelo desacato, haja vista, se tratar de objetos jurídicos diferentes, quais sejam a integridade física/moral do funcionário, e o prestígio da administração pública, havendo de aplicar-se, portanto, o concurso de crimes.[40]

Pelo princípio da consunção, só haverá o concurso formal de crimes entre o desacato e uma infração mais grave, como, por exemplo, lesão corporal grave, estando menos lesivas, tais como, vias de fato, lesão corporal leve, ameaça, absorvidas no desacato.[41] Este é o entendimento também de Capez, o qual ressalta apenas que, se houver calúnia, a qual possui a mesma pena que o desacato, haverá o concurso formal.[42]

É modalidade de crime formal, ou seja, basta que a conduta perpetrada pelo agente seja capaz, por si só, de causar dano, visto que independe de o funcionário público sentir-se ofendido.[43] Em sentido contrário, porém, Nucci leciona que "se o funcionário público demonstra completo desinteresse pelo ato ofensivo proferido pelo agressor, não há

---

[32] HUNGRIA, 1959, p. 424 apud GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: parte especial, volume III. 14. ed. Niterói: Impetus, 2017. p. 840.
[33] JESUS, Damásio de. **Direito Penal**, volume 4: parte especial: crimes contra a fé pública a crimes contra a administração pública. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 260.
[34] CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**, v. 3: parte especial, artigos 213 a 359-H. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 507.
[35] NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 13. ed., rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017b. p. 1103.
[36] FÜHRER; FÜHRER, 2007, p. 947.
[37] PRADO, Luiz Regis. **Comentários ao Código Penal**. 9 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 1009.
[38] MIRABETE, Júlio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Manual de Direito Penal**, vol. 3: parte especial, arts. 235 a 361 do Código Penal. 26. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2012. p. 340.
[39] GRECO, 2017, p. 840.
[40] BUSATO, 2017, p. 681.
[41] DELMANTO et. al., 2016, p. 986; PRADO, 2014, p. 1010; JESUS, 2016, p. 264; MIRABETE; FABBRINI, 2012, p. 343.
[42] CAPEZ, 2017, p. 513-514.
[43] JESUS, loc. cit.; CAPEZ, op. cit., 513; MIRABETE; FABBRINI, op. cit., p. 340.

que se falar em crime, pois a função pública não chegou a ser desprestigiada".[44]

Para caracterização do delito, exige-se que a palavra, ou o ato ofensivo, seja dirigido ao funcionário no momento em que estiver exercendo suas atividades, ainda que fora do seu local de serviço, desde que desempenhando um ato de seu ofício, ou, se não estiver no exercício de sua função pública, esta tenha sido levada em consideração pelo autor do delito.[45]

Capez ressalta que, haverá desacato, quando o funcionário estiver no exercício de suas funções, ainda que a ofensa irrogada não guarde relação com sua função pública.[46] Este não é o entendimento de Greco, segundo o qual não se caracteriza o delito se a ofensa não guardar relação com sua função pública.[47] O mesmo não ocorre na hipótese em que o desacato é praticado em razão do exercício da função pública, pois, neste caso, exige-se que a ofensa tenha nexo causal com a função exercida, caso contrário, tratar-se-á de crime contra a honra.[48]

Por fim, destaca-se que é imprescindível, para a correta caracterização do crime, a presença do funcionário público no momento dos fatos.[49] Não é, entretanto, mister que estejam frente a frente, ofensor e ofendido, bastando que o desacatado tome conhecimento imediato da ofensa,[50] conforme Damásio, ou ainda, segundo Nucci, que a ofensa seja captada pelo ofendido por seus "próprios sentidos".[51]

Se, porém, a ofensa se der na ausência do ofendido, ou por escrito, poderá configurar crime diverso, como, por exemplo, a figura da injúria qualificada, prevista no artigo 141, inciso II, do Código Penal.[52]

Não se caracteriza o crime, também, se o desacato é cometido após provocação do ofendido, visto que, nesta hipótese, o agente está a retorquir ofensa dirigida a ele, não buscando desprestigiar a função pública do agente.[53]

A doutrina também defende que não há crime na crítica, censura, reclamação ou desabafo dirigidas a funcionário público, desde que feitas de forma justa, ainda que de maneira firme e incisiva, pois, a fiscalização eficiente do serviço público é de interesse da

---

[44] NUCCI, 2017b, p. 1103.
[45] NUCCI, 2017b, loc. cit.; JESUS, 2016, p. 261.
[46] CAPEZ, 2017, p. 508.
[47] GRECO, 2017, p. 840.
[48] CAPEZ, op. cit., loc. cit.
[49] CAPEZ, op. cit., p. 507; NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Penal**, vol. 3: Parte Especial – arts. 213 a 361 do Código Penal. Rio de Janeiro: Forense, 2017a, p. 609; DELMANTO et al., 2016, p. 986; PRADO, 2014, p. 1010; JESUS, 2016, p. 261; GRECO, loc. cit.
[50] JESUS, op. cit., loc. cit.
[51] NUCCI, 2017a, loc. cit.
[52] JESUS, 2016, p. 264; CAPEZ, 2017, p. 507; NUCCI, 2017a, p. 609; PRADO, 2014, p. 1010.
[53] NUCCI, 2017b, p. 1103; CAPEZ, op. cit., p. 511; DELMANTO et al., 2016, p. 985.

sociedade, de modo geral.[54]

2.2.2 Objeto jurídico

No que diz respeito ao objeto jurídico, a doutrina entende que é a Administração Pública ou, mais propriamente, a autoridade e o prestígio da função pública.[55] Prado vai além, e sustenta que, é o "normal e pleno funcionamento da Administração Pública e o respeito aos seus representantes no exercício de suas funções, uma vez que atuam como *longa manus* do poder estatal."[56] Fragoso acentua que não há apenas injúria, difamação ou desrespeito contra a pessoa, mas, sim, um crime praticado contra um interesse geral, que é o funcionamento regular da administração pública.[57]

2.2.3 Sujeito passivo

O sujeito passivo é, num primeiro momento, o Estado de modo geral, mas, notadamente, a pessoa jurídica de direito público à qual o funcionário público ofendido se vincula. Num segundo plano, o sujeito passivo é o funcionário público.[58] Para Mirabete, entretanto, ambos são igualmente sujeitos passivos, tanto o Estado, quanto o funcionário público.[59]

Por funcionário público, utiliza-se o conceito dado pelo próprio Código Penal Brasileiro,[60] em seu artigo 327, cujo teor assim define:

> Art. 327 - Considera-se funcionário público, para os efeitos penais, quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública.
> § 1º - Equipara-se a funcionário público quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal, e quem trabalha para empresa prestadora de serviço contratada ou conveniada para a execução de atividade típica da Administração Pública.
> [...]

Para Führer e Führer, somente o funcionário público, em sentido estrito (*caput*)

---

[54] NORONHA, 1988 apud CAPEZ, op. cit., loc. cit.; HUNGRIA, 1959 apud CAPEZ, op. cit., loc. cit.; ALMEIDA, 1955 apud NUCCI, 2017a, p. 609; DELMANTO et al., op. cit., p. 985; JESUS, op. cit., p. 260.
[55] DELMANTO et al., op. cit., p. 985; CAPEZ, op. cit., p. 507; NUCCI, 2017b, p. 1103; JESUS, op. cit., p. 259; MIRABETE; FABBRINI, 2012, p. 338; GRECO, 2017, p. 839.
[56] PRADO, op. cit., p. 1009.
[57] FRAGOSO, 1981, p. 469 apud MIRABETE; FABBRINI, 2012, loc. cit.
[58] DELMANTO et al., 2016, p. 985; CAPEZ, Fernando; PRADO, Estela. **Código Penal Comentado**. 6. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2015. p. 673; NUCCI, 2017a., p. 609; PRADO, 2014, p. 1010; JESUS, 2016, p. 260; GRECO, 2017, p. 842.
[59] MIRABETE; FABBRINI, 2012, p. 339.
[60] BRASIL, 1940.

poderá ser sujeito passivo, afastando-se os funcionários por equiparação (parágrafo primeiro).[61]

Por fim, a doutrina é uníssona em afirmar que, se houver ofensa dirigida a vários funcionários públicos em uma só conduta, tratar-se-á de crime único.[62]

2.2.4 Sujeito ativo

Qualquer pessoa pode ser sujeito ativo, haja vista tratar-se de crime comum.[63] No entanto, a doutrina debate a questão do funcionário público como sujeito ativo do delito. Existem três correntes acerca da possibilidade de configurar o funcionário público como sujeito ativo.

A primeira posição defende que o funcionário público não pode ser sujeito ativo enquanto estiver exercendo a função ou vestido da qualidade de funcionário público.[64] A segunda posição defende que só poderá ser se for funcionário de hierarquia inferior ao desacato.[65] Por fim, o último entendimento é de que o funcionário público poderá ser sujeito ativo em qualquer caso, como se particular fosse.[66] Esta última é a posição mais aceita.[67]

Por fim, a Lei nº. 8.906/90,[68] conhecida como Estatuto da Advocacia, dispõe que o desacato praticado por advogado no exercício profissional, não seria punido, conforme artigo 7º, § 2º. O STF, porém, no julgamento da ADIN 1.127-8,[69] declarou inconstitucional tal norma, de forma que o advogado pode ser sujeito ativo do delito de desacato.

2.3 ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL Nº 496

O Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CFOAB), ajuizou, em

---

[61] FÜHRER; FÜHRER, 2007, p. 946.
[62] DELMANTO et al., 2016, p. 986; CAPEZ, 2017, p. 514; FÜHRER; FÜHRER, op. cit., loc. cit., p. 946; JESUS, op. cit., p. 264; GRECO, op. cit., p. 844.
[63] GRECO, op. cit., p. 841.
[64] HUNGRIA, 1959 apud DELMANTO et al., op. cit., p. 985.
[65] FARIA, 1959 apud DELMANTO et al., 2016, p. 985.
[66] NORONHA, 1965, apud DELMANTO et al., op. cit., loc. cit.; MIRABETE, 2012, p. 339; GRECO, 2017, p. 842.
[67] CAPEZ, 2017, p. 510; NUCCI, 2017b, p. 1107.
[68] BRASIL. **Lei nº 8.906 de 4 de Julho de 1994**. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8906.htm>. Acesso em: 25 out. 2017.
[69] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.127-8. Associação dos Magistrados Brasileiros. Relator: Min. Edson Fachin. Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, DF, ed. 105, 10 jun. 2010. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=105&dataPublicacaoDj=11/06/2010&incidente=1597992&codCapitulo=5&numMateria=18&codMateria=1>. Acesso em: 25 out. 2017.

30 de outubro de 2017, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental em face do artigo 331, do Código Penal, que prevê o crime de desacato.[70]

O CFOAB destaca, em sua argumentação, inicialmente, o valor da liberdade de expressão dentro de um Estado Democrático de Direito, considerando-a como verdadeiro "preceito fundamental". Nesse sentido, ressalta que o STF já reconheceu a inconstitucionalidade de diversas normas jurídicas, como a ADPF 130, que declarou não recepcionada a lei de imprensa, a ADPF 187, que permitiu manifestações em defesa da legalização das drogas, ADI 485, que declarou a inexigibilidade de autorização para publicação de biografias.[71]

Prosseguindo, o CFOAB traz o entendimento esposado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, bem como da Relatoria Especial para a Liberdade de Expressão, que já se manifestaram pela incompatibilidade do crime de desacato, com o artigo 13, da Convenção Americana de Direitos Humanos, conforme se verá no item 4.1.[72]

Assim, o CFOAB destaca o entendimento de que:

> o controle exercido pela sociedade, por meio da opinião pública, fomenta a transparência das atividades estatais, incentivando uma atuação mais responsável do servidor público, razão pela qual deve haver uma maior tolerância às manifestações emitidas por indivíduos no exercício deste controle democrático.

Foi ressaltado, ainda, o caso do jornalista Verbitsky contra Argentina. O jornalista foi condenado por desacato, por ter chamado um ministro de "asqueroso", o que ocasionou no compromisso da Argentina de extinguir o desacato de sua legislação. No outro caso, a Corte Interamericana entendeu que o Chile violou o artigo 13, da Convenção Americana, ao imputar o delito de desacato ao escritor Palamara Iribarne.[73]

Ademais, ressalta que, além da liberdade de expressão, a criminalização do desacato afronta o princípio republicano, o qual "pressupõe a igualdade formal entre as pessoas", sendo que o desacato,

> ao coibir a contestação dos cidadãos às atitudes dos agentes estatais, mostra-se em dissonância com o referido princípio, pois enfraquece a prerrogativa do cidadão de fiscalizar as atividades dos agentes públicos. Subverte-se, assim, a titularidade do

[70] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 496. Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Relator: Roberto Barroso. Brasília, DF. Disponível em: <http:// www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=496&classe=ADPF&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em: 15 nov. 2017.
[71] Ibid.
[72] BRASIL, 2017.
[73] Ibid.

> poder político em uma sociedade democrática que, ao invés de recair sobre aos eleitores, é outorgada aos eleitos e aos detentores de funções públicas.[74]

Segundo o Conselho Federal da OAB, o desacato ainda viola o princípio da legalidade, previsto no art. 5º, XXXIX, da Constituição, por que se tratar de um tipo penal aberto, que não descreve qual seja a conduta de desacatar, sujeitando-se à interpretação do julgador, o que, não raramente, acarreta arbitrariedades por partes dos agentes públicos.[75]

Por fim, defende que o desacato ofende o princípio da igualdade, previsto no artigo 5º, *caput*, da Carta Maior, visto que estabelece distinção entre funcionários públicos e cidadãos comuns. Assim, há também, reflexamente, ofensa ao Estado Democrático de Direito previsto no artigo 1º, da CFRB.[76]

Pelo exposto, o CFOAB requer a declaração da não recepção do crime de desacato pela CRFB de 1988. Ademais, requereu a concessão de liminar para afastar a aplicação do artigo 331, do Código Penal, suspendendo-se investigações, inquéritos e ações penais nas quais haja imputação do desacato.[77]

A Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, em conjunto com a Defensoria Pública de mais nove estados da federação, requereu o ingresso no feito como *amicus curiae*, defendendo, de igual modo, a não recepção do desacato em face da CRFB, em razão de sua não compatibilização com a liberdade de expressão, prevista o artigo 5º, inciso IX, e artigo 220, da CRFB, e com os princípios republicanos, artigo 1º, parágrafo único, da legalidade, artigo 5º, inciso XXXIX, da igualdade, artigo 5º, *caput*, e do Estado Democrático de Direito, artigo 1º, todos da CRFB.[78]

A referida ADPF foi distribuída ao Ministro Roberto Barroso.

2.4 NOVO CÓDIGO PENAL

Visando à modernização da legislação pátria, notadamente da legislação penal, em 22 de setembro de 2011, em atendimento ao Requerimento nº 756 de 2011,[79] do Senador

---

[74] BRASIL, 2017.
[75] Ibid.
[76] Ibid.
[77] Ibid.
[78] Ibid.
[79] BRASIL. Senado Federal. **Requerimento nº 756 de 2011**. Brasília, DF, 2011a. Disponível em: <http://legis.senado.leg.br/diarios/BuscaDiario?tipDiario=1&datDiario=22/09/2011&paginaDireta=38618>. Acesso em: 25 set. 2017.

Pedro Taques, foi constituída pelo Presidente do Senado Federal,[80] uma comissão de juristas para discutir e propor o anteprojeto do Novo Código Penal.

Dentre os juristas designados, estavam os Ministros do Superior Tribunal de Justiça Gilson Dipp e Maria Tereza Moura, os Professores René Ariel Dotti e Luiz Flávio Gomes, entre outros. Após a conclusão dos trabalhos, foi apresentado o anteprojeto do Novo Código Penal, transformado no Projeto de Lei do Senado nº 236 de 2012.[81]

Na 14ª Reunião Ordinária da Comissão Especial de Juristas,[82] foi debatida a destinação do delito de desacato no Novo Código Penal. Inicialmente, a proposta apresentada pela subcomissão tratava de uma abolição completa do delito do ordenamento jurídico brasileiro,[83] sob o argumento de ser incompatível com a Convenção Americana de Direitos Humanos.

Após a apresentação da proposta, os debates iniciaram acalorados. O Ministro Gilson Dipp, trouxe à discussão os casos em que policiais federais e servidores da Receita Federal relataram sofrer em situações peculiares das zonas de fronteira. Segundo o Ministro, o Presidente da Associação dos Delegados afirmou que, se não houvesse o tipo penal do desacato, os policiais teriam de partir para força física para reprimir esta conduta, que seria muito comum nessas situações.[84]

Por sua vez, Eluf menciona que, em debates com a Polícia Militar de São Paulo, sobre a reforma do Código Penal, ao se mencionar a proposta de eliminação do delito de desacato, houve grande agitação dos policiais.[85] Segundo Eluf, os policiais disseram que o desacato é muito comum no dia a dia deles, mas que os policiais não reagem a essas ofensas, justamente porque podem contar com o delito de desacato. Assim, segundo eles, caso deixasse de existir o delito, seria muito mais difícil conter a violência policial.[86]

Piñeiro Filho, ao tomar da palavra, foi categórico em afirmar que, de uma análise da Convenção Americana de Direitos Humanos, não vislumbrava qualquer incompatibilidade

---

[80] BRASIL. Senado Federal. **Ato do Presidente do Senado Federal**. Brasília, 22 de setembro de 2011b. Disponível em: <http://legis.senado.leg.br/diarios/BuscaDiario?tipDiario=1&datDiario=22/09/2011 &paginaDireta=38618>. Acesso em: 25 set. 2017.

[81] BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei do Senado nº 236 de 2012a**. Institui o Novo Código Penal. Brasília, DF, 2012. Disponível em: <http://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=3515262&disposition= inline>. Acesso em: 25 set. 2017.

[82] BRASIL. Senado Federal. **Ata da 14ª Reunião da Comissão de Juristas destinada a elaborar anteprojeto do Código Penal**. Brasília, DF, 7 de maio de 2012b. Disponível em: <http://legis.senado.leg.br/diarios/ BuscaDiario?tipDiario=1&datDiario=19/06/2012&paginaDireta=00706&indSuplemento=Sim&codSuplemento =B&desVolumeSuplemento=I>. Acesso e: 25 set. 2017.

[83] BRASIL, 2012b, p. 710.

[84] Ibid., loc. cit.

[85] Ibid., loc. cit.

[86] Ibid., p. 711.

entre o desacato e àquela.[87]

Gonçalves defendeu que a Corte Interamericana de Direitos Humanos, "tem dado a interpretação de que uma norma especificamente protetiva dos funcionários públicos era permeável a abusos".[88] Sugeriu, então, que fosse incluído, dentro da injúria, uma causa de aumento protegendo o funcionário público no exercício de suas funções.

El Hireche levantou que havia até uma dificuldade prática de diferenciar a injúria majorada contra o servidor público no exercício de suas funções, do crime de desacato. Foi mais além e sustentou que o desacato é um tipo penal muito aberto, que serve de reserva para que o funcionário público possa se prevalecer da sua função em relação às demais pessoas.[89]

Piñeiro Filho, sobre a proposta de inclusão do delito dentro de crime contra a honra, afirmou que se trata de um "problema de essência", já que o desacato em si não é uma mera ofensa ao funcionário, ainda que possa estar consubstanciado em ofensa, mas é um verdadeiro crime contra a Administração Pública, consistente na profanação e não acatamento ao ato desta.[90]

Lins e Silva oferecem um contraponto ao debate, ao afirmar que, em sua "modestíssima experiência de rábula criminal, em quase cinquenta anos de andanças pelos corredores criminais, desacato sempre foi produto de abuso de autoridade. Eu nunca vi um desacato tipicamente desacatado, [...]. É sempre o produto do abuso de poder."[91]

Ademais, sustenta que as placas que usualmente se colocavam no Fórum da Comarca do Rio de Janeiro, alertando quanto ao crime de desacato, serviam como uma ameaça a todos os cidadãos e advogados que chegavam para a prestação de um serviço público. Por fim, deu o exemplo da juíza Patrícia Acioli, a qual foi supostamente assassinada por policiais militares, dentre os quais havia um que já a havia prendido por desacato, há 20 (vinte) anos, quando a mesma era defensora pública, em claro exemplo de abuso de poder.[92]

Azevedo sustenta que existem tipos de ofensa em que a honra subjetiva do funcionário público não é afetada e, sim, o menosprezo à função pública. Ou seja, pode-se desacatar um funcionário público sem ofender lhe a honra subjetiva, apenas menoscabando à função. Por fim, concorda que não merece dignidade penal, notadamente dentro de um Estado Democrático de Direito, a tutela da função pública pura e simplesmente.[93]

---

[87] BRASIL, 2012b, p. 711.
[88] Ibid., p. 712.
[89] Ibid., loc. cit.
[90] Ibid., loc. cit.
[91] Ibid., loc. cit.
[92] Ibid., p. 713.
[93] Ibid., p. 715.

Após as acaloradas discussões na Comissão Especial de Juristas, a proposta inicial de abolição integral do desacato foi rechaçada pela maioria, que decidiu pela descriminalização do desacato enquanto delito praticado contra a Administração Pública, passando-se a conduta para injúria qualificada, ou seja, delito contra a honra do funcionário público.[94]

Assim, dentre as inúmeras inovações trazidas pelo anteprojeto, salienta-se a descriminalização do desacato nos moldes atuais e sua transfiguração em injúria qualificada, nos seguintes termos:

> Art. 138. Injuriar alguém, ofendendo lhe a dignidade ou o decoro:
> Pena – prisão, de seis meses a um ano.
> Art. 140. As penas cominadas neste Capítulo são aplicadas até o dobro se qualquer dos crimes é cometido:
> [...]
> IV – contra servidor público, em razão das suas funções;
> [...][95]

Como a injúria no projeto do Novo Código Penal tem pena cominada de prisão de seis meses a um ano, considerando-se a causa de aumento prevista no artigo 140, tem-se que a pena máxima, cominada à injúria contra servidor público no exercício de suas funções, seria de dois anos, a mesma pena cominada no texto em vigor.

Insta a ressalva de que fica afastada, perante o projeto do Novo Código Penal, a elementar do crime consistente em ofensa irrogada no exercício das funções do funcionário público, persistindo apenas no que toca à ofensa em razão das funções.

Assim, perante o Novo Código Penal, pode-se dizer que há a tendência de que o delito de desacato deixe de existir no ordenamento jurídico nacional da forma como se conhece, ao menos no que toca ao Código Penal Brasileiro, devendo persistir nos mesmos moldes no que diz respeito ao Código Penal Militar.

Por fim, durante a tramitação da matéria na Comissões Especial do Senado Federal, após a apresentação de mais de oitocentas emendas, até o momento permanece, o desacato, tal como aqui colocado, embora seja imprevisível saber se assim se manterá até a eventual entrada em vigor do projeto de lei, ainda mais se for considerado que passará também pela Câmara dos Deputados.[96]

---

[94] BRASIL, 2012b, p. 717.
[95] BRASIL, 2012a.
[96] BRASIL. Senado Federal. **Reforma do Código Penal**. Projeto de Lei do Senado nº 236 de 2012. Brasília, DF, 06 de novembro de 2012c. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/106404>. Acesso em: 12 nov. 2017.

Atualmente, a proposta do Novo Código Penal é relatada pelo Senador Antônio Anastasia (PSDB/MG) e encontra-se em trâmite perante a Comissão de Constituição e Justiça do Senado Federal, após ter sua última audiência pública realizada em 08 de agosto de 2017.[97]

2.5 DECISÕES DO STJ: ENTENDIMENTOS ACERCA DO DELITO

O Superior Tribunal de Justiça, em sede de Recurso Especial nº 1.640.084/SP, julgado de 15 de dezembro de 2016, publicado em 1º de fevereiro de 2017, a 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, em controle de convencionalidade, entendeu por descriminalizar o desacato, afastando sua incidência, por julgá-lo incompatível com a Convenção Americana de Direitos Humanos.[98]

Entretanto, no julgamento do *Habeas Corpus* nº 379.269/MS, julgado dia 24 de maio de 2017, publicado em 30 de junho de 2017, a 3ª Seção do Superior Tribunal de Justiça, que reúne as duas turmas criminais da corte, quais sejam, quinta e sexta turmas, julgou por manter o delito no ordenamento jurídico brasileiro, por entendê-lo não afastada a sua incidência pela Convenção Americana de Direitos Humanos.[99]

A seguir, serão melhores explanadas ambas as decisões.

2.5.1 A descriminalização perante a 5ª Seção do STJ

Em sede de Recurso Especial nº 1.640.084/SP, julgado em 15 de dezembro de 2016, publicado em 1º de fevereiro de 2017, a 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, em controle de convencionalidade, entendeu por descriminalizar o desacato, afastando sua incidência por julgá-lo incompatível com a Convenção Americana de Direitos Humanos.[100]

O ministro relator pontuou, inicialmente, a diferença entre o controle de constitucionalidade e o de convencionalidade, sendo que o primeiro cabe ao Supremo Tribunal Federal e o segundo ao Superior Tribunal de Justiça, posto que os tratados que não forem recepcionados na forma do § 3º, do artigo 5º, da Constituição da República, são de ordem supralegal e não constitucional, o que já foi assentado, há muito, na jurisprudência, tanto do

---

[97] BRASIL, 2012c.
[98] BRASIL, 2016.
[99] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* nº 379.269, da Defensoria Pública do Estado de Mato Grosso do Sul. Relator: Antônio Saldanha Palheir. Brasília, DF, 30 de jun. 2017. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1595452&num_registro=201603035423&data=20170630&formato=PDF>. Acesso em: 25 set. 2017.
[100] BRASIL, 2016.

Superior Tribunal de Justiça,[101] quanto do Supremo Tribunal Federal.[102]

Avançando no tema, destacou que há conflito de normas entre o Código Penal Brasileiro, artigo 331, e o artigo 13, da Convenção Americana de Direitos Humanos, ratificada pelo Brasil. Ressaltou, também, que este já é o entendimento consolidado da Comissão Interamericana, conforme se vê na aprovação, pela Comissão, da Declaração de Princípios Sobre Liberdade de Expressão, em seu 108º período ordinário de sessões, realizado de 16 a 27/10/2000, na capital dos Estados Unidos da América, Washington.[103]

Assim, houve verdadeira descriminalização do desacato pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, ainda que posteriormente revogada pela Terceira Seção, conforme se verá na próxima seção.

2.5.2 O julgamento perante a 3ª Seção do STJ: a manutenção do delito.

Em sede do *Habeas Corpus* nº 379.269/MG, julgado em 24 de maio de 2017, e publicado em 30 de junho de 2017, a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça manteve no ordenamento jurídico nacional o delito de desacato, sob o fundamento de que não havia incompatibilidade entre este e a Convenção Americana de Direitos Humanos.[104]

Inicialmente, o *Habeas Corpus* fora distribuído ao Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, vinculado à Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça. Entretanto, em 16 de março de 2017, a Turma, por unanimidade, tendo em vista a relevância do tema tratado, afetou o julgamento do *Habeas Corpus* à Terceira Seção, a qual reúne as duas turmas criminais da Corte, quais sejam, quinta e sexta turmas.

O julgamento iniciou-se com o relatório e voto do Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, o qual não conhecia o *Habeas Corpus*, por se tratar de ato ilegal passível de impugnação por via recursal própria, mas concedia à ordem, de ofício, para excluir da ação penal o delito de desacato por sua incompatibilidade com a Convenção Americana de Direitos

---

[101] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 914.253. Fazenda do Estado de São Paulo. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, DF, 02 dez. 2009a. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=929878&num_registro=200602839138&data=20100204&formato=PDF>. Acesso em: 19 abr. 2017.

[102] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 466.343. Banco Bradesco S/A. Relator: Min. Cezar Peluso.Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, DF, ed. 104, 04 jun. 2009b. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>. Acesso em: 7 nov. 2017.

[103] INSTITUTO INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS. ***Libertad de expresión en las Américas****: Los cinco primeros informes de la Relatoría para la Libertad de Expresión*. San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2003. Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/publicaciones/libertad-de-expresion-en-las-americas-2003.pdf>. Acesso em: 19 abr. 2017.

[104] BRASIL, 2017.

Humanos.[105]

Entretanto, o Ministro Antônio Saldanha Palheiro abriu a divergência do relator e foi acompanhado pela maioria do colegiado, vencendo os Ministros Reynaldo Soares da Fonseca e Ribeiro Dantas.

O Relator para o Acórdão, Ministro Antônio Saldanha Palheiro, primeiramente, teceu breves comentários acerca do caráter supralegal dos tratados de direitos humanos que fossem incorporados ao sistema normativo nacional, antes da Emenda Constitucional n. 45/04, que conferiu força constitucional aos tratados que abordassem direitos humanos e fossem aprovados nos moldes de emenda constitucional.

Após, apresentou a diferença entre a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. Pontuou que a Comissão Interamericana, conforme o artigo 41, da Convenção Americana, não possui função decisória dentro do sistema interamericano de direitos humanos, ou seja, está desprovida de jurisdição.

Por sua vez, o Ministro Relator pontua que a instituição judiciária do sistema interamericano de direitos humano é a Corte Interamericana de Direitos Humanos, cujo objetivo é de aplicar e interpretar a Convenção Americana, conforme artigo 2º, do seu respectivo estatuto.

Ademais, traz à tona o artigo 68, do Pacto, que prevê que os Estados Partes da Convenção, incluindo o Estado Brasileiro, comprometem-se a cumprir a decisão da Corte em todo caso em que forem partes, o que revela o caráter vinculante das decisões da Corte.

Aduz, então, que a Corte Interamericana não analisou propriamente a liberdade de expressão no Brasil, ou o delito de desacato propriamente, tratando-se de mera recomendação, portanto, sem vinculação ao Estado Brasileiro, da Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

Foi além e justificou que, na via interpretativa, não se vislumbra qualquer ofensa à liberdade de expressão a previsão do crime de desacato, previsto no artigo 331, notadamente, levando-se em conta as circunstâncias do caso.

Por fim, votou por manter a tipificação do desacato no ordenamento jurídico nacional e pelo não conhecimento do pedido do *habeas corpus*.[106]

A maioria dos ministros da Terceira Seção seguiu a divergência levantada pelo Ministro Antônio Saldanha Palheiro, e manteve a criminalização do desacato e denegou a ordem de *habeas corpus* impetrada pela Defensoria Pública de Minas Gerais.[107]

---

[105] BRASIL, 2017, p. 29.
[106] BRASIL, 2017, p. 52.
[107] Ibid., p. 68.

3 DIREITOS HUMANOS E SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTEÇÃO

Neste capítulo, serão abordados os direitos humanos, sua origem e evolução, sua relação com o ordenamento jurídico nacional, bem como sua proteção a nível mundial e a nível internacional-regional como, por exemplo, o papel da Corte e Comissão Interamericanas de Direitos Humanos.

3.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS HUMANOS NO MUNDO

A evolução histórica dos direitos humanos no mundo, e sua consequente internacionalização, atingiu seu apogeu no momento pós Segunda Guerra Mundial, com a criação da Organização das Nações Unidas e a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948,[108] momento no qual, segundo Mazzuoli: "A sociedade internacional percebeu a necessidade de se arquitetar um novo modelo de Direito Internacional Público, voltado à criação de mecanismos de proteção dos direitos da pessoa humana contra as arbitrariedades dos Estados e dos indivíduos que agem em seu nome".[109]

Entretanto, a eclosão da consciência histórica aos direitos humanos só aconteceu após percorrer um longo caminho, centrado em torno da limitação do poder estatal.[110] De fato, não há um momento exato na história que marque o seu nascimento, mas, nas palavras de Ramos, há um processo de evolução cujo cerne, no caso dos direitos humanos, dá-se, principalmente, na luta contra a opressão.[111]

Um primeiro passo, nesse sentido, foi o reconhecimento de que as instituições de governo existem a serviço das pessoas, e não a serviço do governante. Assim, admite-se a existência de direitos que, "inerentes à própria condição humana, devem ser reconhecidos a todos e não podem ser havidos como mera concessão dos que exercem o poder".[112]

Nesse sentido, conforme Comparato,[113] a história da proteção aos direitos humanos remonta ao reino unificado de Israel, sob o reinado de Davi, nos séculos XI e X a.C. Isto porque, em claro contraste aos regimes monárquicos dos contemporâneos, o Reino de Davi estabeleceu, pela primeira vez na História, a figura do rei-sacerdote, aquele que "não se

---

[108] RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 34 e 49.
[109] GOMES; MAZZUOLI, 2013, p. 16.
[110] COMPARATO. Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 53; MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 6 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016. p. 59.
[111] RAMOS, 2017, p. 33.
[112] COMPARATO, 2015, p. 53.
[113] Ibid., loc. cit.

proclama Deus nem se declara legislador, mas se apresenta, antes, como o delegado do Deus único e o responsável supremo pela execução da lei divina".[114]

Segundo Comparato, foi esse reino o precursor do Estado de Direito, sendo este compreendido como uma organização política completamente sujeita às normas editadas por uma autoridade superior.[115]

Este sistema de limitação do poder de governo foi retomado com a criação das instituições democráticas em Atenas, no século VI a.C., e prosseguiu com a criação da República Romana.[116]

Ambas foram destruídas pela onda imperial que tomou conta da Europa, a partir do século IV a.C., e perdurou até meados da Idade Média, período no qual, por volta dos séculos XI e XII, ressurgiu a ideia de limitação de poder dos governantes, tendo por marco inaugural deste novo tempo a promulgação da Magna Carta, pelo Rei João da Inglaterra, em 1215,[117] a qual é considerada, por muitos autores, como o nascimento da proteção aos direitos humanos, sendo o mais importante documento produzido até aquele momento.[118]

Com a Carta Magna despontou, sobretudo, o valor da liberdade. Mas não a liberdade em benefício de todos, o que só surgiria séculos mais tarde, mas liberdades específicas à alta classe inglesa, ou seja, o clero e a nobreza, salvo raras concessões em benefício do povo.[119] Em que pese sua seletividade, a Magna Carta serviu como ponto de referência das liberdades mais garantistas concedidas pelo *habeas corpus act* e o *bill of rights*.[120]

Somente com a Declaração de Direitos do Povo da Virgínia, de 1776, e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, se reconhece direitos inerentes à própria condição humana.[121] Estavam, assim, lançados os fundamentos da democracia moderna.[122]

Após este período, houve, de fato, uma brutal pauperização das massas proletárias, o que levou ao reconhecimento dos direitos humanos de caráter econômico-social,

---

[114] COMPARATO, 2015, p. 53.
[115] Op. cit., p. 54.
[116] Ibid., loc. cit.; RAMOS, 2017, p. 35.
[117] COMPARATO, 2015, p. 56.
[118] MALHEIRO, Emerson. **Curso de Direitos Humanos**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016. p. 27.
[119] COMPARATO, 2015, p. 58; SARLET, Ingo Wolfgang Sarlet. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 12. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015. p. 41.
[120] COMPARATO, 2015, p. 61; SARLET, 2015, p. 41; RAMOS, 2017, p. 40.
[121] COMPARATO, 2015, p. 62; RAMOS, 2017, p. 44-45.
[122] COMPARATO, 2015, p. 62-63; SARLET, 2015, p. 43.

consagrados a partir das Constituições Mexicanas de 1917, e de Weimar, em 1919.[123]

Por fim, após todas as atrocidades cometidas, antes e durante a Segunda Grande Guerra, a humanidade "compreendeu, mais do que em qualquer outra época da História, o valor supremo da dignidade humana".[124]

A criação da Organização das Nações Unidas e a proclamação da Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948, foram os marcos inaugurais da nova fase histórica, que se encontra em pleno desenvolvimento até os dias de hoje.[125]

Com o advento da Declaração Universal de Direitos Humanos, foi criado o sistema de direitos humanos das Nações Unidas, que desencadeou, no âmbito regional, a criação de sistemas regionais de proteção dos direitos humanos.[126]

Assim, em 1950, o continente europeu se torna o primeiro a editar um sistema de proteção consubstanciado na edição do seu tratado-regente, qual seja, a Convenção Europeia de Direitos Humanos. Na sequência, em 1969, foi editada a Convenção Americana de Direitos Humanos, ratificada pelo Brasil, em 1992, e, por último, a Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos, em 1981.[127]

3.2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS HUMANOS NO BRASIL

O desenvolvimento dos direitos humanos no Brasil confunde-se com a evolução constitucional brasileira e a própria evolução histórica da nação. Nesse sentido, pode-se considerar que o Brasil passou a existir somente 300 anos após o descobrimento, com a vinda da família real em 1808.[128]

Disso, pode-se dizer que o primeiro momento de consagração dos direitos humanos no ordenamento jurídico nacional foi com a edição da Carta Imperial, de 1824, a qual previa expressamente direitos do indivíduo, tais como, a inviolabilidade dos direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros, a liberdade, a segurança, a propriedade, entre outros. Embora com foco em direitos civis e políticos, houve a previsão, também, de direitos sociais como assistência social em saúde e ensino primário gratuito.[129]

Seguindo a tradição, com a instauração da República e promulgação da

[123] COMPARATO, 2015, p. 66; RAMOS, 2017, p. 48.
[124] COMPARATO, op. cit., p. 68.
[125] Op. cit., p. 69.
[126] GOMES; MAZZUOLI, 2013, p. 16.
[127] Op. cit., loc. cit.
[128] BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 480.
[129] RAMOS, 2017, p. 447.

Constituição de 1891, foi mantida a outorga de direitos como inviolabilidade dos direitos de liberdade, propriedade, entre outros.[130] Ademais, a Carta de 1891, inovou ao prever expressamente que os direitos, nela previstos, não excluíam "outras garantias e direitos não enumerados, mas resultantes da forma de governo que ela estabelece e dos princípios que consigna",[131] embora tenha excluído os direitos sociais anteriormente conferidos.[132]

Em 1934, também houve a previsão aos direitos humanos e fundamentais, na Constituição de 1934, que previu expressamente um título de Declaração de Direitos, prevendo vários direitos civis e políticos, além de direitos sociais e trabalhistas,[133] sofrendo influências das Constituições Mexicanas, de 1917, e de Weimar, em 1919.[134]

Foi suplantada pela Constituição de 1937, a "polaca", outorgada por Getúlio Vargas. Ainda que eminentemente ditatorial, a Carta de 1937 mencionou, formalmente, Os Direitos e Garantias Individuais. Porém, o uso desses direitos e garantias era limitado pela "prevalência absoluta da razão de Estado",[135] nesse contexto, pode-se citar o artigo 139, que estipula a proibição ao direito de greve.[136]

Com o fim da Era Vargas, em 1946, foi editada uma nova Constituição, a qual previa expressamente os Direitos e Garantias Fundamentais, restabelecendo o direito à greve e prevendo inúmeros direitos sociais.[137]

Entretanto, após a posse de João Goulart, deposto em 1964, instaurou-se, no país, o governo militar, que perduraria até 1985. Nesse período, foi editada a Carta de 1967, a qual previu, ao menos formalmente, direitos e garantias individuais. Entretanto, havia a possibilidade de serem afastadas estas garantias, em razão do abuso possível de ser praticado.[138] Com o Ato Adicional 5, foi prevista a possibilidade de suspensão de direitos políticos e a cassação de mandatos pelo regime, a suspensão do *habeas corpus* para crimes políticos, entre outros. Tal fato foi reforçado com a Emenda de 1969, a qual ampliou os poderes de exceção do governo militar.[139] Durante o período, notadamente, no período entre 1969 e 1974, durante o governo do general Emílio Médici, instaurou-se a fase mais dura do regime, com censura às artes e à imprensa, violenta perseguição aos opositores, a tortura

[130] RAMOS, 2017, p. 447.
[131] SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2017, p. 238; RAMOS, 2017, loc. cit.
[132] SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2017, loc. cit.
[133] RAMOS, 2017, loc. cit.
[134] SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2017, p. 241.
[135] RAMOS, 2017, loc. cit.
[136] SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2017, p. 244; RAMOS, 2017, p. 448.
[137] RAMOS, 2017, loc. cit.
[138] RAMOS, 2017, p. 448.
[139] SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2017, p. 248.

generalizada de presos políticos, entre outros.[140]

Com as eleições indiretas de 1985, assume o primeiro presidente civil, desde 1964, qual seja, José Sarney. Era o fim do regime e o começo da nova ordem constitucional democrática brasileira, que vem se consolidando até os dias de hoje. Nas palavras de Ramos, "com a redemocratização, o Congresso Constituinte (1985-1987) reagiu há mais de vinte anos de ditadura com uma forte inserção de direitos e garantias no texto da futura Constituição, que recebeu a alcunha de 'Constituição Cidadã'".[141] Nas palavras de Sarlet, foi inaugurada "uma ordem constitucional voltada ao ser humano e ao pleno desenvolvimento da sua personalidade".[142]

No que toca especificamente aos direitos humanos, merece destaque a mudança simbólica, típica das Constituição promulgadas pós Segunda Guerra, que, buscando remarcar a primazia dos Direitos Fundamentais, transportando para a parte inicial da Carta as disposições relativas aos direitos humanos.[143]

Na Carta de 1988, houve uma ampla positivação dos direitos consagrados, até então, no plano internacional, mesmo antes da ratificação dos respectivos tratados internacionais. Ademais, merece destaque a amplitude de consagração de direitos na Carta, pois, comtemplou "tanto os direitos e garantias individuais 'clássicos', ou seja, os direitos de liberdade, quanto os direitos sociais, incluindo um extenso rol de direitos trabalhistas, bem como o direito de nacionalidade e os direitos políticos".[144]

Por fim, houve a expressa menção de que as normas de direitos e garantias fundamentais teriam aplicabilidade imediata.

O último capítulo de proteção dos direitos humanos no Brasil, se deu com a aprovação da Emenda Constitucional nº 45/2004, que incluiu dois novos parágrafos no rol de direitos do artigo 5º, para conceder, aos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, força de emendas constitucionais, desde que aprovados por ambas as Casas do Congresso Nacional, por três quintos dos votos, em dois turnos de votação.[145]

Além do mais, destaca-se, também, a recente mudança de orientação do Supremo Tribunal Federal que, na prática, concedeu maior força normativa aos Tratados e Convenções sobre Direitos Humanos, que não forem aprovados na forma especial prevista no § 3º, do artigo 5º, da Carta de 1988.

---

[140] BARROSO, 2015, p. 484.
[141] RAMOS, 2017, loc. cit.
[142] SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2017, p. 253.
[143] BARROSO, 2015, p. 491.
[144] SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2017, p. 254.
[145] RAMOS, 2017, p. 448.

Por fim, mas não menos importante, ressalta-se a ênfase dada à integração na comunidade internacional e a afirmação, no plano das relações internacional, a prevalência dos direitos humanos,[146] o que ficou evidente com a ratificação de inúmeros tratados, que versam sobre direitos humanos logo após a edição da Constituição Cidadã, consolidando a temática dos direitos humanos como uma das mais relevantes pautas da agenda internacional do país.[147]

3.3 TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS E O DIREITO INTERNO

Desde a redemocratização do país, a partir de 1985, e notadamente após a edição da Constituição de 1988, o Brasil ratificou inúmeros instrumentos internacionais voltados à proteção dos direitos humanos.[148]

A problemática da posição hierárquica dos tratados internacionais no ordenamento jurídico brasileiro se deu com edição da Carta de 1988, a qual dispôs, em seu artigo 5º, § 2º, expressamente que a declaração de direitos assegurados pelo texto constitucional não exclui outros direitos previstos em tratados internacionais.[149]

Para Piovesan,

> ao prescrever que "os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros direitos decorrentes dos tratados internacionais", a *contrario sensu*, a Carta de 1988 está a incluir, no catálogo de direitos constitucionalmente protegidos, os direitos enunciados nos tratados internacionais em que o Brasil seja parte. Esse processo de inclusão implica a incorporação pelo Texto Constitucional de tais direitos.[150]

A fim de analisar a atual posição hierárquica dos tratados internacionais sobre direitos humanos, faz-se necessário separar, também, o momento anterior à Emenda Constitucional nº 45/04, e o posterior. Isto porque a referida emenda inseriu, no corpo constitucional, a previsão de que os tratados internacionais sobre direitos humanos ratificados pelo Brasil, e aprovados pelo Congresso Nacional, com quórum qualificado teriam força de

---

[146] SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2017, p. 253.
[147] PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 16. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: 2016. p. 394
[148] PIOVESAN, 2016, p. 398.
[149] PIOVESAN, 2016, p. 121-122; SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2017, p. 343; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direitos Humanos**. 4. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017. p. 251.
[150] PIOVESAN, 2016, p. 122.

emenda constitucional.

Ademais, outro momento importante se deu por ocasião do julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, do Recurso Extraordinário nº 466.343, que em alteração de sua jurisprudência, firmou orientação no sentido de conferir aos tratados de direitos humanos maior força normativa em relação aos demais tratados internacionais. Assim, vencida a tese de que os tratados de direitos humanos teriam caráter constitucional, independentemente da aprovação qualificada, venceu a tese da supralegalidade dos tratados de direitos humanos não aprovados no rito qualificado, ou seja, estão acima das leis ordinárias, entretanto, abaixo da Constituição Federal.[151]

Assim, rompe o Tribunal com a sua jurisprudência consolidada desde 1977, firmada no âmbito do Recurso Extraordinário nº 80.004, que igualava os tratados às leis ordinárias, independentemente do seu conteúdo, tal como em 1995, no julgamento do *Habeas Corpus* nº 72.131-RJ, em que o STF manteve este entendimento ao conferir, ao Pacto de São José da Costa Rica, a hierarquia de lei ordinária.[152]

Entretanto, em que pese o entendimento encampado pelo Supremo Tribunal, este não é o entendimento de Piovesan para quem,

> todos os tratados internacionais de direitos humanos são materialmente constitucionais, por força do § 2º, do art. 5º. Para além de serem materialmente constitucionais, poderão, a partir do § 3º, do mesmo dispositivo, acrescer a qualidade de formalmente constitucionais, equiparando-se às emendas à Constituição, no âmbito formal.[153]

Este último posicionamento é também encampado por Sarlet, Marinoni e Mitidiero,[154] Malheiro,[155] Mazzuoli,[156] e Ramos,[157] entretanto, ressalta-se, por força do decidido pelo Supremo Tribunal, a tese da supralegalidade dos tratados internacionais não aprovados na forma do § 3º, do artigo 5º, da Constituição, é a que deve ser utilizada, atualmente.

---

[151] PIOVESAN, 2016, p. 147; SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2017, p. 341-345; RAMOS, André de Carvalho. **Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 320-321.
[152] PIOVESAN, 2016, p. 130-148; MALHEIRO, 2016, p. 62; RAMOS, 2016, p. 312.
[153] PIOVESAN, 2016, p. 153.
[154] SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2017, p. 343.
[155] MALHEIRO, 2016, p. 62.
[156] MAZZUOLI, 2017, p. 251.
[157] RAMOS, 2016, p. 319.

3.4 SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS

Existem hoje dois sistemas internacionais de proteção dos direitos humanos vigentes na América: um global, no âmbito da Organização das Nações Unidas, e vários outros regionais, que, no caso da América, se dá no âmbito da Organização dos Estados Americanos e é conhecido como sistema interamericano.[158]

Tanto os sistemas regionais quanto o global são subsidiários em relação aos sistemas jurídicos nacionais e complementares entre si, o que significa que cabe ao indivíduo escolher o sistema que lhe for mais favorável, haja vista que ambos interagem entre si em benefício do cidadão.[159]

O sistema interamericano consolida-se a partir da criação da Organização dos Estados Americanos – OEA, em 1948, na cidade de Bogotá, onde estavam reunidos os Estados da América, por ocasião da Nona Conferência Internacional Americana, tendo se autodeclarado como organismo regional das Nações Unidas.[160] Na ocasião, foi adotada, também, a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, que precedeu a Convenção Americana de Direitos Humanos.[161]

A Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem inspirou-se nos trabalhos preparatórios da Declaração Universal dos Direitos do Homem, da ONU, que foi editada em 1945, e é, até hoje, para os países que não ratificaram a Convenção Americana de Direitos Humanos, o documento-base de respeito e proteção dos direitos humanos.[162]

Entre os princípios que regem a OEA, estão os direitos fundamentais da pessoa humana, e entre seus objetivos estão a garantia da paz e segurança no continente, a defesa da democracia representativa, a promoção do desenvolvimento econômico, social e cultural,[163] bem como promover a justiça e a solidariedade entre as nações.[164]

O sistema interamericano é composto por quatro diplomas normativos principais, quais são, a Carta da OEA, a Declaração dos Direitos e Deveres do Homem, a Convenção

---

[158] PIOVESAN, 2016, p. 341; PIOVESAN, Flávia. **Código de Direito Internacional dos Direitos Humanos Anotad**o. São Paulo: DPJ Editora, 2008. p. 1135-1137.
[159] PIOVESAN, 2016, p. 346; PIOVESAN, 2008, p. 1138.
[160] PIOVESAN, 2008, p. 1136-1137; GUERRA, Sidney. **O Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos e o Controle de Convencionalidade**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 36; ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, G. E. do Nascimento; CASELLA, Paulo Borba. **Manual de Direito Internacional Público**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 472; RAMOS, 2017. p. 289.
[161] PIOVESAN, 2008, p. 1136-1137; RAMOS, 2017, p. 289; MAZZUOLI, 2017, p. 142.
[162] ACCIOLY, 2016, p. 493; PIOVESAN, 2008, p. 1145; MAZZUOLI, 2017, p. 142.
[163] PIOVESAN, 2008, p. 1136-1137; GUERRA, 2013, p. 13-14 e 36.
[164] GUERRA, 2013, p. 10.

Americana de Direitos Humanos e o Protocolo de Direitos Sociais e Econômicos.[165]

O sistema interamericano de direitos humanos é, portanto, um sistema complementar de proteção desses direitos, existindo, paralelamente, a mecanismos externos e internos. O documento base e principal instrumento jurídico do sistema interamericano é a Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969, a qual amplia as atribuições da Comissão Interamericana de Direitos Humanos e cria a Corte Interamericana de Direitos Humanos, órgãos de monitoramento do sistema interamericano.[166]

3.4.1 A Convenção Americana sobre Direitos Humanos

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos, também conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, foi editada em 1969, passando a vigorar somente em 1978, após a ratificação por onze Estados.[167] No Brasil, só foi ratificada em 1992, por meio do Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992.[168]

A Convenção Americana é o principal documento do sistema interamericano de direitos humanos. É dividida em três partes, sendo a primeira a que estabelece propriamente os direitos, a segunda que cria o sistema de proteção, e, por fim, a última, que trata de regras de ratificação, denúncia etc.[169]

A Convenção prevê o patamar mínimo de direitos a serem garantidos, visando à dignidade da pessoa humana, privilegiando os direitos civis e políticos entre os artigos 3º e 25, incluindo, de forma genérica, os direitos econômicos, sociais e culturais.[170]

Dentre os direitos assegurados, destacam-se: o direito à vida, à personalidade jurídica, direito à liberdade, direito à liberdade de pensamento e expressão, direito à igualdade, direito à compensação por erro judiciário, direito à privacidade, direito de não ser sujeitado à escravidão, direito à liberdade de crença e religião, entre outros,[171] cabendo ao Estado-membro respeitar e assegurar o livre exercício desses direitos e garantias, além de

---

[165] ACCIOLY, 2016, p. 494; GUERRA, 2013, p. 34.
[166] PIOVESAN, 2016, p. 343; PIOVESAN, 2008, p. 1135-1140; RAMOS, 2017, p. 291; MAZZUOLI, 2017, p. 142.
[167] PIOVESAN, 2008, p. 1138; GUERRA, 2013, p. 42; RAMOS, 2017, p. 294; MAZZUOLI, 2017, p. 142; MALHEIRO, 2016, p. 281.
[168] BRASIL. **Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992**. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm>. Acesso em: 07 nov. 2017.
[169] PIOVESAN, 2008, p. 1140; GUERRA, 2013, p. 41; RAMOS, 2017, p. 294.
[170] PIOVESAN, 2008, p. 1140; MAZZUOLI, 2017, p. 142.
[171] PIOVESAN, 2016, p. 348.

adotar medidas para conferir efetividade a esses direitos.[172]

À Convenção, somam-se inúmeros protocolos e outras convenções de proteção de direitos no âmbito do sistema interamericano, dentre os quais se incluem o Protocolo de São Salvador, que prevê direitos econômicos, sociais e culturais, já ratificado pelo Brasil; o Protocolo que proíbe a pena de morte, também já ratificado pelo Brasil; a Convenção Interamericana para Prevenir, Sancionar e Erradicar a Violência contra a Mulher; a Convenção Interamericana para Prevenir e Sancionar a Tortura; entre outros documentos.[173]

Entre os deveres assumidos pelos Estados ao ratificar a Convenção Americana de Direitos Humanos, o principal encontra previsão no artigo 1º, que consiste na obrigação de respeitar todos os direitos previstos na Convenção, bem como o artigo 2º, que dispõe acerca da necessidade de se buscar a adequação do direito interno dos países aos direitos consagrados na Convenção.[174]

3.4.2 A Comissão Interamericana de Direitos Humanos

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos, com sede em Washington, D.C., é um órgão de monitoramento criado no âmbito do sistema interamericano, sendo um órgão quase-judicial. Tem como base jurídica a Carta de criação da OEA, de 1948, e a própria Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969, sendo um órgão de funções ambivalentes.[175]

Tem um regulamento e um estatuto que dispõem expressamente que a Comissão é "um órgão da OEA criado para promover a observância e a defesa dos direitos humanos e servir como órgão consultivo da Organização nesta matéria".[176]

A Comissão foi criada na Quinta Reunião dos Ministros de Relações Exteriores, em 1959, em Buenos Aires, com a atribuição de promover o respeito aos direitos humanos e sua defesa,[177] sendo incorporada à Carta da OEA pelo Protocolo de Buenos Aires, em 1967.[178] Teve suas atribuições alargadas em 1965, quando passou a ter jurisdição para receber petições individuais e realizar visitas *in loco*, além de elaborar relatório sobre a situação dos Estados-

[172] PIOVESAN, 2016, p. 350; PIOVESAN, 2008, p. 1140.
[173] Op. cit., p. 1140-1141; RAMOS, 2017, p. 291.
[174] PIOVESAN, 2008, p. 1142.
[175] Ibid., loc. cit.; GUERRA, 2013, p. 31; MAZZUOLI, 2017, p. 142.
[176] PIOVESAN, op. cit., p. 1143; MAZZUOLI, op. cit., p. 143.
[177] PIOVESAN, op. cit., p. 1143; ACCIOLY, 2016, p. 475; GUERRA, 2013, p. 23; RAMOS, 2017, p. 290.
[178] RAMOS, op. cit., p. 290.

membros da OEA.[179]

Ressalta-se que a Comissão, agindo com base na Carta da OEA, podia, e ainda pode, exercer suas funções em qualquer Estado-membro da OEA, independentemente de ratificação da Convenção Americana de Direitos Humanos, tendo como base a Declaração Americana de Direitos Humanos, que vale para todos os membros da OEA.[180]

Em 1970, passou a ser um instrumento também da Convenção Americana de Direitos Humanos, adquirindo esta Convenção como base jurídica, além da Carta da OEA, assumindo caráter dual, ou seja, podendo atuar, ora no âmbito da OEA, tendo por base jurídica a Carta da OEA e a Declaração Americana de Direitos Humanos, exercendo jurisdição sobre todos os Estados-membros da OEA, ora no âmbito da Convenção Americana de Direitos Humanos, tendo esta por base jurídica, no tocante aos direitos nela previstos, exercendo jurisdição apenas sobre os países que ratificaram a Convenção Americana de Direitos Humanos.[181]

Dentre as atribuições da Comissão, citam-se a análise de relatórios apresentados pelos Estados e o recebimento de petições individuais, sendo estas os principais mecanismos, por serem os mais utilizados e de acesso mais amplo, haja vista que qualquer pessoa pode peticionar à Comissão.[182]

Uma vez recebida a petição, a Comissão fará o exame de sua admissibilidade que consiste, basicamente, na análise do esgotamento dos recursos da jurisdição interna, prazo de seis meses da ciência da decisão interna definitiva, matéria não pendente de outro processo de solução internacional, ausência de coisa julgada internacional e, por fim, falta de fundamentação.[183]

Após, a Comissão ouve o Estado denunciado, e passa a buscar uma solução amistosa à questão, e, caso não seja possível, a Comissão emitirá seu parecer final com recomendações ao Estado. Se este parecer não for observado, pode submeter o caso à Corte Interamericana de Direitos Humanos, a qual possui caráter contencioso-judicial.[184] Se o Estado não ratificou a Convenção Americana, ou não houver reconhecido a jurisdição desta, a Comissão insere suas conclusões no seu Informe Anual, a ser apreciado pela Assembleia

[179] PIOVESAN, 2016, p. 1143-1144.
[180] Ibid., p. 1144-1145.
[181] PIOVESAN, 2008, p. 1144-1146; GUERRA, 2013, p. 27-31; RAMOS, 2017, p. 291.
[182] PIOVESAN, op. cit., p. 1148; RAMOS, op. cit., p. 389.
[183] PIOVESAN, op. cit., p. 1151-1152; ACCIOLY, 2016, p. 495; GUERRA, 2013, p. 66; RAMOS, 2017, p. 390; MAZZUOLI, 2017, p. 146.
[184] PIOVESAN, op. cit., p. 1151-1152; ACCIOLY, 2016, p. 495; GUERRA, 2013, p. 70.

Geral da OEA.[185]

Por fim, a Comissão pode criar, também, relatorias e grupos de trabalho, criados com o objetivo de melhor cumprir as funções da Comissão e de preparar os períodos de sessões ou realização de programas e projetos especiais, sendo a mais importante a Relatoria Especial para a Liberdade de Expressão, a qual fora criada em 1997, e possui caráter permanente, independência funcional e estrutura própria, contando, inclusive, com financiamento externo.[186]

As relatorias promovem relatórios temáticos que são amplamente divulgados e, em que pese não possuírem força vinculante, podem servir para que a Comissão venha a processar o Estado infrator perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos.[187]

3.4.3 A Corte Interamericana de Direitos Humanos

A Corte Interamericana de Direitos Humanos é um órgão de monitoramento criado no âmbito do sistema interamericano, sendo, de fato, um órgão judicial situado em São José na Costa Rica e que tem como base jurídica a Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969.[188] É uma instituição judicial autônoma, não sendo órgão da OEA, mas da Convenção Americana.[189]

Suas sentenças são definitivas, pois delas não cabem recurso, e juridicamente vinculantes. Devem ser obrigatoriamente observadas, desde que o Estado acionado tenha reconhecido, formalmente, a jurisdição da Corte, como no caso do Brasil, que reconheceu a jurisdição da Corte, em 1998.[190]

A Corte tem jurisdição contenciosa e consultiva. No que toca à jurisdição contenciosa, somente os Estados-membros e a Comissão possuem o direito de submeter um caso à Corte, como partes acusadoras,[191] não sendo legitimados os indivíduos e organizações, os quais só podem aduzir seus argumentos nos seus casos quando levados à Corte pela Comissão.[192]

Por sua vez, somente o Estado pode figurar no polo passivo da ação perante à

---

[185] RAMOS, 2017, p. 291.
[186] PIOVESAN, op. cit., p. 1153; RAMOS, op. cit., p. 293.
[187] RAMOS, 2017, p. 293.
[188] PIOVESAN, 2008, p. 1143; RAMOS, op. cit., p. 394; MALHEIRO, 2016, p. 284.
[189] RAMOS, op. cit., p. 394; MAZZUOLI, 2017, p. 148.
[190] PIOVESAN, op. cit., p. 1143; GUERRA, op. cit., p. 79; RAMOS, op. cit., p. 399; MALHEIRO, 2016, p. 284.
[191] PIOVESAN, op. cit., p. 1154; GUERRA, op. cit., p. 65- 73; RAMOS, op. cit., p. 389- 394; MALHEIRO, op. cit., p. 284.
[192] PIOVESAN, 2016, p. 364.

Corte, pois esta não é um Tribunal que julga pessoas, mas apenas responsabiliza internacionalmente o Estado violador de direitos humanos.[193]

Ao decidir que houve violação a um direito previsto na Convenção Americana de Direitos Humanos, determinará que seja assegurado o direito violado ao prejudicado, bem como, também, indenização à vítima da violação, e, por fim, determinará que haja reparação das consequências da medida que ensejou a violação.[194]

Entretanto, ainda é muito incipiente a efetividade das condenações proferidas pela Corte contra os Estados-membros, isto por que não há, de fato, um mecanismo de coerção para que sejam cumpridas. É verdade que as condenações pecuniárias, em geral, são cumpridas pelos Estados, mas o mesmo não acontece às reparações não pecuniárias.[195]

Por fim, se o Estado se recusar a dar cumprimento à decisão da Corte, esta encaminhará o caso para deliberação da Assembleia Geral da OEA.[196] A sentença da Corte poderá ser, também, executada perante a Justiça Comum do Estado na forma da legislação pátria.[197]

No Brasil, a responsabilidade para o cumprimento da sentença é da União, porquanto, se obriga pelos atos da República, cabendo ação regressiva contra o ente federado causador da violação que ensejou a condenação.[198]

No que tange à jurisdição consultiva da Corte, qualquer Estado-membro da OEA pode fazer uma consulta formal sobre a interpretação da Convenção Americana de Direitos Humanos ou outro tratado regional relativo a direitos humanos.[199]

3.5 O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE

Com o advento da nova ordem constitucional de 1988, o "Estado brasileiro passou a reconhecer obrigações em matérias de direitos humanos no plano internacional".[200] É fato que a ordem jurídica brasileira é profundamente afetada pelas normas internacionais de direitos humanos.[201]

Com as barbáries praticadas na Segunda Guerra Mundial, ganhou força o processo

[193] RAMOS, 2017, p. 395.
[194] PIOVESAN, 2008, p. 1155.
[195] PIOVESAN, 2016, p. 383; MAZZUOLI, 2017, p. 153.
[196] RAMOS, 2017, p. 399; MAZZUOLI, op. cit., p. 154.
[197] MAZZUOLI, op. cit., p. 153.
[198] Ibid., p. 155.
[199] PIOVESAN, 2008, p. 1156.
[200] GUERRA, 2013, p. 174.
[201] Ibid., loc. cit.

de internacionalização dos direitos humanos. Isso porque a sociedade internacional assistiu passivamente à violação da dignidade de milhares de pessoas, sem que houvesse uma resposta à altura, por parte da comunidade internacional.[202]

Com a internacionalização do direito internacional dos direitos humanos na ordem interna brasileira, notadamente, com o disposto na Constituição de 1988, surge um novo paradigma de controle das normas infraconstitucionais: o controle de convencionalidade,[203] que, segundo Mazzuoli, "nada mais é do que o processo de compatibilização vertical (sobretudo material) das normas domésticas com os comandos encontrados nas convenções internacionais de direitos humanos em vigor no Estado".[204]

Por conseguinte, tem-se que o já consolidado controle de constitucionalidade, agora, deverá dividir sua relevância com esse novo tipo de controle das normas jurídicas.[205] Assim, nas palavras de Guerra, o controle de convencionalidade

> diz respeito a um novo dispositivo jurídico fiscalizador das leis infraconstitucionais que possibilita duplo controle de verticalidade, isto é, as normas internas de um país devem estar compatíveis tanto com a Constituição (controle de constitucionalidade) quanto com os tratados internacionais ratificados pelo país onde vigora [*sic*] tais normas (controle de convencionalidade).[206]

O instituto do controle de convencionalidade garante a aplicabilidade das normas internacionais e permite a resolução de eventuais conflitos entre o direito interno de um Estado e outras normas internacionais, não apenas a Convenção Americana de Direitos Humanos.[207] Ademais, pode ser feito tanto pela Corte Interamericana, quanto pelos juízes e tribunais dos Estados que fazem parte de tal Convenção,[208] entretanto, conforme ressalta Mazzuoli, o controle pela Corte tão somente se dará na hipótese de o Poder Judiciário de origem não tê-lo efetuado.[209]

É fato que é a função precípua da Corte Interamericana o controle de convencionalidade, muito embora essa nomenclatura só tenha surgido a partir de 2003, no voto do Juiz Sérgio Garcia Ramirez, e, mais especificamente, em 2006.[210]

A Corte Interamericana pode, ao aplicar o controle de convencionalidade,

---

[202] GUERRA, 2013, p. 175.
[203] GUERRA, op. cit., p. 179; MAZZUOLI, 2017, p. 253.
[204] MAZZUOLI, op. cit., p. 253.
[205] Ibid., loc. cit.
[206] GUERRA, op. cit., p. 179.
[207] Ibid., loc. cit.; MAZZUOLI, 2017, p. 254-257.
[208] GUERRA, op. cit., p. 179; MAZZUOLI, op. cit., p. 254; RAMOS, 2016, p. 331; SARLET, 2017, p. 1377.
[209] MAZZUOLI, op. cit., p. 254.
[210] Ibid., p. 256.

determinar a um país que derrogue uma lei que gere violação de direitos humanos,[211] isto porque a Corte verifica se há violação a direitos humanos por meio de uma confrontação entre as normas da Convenção e do direito interno.[212]

No que diz respeito aos tribunais e juízes internos, estes aplicam a Convenção ou outro tratado, em vez de aplicar o direito interno, num determinado caso concreto, elaborando decisão judicial de forma a proteger os direitos da pessoa humana. Seria, portanto, um controle difuso, em que cada juiz ou tribunal aplica, de acordo com o caso concreto a ser analisado.[213]

Mazzuoli e Sarlet defendem que as mesmas ações cabíveis no controle de constitucionalidade, tais como a Ação Direta de Inconstitucionalidade e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, também são cabíveis no controle de convencionalidade perante o STF, nas hipóteses dos tratados aprovados na forma do § 3º, do artigo 5º, da Constituição, cabendo apenas o controle difuso aos demais tratados.[214]

Como visto, o controle de convencionalidade pode ser efetuado tanto na esfera internacional quanto nacional, sendo que, no âmbito internacional, o órgão que terá competência jurisdicional para realizá-lo será a Corte Interamericana, exercendo, na prática, verdadeiro controle concentrado de convencionalidade, enquanto, no âmbito nacional, os juízes e tribunais aplicam a Convenção no lugar do direito interno, em um caso concreto, a fim de proteger direitos mais benéficos à pessoa humana.[215]

Um bom exemplo de controle de convencionalidade efetuado pela Corte Interamericana, com relação ao Estado brasileiro, foi no caso Gomes Lund e outros x Brasil, conhecido como o Caso da Guerrilha do Araguaia, que tratou da responsabilidade do Brasil em relação ao desaparecimento de aproximadamente 70 pessoas. Na decisão, a Corte rechaçou o argumento de que existia uma Lei de Anistia que impedia a responsabilidade dos ex-agentes do Estado, e, em controle de convencionalidade, analisou a incompatibilidade daquela lei com a Convenção Americana de Direitos Humanos, sendo que, na ocasião, julgou pela condenação no Brasil, entre outros, a investigar e punir os responsáveis pelo desaparecimento daquelas pessoas.[216]

---

[211] CANTOR, 2008 apud GUERRA, 2013, p. 179; SARLET, 2017, p. 1383.
[212] CANTOR, 2008 apud GUERRA, op. cit., p. 181.
[213] Ibid., p. 181.
[214] MAZZUOLI, 2017, p. 263; SARLET, op. cit., p. 1374.
[215] CANTOR, 2008 apud GUERRA, op. cit., p. 182-183.
[216] CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Gomes Lund e outros ("Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil**. Sentença de 24 de novembro de 2010. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf>. Acesso em: 07 nov. 2017.

Por ocasião do julgamento do caso acima, a Corte assim decidiu:[217]

> 176. Este Tribunal estabeleceu em sua jurisprudência que é consciente de que as autoridades internas estão sujeitas ao império da lei e, por esse motivo, estão obrigadas a aplicar as disposições vigentes no ordenamento jurídico. No entanto, quando um Estado é Parte de um tratado internacional, como a Convenção Americana, todos os seus órgãos, inclusive seus juízes, também estão submetidos àquele, o que os obriga a zelar para que os efeitos das disposições da Convenção não se vejam enfraquecidos pela aplicação de normas contrárias a seu objeto e finalidade, e que desde o início carecem de efeitos jurídicos. O Poder Judiciário, nesse sentido, está internacionalmente obrigado a exercer um "controle de convencionalidade" *ex officio* entre as normas internas e a Convenção Americana, evidentemente no marco de suas respectivas competências e das regulamentações processuais correspondentes. Nessa tarefa, o Poder Judiciário deve levar em conta não somente o tratado, mas também a interpretação que a ele conferiu a Corte Interamericana, intérprete última da Convenção Americana.
>
> 177. No presente caso, o Tribunal observa que não foi exercido o controle de convencionalidade pelas autoridades jurisdicionais do Estado e que, pelo contrário, a decisão do Supremo Tribunal Federal confirmou a validade da interpretação da Lei de Anistia, sem considerar as obrigações internacionais do Brasil derivadas do Direito Internacional, particularmente aquelas estabelecidas nos artigos 8 e 25 da Convenção Americana, em relação com os artigos 1.1 e 2 do mesmo instrumento [...]. As obrigações convencionais dos Estados Parte vinculam todos sus [*sic*] poderes e órgãos, os quais devem garantir o cumprimento das disposições convencionais e seus efeitos próprios (*effet utile*) no plano de seu direito interno.

Em uma análise do caso, Mazzuoli enfatiza que a consequência jurídica dessa decisão é a de que a Lei de Anistia não possui valor jurídico, ou seja, é inválida, não podendo o Estado impedir a apuração dos delitos cometidos por seus agentes. Complementa enfatizando que, quando o STF validou a Lei da Anistia, a maioria dos ministros não compreendeu que "em matéria de direitos humanos a última palavra não é mais do Supremo Tribunal, mas da Corte Interamericana de Direitos Humanos".[218]

Para Guerra, encontra-se superado o debate entre monistas e dualistas, a respeito de qual ordem jurídica prevalece em um conflito entre normas internas e internacionais, isto porque o profissional do direito não está obrigado a acolher apenas um fundamento normativo, mas, por meio do diálogo das fontes, alcançar o resultado mais adequado em benefício dos interesses da pessoa humana.[219]

No que diz respeito ao controle de convencionalidade praticado pelos juízes e tribunais do Estado, Guerra salienta que estes deverão analisar a compatibilidade da norma infraconstitucional com a Constituição do Estado, no chamado controle de constitucionalidade difuso, e também com as normas de direito internacional dos direitos humanos, o controle de

---

[217] CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2010.
[218] MAZZUOLI, 2011, p. 164 apud GUERRA, 2013, p. 185.
[219] GUERRA, op. cit., p. 189-190.

convencionalidade.[220]

Nas palavras de Mazzuoli, o controle de convencionalidade não é subsidiário ao controle de constitucionalidade, mas complementar e coadjuvante, e tem por finalidade compatibilizar verticalmente as normas de direito interno com preceitos presentes nos tratados internacionais dos direitos humanos, ou não, em vigor no Estado.[221]

Como um bom exemplo de controle de convencionalidade efetuado pelo Estado brasileiro, há o exercido pelo STF em relação à criminalização do depositário infiel. Na ocasião do julgamento do Recurso Especial 466.343, o STF julgou pela Insubsistência da previsão constitucional e das normas subalternas que autorizavam e criminalizavam a conduta.[222]

[220] GUERRA, 2013, p. 191.
[221] MAZZUOLI, 2011, p. 208 apud GUERRA, op. cit., p. 191.
[222] BRASIL, 2009a.

4 A ABOLIÇÃO DO DESACATO EM RAZÃO DE SUA INCOMPATIBILIDADE COM A CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS E A PROTEÇÃO À HONRA E DIGNIDADE HUMANA DO FUNCIONÁRIO PÚBLICO

Neste capítulo, será estudado o entendimento da Comissão Interamericana de Direitos Humanos acerca da incompatibilidade do crime de desacato com a liberdade de expressão garantida pela Convenção Americana de Direitos Humanos, além de um estudo aprofundado acerca de sua compatibilidade com a dignidade da pessoa humana do funcionário público.

Ademais, será estudada, também, os princípios de direito penal contemporâneo que podem ser aplicados ao caso de forma a trazer uma luz sobre o problema de forma a solucioná-lo, tais como o princípio da proporcionalidade, o qual se subdivide em outros três princípios, e também o direito penal mínimo e seus corolários como o princípio da subsidiariedade e fragmentariedade.

4.1 ENTENDIMENTO DA COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS: INCOMPATIBILIDADE DO DESACATO COM A CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos, tanto por seu órgão, quanto pela Relatoria Especial para a Liberdade de Expressão, manifestou-se, mais de uma vez, pela incompatibilidade da criminalização do desacato com a Convenção Americana de Direitos Humanos, notadamente, em seu artigo 13, conforme se verá adiante.

4.1.1 Relatório Anual de 1994

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos, no âmbito de sua competência, para classificar qualquer regra de direito interno de um Estado como violador das obrigações que este assumiu, ao ratificar ou aderir à Convenção, poderá recomendar a um Estado a revogação ou reforma da regra que seja incompatível com a Convenção, independentemente de sua aplicação a um caso concreto, ou não, sendo suficiente que chegue, por qualquer meio, ao seu conhecimento.[223]

[223] ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 1995.

Nesta senda, após um estudo aprofundado acerca das leis de desacato, notadamente, em vista de sua compatibilidade com a liberdade de expressão e pensamento consagrados tanto na Convenção Americana de Direitos Humanos quanto na Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem, a Comissão recomendou aos Estados membros da OEA, em cujos sistemas jurídicos existissem essas leis, revogá-las ou reformá-las de maneira a harmonizá-las com o disposto nos tratados de direitos humanos.[224]

A questão, então, que foi analisada e relatada no Relatório Anual da Comissão Interamericana de Direitos Humanos de 1994,[225] era se a restrição da liberdade de expressão, com o fim de proteger os funcionários públicos das ofensas e, em última instância, o governo em geral, era legítima em face do que prevê o artigo 13, parágrafos nº 2 e 3, da Convenção Americana.[226]

A Comissão ressalta que o desacato é "uma espécie de legislação que penaliza a expressão que ofende, insulta ou ameaça um funcionário público no desempenho de seus deveres oficiais",[227] cuja história de criminalização remonta aos romanos, que criaram o tipo penal para defender a honra do imperador. Em 1994, havia tipos penais de desacato em muitos países da América, dentre eles, Bolívia, Brasil, Costa Rica, Cuba, Equador, México, Paraguai, Uruguai, Venezuela entre outros.[228]

Diz-se que o desacato cumpre sua função dupla: proteger o funcionário público contra a expressão ofensiva e/ou crítica, deixando-os livres para exercer suas funções, e, por conseguinte, preservar o funcionamento dos serviços do Estado; mas, também, proteger a ordem pública enquanto as críticas poderiam ter um efeito desestabilizador sobre o governo, haja vista que a crítica atinge, também, o cargo que o funcionário ocupa e na administração a que está vinculado.[229]

Acerca da aplicação das leis nos Estados membros, assim assinalou a Comissão:

> A aplicação de leis de desacato varia entre um Estado membro da OEA e outro. Em certos países, as leis de desacato penalizam apenas os discursos insultantes que são pronunciados na presença do funcionário público ou por comunicação direta, como uma carta ou uma chamada telefônica. Outras leis de desacato criminalizam qualquer discurso que insulte, ofenda ou ameace um funcionário público, seja dirigido à pessoa em questão ou indiretamente, como a imprensa. No entanto, em geral, a proteção das leis de desacato protege apenas funcionários públicos na execução de tarefas oficiais. Além disso, a legislação dos Estados membros da OEA

[224] ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 1995.
[225] Ibid.
[226] Ibid.
[227] Ibid., tradução nossa, s.p.
[228] Ibid.
[229] Ibid.

> difere em termos das defesas admitidas em casos de acusação de desacato. Em alguns países, as leis de desacato exigem que os arguidos comprovem a veracidade de suas alegações como defesa. Em outros, a lei não permite que a defesa da verdade seja introduzida em relação a uma linguagem insultante ou ofensiva contra um funcionário público. As penalidades por desacato variam entre multas e prisão (Tradução nossa).[230]

Inicialmente, a Comissão ressalta que a liberdade de expressão é a "pedra de toque de todas as liberdades a que as Nações Unidas são consagradas"[231] e, também, "uma das garantias mais sólidas da democracia moderna",[232] em razão de ser um direito fundamental do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos.[233]

Ademais, sustenta que a Corte Interamericana declarou que, em razão de seu relevante papel no debate público, a Convenção Americana concede "valor extremamente alto" a esse direito, reduzindo, ao mínimo possível, qualquer restrição dele.[234]

O artigo 13, da Convenção Americana, assim estabelece:

> Artigo 13. Liberdade de pensamento e de expressão
> 1. Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito compreende a liberdade de buscar, receber e difundir informações e ideias de toda natureza, sem consideração de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro processo de sua escolha.
> 2. O exercício do direito previsto no inciso precedente não pode estar sujeito a censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente fixadas pela lei e ser necessárias para assegurar:
> a. o respeito aos direitos ou à reputação das demais pessoas; ou
> b. a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas.
> 3. Não se pode restringir o direito de expressão por vias ou meios indiretos, tais como o abuso de controles oficiais ou particulares de papel de imprensa, de frequências radioelétricas ou de equipamentos e aparelhos usados na difusão de informação, nem por quaisquer outros meios destinados a obstar a comunicação e a circulação de ideias e opiniões.[235]

A Corte Interamericana tem reiterado o amplo alcance deste direito, concluindo que a Convenção Americana é mais generosa na sua garantia de liberdade de expressão e menos restritiva, se comparado à Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos.[236]

A Comissão assinala que as restrições à liberdade de expressão devem ir ao

---

[230] ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 1995, s/p.
[231] Ibid., tradução nossa, s.p.
[232] Ibid., tradução nossa, s.p.
[233] Ibid.
[234] Ibid.
[235] ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. São José, Costa Rica: 22 nov. 1969. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 10 nov. 2017. s.p.
[236] ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 1995.

encontro das "justas demandas de uma sociedade democrática".[237] Ressalta que quando houver restrições ao exercício do direito de liberdade de expressão, que nunca pode estar sujeito a censura prévia, estas restrições devem ser compatíveis com a preservação e o desenvolvimento das sociedades democráticas.[238]

É verdade que a Convenção Americana sobre Direitos Humanos ressalta e enfatiza a importância da democracia no continente, e, por esta razão, sempre que as disposições da Convenção sejam vitais para a "preservação e funcionamento das instituições democráticas",[239] as "justas demandas da democracia"[240] devem orientar sua interpretação. Conclui dizendo que a interpretação das restrições à liberdade de expressão, previstas no artigo 13, parágrafo 2º, deve ser tendo por referência às necessidades legítimas da sociedade, uma vez que a liberdade de expressão é essencial dentro de um governo democrático.[241]

Como a censura prévia, é terminantemente proibida, a responsabilidade em caso de abuso do direito de expressar-se deve cumprir, segundo a Comissão, quatro requisitos básicos para serem válidos, nos termos do artigo 13, parágrafo 2º:

> 1) os fundamentos para estabelecer a responsabilidade devem ser previamente estabelecidos;
> 2) estes motivos devem vir expressos com precisão no âmbito da lei;
> 3) os objetivos perseguidos devem ser legítimos; e
> 4) os motivos para estabelecer a responsabilidade devem ser necessários para assegurar o objetivo legítimo buscado (Tradução nossa).

A Comissão considera devidamente cumpridos os requisitos 1 e 2 nos Estados, entretanto, ressalta que é nos itens 3 e 4 que reside o problema, isso porque a criminalização do desacato esbarra nas necessidades legítimas da democracia, prevista nos artigos 29 e 32, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.[242]

Assim, a Comissão entendeu que:

> A aplicação de leis de desacato para proteger a honra de funcionários públicos que atuam de forma oficial injustificadamente lhes concede o direito à proteção que não está disponível para outros membros da sociedade. Esta distinção inverte diretamente o princípio fundamental de um sistema democrático que faz do governo objeto de controles, entre eles, o escrutínio dos cidadãos, para prevenir ou controlar o abuso de seu poder coercivo. Se se considera que os funcionários públicos que atuam em caráter oficial são, para todos os efeitos, o governo, é justamente o direito de indivíduos e cidadãos criticar e escrutinar as ações e atitudes desses funcionários

[237] ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 1995, tradução nossa, s.p.
[238] Ibid.
[239] Ibid., tradução nossa, s.p.
[240] Ibid., tradução nossa, s.p.
[241] Ibid.
[242] Ibid.

em relação à função pública (Tradução nossa).[243]

Sustenta, ademais, que o debate político que dá lugar à liberdade de expressão ocasionará, inevitavelmente, discursos críticos e ofensivos, aos que ocupam cargos públicos. Por esta razão, a lei que criminaliza o discurso considerado crítico à administração pública, na pessoa do funcionário, afeta a própria essência e o conteúdo da liberdade de expressão.[244]

Vai além, aduzindo que a ameaça de prisão ou multa para aqueles que praticam ofensas contra funcionários públicos, limita indiretamente a liberdade de expressão. Isto por que o medo de sanções penais, necessariamente, desestimula o cidadão de livremente expressar sua opinião sobre questões de interesse público, especialmente, por que a lei não faz distinção entre fatos e juízo de valor, sendo que a crítica política, na maior parte das vezes, envolve juízos de valor.[245]

Ainda, ressalta a Comissão que, mesmo quando é possível provar a verdade na defesa de processo criminal, ao transferir o ônus da prova a quem expressa suas opiniões, está-se, na verdade, inibindo a livre circulação de ideias. Isto se dá, justamente, na arena política em que as declarações são feitas através de juízos de valor, e muito pouco baseadas em fatos. Assim, tem-se que uma norma que obriga as pessoas a emitirem juízos de fato, tem consequências perturbadoras, isto por que levantam a possibilidade de que aqueles que criticam de boa-fé, serão sancionados. Além do mais, quando protege o funcionário público de expressões vexatórias, a lei estabelece uma estrutura que, em última análise, protege o próprio Estado das críticas.[246]

Deve-se, entretanto, fazer a diferenciação entre a conduta que altera ou impede o cumprimento das funções desempenhadas pelo funcionário e o discurso que critica o desempenho individual. É verdade que as leis de desacato, ao exigirem que a ofensa seja presencial, destina-se a evitar distúrbios e ações civis, mas, ainda assim, elas punem a liberdade de expressão quando guarda relação com a honra do funcionário público.[247]

As leis de desacato, ao afirmar-se que elas preservam a garantia da ordem pública, resguardam a ordem precisamente ao limitar “um direito humano fundamental que também é internacionalmente reconhecido como a pedra angular sobre a qual a sociedade democrática é fundada”.[248] Nesse sentido, a Comissão entende que o desacato tem efeito direto sobre o

[243] ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 1995., tradução nossa, s.p.
[244] Ibid.
[245] Ibid.
[246] Ibid.
[247] Ibid.
[248] Ibid., tradução nossa, s.p.

debate aberto e rigoroso, garantido pelo artigo 13, da Convenção, que é tão necessário a uma sociedade democrática. Assim, "invocar o conceito de 'ordem pública' para justificar as leis de desacato é diretamente oposto à lógica que sustenta a garantia da liberdade de expressão e pensamento consagrada pela Convenção".[249]

O termo "necessário" para garantir a ordem pública, expresso no parágrafo 2º, do artigo 13, da Convenção, segundo a Comissão, deve ser considerado mais do que útil, razoável ou conveniente, mas uma "necessidade social imperiosa".[250] Para que a limitação seja "necessária", deve ser "demonstrado que o fim legítimo perseguido não pode ser razoavelmente alcançado por meios menos restritivos da liberdade de expressão".[251] Desta forma, a manutenção da ordem pública, que é legítima, a fim de limitar a liberdade de expressão, não pode ser usada para suprimir os direitos garantidos pela Convenção.[252]

A Comissão justifica que há outros meios para que se responsabilizem as ofensas contra a honra do funcionário público, notadamente, as ações civis, isto porque, ressalta, as ofensas que não guardarem relação com suas funções, não são consideradas desacato. Assim, não se encontram satisfeitos os requisitos previstos no artigo 13, parágrafo 2º, da Convenção, porquanto, há outros meios que serviriam à proteção da honra do funcionário público, além das sanções penais.[253]

Por fim, a Comissão observa que os funcionários públicos, em geral, devem ser mais, nunca menos, expostos ao escrutínio e crítica pública, sendo crucial para a democracia um debate aberto e amplo, considerando que essas pessoas estão no centro do debate público ao se exporem, conscientemente, ao escrutínio dos cidadãos, devem demonstrar maior tolerância à crítica.[254]

Concluindo o Relatório, a Comissão assentou que "as leis que criminalizam a expressão de ideias que não incitam a violência anárquica são incompatíveis com a liberdade de expressão e pensamento consagradas pelo artigo 13 [da Convenção]".[255] Em consequência disso, a Comissão assevera que "a obrigação do Estado de proteger os direitos dos outros é cumprida estabelecendo proteção estatutária contra ataques intencionais a honra e reputação por meio de ações civis e promulgando leis que garantem o direito de retificação ou

[249] ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 1995., tradução nossa, s.p.
[250] Ibid., tradução nossa, s.p.
[251] Ibid., tradução nossa, s.p.
[252] Ibid.
[253] Ibid.
[254] Ibid.
[255] Ibid., tradução nossa, s.p.

resposta".[256]

Assim, a Comissão conclui que o Estado só pode intervir na liberdade de expressão quando a ideia ou opinião interfere diretamente nos direitos alheios ou constitui uma ameaça direta e óbvia à sociedade, citando, como exemplo, o parágrafo 5º, do artigo 13, da Convenção, que proíbe manifestações a favor da guerra e do ódio nacional, racial ou religioso, que constitua incitação à violência contra pessoa ou grupo de pessoas, por motivos como de raça, cor, religião, língua ou nacionalidade.[257]

No entanto, considerando a esfera pública em especial, a intervenção do Estado em relação à liberdade de expressão, por meio do sistema criminal, deve ser restringida ao mínimo, devido a função crítica da opinião, dentro do sistema democrático de direito. Isto porque, ao "considerar-se as consequências das sanções criminais e o efeito inevitavelmente inibidor da liberdade de expressão, a pena de qualquer tipo de expressão só pode ser aplicada em circunstâncias excepcionais em que haja uma ameaça direta e óbvia de violência anárquica".[258]

Nesse sentido, a Comissão assegura que o Estado garantiria a proteção da vida privada de todos os indivíduos, sem abusar de seus poderes coercitivos, de forma a reprimir a liberdade do indivíduo para formar opiniões e expressá-las.[259]

4.1.2 A Relatoria Especial para a Liberdade de Expressão

A fim de promover o pleno respeito ao direito à liberdade de expressão e informação no continente, considerando o valor elevado e seu papel fundamental no desenvolvimento e sustentação do sistema democrático, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos criou, por decisão unânime dos membros, em outubro de 1997, durante o seu 97º Período de Sessões, a Relatoria Especial para a Liberdade de Expressão.[260]

A Assembleia Geral da OEA, em diferentes oportunidades, manifestou o seu respaldo ao trabalho da Relatoria Especial, como na Declaração de Santiago de 1998, onde

---

[256] ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 1995., tradução nossa, s.p.
[257] Ibid.
[258] Ibid., tradução nossa, s.p.
[259] Ibid.
[260] ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **Comunicado de Prensa nº 13/97**. *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de* 1997. Washington, EUA: 1997. Disponível em: <http://www.cidh.oas.org/Comunicados/Spanish/1997/Comunicados%207-13.htm#13>. Acesso em: 12 nov. 2017; _____. **Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Volume III**: *Informe Especial del Relator Sobrela Libertad de Expresión. Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos* 1998.Washington, EUA: 1999. Disponível em: <http://www.cidh.oas.org/annualrep/98span/Indice.htm>. Acesso em: 12 nov. 2017.

estavam reunidos, por ocasião da Segunda Cúpula das Américas,[261] como também no Plano de Ação da Terceira Cúpula das Américas, em Quebec, em 2001.[262]

A Relatoria Especial é uma instituição permanente, com estrutura operacional própria e independência funcional, operando dentro da Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Entre suas funções, estão a de assessorar a Comissão na matéria, realizar atividades de promoção e educação em matéria de liberdade de expressão, realização de relatórios específicos e temáticos, elaborar um relatório anual sobre a situação do direito à liberdade de expressão nas Américas, entre outros.[263]

4.1.2.1 A Declaração de Princípios sobre Liberdade de Expressão

A Relatoria Especial para Liberdade de Expressão, exercendo seu mandato constituído, trabalhou, no ano de 2000, para elaborar uma Declaração de Princípios sobre Liberdade de Expressão.[264]

A justificativa para a Declaração é de que esta adveio da necessidade de um marco jurídico interamericano que regulasse a proteção da liberdade de expressão na América, de forma a agregar as principais doutrinas reconhecidas em diversos documentos internacionais e interamericanos.[265]

Assim, após ampla discussão com organizações da sociedade civil, reafirmando o apoio à Relatoria Especial para a Liberdade de Expressão, a Comissão aprovou a Declaração de Princípios sobre Liberdade de Expressão, no seu 108º período ordinário de sessões, em outubro de 2000.[266]

A Comissão ressalta que a Declaração é um "documento fundamental para a interpretação do artigo 13 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos", e reconhece que a aprovação do documento reforça a importância da proteção à liberdade de expressão no

---

[261] ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Segunda Cúpula das Américas**: Declaração de Santiago. Santiago, Chile: 1998, p. 3 Disponível em: <http://www.summit-americas.org/ii_summit/ii_summit_dec_pt.pdf>. Acesso em: 12 nov. 2017.

[262] _____. **Terceira Cúpula das Américas**: Plano de Ação. Quebec, Canadá: 2001, p. 8. Disponível em: <http://www.summit-americas.org/iii_summit/iii_summit_poa_pt.pdf>. Acesso em: 12 nov. 2017.

[263] ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 1999.

[264] ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **Relatoria Especial para a Liberdade de Expressão**. Antecedentes e Interpretação da Declaração de Princípios sobre Liberdade de Expressão. Disponível em: <http://www.oas.org/pt/cidh/expressao/showarticle.asp?artID=132&lID=4>. Acesso em: 12 nov. 2017.

[265] Ibid.

[266] Ibid.

continente.[267]

Por sua vez, a Declaração consagra, em seu princípio 11: "Os funcionários públicos estão sujeitos a maior escrutínio da sociedade. As leis que punem a expressão ofensiva contra funcionários públicos, geralmente conhecidas como "leis de desacato", atentam contra a liberdade de expressão e o direito à informação".[268]

Ao comentar este princípio, a Relatoria Especial para a Liberdade de Expressão, ressaltando o que já foi, anteriormente, manifestado pela Comissão, no Relatório Anual de 1994, de que as leis de desacato outorgam aos funcionários públicos, injustificadamente, um direito à proteção especial, manifestou-se no sentido de que a proteção dos princípios democráticos exige a revogação dessas leis, pois elas representam herança autoritária de épocas passadas, urgindo sua abolição.[269]

4.1.3 As recomendações da Assembleia Geral da OEA

Por sua vez, a Assembleia Geral da OEA, ao menos em duas oportunidades, indicou aos países que seguissem o entendimento adotado acerca do desacato e demais crimes contra a honra, a fim de regular essas condutas no âmbito exclusivo do direito civil.

Em 2008, a Assembleia Geral da OEA, reunida por ocasião do Trigésimo Oitavo Período Ordinário de Sessões, reafirmou o direito à liberdade de expressão ao aprovar a Resolução 2434, na qual instigou os Estados-membros a seguir as recomendações da Comissão e da Relatoria Especial, no sentido de derrogar as normas que tratam do desacato e demais crimes contra a honra, nos seguintes termos:

> A ASSEMBLEIA GERAL, [...] RESOLVE:
> [...]
> 12. Convidar os Estados membros a considerar as recomendações da Relatoria Especial para a Liberdade de Expressão da CIDH em matéria de difamação, no sentido de derrogar ou emendar as leis que tipificam como delito o desacato, a difamação, a injúria e a calúnia e, nesse sentido, regular estas condutas no âmbito exclusivo do Direito Civil.[270]

A Resolução em questão, levou em conta a Declaração de Princípios sobre

[267] ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, [20??].
[268] ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **Declaração de Princípios sobre Liberdade de Expressão**. 2000. Disponível em: <http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/s.Convencao.Libertade.de.Expressao.htm>. Acesso em: 12 nov. 2017.
[269] ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 2000.
[270] ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Assembleia Geral. Trigésimo Oitavo Período Ordinário de Sessões. **Resolução nº 2434**. Washington, EUA: 2008. p. 303. Disponível em: <http://www.oas.org/consejo/pr/AG/resoluciones%20y%20declaraciones.asp>. Acesso em: 12 nov. 2017.

Liberdade de Expressão da Relatoria Especial e, também, relatórios anuais da Comissão Interamericana de Direitos Humanos.[271]

No ano de 2009, novamente a Assembleia Geral da OEA, aprovou a Resolução 2523, na qual ratificou o contido na Resolução 2434, no sentido de convidar aos Estados membros que acolhessem o posicionamento da Relatoria Especial, a fim de derrogar as leis de desacato e os crimes contra a honra do funcionário público, regulando estas condutas no âmbito exclusivamente civil.[272]

4.1.4 Relatórios da Comissão Interamericana de Direitos Humanos acerca da situação do Brasil

Em 2016, a Relatoria Especial para a Liberdade de Expressão, compilou os Relatórios Anuais da Comissão Interamericana de Direitos Humanos sobre o Brasil, editados na década de 2005-2015, no qual a Comissão avalia a situação da liberdade de expressão no Brasil.[273]

Há muitas alegações de violação de direitos humanos, decorrentes da criminalização do desacato e, na verdade, apenas um "avanço", no sentido da descriminalização: trata-se da decisão do Juiz Alexandre Morais da Rosa, da 4ª Vara Criminal da Comarca da Capital de Santa Catarina, que julgou improcedente a denúncia oferecida pelo Ministério Público do Estado de Santa Catarina, contra Alex Sandro dos Santos Ferraz, pelo delito de desacato.[274]

De acordo com a sentença, o réu teria dito aos policiais, que intervieram em uma briga da qual ele participara, que "não gostava de polícia, e que eram todos lotes de bichos arrogantes e que não serviam para nada" [*sic*]. O juiz, então, reconheceu a inexistência do crime de desacato, levando em consideração, especificamente, o contido na Declaração de Princípios sobre Liberdade de Expressão, e considerou, também, a interpretação dada pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, ao artigo 13 da Convenção.[275]

---

[271] ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 2008.
[272] ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Assembleia Geral. Trigésimo Nono Período Ordinário de Sessões. **Resolução nº 2523**. Washington, EUA: 2009. p. 318. Disponível em: <http://www.oas.org/consejo/pr/AG/resoluciones%20y%20declaraciones.asp>. Acesso em: 12 nov. 2017.
[273] _____. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Relatoria Especial para a Liberdade de Expressão. **Liberdade de Expressão no Brasil**: Relatórios anuais da Relatoria Especial para a Liberdade de Expressão da CIDH 2005-2015. [S.l.]: 2016. Disponível em: <http://www.oas.org/pt/cidh/expressao/docs/publicaciones/BrasilLibertadExpresion2016.pdf>. Acesso em: 13 nov. 2017.
[274] Ibid., p. 23-24
[275] Ibid., loc. cit.

No que toca às demais situações, o Relatório apresenta inúmeras violações de direitos humanos consistentes no ataque à liberdade de expressão, e muitos relacionados, especificamente, com a criminalização do desacato, conforme será melhor explanado, a seguir.

No tocante ao ano de 2015, a Relatoria destaca a prisão do jornalista Iverson Vaz, o qual foi detido, injustificadamente, por desacato, ao transmitir, ao vivo, para o Programa 190, do canal CNT.[276] Em julho do mesmo ano, o também jornalista Marivaldo Filho foi detido, acusado de desacato, após ter-se negado a apagar as fotos que fizera de um veículo policial.[277]

Em abril do mesmo ano, no protesto dos professores, na capital do Paraná, 14 pessoas foram detidas sob acusação de desacato, resistência e interrupção do trabalho ou do sossego alheio. Não foram encontrados com eles nenhum objeto que indicasse algum crime contra o patrimônio, ou seria um *black bloc*.[278]

Novamente, no Paraná, o palhaço Tico Bonito foi detido por desacato, após criticar a Polícia Militar do Paraná, ao dizer que "os policiais só defendem os burgueses e o [governador] Beto Richa".[279]

Em 2014, o repórter Bruno Amorim foi detido enquanto filmava uma operação policial, no Rio de Janeiro. Foi acusado de desacato, incitação à violência e resistência. Na ocasião outros repórteres foram ameaçados de prisão.[280] No mesmo ano, a jornalista Vera Araújo foi detida por desacato, após filmar a prisão de um torcedor argentino, no Rio de Janeiro. Na ocasião, um sargento da polícia ordenou que ela apagasse as imagens. Apesar de mostrar sua identificação de jornalista, acabou sendo detida. Foi aberto um processo administrativo contra o policial.[281]

No mesmo ano, muitas pessoas foram detidas por desacato em protestos realizados por todos o país, incluindo os advogados Daniel Biral e Sílvia Daskal, que participam de um grupo de defensores, que oferece auxílio jurídico a manifestantes. A acusação era de que os dois foram detidos por desacato, após terem empurrado dois policias.[282]

Em 2014, também, na partida final da Copa do Mundo FIFA 2014, dezenas de manifestantes, jornalistas, defensores de direitos humanos e advogados foram cercados pelos agentes das forças de segurança. Ao menos 6 foram presos, sendo 4 por desacato.[283]

Por fim, consta a detenção do defensor dos direitos humanos, Marcelo Régis, que foi

[276] ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 2016, p. 34.
[277] Ibid., p. 36.
[278] Ibid., p. 41-42.
[279] Ibid., p. 46.
[280] Ibid., p. 69.
[281] Ibid., p. 70.
[282] Ibid., p. 80.
[283] Ibid., loc. cit.

detido a pedido do pastor evangélico e deputado, Marco Feliciano, presidente da Comissão de Direito Humanos e Minorias da Câmara dos Deputados. O motivo teria sido que Marcelo teria chamado o deputado de racista.[284]

4.1.5 Estados da OEA que derrogaram o desacato de suas legislações

Muitos países da América já derrogaram o desacato de suas legislações, seguindo o entendimento da Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Alguns optaram pela via legislativa, outros foram pelo caminho judicial, conforme se verá.

Um dos primeiros países a eliminarem o desacato foi a Costa Rica, a qual adotou a via legislativa, removendo de seu Código Penal a tipificação do desacato.[285] O Panamá e o Peru, também por via legislativa, removeram o desacato de suas legislações,[286] enquanto o Uruguai, embora não tenha eliminado por completo a disposição, reduziu substancialmente sua aplicação.[287]

No mesmo sentido, as Cortes Constitucionais da Guatemala[288] e da Bolívia,[289] aplicaram o entendimento esposado pela Comissão e Relatoria Especial, declarando a insubsistência do desacato. Outros países, como a Argentina, El Salvador e México adaptaram suas legislações, ao que dispõe a Comissão acerca do desacato e ofensas contra funcionários públicos.[290]

---

[284] ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 2016, p. 119.
[285] ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **Relatoria Especial para a Liberdade de Expressão**. Capítulo V: Leis de Desacato e Difamação Criminal. Disponível em: <http://www.oas.org/pt/cidh/expressao/showarticle.asp?artID=533&lID=4>. Acesso em: 12 nov. 2017.
[286] _____. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Relatoria Especial para a Liberdade de Expressão. ***Leyes de Desacato y Difamación Criminal***. [s.d] p.11 e 12. Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/informes/desacato/Informe%20Anual%20Desacato%20y%20difamacion%202004.pdf>. Acesso em: 12 nov. 2017.
[287] _____. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Relatoria Especial para a Liberdade de Expressão. **Marco Jurídico Interamericano sobre o Direito de Liberdade de Expressão**. [S.l.]: 2009. p. 90. Disponível em: <http://www.oas.org/pt/cidh/expressao/docs/publicaciones/20140519%20-%20PORT%20Unesco%20-%20Marco%20Juridico%20Interamericano%20sobre%20el%20Derecho%20a%20la%20Libertad%20de%20Expresion%20adjust.pdf>. Acesso em: 13 nov. 2017.
[288] ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Relatoria Especial para a Liberdade de Expressão. ***Jurisprudencia Nacional sobre Libertad de Expresion y Acceso a la Informacion***. [S.l.]: 2013, p. 21. Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/publicaciones/2013%2005%2020%20JURISPRUDENCIA%20DOMESTICA%20SOBRE%20LIBERTAD%20DE%20EXPRESION%20Y%20AI.pdf>. Acesso em: 13 nov. 2017.
[289] Ibid., p. 22.
[290] ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 2013, p. 20.

4.2 LIBERDADE DE EXPRESSÃO *VERSUS* DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A seguir, serão estudadas a liberdade de expressão e a dignidade da pessoa humana, bem como a relação entre ambas.

4.2.1 Dignidade da Pessoa Humana

A dignidade da pessoa humana é prevista como um fundamento da República Brasileira, no artigo 1º da Constituição.[291] Assim, a Carta está a revelar que, ela própria, existe em função da pessoa,[292] visto que, ao se reconhecer a dignidade da pessoa humana, o Estado avalia que só existe em função da pessoa, e não o contrário. Ou seja, o ser humano constitui a finalidade para a qual o Estado, e nesse sentido, a própria Constituição, foram criados.[293]

O termo "dignidade da pessoa humana" foi consagrado em inúmeras declarações de direitos, convenções internacionais e constituições dos Estados, notadamente no mundo pós-guerra e pós-nazismo. Segundo Barroso, tornou-se um grande consenso ético nas sociedades ocidentais,[294] ou, segundo Nunes, consubstanciou-se na conquista da razão ético-jurídica, como uma resposta às atrocidades e barbáries vistas pelo homem após aquele período.[295]

De fato, a dignidade humana é o principal direito constitucional garantido, e funciona como princípio maior para a interpretação de todos os direitos e garantias individuais previstos na Carta Magna,[296] assim, não pode ser desconsiderado quando se aplicar, interpretar ou mesmo criar leis.[297]

Em que pese alçado a valor supremo da República, a dignidade da pessoa humana não é, como se pode pensar, uma criação constitucional, mas um conceito que existe por si próprio e encontra fim em si mesmo. Ainda, visto que alçado a um valor supremo, não apenas da República, mas do Direito, do País, da Democracia, não é um princípio limitado à ordem

---

[291] BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 17 nov. 2017.
[292] BARROSO, 2015, p. 289.
[293] SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 7. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 74.
[294] BARROSO, op. cit., p. 290.
[295] NUNES, Rizatto. **O princípio da Dignidade da Pessoa Humana**: doutrina e jurisprudência. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 62.
[296] Ibid., p. 59-60.
[297] Ibid., p. 65.

jurídico-constitucional, mas, também da ordem política, econômica, social e cultural.[298]

Ela é, também, e principalmente, um valor jurídico fundamental que assume, usualmente, o *status* de princípio, funcionando tanto como justificação moral, quanto como fundamento normativo para os direitos fundamentais, mas sem poder ser considerada, propriamente, um "direito fundamental".[299] Na verdade, nas palavras de Silva, "a dignidade da pessoa humana é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais".[300]

Assim, não há como se reconhecer um "direito fundamental à dignidade",[301] isto por que, na verdade, se trata do direito a reconhecimento, respeito, proteção e, até mesmo, promoção e desenvolvimento da dignidade.[302] Entretanto, os próprios direitos fundamentais, ao serem reconhecidos, constituem manifestações da própria dignidade da pessoa humana, ou seja, em cada direito fundamental reconhecido se faz presente alguma projeção da dignidade da pessoa.[303]

Ademais, para que a dignidade da pessoa humana seja plenamente respeitada, devem ser assegurados todos os demais direitos consagrados pela Constituição, entre os individuais e coletivos, os sociais, e até mesmo o direito ao ambiente equilibrado.[304]

Além disso, para que se possa ter um conceito operacional juridicamente, e, portanto, apto a ser aplicado, faz-se necessário conceber uma noção mínima de dignidade. Assim, Barroso aduz a noção de dignidade da pessoa humana como um valor intrínseco[305] de todos os seres humanos, que garante a autonomia de cada indivíduo, mas, também, pode ser limitado por restrições legitimamente impostas em nome do bem comum.[306]

Como valor intrínseco dos seres humanos, a dignidade considera que o ser humano é digno por sua posição especial no mundo, distinta dos demais seres e das coisas, sendo o único ser, um valor superior a qualquer preço, que não admite substituição. É efetivado por meio da consagração do direito à vida, à igualdade, à integridade física, moral e psíquica, entre outros.[307]

Mendes e Branco ressaltam a necessidade de se proteger, por meio da dignidade

---

[298] SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição**. 6. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009. p. 38.
[299] BARROSO, 2015, p. 287-288; SARLET, 2009. p. 78.
[300] SILVA, 2009, p. 38.
[301] SARLET, op. cit., p. 77.
[302] Ibid., p. 78.
[303] Ibid., p. 93; BARROSO, op. cit., p. 288.
[304] SILVA, op. cit., p. 38; FIORILLO, 2000 apud NUNES, 2010, p. 66.
[305] SILVA, op. cit., p. 38.
[306] BARROSO, op. cit., p. 288.
[307] Ibid., loc. cit.; SILVA, op. cit., p. 38.

da pessoa humana, o indivíduo, que deve ser tratado como sujeito com valor intrínseco, em patamar de igualdade de direitos com os seus semelhantes, havendo o desrespeito à dignidade humana quando a pessoa é reduzida à condição de objeto, apenas para satisfazer interesses de outrem.[308]

Por sua vez, a autonomia do indivíduo é o valor ético que significa o poder de fazer valorações morais e escolhas sem imposição de terceiros, sejam estes particulares ou o próprio Estado, tendo sua exteriorização na consagração das liberdades públicas, como liberdade de consciência, religião, expressão, entre outros.[309]

Por fim, o valor comunitário constitui o elemento social da dignidade, caracterizado pela postura do indivíduo perante a comunidade a que está inserido e os valores compartilhados por este grupo social. Funciona como um balizador da autonomia individual que, em que pese sua importância, não é ilimitada. Assim, a dignidade também promove a proteção do direito de terceiros, entre eles o direito à vida, ao criminalizar o homicídio, à propriedade, ao criminalizar o furto, entre outros.[310]

Em resumo, a dignidade, de fato, aponta para dois aspectos: um, inerente à pessoa, pelo simples fato de nascer, e outro, referente ao direito que as pessoas têm de viver com dignidade.[311] Nisso, começam a surgir problemas, visto que, na medida em que o ser humano se desenvolve na sociedade, ele, que é tão protegido pela dignidade, poderá ferir a dignidade de outrem.[312]

Por fim, fica a interessante crítica apontada por Barroso de que a dignidade tem funcionado, de certa forma, como um espelho, onde cada um projeta a sua própria imagem, seus valores e convicções pessoais, em detrimento do outro. Portanto, a dignidade tem sido evocada pelos dois lados opostos do litígio, cada um subjugando-a à sua interpretação e argumentação, o que ocorre, especialmente, quando estão em confronto, questões moralmente controversas.[313]

4.2.2 Liberdade de Expressão

A liberdade de expressão encontra abrigo constitucional no artigo 5º, inciso IV, da

---

[308] MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curto de Direito Constitucional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 278.
[309] BARROSO, 2015, p. 290.
[310] Ibid., p. 290-291.
[311] NUNES, 2010, p. 64.
[312] Ibid., p. 65.
[313] BARROSO, op. cit., p. 287.

Carta Magna Brasileira, onde prevê que "é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato". Há também previsões acerca do direito de acesso à informação, artigo 5º, incisos XIV e IX, da Constituição, bem como da proibição da censura, artigo 220, *caput* e parágrafos.[314]

Dentro do conceito, incluem-se diversas manifestações como a de comunicação, pensamentos, ideias, expressões não verbais etc.[315]

Por sua vez, a livre manifestação é, um dos mais caros direitos fundamentais, sendo uma das mais antigas exigências do homem, presente desde a primeira fase do constitucionalismo moderno.[316] Ademais, dada sua relevância para o regime democrático e o pluralismo, a liberdade de expressão assume uma posição preferencial quando da resolução de conflitos com outros princípios constitucionais e direitos fundamentais, exercendo uma posição de vantagem, mas nunca assumindo caráter absoluto. Assim, balizando-se pela proporcionalidade e outros critérios aplicáveis, a liberdade de expressão assume posição de vantagem, ainda que não haja propriamente uma hierarquia entre direitos e princípios constitucionais.[317]

A liberdade de expressão é, segundo o argumento humanista, um desdobramento da dignidade humana, enquanto, segundo o argumento democrático, a liberdade de expressão é um instrumento para o funcionamento e para a própria preservação do sistema democrático, isto por que o discurso deve ser protegido das interferências ilegítimas do poder.[318]

Importante a ressalva de Mendes e Branco de que "não é o Estado que deve estabelecer quais as opiniões merecem ser tidas como válidas e aceitáveis",[319] isto porque a livre expressão consiste no direito a uma abstenção, por parte do Estado, de interferir nas manifestações do indivíduo, ou censurar previamente uma mensagem, mas também em um aspecto positivo, no sentido de que o Estado deve proteger a exteriorização da opinião.[320] A proibição dessa censura, entretanto, não livra o autor da manifestação de que seja responsabilizado penal e civilmente por suas opiniões.

Assim, é uma liberdade exercida, em regra, contra o Estado, ainda que, em raras

---

[314] BRASIL, 1988.
[315] MENDES; BRANCO, 2016, p. 263; PUCCINELI JUNIOR, André. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 278
[316] SARLET, 2017, p. 495; MENDES; BRANCO, op. cit., p. 263.
[317] SARLET, op. cit., p. 500.
[318] SARLET, op. cit., p. 495-496; MENDES; BRANCO, op. cit., p. 264.
[319] MENDES; BRANCO, 2016, p. 265.
[320] FERREIRA, 1989, p.68 apud MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 33. ed. rev. e atual. até a EC n 95. São Paulo: Atlas, 2017. p. 46; SARLET, op. cit., p. 499.

exceções seja vista sua invocação em contextos privados.[321]

A liberdade de expressão consiste na liberdade de emitir opiniões, ou seja, juízos de valor a respeito de fatos, ideias etc.,[322] protegendo qualquer opinião, convicção, comentário, avaliação ou julgamento sobre qualquer assunto ou pessoa, quer diga respeito a interesse público, quer não. Abrange, ademais, tudo que seja passível de se comunicar, desde que sem violência.[323]

Nesse sentido, um comportamento pode ser, por si próprio, instrumento de comunicação, surgindo a dúvida sobre sua proteção constitucional nessas hipóteses. O STF já decidiu no sentido de que marchas e manifestações públicas e coletivas, defendendo a legalização de droga ilícita (maconha), configuram manifestação da liberdade de expressão, em vez de apologia ao uso indevido de drogas, fato típico previsto na lei penal. O STF também já se manifestou no sentido de afastar a tipificação de atentado violento ao pudor contra um diretor de teatro que reagiu às vaias da plateia mostrando suas nádegas.[324]

A liberdade de expressão possui limitações previstas no próprio corpo constitucional, como previsão expressa do constituinte, mas também, decorrentes de sua colisão com direitos de mesmo *status*. Assim, admite-se a interferência do Estado para se proibir o anonimato, para impor o direito de resposta e indenização.[325]

Isto porque, não raramente, a liberdade de expressão colide com o direito à honra e à imagem das pessoas, exigindo-se harmonização dos interesses envolvidos, pois, quando a liberdade de expressão é irresponsavelmente exercida, torna-se verdadeira fonte de problemas.[326] Por isso, deve ser exercido de forma responsável, harmonizando-se com a honra, intimidade e privacidade da pessoa, sob pena de reverter-se em direito de resposta e indenização por danos morais e materiais decorrentes de seu desvio,[327] os quais são verdadeiros limites ao direito à livre expressão, embora não impeçam o seu exercício.[328]

No que toca ao direito de resposta, a CRFB traz a previsão a este quando as manifestações afetem bens jurídicos e direitos fundamentais de terceiro, sendo que, "ele encontra uma forte justificação no princípio liberal de que as lesões resultantes do discurso devem ser combatidas, preferencialmente, com mais discurso".[329]

---

[321] MENDES; BRANCO, 2016, p. 265.
[322] SARLET, op. cit., p. 496.
[323] SARLET, 2017, p. 497; MENDES; BRANCO, 2016, p. 264.
[324] MENDES; BRANCO, op. cit., 268.
[325] Ibid., p. 270.
[326] PUCCINELI JUNIOR, 2015, p. 280.
[327] Ibid., p. 282.
[328] SARLET, op. cit., p. 505.
[329] MACHADO, 2002, apud SARLET, op. cit., p. 504.

Todavia, tanto o direito de resposta quando de indenização, devem respeitar os critérios de proporcionalidade e razoabilidade sob pena de se transformar em ilegítimas limitações à liberdade de expressão.[330]

Ademais, outras leis podem surgir, perseguindo fins diversos, que poderão interferir no direito à liberdade de expressão. Nesses casos, procede-se a um "teste de validade" da lei, utilizando-se como critério a razoabilidade. Assim, a lei que não atender aos critérios informadores do princípio da proporcionalidade, merecerá ser declarada inconstitucional, isto porque, "se for imaginável outra medida que renda o resultado esperado, mas com menor custo para o indivíduo", esta deve ser aplicada.[331]

Entretanto, cabe a ressalva de que se a lei, a pretexto de um fim legítimo, dissimular seu real propósito de impedir a manifestação do pensamento, também está sujeita à sua declaração de inconstitucionalidade.[332] Outro limite à liberdade de expressão refere-se a mensagens que provocam graves reações de violência. Ademais, cumpre ressaltar que o discurso de ódio, seja racial ou não, contra grupos e minorias, não se encontra protegido pela Constituição. Por fim, até mesmo palavras duras, e por vezes desagradáveis, estão protegidas pela Constituição, desde que não incitem respostas violentas.[333]

Ademais, ao proibir a censura, tem-se que a Constituição teria optado apenas pela sanção posterior e, isso, somente quando eventual dano extrapolasse os limites ao direito de expressão.[334] Nessa linha, diz-se que, "na maioria das vezes, o direito invocado pode ser perfeitamente composto com a indenização por dano moral, o que é melhor solução do que impedir a livre expressão".[335] Para Mendes e Branco, entretanto, esta não é a interpretação correta, visto que o Judiciário, respeitado o devido processo legal, verificando de antemão a violência de um direito de outrem, deverá intervir.[336]

4.2.3 Considerações

Ainda que se considere, como exposto, a tese de posição preferencial da liberdade de expressão, ela não é um direito absoluto, mas está, sim, sujeita a restrições, desde que estas tenham por fundamento a dignidade da pessoa humana, que opera como limite da liberdade de

[330] SARLET, 2017, p. 505.
[331] MENDES; BRANCO, 2016, p. 272.
[332] Ibid., loc. cit.
[333] MENDES; BRANCO, op. cit., p. 273.
[334] Ibid., p. 279.
[335] CARVALHO, 1999 apud MENDES; BRANCO, op. cit., loc. cit.
[336] MENDES; BRANCO, op. cit., 280.

expressão, mas também como garantidora da mesma. Para tanto, utiliza-se o critério da proporcionalidade e da preservação da essência dos direitos em conflito.[337]

Entretanto, é também verdade que os agentes públicos e políticos, dada sua função exercida em nome do Estado, se diferenciam das demais pessoas, de modo que obtêm níveis diferenciados de proteção da personalidade, conforme o caso. Por que razão, justifica-se menor proteção da honra, imagem e vida privada e mais espaço para a liberdade de expressão? Ressalta-se, entretanto, que uma menor proteção jamais pode significar ausência desta.[338]

Ademais, a responsabilidade pelo exercício irregular da liberdade de expressão, há de ser uma responsabilidade subjetiva, focada na análise sobre a existência de dolo ou culpa, sendo que, na hipótese de se tratar de uma pessoa pública, a responsabilização só se dará mediante a culpa grave.[339]

Por fim, Sarlet sustenta que:

> não raro se percebe, na prática jurisprudencial e mesmo na doutrina, uma hipertrofia da dignidade. Assim, em homenagem à liberdade de expressão, ela própria uma das mais elementares manifestações da dignidade da pessoa humana e da democracia na condição de pressuposto e ao mesmo tempo de garantia política, estrutural e procedimental da dignidade e dos direitos fundamentais, também nessa seara, como já indicado, haverá de se respeitar a posição preferencial (embora não absoluta) da liberdade de expressão.[340]

Assim, entende-se que há uma certa vantagem da liberdade de expressão quando em conflito com outros direitos fundamentais, ainda que não haja propriamente uma hierarquia entre direitos fundamentais. Deve-se, porém, em caso de conflito, "considerar as exigências da proporcionalidade e de outros critérios aplicáveis a tais situações".[341]

4.3 O DIREITO PENAL MÍNIMO E O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE.

A proporcionalidade é um dos mais relevantes princípios previstos em matéria penal e mesmo constitucional, conforme se verá. Além do mais, também deve ser estudado o direito penal mínimo e seus princípios correlatos, a fim de concluir o presente trabalho.

---

[337] SARLET, 2017, p. 511.
[338] Ibid., loc. cit.
[339] Ibid., p. 506.
[340] Ibid., p. 510.
[341] Ibid., p. 500.

4.3.1 Da proporcionalidade

O princípio da proporcionalidade é concretizado a partir do cânone do Estado de Direito.[342] Nas palavras de Stum, a proporcionalidade é "uma exigência substancial do Estado de Direito no sentido de exercício moderado de seu poder",[343] e encontra previsão no contexto normativo da Constituição, a qual aumentou consubstancialmente o rol de direitos e garantias, previu a dignidade da pessoa humana, entre outros direitos e mecanismos de proteção.[344]

Ele é, antes de tudo, um critério a se utilizar para a solução de problemas jurídicos-constitucionais,[345] e sua observância é devida por todos os poderes, em todos os níveis de governo. Trata-se de um imperativo contra o Estado que impõe o "exercício moderado do poder".[346] Possui uma função negativa, ao limitar a ação do Estado, e uma positiva, ao determinar a observância de seus princípios.[347]

Cabe, sobretudo, ao Judiciário, sua aplicação e observação, notadamente no que diz respeito ao controle de leis,[348] isto porque, em último caso, o juiz é o guardião da proteção dos direitos fundamentais do homem, e, por esta razão, está a mensurar os valores subjacentes a uma norma jurídica.[349] Assim, o juiz amolda a lei a um caso concreto, sob rigorosa metodologia, cuja garantia está na esfera de liberdade do cidadão.[350]

O princípio da proporcionalidade se desdobra em três subprincípios, quais sejam, da necessidade, da adequação e da proporcionalidade em sentido estrito.[351]

4.3.1.1 Subprincípio da adequação

Este princípio estipula que, qualquer medida que vise a restringir direitos, deve ser adequada, ou idônea, aos fins a que se destina. Se não for adequada, será inconstitucional. Assim, não há um legislador onipotente, mas limitado. Ademais, caberá ao juiz o controle das medidas

---

[342] STUMM, Raquel Denize. **Princípio da Proporcionalidade no Direito Constitucional Brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995. p. 120-121; BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 2. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000. p. 95.
[343] STUMM, op. cit., p. 83.
[344] BARROS, op. cit., p. 93- 95; BIANCHINI, 2002, p. 84.
[345] STUMM, op. cit., p. 84.
[346] Ibid., p. 120.
[347] Ibid., p. 121.
[348] Ibid., p. 83-84.
[349] Ibid., p. 83.
[350] Ibid., p. 84.
[351] BARROS, 2000, p. 75; STUMM, 1995, p. 79; CANOTILHO, 1992 apud BIANCHINI, Alice. **Pressupostos Materiais Mínimos da Tutela Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 82.

restritivas, buscando deduzir a razão destas.[352]

Desde modo, o exame da adequação da medida impõe que esta seja anulada apenas quando inequivocamente se mostrar inadequada, ou inidônea, para alcançar seus objetivos.[353] Ademais,

> é possível, pois, que uma lei contemple, ou pareça contemplar, no momento de sua edição, uma relação meio fim adequada e, ao longo do tempo, mostre-se discordante do programa da Lei Fundamental, seja porque os efeitos previstos não ocorreram, seja porque tenha se verificado ulteriores consequências jurídicas indesejáveis.[354]

4.3.1.2 Subprincípio da necessidade

A ideia deste subprincípio é a de interferir o menos possível na liberdade do cidadão. A medida realizada, então, deve ser a melhor e única possibilidade viável para se atingir o fim proposto, sob o menor custo para o indivíduo.[355]

Para determinar que uma medida é desnecessária, é imprescindível que se possa recomendar outra menos gravosa em seu lugar, e também apta a produzir o resultado pretendido.[356]

4.3.1.3 Subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito

Por fim, mas não menos importante, o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito traz consigo a ideia de equilíbrio.[357] Trata-se de uma distribuição equânime do ônus a ser suportado, onde o aplicador verificará, por meio da técnica de ponderação, a justa medida do caso concreto.[358]

Trata-se de avaliar "se o resultado obtido com a intervenção é proporcional à 'carga coativa' da mesma".[359] Assim, o juiz fará uma ponderação entre bens e direitos, a fim de alcançar a melhor proporção entre meios e fins,[360] fundamentando sua posição tanto em princípios de direito fundamental, quanto em princípios do Estado de Direito, ou até mesmo em jurisprudência

---

[352] BARROS, 2000, p. 77- 78.
[353] Ibid., p. 78.
[354] Ibid., op. cit.
[355] STUMM, op. cit., 79; BARROS, op. cit., p. 79; BIANCHINI, 2002., p. 83.
[356] BARROS, op. cit., p. 80.
[357] BARROS, 2000, p. 83.
[358] Ibid., p. 85.
[359] CANOTILHO, 1991 apud BIANCHINI, 2002, p. 83.
[360] STUMM, 1995, p. 82.

constitucional.[361]

4.3.2 Do direito penal mínimo e o princípio da intervenção mínima

Há um consenso internacional de que o direito penal moderno está em crise. Por esta razão, muitos têm defendido a sua redução ao mínimo, notadamente, levando-se em conta seu crescimento descomunal e o abuso político decorrente da criminalização.[362] Assim, o direito penal, em vez de proteger, transformou-se em verdadeira ameaça ao cidadão, modificando-se de proteção da sociedade, para um perigo às suas instituições.[363]

Existem hoje leis demais, leis para impressionar, leis para "inglês ver", leis simbólicas e tapa-buracos. Concomitante às leis penais, o número de prisões e da população carcerária cresce vertiginosamente. O sistema penal atual enche as prisões e perdeu o respeito da sociedade.[364]

Dito isto, nas palavras de Queiroz, o "bom senso recomenda que se racionalize ou que se minimize, tanto quanto possível, o âmbito de intervenção do sistema penal, limitando-o àquelas 'situações problemáticas' de absoluta irrenunciabilidade".[365]

O direito penal, como manifestação do Poder, é um instrumento político, que compõe o corpo do Estado, constituindo uma técnica, entre tantas outras, de resolução de conflitos. É possível afirmar-se, com segurança, que é também uma das armas menos recomendáveis que o Estado pode dispor, a fim de garantir a segurança dos cidadãos, isto porque visa a alcançar conflitos sociais que já estão em um "estado terminal", ou seja, intervém apenas quando já é tarde.[366]

Por esta mesma razão, a intervenção penal não devolve, por exemplo, a vida ao que foi assassinado, os olhos ao lesionado etc. Muito menos opera nas causas que motivaram os conflitos, a fim de evitar sua repetição, aliás, muito pelo contrário.[367]

Queiroz destaca que a liberdade é a regra, a prisão, a exceção. Por esta razão, defende que a interferência na liberdade do indivíduo só poderá ser aceita, excepcionalmente, decorrente da absoluta necessidade social associada à adequação da intervenção.[368]

---

[361] STUMM, 1995, p. 82.
[362] QUEIROZ, Paulo de Souza. **Do Caráter Subsidiário do Direito Penal**: lineamentos para um direito penal mínimo. 2.ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 11.
[363] Ibid., p. 14.
[364] Ibid., p. 15-16.
[365] Ibid., p. 21
[366] QUEIROZ, 2002, p. 21-22.
[367] Ibid., p. 22.
[368] Ibid., p. 23; BIANCHINI, 2000, p. 77.

Em síntese, o direito penal mínimo defende a máxima redução do sistema penal, limitando-o a um núcleo essencial, sempre que não for possível sua substituição por outros instrumentos de controle social.[369] Consubstancia-se entre dois extremos: o direito penal máximo, e o abolicionismo penal.

Por sua vez, a intervenção mínima sustenta que a finalidade do direito penal é a de proteção dos bens mais importantes e necessários para a sociedade.[370] Isto significa que o sistema penal exerce uma função seletiva de bens jurídicos, protegendo somente os indispensáveis à manutenção do corpo social.[371]

4.3.2.1 O princípio da subsidiariedade

Como um dos princípios norteadores do direito penal mínimo, o princípio da subsidiariedade aduz, num primeiro momento, que o direito penal encontra seu fundamento em um direito não-penal. Por exemplo, o crime de homicídio encontra fundamento no preceito constitucional que protege a vida. Isto significa que todo ilícito penal é, antes de tudo, um ilícito não-penal. O que leva a classificar que, dado comportamento como merecedor de reprovação social, ou não, é autonomia política do Estado.[372]

A subsidiariedade implica, também, em reconhecer que "o direito penal nada mais é que uma das muitas forças que convergem para o controle social sobre os indivíduos, embora a mais radical e mais facilmente perceptível".[373]

Assim, a intervenção penal só se justifica para compor conflitos quando não se possa confiar sua superação por outros meios, como as próprias pessoas envolvidas, a família, a comunidade, a opinião pública, a moral, a religião, outros ramos do direito etc., os quais são mecanismos de autoproteção presentes em toda ordem social. Assim, tem-se que o direito penal é a *ultima ratio* do sistema.[374]

Por fim, conclui-se que somente quando todos os demais meios de controle falharem, o direito penal deverá intervir, pois, do contrário, transforma-se o Estado em um Estado policial, condenando os cidadãos a viver sob constante ameaça de violência.[375]

---

[369] QUEIROZ, 2002, p. 25; GRECO, Rogério. **Direito Penal do Equilíbrio**: uma visão minimalista do Direito Penal. 2. ed. rev., ampl. e atual. Niterói: Impetus, 2006. p. 30.
[370] Ibid., p. 68.
[371] Ibid., p. 69
[372] QUEIROZ, 2002, p. 59- 63.
[373] Ibid., p. 63.
[374] Ibid., p. 65-66; BIANCHINI, 2000, p. 80.
[375] QUEIROZ, 2002, p. 69.

4.3.2.2 O princípio da fragmentariedade

Por fim, faz-se necessário um breve apontamento acerca do princípio da fragmentariedade do direito penal. Segundo este princípio, que é corolário do princípio da intervenção mínima, o direito penal deve ser seletivo e cuidar apenas das questões relevantes para a sociedade. Assim, nem todas as ações que lesionam bens jurídicos serão tuteladas pela lei penal, mas apenas as mais graves praticadas contra os bens jurídicos de maior importância.[376]

Em resumo, significa que o direito penal não deve sancionar toda e qualquer conduta que lesione bens jurídicos, mas, apenas as praticadas contra os bens mais relevantes, considerados pela sociedade.[377]

[376] LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. **Princípios Políticos do Direito Penal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 93.
[377] Ibid., p. 94.

5 CONCLUSÃO

Neste trabalho, estudou-se a problemática do crime de desacato em relação aos direitos humanos, notadamente, em relação ao entendimento adotado no sistema interamericano de direitos humanos, em face de sua incompatibilidade com a Convenção Americana de Direitos Humanos. Foram estudados, também, princípios que poderiam ser aplicados ao caso, a fim de se compreender melhor qual a posição do desacato dentro do direito penal contemporâneo.

Inicialmente, foram estudados aspectos relativos ao crime de desacato, tal como o núcleo do tipo, ou seja, como se caracteriza sua conduta, também suas particularidades como o sujeito ativo e passivo, bem como o objeto jurídico que esse crime busca proteger. Além do mais, foram apresentadas, também, questões pendentes sobre o crime, especialmente com relação à Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamento nº 496, proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, além do projeto do novo código penal.

Brevemente, também, para situar a questão, foram apresentados os direitos humanos. Inicialmente, foi examinada a história de seu surgimento no direito internacional, para, então, demonstrar sua evolução no direito interno. Foi estudada, também, a hierarquia dos direitos humanos, no que tange aos tratados internacionais sobre a matéria. Além do mais, também foi estudado o sistema interamericano de direitos humanos, apresentando-se a Corte Interamericana e a Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

Após, verificou-se o entendimento esposado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos no sentido da incompatibilidade do delito de desacato, com a Convenção Interamericana de Direitos Humanos, notadamente, em face do seu artigo 13, que prevê a liberdade de expressão e manifestação do pensamento.

Em seguida, em análise acerca da liberdade de expressão, verificou-se que ela constitui um direito de grande importância na ordem democrática, servindo como seu pilar de sustentação. Estudou-se, também, a dignidade da pessoa humana, onde se viu que ela é o valor maior sobre o qual a Constituição brasileira e ordem democrática estão fundadas, sendo que é da dignidade da pessoa humana que muitos direitos decorrem.

Também, foi estudado o princípio da proporcionalidade, verdadeiro balizador no que tange à criminalização de condutas, ou não. Verificou-se que ele se desdobra em três subprincípios que norteiam sua aplicação. Ademais, verificou-se sob o prisma de um direito penal contemporâneo, as premissas do Direito Penal Mínimo e o princípio da intervenção mínima penal, bem como seus desdobramentos, como o princípio da subsidiariedade, que

prevê a aplicação do direito penal somente após a falha dos outros meios de controle social, e o princípio da fragmentariedade, pelo qual o direito penal deve se ater apenas às condutas relevantes, do ponto de vista social.

Por fim, conclui-se que, segundo a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, o desacato deve ser removido da legislação pátria, de forma a se privilegiar a garantia da liberdade de expressão. Por sua vez, a dignidade do funcionário público poderá ser protegida por meio de leis civis, ou mesmo administrativas, visto que, no direito penal contemporâneo, a criminalização de condutas deve obedecer a critérios como o da proporcionalidade, bem como da intervenção mínima do direito penal e da subsidiariedade.

Em busca de solução para o problema proposto, verificou-se que as conclusões alcançadas demonstram que o assunto não foi de todo esgotado, neste trabalho. Assim, tendo em vista a complexidade do tema, suas implicações diversas e suas múltiplas possibilidades, sugere-se que novos estudos sejam realizados, a fim de se buscar alternativas para a resolução de problemas não abordados, ou que ficaram nas entrelinhas, deste breve estudo.

REFERÊNCIAS

ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, G. E. do Nascimento; CASELLA, Paulo Borba. **Manual de Direito Internacional Público**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 2. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BIANCHINI, Alice. **Pressupostos Materiais Mínimos da Tutela Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte especial, vol. 5: crimes contra a administração pública e dos crimes praticados por prefeitos. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 17 nov. 2017.

_____. Decreto nº 947 de 11 de outubro de 1890. **Promulga o Codigo Penal**. Disponível em: <http:// www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d847.htm>. Acesso em: 24 out. 2017.

_____. Decreto-lei nº 2.848 de 7 de Dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em: <http://www. planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 24 out. 2017.

_____. Decreto-lei nº 1.001 de 21 de Outubro de 1969. **Código Penal Militar**. Disponível em: <http:// www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del1001Compilado.htm>. Acesso em: 25 out. 2017.

_____. **Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992**. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm>. Acesso em: 07 nov. 2017.

_____. Lei de 16 de dezembro de 1830. **Código Criminal do Império**. Disponível em: <http://www. planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM-16-12-1830.htm>. Acesso em: 24 out. 2017.

_____. **Lei nº 9.9099 de 26 de Setembro de 1995**. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm>. Acesso em: 24 out. 2017.

_____. **Lei nº 8.906 de 4 de Julho de 1994**. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8906.htm>. Acesso em: 25 out. 2017.

_____. Senado Federal. **Requerimento nº 756 de 2011**. Brasília, DF, 2011a. Disponível em: <http://legis.senado.leg.br/diarios/BuscaDiario?tipDiario=1&datDiario=22/09/2011&paginaDireta=38618>. Acesso em: 25 set. 2017.

_____. _____. **Ato do Presidente do Senado Federal**. Brasília, 22 de setembro de 2011b. Disponível em: <http://legis.senado.leg.br/diarios/BuscaDiario?tipDiario=1&datDiario=22/09/2011 &paginaDireta=38618>. Acesso em: 25 set. 2017.

_____. _____. **Projeto de Lei do Senado nº 236 de 2012a**. Institui o Novo Código Penal. Brasília, DF, 2012. Disponível em: <http://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=3515262&disposition= inline>. Acesso em: 25 set. 2017.

_____. _____. **Ata da 14ª Reunião da Comissão de Juristas destinada a elaborar anteprojeto do Código Penal**. Brasília, DF, 7 de maio de 2012b. Disponível em: <http://legis.senado.leg.br/diarios/BuscaDiario?tipDiario=1&datDiario=19/06/2012&paginaDireta=00706&indSuplemento=Sim&codSuplemento=B&desVolumeSuplemento=I>. Acesso e: 25 set. 2017.

_____. _____. **Reforma do Código Penal**. Projeto de Lei do Senado nº 236 de 2012. Brasília, DF, 06 de novembro de 2012c. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/106404>. Acesso em: 12 nov. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.640.084. Alex Carlos Gomes. Relator: Min. Ribeiro Dantas. Brasília, DF, 15 dez. 2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1564541&num_registro=201600321060&data=20170201&formato=PDF>. Acesso em: 25 set. 2017.

_____. _____. *Habeas Corpus* nº 379.269, da Defensoria Pública do Estado de Mato Grosso do Sul, Brasília, DF, 30 de jun. 2017. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1595452&num_registro=201603035423&data=20170630&formato=PDF>. Acesso em: 25 set. 2017.

_____. _____. *Habeas Corpus* nº 379.269, da Defensoria Pública do Estado de Mato Grosso do Sul. Relator: Antônio Saldanha Palheir. Brasília, DF, 30 de jun. 2017. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&

sequencial=1595452&num_registro=201603035423&data=20170630&formato=PDF>. Acesso em: 25 set. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.127-8. Associação dos Magistrados Brasileiros. Relator: Min. Edson Fachin. Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, DF, ed. 105, 10 jun. 2010. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=105&dataPublicacaoDj=11/06/2010&incidente=1597992&codCapitulo=5&numMateria=18&codMateria=1>. Acesso em: 25 out. 2017.

_____. _____. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 496. Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Relator: Roberto Barroso. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=496&classe=ADPF&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em: 15 nov. 2017.

_____. _____. Recurso Extraordinário nº 466.343. Banco Bradesco S/A. Relator: Min. Cezar Peluso.Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, DF, ed. 104, 04 jun. 2009b. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>. Acesso em: 7 nov. 2017.

_____. _____. Recurso Especial nº 914.253. Fazenda do Estado de São Paulo. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, DF, 02 dez. 2009a. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=929878&num_registro=200602839138&data=20100204&formato=PDF>. Acesso em: 19 abr. 2017.

BUSATO, Paulo César. **Direito Penal**: Parte Especial, v. 3. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 681.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**, v. 3: parte especial, artigos 213 a 359-H. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

_____; PRADO, Estela. **Código Penal Comentado**. 6. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2015.

COMPARATO. Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Gomes Lund e outros ("Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil**. Sentença de 24 de novembro de 2010. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf>. Acesso em: 07 nov. 2017.

DELMANTO, Celso. et al. **Código Penal Comentado**. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Saraiva, 2016.

DESACATAR. In: MICHAELIS. **Dicionário Brasileiro de Língua Portuguesa**. São Paulo: Editora Melhoramentos. Disponível em: <http://michaelis.uol.com.br/busca?r=0&f=0&t=0&palavra=desacatar>. Acesso em: 25 out. 2017.

ESTEFAM, André. **Direito Penal**: Parte Especial, volume 3 (arts. 235 a 359-H). 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 650.

FÜHRER, Maximiliano Roberto Ernesto; FÜHRER, Maximilianus Cláudio Américo. **Código Penal Comentado**: incluindo a história de cada um dos tipos penais, as correntes jurisprudenciais e a principal legislação correlata. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

GRECO, Rogério. **Direito Penal do Equilíbrio**: uma visão minimalista do Direito Penal. 2. ed. rev., ampl. e atual. Niterói: Impetus, 2006.

GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Comentários à Convenção Americana Sobre Direitos Humanos**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

GUERRA, Sidney. **O Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos e o Controle de Convencionalidade**. São Paulo: Atlas, 2013.

HUNGRIA, 1959, p. 424 apud GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: parte especial, volume III. 14. ed. Niterói: Impetus, 2017.

INSTITUTO INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS. ***Libertad de expresión en las Américas****: Los cinco primeros informes de la Relatoría para la Libertad de Expresión*. San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2003. Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/publicaciones/ libertad-de-expresion-en-las-americas-2003.pdf>. Acesso em: 19 abr. 2017.

JESUS, Damásio de. **Direito Penal**, volume 4: parte especial: crimes contra a fé pública a crimes contra a administração pública. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

LEONEL, Vilson; MOTTA, Alexandre de Medeiros. **Ciência e Pesquisa**: livro didático. 3. ed. Palhoça: Unisul Virtual, 2011.

LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. **Princípios Políticos do Direito Penal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MALHEIRO, Emerson. **Curso de Direitos Humanos**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 6 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direitos Humanos**. 4. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curto de Direito Constitucional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MIRABETE, Júlio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Manual de Direito Penal**, vol. 3: parte especial, arts. 235 a 361 do Código Penal. 26. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2012.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 33. ed. rev. e atual. até a EC n 95. São Paulo: Atlas, 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Penal**, vol. 3: Parte Especial – arts. 213 a 361 do Código Penal. Rio de Janeiro: Forense, 2017a.

_____. **Manual de Direito Penal**. 13. ed., rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017b.

NUNES, Rizatto. **O princípio da Dignidade da Pessoa Humana**: doutrina e jurisprudência. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Assembleia Geral. Trigésimo Oitavo Período Ordinário de Sessões. **Resolução nº 2434.** Washington, EUA: 2008. p. 303. Disponível em: <http://www.oas.org/consejo/pr/AG/resoluciones%20y%20 declaraciones.asp>. Acesso em: 12 nov. 2017.

_____. _____. Trigésimo Nono Período Ordinário de Sessões. **Resolução nº 2523**. Washington, EUA: 2009. p. 318. Disponível em: <http://www.oas.org/consejo/pr/AG/ resoluciones%20y%20declaraciones.asp>. Acesso em: 12 nov. 2017.

_____. **Capítulo V**: *Informe sobre la compatibilidade entre las leyes de desacato y la convencion americana sobre derechos humanos. Informe Anual de la Comission Interamericana de Derechos Humanos*. Washington, EUA: Comissão Interamericana de Direitos Humanos, 1995. Disponível em: <http://www.cidh.oas.org/annualrep/94span/ cap.V.htm#CAPITULO V:>. Acesso em: 10 nov. 2017.

_____. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. São José, Costa Rica: 22 nov. 1969. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana. htm>. Acesso em: 10 nov. 2017.

_____. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **Comunicado de Prensa nº 13/97**. *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de* 1997. Washington, EUA: 1997. Disponível em: <http://www.cidh.oas.org/Comunicados/Spanish/1997/Comunicados%207-13.htm#13>. Acesso em: 12 nov. 2017.

_____. _____. **Declaração de Princípios sobre Liberdade de Expressão**. 2000. Disponível em: <http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/s.Convencao.Libertade.de.Expressao.htm>. Acesso em: 12 nov. 2017.

_____. _____. **Relatoria Especial para a Liberdade de Expressão**. Antecedentes e Interpretação da Declaração de Princípios sobre Liberdade de Expressão. [20??]. Disponível em: <http://www.oas.org/pt/cidh/expressao/showarticle.asp?artID=132&lID=4>. Acesso em: 12 nov. 2017.

_____. _____. Relatoria Especial para a Liberdade de Expressão. ***Jurisprudencia Nacional sobre Libertad de Expresion y Acceso a la Informacion***. [S.l.]: 2013, p. 21. Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/publicaciones/2013%2005%2020%20JURISPRUDENCIA%20DOMESTICA%20SOBRE%20LIBERTAD%20DE%20EXPRESION%20Y%20AI.pdf>. Acesso em: 13 nov. 2017.

_____. _____. Relatoria Especial para a Liberdade de Expressão. **Liberdade de Expressão no Brasil**: Relatórios anuais da Relatoria Especial para a Liberdade de Expressão da CIDH 2005-2015. [S.l.]: 2016. Disponível em: <http://www.oas.org/pt/cidh/expressao/docs/publicaciones/BrasilLibertadExpresion2016.pdf>. Acesso em: 13 nov. 2017.

_____. _____. **Relatoria Especial para a Liberdade de Expressão**. Capítulo V: Leis de Desacato e Difamação Criminal. Disponível em: <http://www.oas.org/pt/cidh/expressao/showarticle.asp?artID=533&lID=4>. Acesso em: 12 nov. 2017.

_____. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Relatoria Especial para a Liberdade de Expressão. ***Leyes de Desacato y Difamación Criminal***. [s.d] p.11 e 12. Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/informes/desacato/Informe%20Anual%20Desacato%20y%20difamacion%202004.pdf>. Acesso em: 12 nov. 2017.

_____. _____. Relatoria Especial para a Liberdade de Expressão. **Marco Jurídico Interamericano sobre o Direito de Liberdade de Expressão**. [S.l.]: 2009. p. 90. Disponível em: <http://www.oas.org/pt/cidh/expressao/docs/publicaciones/2014051 9%20%20PORT%20Unesco%20-%20Marco%20Juridico%20Interamericano%20sobre%20el%20Derecho%20a%20la%20Libertad%20de%20Expresion%20adjust.pdf>. Acesso em: 13 nov. 2017.

_____. _____. **Volume III**: *Informe Especial del Relator Sobrela Libertad de Expresión. Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos* 1998.Washington, EUA: 1999. Disponível em: <http://www.cidh.oas.org/annual rep/98span/Indice.htm>. Acesso em: 12 nov. 2017.

_____. **Segunda Cúpula das Américas**: Declaração de Santiago. Santiago, Chile: 1998, p. 3 Disponível em: <http://www.summit-americas.org/ii_summit/ii_summit_ dec_pt.pdf>. Acesso em: 12 nov. 2017.

_____. **Terceira Cúpula das Américas**: Plano de Ação. Quebec, Canadá: 2001, p. 8. Disponível em: <http://www.summit-americas.org/iii_summit/iii_summit_poa_pt.pdf>. Acesso em: 12 nov. 2017.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 16. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: 2016.

PORTUGAL. **Ordenações e leis do Reino de Portugal**: recopiladas por mandado d'El-Rey D. Philippe I. 1870. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/242733>. Acesso em: 24 out. 2017.

PRADO, Luiz Regis. **Comentários ao Código Penal**. 9 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

PUCCINELI JUNIOR, André. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

QUEIROZ, Paulo de Souza. **Do Caráter Subsidiário do Direito Penal**: lineamentos para um direito penal mínimo. 2.ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

_____. **Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 7. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang Sarlet. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 12. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015. p. 41.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 236.

SIDOU, J. M. (org.). **Dicionário Jurídico**: Academia Brasileira de Letras Jurídicas. 11. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição**. 6. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

STUMM, Raquel Denize. **Princípio da Proporcionalidade no Direito Constitucional Brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.