

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE NACIONAL DE DIREITO

**DIREITO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO E CRIME DE DESACATO: CONTROLE DE
CONVENCIONALIDADE NO BRASIL.**

VANESSA CRISTINA GARCIA DE OLIVEIRA

Rio de Janeiro
2017/ 1º. SEMESTRE

AUTORA: VANESSA CRISTINA GARCIA DE OLIVEIRA

**DIREITO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO E CRIME DE DESACATO: CONTROLE
DE CONVENCIONALIDADE NO BRASIL.**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do **Professora Dra. CAROLINA MACHADO CYRILLO DA SILVA.**

Rio de Janeiro

2017/ 1º. SEMESTRE.

CIP - Catalogação na Publicação

O46d Oliveira, Vanessa Cristina Garcia de
DIREITO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO E CRIME DE
DESACATO: CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE NO BRASIL.
/ Vanessa Cristina Garcia de Oliveira. -- Rio de
Janeiro, 2017.
75 f.

Orientadora: Carolina Machado Cyrillo da Silva.
Trabalho de conclusão de curso (graduação) -
Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade
de Direito, Bacharel em Direito, 2017.

1. Direito Constitucional . 2. Controle de
Convencionalidade. 3. Convenção Americana sobre
Direitos Humanos. 4. Crime de Desacato. 5. Direito à
Liberdade de Expressão. I. Silva, Carolina Machado
Cyrillo da, orient. II. Título.

CDD.341.2732

Elaborado pelo Sistema de Geração Automática da UFRJ com os
dados fornecidos pelo(a) autor(a).

AUTORA: VANESSA CRISTINA GARCIA DE OLIVEIRA

**DIREITO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO E CRIME DE DESACATO: CONTROLE
DE CONVENCIONALIDADE NO BRASIL.**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do **Professora Dra. CAROLINA MACHADO CYRILLO DA SILVA.**

Data da Aprovação: ___/___/____.

Banca Examinadora:

_____.

Orientadora

_____.

Membro da Banca

_____.

Membro da Banca

Rio de Janeiro
2017/ 1º. SEMESTRE

Dedico, à minha Mãe, sem sua ajuda eu não teria chegado até aqui.

À Elaine, minha irmãzinha, por todo apoio, por não ter me deixado desistir.

Ao Pepeu, por ter me acompanhado nessa jornada e ter tornado cada dia mais leve..

AGRADECIMENTO

A esta Universidade, corpo docente, direção, administração e todos os trabalhadores.

À Profa. Dra. Carolina Machado Cyrillo da Silva pela oportunidade e apoio na elaboração deste trabalho.

Todos os meus amigos e professores que colaboraram com as discussões sobre o tema da presente monografia.

Todos que direta ou indiretamente fizeram parte de minha formação, muito obrigada.

EPÍGRAFE

"O que nós queremos, o que não gostamos, o que pensamos, o que sentimos: tudo é impermanente. As palavras de elogios ou críticas são impermanentes. Todas vêm e vão. Se entendermos isso, não vamos ficar tão desorientados com os dramas da vida cotidiana."

Chagdud Tulku Rinpoche

RESUMO

A proposta da presente monografia é investigar a aplicação do controle de convencionalidade das leis no Brasil, tendo como base o crime de desacato e o direito à liberdade de expressão. Com este objetivo, parte-se da discussão sobre a hierarquia de tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil. Aborda-se a previsão quanto ao direito à liberdade de expressão e o conflito com o crime de desacato na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San Jose da Costa Rica). Por fim, com base em decisões judiciais brasileiras sobre o crime de desacato, discute-se a aplicação do controle de convencionalidade e os argumentos para sua não aplicação.

PALAVRAS-CHAVES: Controle de Convencionalidade; Convenção Americana sobre Direitos Humanos; Crime de desacato; Direito à Liberdade de Expressão.

ABSTRACT

The purpose of this monograph is to investigate the application of control of the convention of laws in Brazil, based on the crime of contempt and the right to freedom of expression. With this in mind, it starts with the discussion on the hierarchy of human rights treaties ratified by Brazil. The provisions on the right to freedom of expression and the conflict with the offense of contempt are set out in the American Convention on Human Rights (Pact of San Jose, Costa Rica). Finally, based on Brazilian judicial decisions on the crime of contempt, the application of control of conventionality and the arguments for its non-application are discussed.

KEYWORDS: Conventionality Control; American Convention on Human Rights; Contempt crime; Right to Freedom of Expression.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	11
CAPÍTULO I – CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE E A HIERARQUIA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITO HUMANOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.	13
1.1– Controle de Convencionalidade	13
1.1.1 Conceito:.....	13
1.1.2 Terminologia adotada:	13
1.1.3 Origem no Ordenamento Jurídico Brasileiro.....	14
1.1.4 Modelos de Controle de Convencionalidade.....	17
1.1.5 Evolução Jurisprudencial da aplicação do controle de convencionalidade.	18
1.2 – Hierarquia dos Tratados de Direitos Humanos no Ordenamento Jurídico Brasileiro.	21
1.2.1 Hierarquia dos tratados de direitos humanos no Brasil	21
1.2.2 Emenda Constitucional 45 de 2004 e os Tratados Internacionais de Direitos Humanos.....	24
1.2.3 Hierarquia Constitucional dos tratados de direitos Humanos.....	29
1.2.4 Posicionamento Majoritário do STF	31
1.3 O Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos e Convenção Americana De Direitos Humanos (Pacto De San José Da Costa Rica).	35
1.3.1 O Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos: Comissão Interamericana de Direitos Humanos e Corte Interamericana de Direitos Humanos. ...	35
1.3.2 Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto De San José Da Costa Rica).38	
1.3.3 A Convenção Americana De Direitos Humanos (Pacto De San José Da Costa Rica) no Ordenamento Jurídico Brasileira.	39
CAPÍTULO II – DIREITO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO, CRIME DE DESACATO E O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE.....	42
2.1 – Direito à Liberdade de Expressão, como Direito Humano e Direito Fundamental.42	
2.2 - Crime de desacato	47
2.3 - O Crime de desacato no Sistema Interamericano de Direitos Humanos.	52
2.4 - Controle de Convencionalidade do Crime de Desacato no Brasil.	54
2.4.1 - Tribunal de Justiça.....	55
2.4.1.1 - Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina	55
2.4.1.2 - Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro	56
2.4.1.3 Tribunal de Justiça do Distrito Federal	58
2.4.2 – Superior Tribunal Militar	59

2.4.3– Superior Tribunal de Justiça.....	62
2.4.2.1 - 5ª TURMA.....	62
2.4.3.2 - 3ª SEÇÃO.....	65
CONCLUSÃO.....	69
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	72

INTRODUÇÃO

Inicialmente o Direito Constitucional cuidou da proteção e das garantias dos direitos fundamentais. Só no pós guerra, devido as violações de direitos humanos, surge o Direito Internacional dos Direitos Humanos¹, a partir disso o direito interno e o internacional atuam pela proteção e garantia dos direitos humanos e fundamentais.

A Constituição Federal promulgada em 1988, trouxe uma inovação ao prever no artigo 5º, parágrafo 2º a proteção dos direitos previstos no tratados internacionais ratificados pelo Brasil. Sendo assim, passa a ser necessário o exame de compatibilidade entre as leis internas e os tratados de direitos humanos, mais benéficos, internalizados pelo país, tal procedimento é denominado de controle de convencionalidade.

O objetivo de estudo da presente monografia foi a aplicação do Controle de Convencionalidade das leis no Brasil tendo como ponto de partida a discussão acerca do Direito à Liberdade Expressão e a convencionalidade do Crime de Desacato.

A ideia do presente estudo surgiu da palestra proferida pelo Juiz e Professor Marcelo Semer, em aula de abertura do Curso Popular de Formação de Defensoras e Defensores Públicos², ao comentar a tese que começava a ser defendida pelas Defensorias acerca da incompatibilidade do crime de desacato com os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil, mais precisamente a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, também conhecida como Pacto de San José da Costa Rica.

¹ PIOVESAN, F. O DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS E A REDEFINIÇÃO DA CIDADANIA NO BRASIL. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/revistaspge/revista2/artigo3.htm>>. Acessado em 10 de março de 2017.

² Direito Penal - Aula 1 - Princípios - Marcelo Semer + Abertura do Curso - 08/08/16. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=qVkk229Wdrw>>. Acessado em 10 de agosto de 2016.

No Capítulo I foi abordado o Controle De Convencionalidade e a Hierarquia Dos Tratados Internacionais de Direito Humanos no Ordenamento Jurídico Brasileiro, em seguida o Sistema Americano de Direitos Humanos, o papel da Comissão e da Corte Interamericana.

O Capítulo II, teve como ponto de partida o estudo do Direito à Liberdade de Expressão e do Crime de Desacato, em seguida aborda-se o Crime de Desacato no Sistema Interamericano de Direitos Humanos, o Controle de Convencionalidade tendo como foco o crime de Desacato, finalizando com a análise de alguns julgados sobre o tema, com a intenção de verificar a aplicação do controle de convencionalidade pelos juízes brasileiros, e os argumentos usados para sua não aplicação.

Na Conclusão apresentamos o cenário atual acerca do controle de convencionalidade do crime de desacato no Brasil.

CAPÍTULO I – CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE E A HIERARQUIA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITO HUMANOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.

1.1– Controle de Convencionalidade

1.1.1 Conceito:

Entende-se por controle de convencionalidade o exame da compatibilidade entre leis e os tratados internacionais de direitos humanos internalizados pelo país.

Inicialmente o tema foi tratado de forma sistemática no Brasil por Valério de Oliveira Mazzuoli em sua Monografia “O Controle Jurisdicional da Convencionalidade das leis”.

Falar em controle da convencionalidade significa falar em compatibilidade vertical material das normas do direito interno com as convenções internacionais de direitos humanos em vigor no país. Significa também, falar especialmente em técnica judicial (tanto internacional como interna) de compatibilização vertical das leis com tais preceitos internacionais.³

1.1.2 Terminologia adotada:

Como exposto por Sarlet⁴,

A terminologia adotada e difundida no Brasil por Valério Mazzuoli (em adesão à tradição francesa) busca evidenciar a distinção entre o controle de constitucionalidade, pois independentemente de sua hierarquia constitucional, trata-se de afirmar que os tratados (aqui referidos pelo termo convenções) operam como parâmetro para o controle de outros atos normativos que lhes são — ou não — hierarquicamente inferiores.

³ MAZUOLLI, 2016, p.31

⁴ SARLET, I. W. Controle de convencionalidade dos tratados internacionais. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-abr-10/direitos-fundamentais-controlado-convencionalidade-tratados-internacionais>>. Acessado em 20 de outubro de 2016.

André de Carvalho Ramos esclarece que na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 são usados vários termos para designar tratados internacionais e que os mesmos são equivalentes, um dos termos utilizados é Convenções.

A Constituição brasileira possui alguns dispositivos que mencionam tratados, utilizando uma terminologia variada: tratados internacionais (arts. 5º, §§ 2º e 3º; 49, I; 84, VIII; 109, V e § 5º), convenção internacional (arts. 5º, § 3º; 84, VIII; 109, V), atos internacionais (arts. 49, I; 84, VIII), acordos internacionais (arts. 49, I; 178; e 52, X, do Ato das Disposições Transitórias) e até mesmo “compromissos internacionais” (art. 143, X).

Apesar dos esforços doutrinários em diferenciar essas categorias, a Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados cristalizou a prática dos Estados em considerar esses termos acima mencionados na Constituição como sinônimos, como se vê no seu art. 2º, 1, a (Art. 2º, 1, a: (...) “tratado significa um acordo internacional concluído por escrito entre Estados e regido pelo Direito Internacional, quer conste de um instrumento único, quer de dois ou mais instrumentos conexos, qualquer que seja sua denominação específica”).⁵

Assim, Valério Mazzuoli⁶, propõe "uma teoria de controle jurisdicional da convencionalidade das leis no Brasil, demonstrando a técnica pela qual se invalidam normas internas menos benéficas à luz das disposições dos tratados internacionais de direitos humanos ratificados e em vigor no Estado."

Para o citado autor a expressão convencionalidade “reflete um neologismo talvez pouco elegante, nas é a melhor já encontrada até o momento para designar a conformidade de uma norma interna com um tratado internacional de direitos humanos”.⁷

1.1.3 Origem no Ordenamento Jurídico Brasileiro.

⁵ RAMOS, 2014, p. 359-360

⁶ MAZZOLI, 2016, p.31

⁷ MAZZUOLI, 2016, p. 125

Para a doutrina a Constituição de 1988 trouxe a previsão em seu artigo 5º, parágrafo 2º da chamada cláusula de abertura material dos direitos fundamentais ao mencionar que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.⁸

Ingo Wolfgang Sarlet⁹ em referência ao artigo 5º, §2º da CF 1988, salienta "Corretamente batizado de uma cláusula inclusiva, que repudia a ideia de uma exaustividade (ou taxatividade) do catálogo constitucional de direitos, o referido dispositivo constitucional segue desafiando doutrina e jurisprudência, especialmente quanto a sua real abrangência e significado."

É fato notório que o processo constituinte de 1987/1988 que deu origem a Constituição Federal promulgada em 1988 teve ampla participação popular motivada pela busca da redemocratização do Brasil. Chamada de a Constituição Cidadã, ampliou os direitos e garantias fundamentais.

Piovesan salienta a importância da redação do parágrafo 2º do artigo 5º ao incluir “dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”

A Carta de 1988 consagra de forma inédita, ao fim da extensa Declaração de Direitos por ela prevista, que os direitos e garantias expressos na Constituição “não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte” (art. 5º, § 2º).

Note-se que a Constituição de 1967, no art. 153, § 36, previa: “A especificação dos direitos e garantias expressos nesta Constituição não exclui outros direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios que ela adota”. A Carta

⁸ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>.

⁹ SARLET, I W. Uma Constituição aberta a outros Direitos Fundamentais? Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2015-mar-13/direitos-fundamentais-constituicao-aberta-outros-direitos-fundamentais>> Acessado em 10 de abril de 2017.

de 1988 inova, assim, ao incluir entre os direitos constitucionalmente protegidos os direitos enunciados nos tratados internacionais de que o Brasil seja signatário.¹⁰

Lopes, chama o parágrafo 2º do artigo 5º de cláusula de abertura material dos direitos humanos.

Por meio do § 2º do artigo 5º, a Carta Magna estabeleceu a chamada cláusula de abertura material dos direitos fundamentais, o que significa dizer que não só os direitos expressos em seu Título II têm caráter de direitos fundamentais, mas também aqueles implícitos e os decorrentes de tratados internacionais. Referida cláusula institui que o rol de direitos fundamentais não se resume somente aos direitos assim considerados na Constituição, mas também aqueles sopesados com relevância constitucional, embora não encartados em seu texto positivado.¹¹

Sendo assim, para parte majoritária da doutrina, a partir da promulgação da Constituição de 1988 os tratados internacionais de direitos humanos passam a ter status constitucional, em consequência se faz necessário realizar o controle de convencionalidade, ou seja, avaliar a compatibilidade das leis do ordenamento interno com os tratados de direitos humanos mais benéficos internalizados pelo Brasil.

Ao efetuar a incorporação, a Carta atribui aos direitos internacionais uma natureza especial e diferenciada, qual seja, a natureza de norma constitucional. Os direitos enunciados nos tratados de direitos humanos de que o Brasil é parte integram, portanto, o elenco dos direitos constitucionalmente consagrados. Essa conclusão advém ainda de interpretação sistemática e teleológica do texto, especialmente em face da força expansiva dos valores da dignidade humana e dos direitos fundamentais, como parâmetros axiológicos a orientar a compreensão do fenômeno constitucional.¹²

Ao analisar a evolução jurisprudencial do Controle de Convencionalidade no sistema interamericano, Valério Mazzuoli ressalta que só em 2006 a Corte Interamericana passa a defender a obrigatoriedade do controle ser exercido internamente.

¹⁰ PIOVESAN, 2013, p.112

¹¹ LOPES, Sara Morgana Silva Carvalho. A extensão da cláusula de abertura material dos direitos fundamentais . Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10207. Acessado em 20 de fevereiro de 2017

¹² PIOVESAN, 2013, p. 113

Ademais, foi tão somente a partir de 2006 que a Corte Interamericana passou a entender ser obrigação dos juízes e tribunais internos proceder ao exame da compatibilidade das leis domésticas com a Convenção Americana, levando em conta tão somente a Convenção, senão também a interpretação que dela faz a Corte Interamericana, interprete última e mais autorizada do Pacto de San José. Assim, a partir daquele momento (2006), a Corte Interamericana transportou a obrigatoriedade de controle de convencionalidade dessas mesmas leis, de forma prioritária, para o Poder Judiciário dos Estados-partes (o que não havia feito expressamente até então). Tempos depois (no Caso Gelman Vs. Uruguai, de 2011) a mesma Corte ampliou a obrigatoriedade do exercício desse controle para todos os órgãos do Estado, para além, apenas do Judiciário (v. infra).¹³

Sendo assim é obrigação do Estado que tenha ratificado o tratado internacional de direitos humanos exercer o controle de convencionalidade, ou seja, analisar a compatibilidade de suas normas internas com o tratado internacional de direitos humanos se for mais benéfico.

1.1.4 Modelos de Controle de Convencionalidade.

Importante salientar que há dois modelos de controle de convencionalidade, o internacional, aplicado pelas cortes internacionais, e o interno, aplicado por juízes e tribunais do Estado.

(...)Que os tribunais regionais de direitos humanos exercem o controle de convencionalidade não se tem dúvidas, eis que este é exatamente o seu papel. Porém, por decisão desses próprios tribunais regionais (v.g., da Corte Interamericana de Direitos Humanos) devem também (e em primeiro lugar) os juízes internos controlar essa mesma convencionalidade, fiscalizando a compatibilidade das normas domésticas (todas elas) como os mandamentos convencionais de direitos humanos (mais benéficos) de que o Estado é parte. Nesse sentido, não há dúvidas caber ao jurista pátrio investigar como há de se desenvolver a mecânica desse controle no plano do nosso direito interno.¹⁴

Ainda, segundo observa Mazzuoli, o modelo internacional de convencionalidade "(levado a efeito, de modo coadjuvante ou complementar, pelas cortes internacionais) e um

¹³ MAZUOLLI, 2016, p.45

¹⁴ MAZUOLLI, 2016, p.31

interno (manejado especialmente, mas não exclusivamente, pelos juízes e tribunais nacionais em primeiro plano)”.¹⁵

Como exposto por Ramos, também podemos encontrar a nomenclatura controle de convencionalidade matriz internacional para o controle exercido pelas cortes internacionais e controle de convencionalidade matriz nacional o efetuado pelos juízes do estado parte.

O controle de convencionalidade de matriz internacional é, em geral, atribuído a órgãos internacionais compostos por julgadores independentes, criados por tratados internacionais, para evitar que os próprios Estados sejam, ao mesmo tempo, fiscais e fiscalizados, criando a indesejável figura do *judex in causa sua*. Na seara dos direitos humanos, exercitam o controle de convencionalidade internacional os tribunais internacionais de direitos humanos (Corte Europeia, Interamericana e Africana), os comitês onusianos, entre outros.

Há ainda o controle de convencionalidade de matriz nacional, que vem a ser o exame de compatibilidade do ordenamento interno diante das normas internacionais incorporadas, realizado pelos próprios juízes internos. Esse controle nacional foi consagrado na França em 1975 (decisão sobre a lei de interrupção voluntária da gravidez), quando o Conselho Constitucional, tendo em vista o art. 55 da Constituição francesa sobre o estatuto supralegal dos tratados, decidiu que não lhe cabia a análise da compatibilidade de lei com tratado internacional. Essa missão deve ser efetuada pelos juízos ordinários, sob o controle da Corte de Cassação e do Conselho de Estado.¹⁶

1.1.5 Evolução Jurisprudencial da aplicação do controle de convencionalidade.

Como salientado por Luiz Guilherme Arcaro Conci, o termo controle de convencionalidade foi utilizado pela primeira vez em 2003 numa decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos, no caso *Myma Mack Chang v. Guatemala*.

“27. Para los efectos de la Convención Americana y del ejercicio de la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana, el Estado viene a cuentas en forma integral, como un todo. En este orden, la responsabilidad es global, atañe al Estado en su conjunto y no puede quedar sujeta a la división de atribuciones que señale el Derecho interno. No es posible seccionar internacionalmente al Estado, obligar ante la Corte sólo a uno o algunos de sus órganos, entregar a éstos la representación del Estado en el juicio –sin que esa representación repercuta sobre el

¹⁵ MAZUOLLI, 2016, p.31

¹⁶ RAMOS, 2014, p.386

Estado en su conjunto– y sustraer a otros de este régimen convencional de responsabilidad, dejando sus actuaciones fuera del “control de convencionalidad” que trae consigo la jurisdicción de la Corte internacional.”¹⁷

Mas só a partir de 2006 a Corte Interamericana de Direitos Humanos no julgamento do caso “Almond Arellano” de 26 de setembro de 2006 declarou a obrigatoriedade do Poder Judiciário de realizar o Controle de Convencionalidade das Leis.

124.A Corte tem consciência de que os juízes e tribunais internos estão sujeitos ao império da lei e, por isso, são obrigados a aplicar as disposições vigentes no ordenamento jurídico. Mas quando um Estado ratifica um tratado internacional como a Convenção Americana, seus juízes, como parte do aparato estatal, também estão submetidos a ela, o que os obriga a velar para que os efeitos das disposições da Convenção não se vejam diminuídos pela aplicação de leis contrárias a seu objeto e a seu fim e que, desde o início, carecem de efeitos jurídicos. Em outras palavras, o Poder Judiciário deve exercer uma espécie de “controle de convencionalidade” entre as normas jurídicas internas aplicadas a casos concretos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Nesta tarefa, o Poder Judiciário deve levar em conta não apenas o tratado, mas também a interpretação que a Corte Interamericana, intérprete última da Convenção Americana, fez do mesmo.¹⁸

Além de ser obrigação do estado parte a aplicação do controle de convencionalidade, ou seja a compatibilização entre as normas jurídicas internas e os tratados de direitos humanos mais benéficos, ao fazer tal exame deve-se atentar também para a interpretação dada ao tratado pela Corte competente.

Via de consequência, compete ao Poder Judiciário (STF, incluso) exercer uma espécie de controle difuso de convencionalidade entre as normas jurídicas internas aplicáveis aos casos concretos e a Convenção Americana, de modo que seja levado em conta não apenas o texto do Pacto, mas, conjuntamente, a sua

¹⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala Sentencia de 25 de noviembre de 2003 *Apud* CONCI, L. G. A. O controle de convencionalidade como parte do constitucionalismo transnacional fundado na pessoa humana, in: Revista de Processo, vol. 232, Jun. 2014. Disponível em <https://www.researchgate.net/publication/295705167_O_CONTROLE_DE_CONVENCIONALIDADE_COM_O_PARTE_DE_UM_CONSTITUCIONALISMO_TRANSNACIONAL_FUNDADO_NA_PESSOA_HUMAN_A> Acessado em 25 de abril de 2017.

¹⁸ Corte Interamericana de Direitos Humanos. Caso Almonacid Arellano e outros Vs. Chile. Sentença de 26 de setembro de 2006 (*Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*), *Série C*, n.154

interpretação pela Corte IDH, a qual se posiciona na condição de intérprete último da Convenção Americana.¹⁹

Em análise da evolução jurisprudencial da Corte Interamericana, Mazzuoli salienta que após o julgamento do Caso Ammonad Arellano a corte novamente afirma o dever de aplicação interna do controle de convencionalidade pelo Estado, no julgamento do Caso dos Trabalhadores Demitidos do Congresso Vs. Peru

“Quando um Estado ratifica um tratado internacional como a Convenção Americana, seus juízes também estão submetidos a ela, o que os obriga a velar para que o feito útil da Convenção não se veja diminuído ou anulado pela aplicação de lei contrárias às suas disposições, objeto e fim. Em outras palavras, os órgãos do Poder Judiciário devem exercer não somente um controle de constitucionalidade, senão também de 'convencionalidade' ex officio entre as normas internas e a Convenção Americana, evidentemente no âmbito de suas respectivas competências e dos regulamentos processuais correspondentes. Esta função não deve se limitar exclusivamente às manifestações ou atos dos postulantes em cada caso concreto...”²⁰

Na evolução jurisprudencial da Corte Interamericana vemos, inicialmente, a demarcação da importância da aplicação interna do controle de convencionalidade pelo judiciário, em seguida, a Corte avança e amplia os órgãos que devem aplicar o controle de convencionalidade ao defender que não só é dever do judiciário, e sim, de todos os órgãos vinculados a administração da justiça.

Segundo Mazzuoli, no caso Cabrera e Montiel Flores Vs. México, sentença de 26 de novembro de 2010 a Corte Interamericana estabeleceu a doutrina sobre controle de convencionalidade.

¹⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Almonacid Arellano y otros vs. Chile: Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Apud. VIERIA, J.R. & RESENDE, R.L. Execução Provisória – Causa para a Corte Interamericana de Direitos Humanos? Disponível em: <https://jota.info/artigos/execucao-provisoria-da-pena-confirmada-pela-segunda-instancia-uma-causa-para-a-corte-interamericana-de-direitos-humanos-20022016#_ftn19>. Acessado em: 23 de março de 2017.

²⁰ Caso Trabalhadores Demitidos do Congresso (Aguado Alfaro e outros) Vs. Peru, Exceções Preliminares, Mérito, Reparação e Custas, sentença de 24.11.2006, Série C, n. 158, §128. Apud. MAZUOLLI, 2016, p. 48

Foi, porém, no Caso Cabrera García e Montiel Flores Vs. México, j. 26.11.2010, que a Corte Interamericana (por unanimidade de votos) afirmou em definitivo sua doutrina jurisprudencial sobre o controle de convencionalidade. A partir desse momento, fixa-se ainda, vez por todas, a obrigação dos juízes e tribunais nacionais em aplicar a Convenção Americana segundo a interpretação que dela faz a Corte Interamericana, atribuindo-se ao controle de convencionalidade um efeito positivo ou construtivo. É também importante lembrar que a partir deste caso a Corte Interamericana amplia os órgãos de controle da convencionalidade “aos juízes e órgãos vinculados à administração da justiça em todos os níveis.”²¹

Assim podemos perceber a evolução da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos no sentido de primeiro estabelecer que é obrigação dos órgãos do Estado, principalmente o judiciário, fazer o controle de convencionalidade das leis, procedendo as adaptações que se façam necessárias, ou seja, invalidando ou interpretando de modo conforme, das normas menos benéficas que se apresentem incompatíveis com as convenções internacionais de direitos humanos internalizadas pelo ordenamento jurídico do país,

[...]impondo que se interprete as normas internacionais protetivas segundo o que eventualmente já decidiu a Corte, bem assim de acordo com os padrões internacionais relativos à matéria em causa (v.g., matéria indígena, ambiental, trabalhista, de proteção às mulheres, das crianças, dos idosos, das pessoas com deficiência etc).²²

1.2 – Hierarquia dos Tratados de Direitos Humanos no Ordenamento Jurídico Brasileiro.

1.2.1 Hierarquia dos tratados de direitos humanos no Brasil

Para compreensão do Controle de Convencionalidade se faz necessário entendermos a dinâmica de internalização dos Tratados de Direitos Humanos, ou seja, a posição hierárquica atribuída a eles dentro do nosso ordenamento jurídico.

²¹ MAZZUOLI, 2016, p.51

²² MAZZUOLI, 2016, p.57

Segundo Flavia Piovesan, são quatro posicionamentos distintos sobre a hierarquia dos tratados de direito internacional de direitos humanos internalizados pelo Brasil.

Acrescente-se que, além da concepção que confere aos tratados de direitos humanos natureza constitucional (concepção defendida por este trabalho) e da concepção, que, ao revés, confere aos tratados status paritário ao da lei federal (posição majoritária do STF), destacam-se outras duas correntes doutrinárias. Uma delas sustenta que os tratados de direitos humanos têm hierarquia supraconstitucional, enquanto a outra corrente defende a hierarquia infraconstitucional, mas supralegal, dos tratados de direitos humanos.²³

A posição defendida pela autora, de hierarquia constitucional dos tratados de direitos humanos, coincide com o posicionamento de Valério Mazzuoli, como citado, precursor no Brasil do estudo do Controle de Convencionalidade.

Cabe ressaltar que no presente trabalho iremos nos focar nas posições que defendem a hierarquia constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos, posição majoritária na doutrina, e na posição majoritária do STF, que defende que os tratados aprovados pelo rito do artigo 5º, § 3º tem valor de Emenda Constitucional e todos os outros, valor supralegal.

Segundo análise de André de Carvalho Ramos a Constituição de 1988 foi concisa no que se refere a formação e incorporação de tratados, dando espaço para a doutrina e jurisprudência travarem um longo debate a cerca de tal hierarquia.

Por isso, a doutrina e a jurisprudência debateram, com profundidade e muitas divergências, as diferenças entre um tratado sobre um tema qualquer e um tratado de direitos humanos, com foco em duas áreas: 1) o processo legislativo e aplicação imediata dos tratados de direitos humanos; e 2) a hierarquia normativa dos tratados de direitos humanos. A situação ficou ainda mais complexa depois da Emenda Constitucional n. 45, que introduziu na Constituição de 1988 o § 3º do art. 5º, que dispõe: “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”.

²⁴

²³ PIOVESAN 2013, p.125

²⁴ RAMOS, 2014, p. 370 – 371

Segundo Ramos "parte da doutrina apoiou a tese de que os tratados de direitos humanos eram diferenciados dos demais tratados em virtude da redação dos dois parágrafos originais do art. 5º."²⁵

A Constituição Federal promulgada em 1988, prevê nos parágrafos 1º e 2º do artigo 5º:

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

[...]

§ 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

§ 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Com a previsão do parágrafo 1º do artigo 5º parte da doutrina defendia que não era necessário todo o trâmite de incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos e que aplicação dos tratados ratificados pelo Brasil fosse imediata. Tal questão foi levada ao STF que julgou que o parágrafo 1º do artigo 5º deve ser interpretado restritivamente, ou seja, só se aplica as normas de direito interno que tratem de direitos e garantias fundamentais.

Assim, para o STF, nada mudou no processo de formação e incorporação dos tratados: todos (inclusive os de direitos humanos) deveriam passar pelas quatro fases vistas acima (assinatura, decreto legislativo, ratificação e decreto presidencial) para que pudessem ter validade nacional.²⁶

²⁵ RAMOS, 2014, p. 370

²⁶ RAMOS, 2014, p. 371

Já a redação do artigo 5º parágrafo 2º levou a parte majoritária da doutrina defender que a Constituição atribuiu hierarquia constitucional aos tratados de direitos humanos ao prever que "não excluem outros decorrentes (...) dos tratados".²⁷

1.2.2 Emenda Constitucional 45 de 2004 e os Tratados Internacionais de Direitos Humanos

Em 2004 através da Emenda Constitucional 45 foram acrescentados dois parágrafos ao artigo 5º.

§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

§ 4º O Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão."²⁸

A redação dada ao parágrafo 3º foi uma tentativa de pacificar a polêmica doutrinária e jurisprudencial a cerca da hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos.²⁹

Segundo Ramos, devido ao posicionamento do STF que não diferenciava tratados internacionais de tratados internacionais de direitos humanos, “o movimento de direitos humanos buscou convencer o Congresso a aprovar emenda constitucional contendo tal reconhecimento”.³⁰

²⁷ RAMOS, 2014, p.371

²⁸ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>.

²⁹ PIOVESAN, 2013, p. 127 – 128

³⁰ RAMOS, 2014, p. 374

Com a alteração constitucional, devido a inserção do parágrafo 3º ao artigo 5º, passamos a ter duas categorias de tratados internacionais de direitos humanos internalizados pelo Brasil, os materialmente constitucionais e os material e formalmente constitucionais.

Como já explicitado no presente trabalho, parte majoritária da doutrina considera que todos os tratados de direitos humanos tem status de norma constitucional (materialmente constitucionais), devido ao previsto no parágrafo 2º do artigo 5º. Com a mudança através da Emenda Constitucional 45, que inseriu o parágrafo 3º ao artigo 5º, passou-se a considerar que os tratados internalizados pelo procedimento de quórum qualificado são material e formalmente constitucionais.

Frise-se: 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.³¹

Piovesan ressalta o posicionamento de Celso Lafer, segundo o qual, o parágrafo 3º do artigo 5º deve ser entendido como lei interpretativa com a função de pacificar a controvérsia da jurisprudência e doutrina em relação ao parágrafo 2º do artigo 5º. "De acordo com a opinião doutrinária tradicional, uma lei interpretativa nada mais faz do que declarar o que preexiste, ao clarificar a lei existente."³²

Com o advento da Emenda Constitucional 45 de 2004 o Supremo Tribunal Federal reviu seu posicionamento a cerca da hierarquia dos tratados de direitos humanos, o julgamento em 2008 do Recurso Extraordinário 466.34360 foi o marco dessa mudança.

O impacto da inovação introduzida pelo art. 5º, § 3º, e a necessidade de evolução e atualização jurisprudencial foram também realçados no Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do RE 466.34360, em 3 de dezembro de

³¹ PIOVESAN, 2013 p.137-138

³² PIOVESAN 2013, p. 128

2008, em emblemático voto proferido pelo Ministro Gilmar Ferreira Mendes, ao destacar: “(...) a reforma acabou por ressaltar o caráter especial dos tratados de direitos humanos em relação aos demais tratados de reciprocidade entre Estados pactuantes, conferindo-lhes lugar privilegiado no ordenamento jurídico. (...) a mudança constitucional ao menos acena para a insuficiência da tese da legalidade ordinária dos tratados já ratificados pelo Brasil, a qual tem sido preconizada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal desde o remoto julgamento do RE n. 80.004/SE, de relatoria do Ministro Xavier de Albuquerque (julgado em 1.6.1977; DJ 29.12.1977) e encontra respaldo em largo repertório de casos julgados após o advento da Constituição de 1988. (...) Tudo indica, portanto, que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, sem sombra de dúvidas, tem de ser revisitada criticamente. (...) Assim, a premente necessidade de se dar efetividade à proteção dos direitos humanos nos planos interno e internacional torna imperiosa uma mudança de posição quanto ao papel dos tratados internacionais sobre direitos na ordem jurídica nacional. É necessário assumir uma postura jurisdicional mais adequada às realidades emergentes em âmbitos supranacionais, voltadas primordialmente à proteção do ser humano. (...) Deixo acentuado, também, que a evolução jurisprudencial sempre foi uma marca de qualquer jurisdição constitucional. (...) Tenho certeza de que o espírito desta Corte, hoje, mais do que nunca, está preparado para essa atualização jurisprudencial”. Por fim, concluiu o Ministro pela supralegalidade dos tratados de direitos humanos.³³

Carvalho ressalta as diversas posições doutrinárias após a aprovação da Emenda Constitucional 45 de 2004.

• A redação final aprovada do dispositivo gerou ainda diversos debates, com os seguintes posicionamentos:

a) inconstitucionalidade do novo parágrafo, por ter piorado a hierarquia dos tratados de direitos humanos e, assim, violado cláusula pétrea;

b) somente alguns tratados internacionais seriam equivalentes à emenda constitucional, a saber, os que fossem aprovados pelo rito especial recém-criado;

c) o estatuto constitucional se estenderia ao menos aos tratados de direitos humanos aprovados anteriormente, graças ao instituto da recepção formal;

d) todos os tratados de direitos humanos, incorporados antes ou depois da EC 45, teriam estatuto constitucional, com base no art. 5º, § 2º, pois todos seriam materialmente constitucionais (Piovesan); as consequências do rito especial seriam apenas duas: 1) a impossibilidade de denúncia, pois tais tratados seriam material e formalmente constitucionais; e 2) a inclusão no rol de cláusulas pétreas, uma vez que não poderiam mais ser denunciados e excluídos do nosso ordenamento.³⁴

³³ PIOVESAN, 2013, p.131.

³⁴ RAMOS, 2014, p.376

Assim, pelo entendimento do Supremo Tribunal Federal passamos a ter a teoria do duplo estatuto dos tratados internacionais de direitos humanos. Os que seguem o rito do artigo 5º, parágrafo 3º tem natureza constitucional e natureza supralegal para os demais.

Em resumo, com a consagração da teoria do duplo estatuto, temos que:

i) as leis (inclusive as leis complementares) e atos normativos são válidos se forem compatíveis, simultaneamente, com a Constituição e com os tratados internacionais de direitos humanos incorporados;

ii) cabe ao Poder Judiciário realizar o chamado controle de convencionalidade nacional das leis;

iii) os tratados recepcionados pelo rito especial previsto no art. 5º, § 3º, da CF/88 passam a integrar o bloco de constitucionalidade restrito, como veremos abaixo, podendo servir de parâmetro para avaliar a constitucionalidade de uma norma infraconstitucional qualquer.³⁵

Mazzuoli, analisa as implicações do duplo estatuto dos tratados internacionais de direitos humanos.

[...] De fato, à medida que os tratados de direitos humanos ou são materialmente constitucionais (art. 5º, §2º) ou material e formalmente constitucionais (art.5º, §3º), passa a ser lícito o entendimento de que, para além do clássico “controle de constitucionalidade”, deve ainda existir (doravante) um “controle de convencionalidade” das normas domésticas, exercido por meio da compatibilização das normas de direito interno com os tratados de direitos humanos ratificados pelo governo e em vigor no Estado.³⁶

Importante destacar o posicionamento do referido autor, a cerca da mudança introduzida pelo parágrafo 3º do artigo 5º, que passa a atribuir aos tratados de direitos humanos internalizados pelo rito ali previsto equivalência de emenda constitucional, mas que a compatibilização desses tratados com normas internas não será efetuada através do controle de constitucionalidade.

³⁵ RAMOS, 2014, p. 377

³⁶ MAZZUOLI, 2016, p.125

Poderia se objetar ser propriamente controle de constitucionalidade o exercido em razão dos tratados de direitos humanos internalizados pela sistemática do art. 5º, §3º, por ostentarem equivalência de emenda constitucional. Para nós, apenas quando existe afronta à Constituição mesma é que pode haver controle de constitucionalidade propriamente dito. Ainda que os tratados de direitos humanos (material e formalmente constitucionais) sejam equivalentes às emendas constitucionais, tal não autoriza a chamar de controle “constitucionalidade” o exercício de compatibilidade vertical que se exerce em razão deles, notadamente no caso do texto constitucional permanecer incólume de qualquer violação legislativa (ou seja, no caso de a lei não violar a Constituição propriamente, mas apenas o tratado de direitos humanos em causa).³⁷

Embora o Congresso tenha atendido a reivindicação do movimento por direitos humanos, ao aprovar a inclusão do parágrafo 3º ao artigo 5º, tal mudança não teve uma acolhida positiva.

A redação final aprovada do dispositivo foi recebida, contudo, com pouco entusiasmo pelos defensores de direitos humanos, pelos seguintes motivos:

1) condicionou a hierarquia constitucional ao rito idêntico ao das emendas constitucionais, aumentando o quórum da aprovação congressional futura e estabelecendo dois turnos, tornando-a mais dificultosa;

2) sugeriu, ao usar a expressão “que forem”, a existência de dois tipos de tratados de direitos humanos no pós-Emenda: os aprovados pelo rito equivalente ao da emenda constitucional e os aprovados pelo rito comum (maioria simples);

3) nada mencionou quanto aos tratados anteriores à Emenda.³⁸

O disposto no parágrafo 3º do artigo 5º recebeu críticas pois, não resolvia o problema da divergência quanto a hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos já internalizados pelo Brasil, ao mesmo tempo que adota um procedimento para internalização mais gravoso.

Caçado Trindade, em contundente voto em separado no Caso *Damião Ximenes*, da Corte Interamericana de Direitos Humanos, criticou duramente o citado parágrafo: “(...) mal concebido, mal redigido e mal formulado, representa um lamentável retrocesso em relação ao modelo aberto consagrado pelo parágrafo 2º do artigo 5º da Constituição Federal de 1988”. Para sintetizar, Caçado Trindade o denomina “aberração jurídica” (parágrafos 30 e 31 do citado Voto em Separado).³⁹

³⁷ MAZZUOLI, 2016, p. 126

³⁸ RAMOS, 2014, p. 374

³⁹ RAMOS, 2014, p.374

Mazzuoli também criticou a redação dada ao parágrafo 3º do artigo 5º, embora tenha defendido a inclusão de mais um parágrafo ao artigo 5º, “mas não para contrariar o espírito inclusivo que o § 2º do mesmo artigo já tem.”⁴⁰

A redação do novo parágrafo do artigo 5º sugerida pelo autor e publicada inicialmente em sua obra *Direitos humanos, Constituição e os tratados internacionais* consistia na seguinte redação:

§3º. Os tratados internacionais referidos pelo parágrafo anterior, uma vez ratificados, incorporam-se automaticamente na ordem interna brasileira com hierarquia constitucional, prevalecendo, no que forem suas disposições mais benéficas ao ser humano, às normas estabelecidas por essa Constituição.⁴¹

Podemos perceber que a redação sugerida por Mazzuoli buscava pacificar discussão a cerca da hierarquia dos tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil, servindo como complemento ao parágrafo 2º do artigo 5º.

1.2.3 Hierarquia Constitucional dos tratados de direitos Humanos

O posicionamento majoritário defendido pela doutrina e adotado pelo Ministro do STF, Celso de Mello, embora minoritário na Corte, é o da hierarquia constitucional dos tratados de direitos humanos.

O Ministro Celso de Mello se posicionou favorável a hierarquia constitucional dos tratados de direitos humanos, independente do procedimento de sua aprovação no julgamento do HC 87.585 / TO em 2008, para tanto cita na fundamentação de seu voto, entre outros, a doutrina de Flávia Piovesan e Valério Mazzuoli.

⁴⁰ MAZZUOLI, 2016, p. 89

⁴¹ MAZZUOLI, 2016, p.89.

Com essa nova percepção do caráter subordinante dos tratados internacionais em matéria de direitos humanos, dar-se-á consequência e atribuir-se-á efetividade ao sistema de proteção dos direitos básicos da pessoa humana, reconhecendo-se, com essa evolução do pensamento jurisprudencial desta Suprema Corte, o indiscutível primado que devem ostentar, sobre o direito interno brasileiro, as convenções internacionais de direitos humanos, ajustando-se, desse modo, a visão deste Tribunal às concepções que hoje prevalecem, no cenário internacional - consideradas as realidades deste emergentes -, em torno da necessidade de amparo e defesa da integridade dos direitos da pessoa humana.⁴²

Ainda, como defende Piovesan⁴³, com o previsto no parágrafo 2º do artigo 5º a Constituição de 1988 recepciona os tratados de direito humanos dando aos mesmos status de norma constitucional, sendo assim, os direitos e garantias previstos neles passam a fazer parte do catálogo de direitos que são constitucionalmente insculpidos.

Vale dizer, todas as normas constitucionais são verdadeiras normas jurídicas e desempenham uma função útil no ordenamento. A nenhuma norma constitucional se pode dar interpretação que lhe retire ou diminua a razão de ser. Considerando os princípios da força normativa da Constituição e da ótima concretização da norma, à norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê, especialmente quando se trata de norma instituidora de direitos e garantias fundamentais.⁴⁴

Sendo assim, o status de hierarquia constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos é consequência da interpretação sistemática e teleológica, ou seja busca pelo propósito, objetivo ou finalidade do parágrafo 2º artigo 5º da Constituição Federal de 1988 principalmente devido a prioridade dada aos direitos fundamentais e ao princípio da dignidade da pessoa humana. "Essa opção do constituinte de 1988 se justifica em face do caráter especial dos tratados de direitos humanos e, no entender de parte da doutrina, da superioridade desses tratados no plano Internacional."⁴⁵

⁴² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HABEAS CORPUS 87.585-8 TOCANTINS. V O T O (VISTA). MINISTRO CELSO DE MELLO Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC87585VISTACM.pdf>>. Acessado em 15 de abril de 2017.

⁴³ PIOVESAN 2013, p. 117

⁴⁴ PIOVESAN, 2013, p. 117

⁴⁵ PIOVESAN, 2013, p.124

Conclui Piovesan, que sendo reconhecido o status de norma constitucional aos tratados de direitos humanos, que os direitos e garantias neles previstos passam a ser considerados cláusulas pétreas assim como os previstos na Constituição. Sendo assim, "não podem ser abolidos por meio de emenda à Constituição, nos termos do art. 60, §4º. Atente-se que as cláusulas pétreas resguardam o núcleo material da Constituição, que compõe os valores fundamentais da ordem constitucional."⁴⁶

1.2.4 Posicionamento Majoritário do STF

Como destacado por Luiz Flavio Gomes⁴⁷, o STF em julgamento realizado em 03 de dezembro de 2008 reconheceu que os tratados de direitos humanos estão hierarquicamente posicionados acima das leis, alterando a configuração da pirâmide jurídica do ordenamento brasileiro, que até então, tinha a Constituição em seu ápice e as leis abaixo.

No dia 03.12.08 foi proclamada, pelo Pleno do STF (HC 87.585-TO e RE 466.343-SP), uma das decisões mais históricas de toda sua jurisprudência. Finalmente nossa Corte Suprema reconheceu que os tratados de direitos humanos valem mais do que a lei ordinária. Duas correntes estavam em pauta: a do Min. Gilmar Mendes, que sustentava o valor supralegal desses tratados, e a do Min. Celso de Mello, que lhes conferia valor constitucional. Por cinco votos a quatro, foi vencedora (por ora) a primeira tese.⁴⁸

Com base no citado julgamento, segundo decisão da maioria dos Ministros do STF restou pacificado.

Caso algum tratado venha a ser devidamente aprovado pelas duas casas legislativas com quorum qualificado (de três quintos, em duas votações em cada casa) e ratificado pelo Presidente da República, terá ele valor de Emenda

⁴⁶ PIOVESAN, 2013, p.138

⁴⁷ GOMES, Luiz Flávio. Controle de convencionalidade: STF revolucionou nossa pirâmide jurídica. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 14, n. 2033, 24 jan. 2009. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/12241>>. Acesso em: 10de abril 2017

⁴⁸ GOMES, Luiz Flávio. Controle de convencionalidade: STF revolucionou nossa pirâmide jurídica. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 14, n. 2033, 24 jan. 2009. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/12241>>. Acesso em: 10de abril 2017

Constitucional (CF, art. 5º, § 3º, com redação dada pela EC 45/2004). Fora disso, todos os (demais) tratados de direitos humanos vigentes no Brasil contam com valor supralegal (ou seja: valem mais do que a lei e menos que a Constituição). Isso possui o significado de uma verdadeira revolução na pirâmide jurídica de Kelsen, que era composta (apenas) pelas leis ordinárias (na base) e a Constituição formal (no topo).⁴⁹

A partir do citado julgamento, o Supremo Tribunal Federal pacifica sua posição pela supra legalidade dos tratados de direitos humanos que não tiverem sido internalizados através do procedimento previsto no parágrafo 3º do artigo 5º, ou seja, “aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros.”⁵⁰

Ramos destaca trecho do voto do Ministro Gilmar Mendes no julgamento RE 466.343, sobre a prisão civil do depositário infiel, que marca a posição Majoritária do STF, pela supralegalidade dos tratados internacionais de direitos humanos, aprovados através de maioria simples e não pelo quórum qualificado, previsto no artigo 5º, parágrafo 3º da Constituição Federal.

O voto do Min. Gilmar Mendes é esclarecedor: “Desde a adesão do Brasil, sem qualquer reserva, ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), ambos no ano de 1992, não há mais base legal para prisão civil do depositário infiel, pois o caráter especial desses diplomas internacionais sobre direitos humanos lhes reserva lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna. O status normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil, dessa forma, torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de adesão. Assim ocorreu com o art. 1.287 do CC de 1916 e com o Decreto-Lei 911/1969, assim como em relação ao art. 652 do novo CC” (RE 466.343, Rel. Min. Cezar Peluso, voto do Min. Gilmar Mendes, julgamento em 3-12-2008, Plenário, DJE de 5-6-2009, com repercussão geral, grifo nosso).⁵¹

No referido julgamento, realizado em 3 de dezembro de 2008, o Supremo Tribunal Federal, por unanimidade, negou provimento ao Recurso Extraordinário n. 466.343,

⁴⁹ MAZZUOLI, 2016, p.21

⁵⁰ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal. Artigo 5º, parágrafo 3º. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acessado em 10 abril de 2017

⁵¹ RAMOS, 2014, p 377

estendendo a proibição da prisão civil por dívida à hipótese de alienação fiduciária em garantia, com fundamento na Convenção Americana de Direitos Humanos (art. 7º, § 7º).

Convergiu, ainda, o Supremo Tribunal Federal em conferir aos tratados de direitos humanos um regime especial e diferenciado, distinto do regime jurídico aplicável aos tratados tradicionais. Todavia, divergiu no que se refere especificamente à hierarquia a ser atribuída aos tratados de direitos humanos, remanescendo dividido entre a tese da supralegalidade e a tese da constitucionalidade dos tratados de direitos humanos, sendo a primeira tese a majoritária, vencidos os Ministros Celso de Mello, Cesar Peluso, Ellen Gracie e Eros Grau, que conferiam aos tratados de direitos humanos status constitucional.⁵²

Nesse histórico julgamento podemos perceber a evolução da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal quanto aos tratados internacionais de direitos humanos, uma vez que passam a ter status diverso dos tratados internacionais em geral.

A decisão proferida no Recurso Extraordinário n. 466.343 rompe com a jurisprudência anterior do Supremo Tribunal Federal que, desde 1977, por mais de três décadas, pacificava os tratados internacionais às leis ordinárias, mitigando e desconsiderando a força normativa dos tratados internacionais. Vale realçar que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal pertinente à hierarquia dos tratados de direitos humanos tem se revelado marcadamente oscilante, cabendo apontar quatro relevantes precedentes jurisprudenciais: a) o entendimento jurisprudencial até 1977, que consagrava o primado do Direito Internacional; b) a decisão do Recurso Extraordinário n. 80.004, em 1977, que equiparou juridicamente tratado e lei federal; c) a decisão do Habeas Corpus n. 72.131, em 1995, que manteve, à luz da Constituição de 1988, a teoria da paridade hierárquica entre tratado e lei federal; e, finalmente, d) a decisão do Recurso Extraordinário n. 466.343, em 2008, que conferiu aos tratados de direitos humanos uma hierarquia especial e privilegiada, com realce às teses da supralegalidade e da constitucionalidade desses tratados, sendo a primeira a majoritária.⁵³

Prosseguindo na análise da evolução jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, Ramos salienta, “De 1988 a 2008, o STF decidiu a favor da tese de que os tratados de direitos humanos teriam a mesma hierarquia dos demais tratados, considerados equivalentes à lei ordinária federal (como visto acima)”.⁵⁴

⁵² PIOVESAN, 2016, p. 133

⁵³ PIOVESAN, 2016, p.134

⁵⁴ RAMOS, 2014, p. 373

Sendo assim, até 2008 todos os tratados internacionais para o STF eram equiparados à lei ordinária federal. Não havia um tratamento diferenciado para os tratados de direitos humanos, o que gerava intensa crítica por parte da doutrina.

Assim sendo, até a edição da Emenda Constitucional n. 45/2004 havia intenso debate doutrinário sobre a posição hierárquica dos tratados internacionais de direitos humanos, especialmente em virtude do disposto no art. 5º, § 2º, da Constituição.

Tal caos sobre a hierarquia normativa dos tratados de direitos humanos pode ser resumido em quatro posições de maior repercussão:

- i) natureza supraconstitucional, em face de sua origem internacional;
- ii) natureza constitucional (forte apoio doutrinário);
- iii) natureza equiparada à lei ordinária federal (majoritária no STF, de 1988 a 2008);
- iv) natureza supralegal (acima da lei e inferior à Constituição, voto solitário do Min. Sepúlveda Pertence, no RHC 79.785/RJ).

Apesar da diversidade de posições, o posicionamento do STF até 2008 foi o seguinte: o tratado de direitos humanos possuía hierarquia equivalente à lei ordinária federal, como todos os demais tratados incorporados.⁵⁵

Sarlet também analisa o posicionamento do STF quanto ao status hierárquico dos tratados internacionais de direitos humanos. Ele retoma a evolução da jurisprudência do STF, que durante longo tempo não fazia nenhuma diferenciação entre os tratados internacionais e os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil, até o posicionamento do Ministro Sepúlveda Pertence, que foi o primeiro a defender a tese de supralegalidade dos tratados internacionais de direitos humanos.

A paridade entre tratado internacional e lei ordinária interna foi a tese adotada pelo STF durante muito tempo, praticamente por duas décadas, o que gerou acirrada crítica por parte da doutrina, especialmente pelo fato de o STF não ter feito qualquer distinção entre os diversos tipos de tratados, nem mesmo os tratados de direitos humanos, que, a despeito do disposto no art. 5º, § 2º, da CF, ou seja, da inclusão dos direitos constantes dos tratados internacionais ratificados pelo Brasil no elenco dos direitos e garantias fundamentais da Constituição, também foram submetidos à regra da paridade. No caso emblemático da prisão civil do depositário infiel, que se transformou no foco principal da controvérsia sobre o valor jurídico dos tratados a partir da promulgação da Constituição Federal, o STF chegou a sustentar, no contexto da tese de paridade entre tratado e lei, que os tratados de direitos humanos que proibiam a prisão por dívida, a não ser nos casos de dívida

⁵⁵ RAMOS, 2014, p.373

alimentar (como é o caso do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e de Convenção de São Jose da Costa Rica, ambos ratificados pelo Brasil), embora incorporados posteriormente, não poderiam prevalecer em face da legislação anterior permissiva da prisão nesses casos, visto que nessa hipótese aplicável o critério da especialidade, ou seja, a lei especial (a legislação permissiva da prisão) prevalece em face de lei geral (tratados), ainda que esta seja posterior. Em suma, o STF, que poderia, em homenagem ao especial significado do disposto no art. 5º, §2º, da CF, ter reconhecido a prevalência da lei posterior em face da anterior, sem abrir mão, portanto, da tese da paridade entre tratado de lei, preferiu atribuir aos direitos consagrados nos tratados estatura jurídica legal e ainda assim fragilizada em face da legislação interna. Por outro lado, impende frisar que a tese da paridade entre lei e tratado, mesmo nos casos de tratados de direitos humanos, foi sufragada pelo STF também com base no argumento de que, uma vez cabível recurso extraordinário de decisão que declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal (art. 102, III, b da CF) e considerando que a declaração de inconstitucionalidade pressupõe que o tratado esteja situado em plano inferior ao da Constituição Federal, a hierarquia dos tratados internacionais devia ser a de lei ordinária, ainda mais em sendo os tratados aprovados por decreto legislativo, o que levou o Ministro Sepúlveda Pertence a sugerir a adoção da tese da hierarquia supralegal, mas infraconstitucional, tal como veio a prevalecer mais tarde.⁵⁶

Após salientarmos a importância do julgamento sobre a prisão civil do depositário infiel é fundamental ressaltarmos que também foi a primeira vez que o STF efetuou o controle de convencionalidade, ou seja, verificou-se a compatibilização de uma norma interna com o previsto em um tratado de direitos humanos mais benéfico ratificado pelo Brasil.

Assim, sem que se vá aqui adentrar o tema específico da prisão civil e do acerto da decisão do STF no concernente ao tema, o que importa nesta quadra é a constatação de que se cuidou da primeira vez em que a mais alta Corte brasileira efetuou o que passou, também no Brasil, a ser chamado de um controle de convencionalidade, pelo menos no sentido de afastar a aplicação de norma interna de matriz infraconstitucional⁵⁷

1.3 O Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos e Convenção Americana De Direitos Humanos (Pacto De San José Da Costa Rica).

1.3.1 O Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos: Comissão Interamericana de Direitos Humanos e Corte Interamericana de Direitos Humanos.

⁵⁶ SARLET, 2012, p.213

⁵⁷ SARLET. I W. Controle de convencionalidade dos tratados internacionais. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2015-abr-10/direitos-fundamentais-controlado-convencionalidade-tratados-internacionais#_ftnref>. Acessado em 10 de abril de 2017.

O Sistema Interamericano de Direitos Humanos é “um dos três sistemas regionais de proteção a direitos ao lado dos sistemas europeu e africano. É o segundo sistema regional mais consolidado no mundo. O sistema interamericano é formado por uma série de documentos internacionais [...]”⁵⁸ Entre eles a Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969, também conhecida como Pacto de San Jose da Costa Rica.

Importante salientar que a consolidação do Sistema Americano se deu com o reestabelecimento da democracia nas Américas.

O sistema regional interamericano consolida-se principalmente com o ressurgimento da democracia nas Américas. Sua estrutura central é estabelecida pela Convenção Americana, adotada pela Organização dos Estados Americanos em 22/11/1969. Dos 35 Estados-membros da OEA, 25 são membros da Convenção.⁵⁹

Tal sistema é composto de dois órgãos de monitoramento, a Comissão e a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos - CIDH é um órgão principal e autônomo da Organização dos Estados Americanos (OEA) encarregado da promoção e proteção dos direitos humanos no continente americano. É integrada por sete membros independentes que atuam de forma pessoal e tem sua sede em Washington, D.C. Foi criada pela OEA em 1959 e, juntamente com a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CorteIDH), instalada em 1979, é uma instituição do Sistema Interamericano de proteção dos direitos humanos (SIDH).⁶⁰

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos poderá submeter a Corte Interamericana de Direitos Humanos uma demanda contra um Estado.

⁵⁸ Curso de Formação de Conselheiros em Direitos Humanos. Disponível em <<http://www.direito.mppr.mp.br/arquivos/File/DH3.pdf>>. Acessado em 6 de maio de 2017

⁵⁹ Curso de Formação de Conselheiros em Direitos Humanos Abril – Julho/2006. Disponível em: <<http://www.direito.mppr.mp.br/arquivos/File/DH3.pdf>>. Acessado em:

⁶⁰ O que é a CIDH? Disponível em: <<http://www.oas.org/pt/cidh/mandato/que.asp>>. Acessado em 06 de maio de 2017.

Como destacado por Ferreira e Araújo, para as partes lavarem um caso até a Corte Interamericana de Direitos Humanos deve-se esgotar os recursos internos no país de origem.

Só quem pode levar os casos até a Corte Interamericana é a Comissão Interamericana de Direitos Humanos ou o Estado. As famílias, Organizações Não Governamentais ou próprios indivíduos que tiveram os seus direitos violados só podem fazê-lo depois de esgotar as instâncias internas, após uma longa batalha nacional e internacional por acesso à justiça, tanto formal às instituições judiciais, quanto material como efetivo respeito aos seus direitos.⁶¹

Criada pelo Pacto de São José, a Corte Interamericana de Direitos Humanos tem a finalidade de julgar casos de violação dos direitos humanos ocorridos em países que integram a Organização dos Estados Americanos (OEA), que reconheçam sua competência.

A Corte IDH é composta de sete juízes, sendo presidida atualmente pelo brasileiro juiz Roberto de Figueiredo Caldas, além de juízes da Argentina, Chile, Colômbia, Costa Rica, Equador e México. Trata-se de um tribunal típico, que julga casos contenciosos entre cidadãos e países, além de supervisionar a aplicação de suas sentenças e ditar medidas cautelares.⁶²

O Brasil reconheceu a Competência Obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos através do decreto 4.463, de 8 de novembro de 2002, que prevê em seu artigo 1º:

DECRETO Nº 4.463, DE 8 DE NOVEMBRO DE 2002

Promulga a Declaração de Reconhecimento da Competência Obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos, sob reserva de reciprocidade, em consonância com o art. 62 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José), de 22 de novembro de 1969.

Art. 1º É reconhecida como obrigatória, de pleno direito e por prazo indeterminado, a competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José), de 22 de novembro de 1969, de acordo com

⁶¹ FERREIRA, S. L.; ARAUJO D. P. O Estado de Coisas Inconvencional: trazendo a Corte Interamericana de Direitos Humanos para o debate sobre o sistema prisional brasileiro. Publicum Rio de Janeiro, Número 3, 2016, p. 67-82. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/publicum> DOI: 10.12957/publicum.2016.26042> . Consultado em 17 de junho de 2017.

⁶² Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH). Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/poder-judiciario/relacoes-internacionais/corte-interamericana-de-direitos-humanos-corte-idh>>. Acessado em 6 de maio de 2017

art. 62 da citada Convenção, sob reserva de reciprocidade e para fatos posteriores a 10 de dezembro de 1998.⁶³

A Corte Interamericana de Direitos Humanos está sediada na Costa Rica, trata-se de órgão judicial autônomo, que tem como finalidade aplicar e interpretar o Pacto de São Jose da Costa Rica ou outras convenções de direitos humanos.⁶⁴

Os casos envolvendo o Brasil julgados pela Corte até 2016 foram: Damiao Ximenes Lopes; Gilson Nogueira de Carvalho; Arley José Escher y Otros; Sétimo Garibaldi; Julia Gomes Lund y Otros (Guerrilha do Araguaia)⁶⁵; Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde; Cosme Rosa Genoveva; Evandro de Oliveira e outros (Favela Nova Brasília); Pueblo Indígena Xucuru e seus membros; Pueblo Indígena Xucuru e seus membros.

1.3.2 Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto De San José Da Costa Rica).

A Convenção Americana de Direitos Humanos é considerada o instrumento mais importante no Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos.⁶⁶

Foi assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, realizada em San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969 e ratificada pelo Brasil em 1992. Sendo composta por 82 artigos, que tratam, dentre outros, de direito à vida, direito à

⁶³ BRASIL. Decreto 4.463, de 8 de novembro de 2002. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/2002/decreto-4463-8-novembro-2002-485986-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acessado em 21 de abril de 2017.

⁶⁴ O que, como, quando, onde e por que da Corte Interamericana - STF. Disponível em: <www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/corteidhportuguesfinal.docx>, Acessado em 21 de abril de 2017.

⁶⁵ Ver: SILVA, M.C. A CONDENAÇÃO DO BRASIL NO CASO GOMES LUND VS BRASIL E O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE DA LEI DE ANISTIA DO BRASIL. Revista ESDM, 2016. V2. Nº3.

⁶⁶ ROSA. P. T. R. Sistema Interamericano de Direitos Humanos Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/1634/sistema-interamericano-de-direitos-humanos>>. Acessado em: 22 de abril de 2017.

integridade pessoal, proibição de escravidão e servidão, direito à liberdade pessoal, direito a garantias judiciais liberdade pensamento e expressão.

Destaca Piovesan que cabe ao Estado-parte a obrigação de respeitar e assegurar o livre e pleno exercício desses direitos e liberdades, sem qualquer discriminação.⁶⁷

Cabe ainda ao Estado-parte adotar todas as medidas legislativas e de outra natureza que sejam necessárias para conferir efetividade aos direitos e liberdades enunciados¹. Como atenta Thomas Buergenthal: “Os Estados-partes na Convenção Americana têm a obrigação não apenas de ‘respeitar’ esses direitos garantidos na Convenção, mas também de ‘assegurar’ o seu livre e pleno exercício. Um governo tem, conseqüentemente, obrigações positivas e negativas relativamente à Convenção Americana. Enfatiza o mesmo autor: “Os Estados têm, conseqüentemente, deveres positivos e negativos, ou seja, eles têm a obrigação de não violar os direitos garantidos pela Convenção e têm o dever de adotar as medidas necessárias e razoáveis para assegurar o pleno exercício destes direitos”.⁶⁸

1.3.3 A Convenção Americana De Direitos Humanos (Pacto De San José Da Costa Rica) no Ordenamento Jurídico Brasileira.

A Convenção Americana de Direitos Humanos foi ratificada pelo Brasil através do Decreto nº 678 de 6 de novembro de 1992, sendo assim, antes da Emenda Constitucional 45 de 2004, que inseriu ao artigo 5º da Constituição Federal o parágrafo 3º, trazendo a previsão de aprovação de tratados internacionais de direitos humanos seguindo o mesmo procedimento de aprovação das emendas constitucionais, ou seja, votação em dois turnos por três quintos dos votos dos respectivos membros de cada casa. Deste modo, tal Convenção não seguiu a aprovação pelo quórum qualificado.

Como exposto no presente trabalho, para a doutrina majoritária, os tratados de direitos humanos de acordo com a previsão do parágrafo 2º do artigo 5º, tem hierárquica constitucional. Enquanto que para o STF, somente os tratados internacionais de direitos humanos aprovados seguindo o quórum qualificado, ou seja, seguindo a previsão do parágrafo

⁶⁷ PIOVESAN, 2013, p.344.

⁶⁸ PIOVEAN, 2013, p.344

3º do artigo 5º, tem status constitucional e todos os outros tratados internacionais de direitos humanos status supralegal.

No emblemático julgamento pelo Supremo Tribunal Federal a cerca da prisão do depositário infiel, HC 87.587/TO e RE 466.343/SP, foi discutido exaustivamente a questão do status dos tratados de direitos humanos internalizados pelo Brasil. No caso em questão se argumentava que o artigo 7º, n7 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, conhecida como Pacto de São Jose da Costa Rica, ratificado pelo Brasil em 1992 proíbe a prisão civil por dívida, com exceção do devedor de alimentos.

Artigo 7. Direito à liberdade pessoal

7. Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar.⁶⁹

Tendo o Brasil ratificado a citada convenção desde 1992, permitir a prisão civil por dívida contrariaria as previsões nela contidas.

O STF, no julgamento citado, sublinhou o não cabimento no Brasil de mais nenhuma hipótese de prisão civil do depositário infiel, porque foram "derrogadas" (pelo art.7º, n.7, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969) todas as leis ordinárias em sentido contrário ao tratado internacional.

(...) Se a lei (de baixo) entrar em conflito (isto é: se for antagônica) com qualquer norma de valor superior (Constituição ou Tratados) ela não vale (e não conta com eficácia prática). A norma superior irradia uma espécie de "eficácia paralisante" da norma inferior (como diria o Min. Gilmar Mendes).⁷⁰

Como demonstrado, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, Pacto de São Jose da Costa Rica, foi ratificada pelo Brasil em 1992, antes da inserção do parágrafo 3º ao artigo 5º. Tal convenção foi internalizada pelo procedimento de maioria simples, sendo assim de acordo com a interpretação jurisprudencial do STF goza de status supralegal. Enquanto que

⁶⁹ CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (1969) (PACTO DE SAN JOSÉ DA COSTA RICA), ratificada pelo Brasil em 25.09.1992

⁷⁰ MAZZUOLI, 2016, p.22.

para parte majoritária da doutrina, devido a interpretação dada ao parágrafo 2º do artigo 5º, o status da convenção é de norma constitucional.

Capítulo II – DIREITO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO, CRIME DE DESACATO E O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE.

2.1 – Direito à Liberdade de Expressão, como Direito Humano e Direito Fundamental.

A liberdade de expressão garante ao ser humano o direito de expressar suas opiniões, incluindo suas convicções políticas e ideológicas, mesmo que controvertidas, garante ainda que se expresse criticamente, sobre qualquer assunto ou pessoa.⁷¹

A Constituição de 1988, em seu Título II Dos Direitos e Garantias Fundamentais, no Capítulo I Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos, artigo 5º, inciso VI prevê.

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

IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

V – é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

IX – é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença.⁷²

A Convenção Americana De Direitos Humanos (1969) (Pacto De San José Da Costa Rica) ratificada pelo Brasil em 25.09.1992, no artigo 13 prevê :

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.

⁷¹ ARTIGO 19. DEFESA DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO: Teses Jurídicas para a descriminalização do desacato. Disponível em: <<http://artigo19.org/wp-content/blogs.dir/24/files/2017/04/Defesa-da-Liberdade-de-Express%C3%A3o-teses-jur%C3%ADdicas-para-a-descriminaliza%C3%A7%C3%A3o-do-desacato-ARTIGO-19.pdf>>. Acessado em

⁷² BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>.

2. O exercício do direito previsto no inciso precedente não pode estar sujeito a censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente fixadas pela lei e ser necessárias para assegurar:

a. o respeito aos direitos ou à reputação das demais pessoas; ou

b. a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas.

3. Não se pode restringir o direito de expressão por vias ou meios indiretos, tais como o abuso de controles oficiais ou particulares de papel de imprensa, de frequências radioelétricas ou de equipamentos e aparelhos usados na difusão de informação, nem por quaisquer outros meios destinados a obstar a comunicação e a circulação de ideias e opiniões.

4. A lei pode submeter os espetáculos públicos a censura prévia, com o objetivo exclusivo de regular o acesso a eles, para proteção moral da infância e da adolescência, sem prejuízo do disposto no inciso 2.

5. A lei deve proibir toda propaganda a favor da guerra, bem como toda apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitação à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência.⁷³

Percebemos na doutrina, interessante debate a cerca da natureza das expressões Direitos Humanos ou Direitos Fundamentais. Como ressaltado por Ingo Wolfgang Sarlet.

"Em que pese sejam ambos os termos ('direitos humanos' e 'direitos fundamentais') comumente utilizados como sinônimos, a explicação corriqueira e, diga-se de passagem, procedente para a distinção é de que o termo 'direitos fundamentais' se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão 'direitos humanos' guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional)."⁷⁴

Podemos perceber que os direitos fundamentais, como já entendido aqueles consagrados nas na Constituição de determinado estado "[...] e dotados de um particular regime jurídico que é constitutivo da própria fundamentalidade, podem ter (e em muitos casos

⁷³ CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (1969) (PACTO DE SAN JOSÉ DA COSTA RICA), ratificada pelo Brasil em 25.09.1992

⁷⁴ SARLET, 2006. p. 36

o têm) uma amplitude muito maior que a do universo dos direitos humanos, seja qual for o critério justificador de tal noção."⁷⁵

Sarlet também salienta que em muitas Constituições há uma coincidência entre a condição de direitos humanos e direitos fundamentais.

Mas é claro que em muitos casos (em número menor ou maior, a depender da ordem constitucional) a condição de direito humano e de direito fundamental de certo modo é coincidente, designadamente onde as constituições consagram os direitos reconhecidos e protegidos no plano do direito internacional dos direitos humanos ou mesmo já positivaram o elenco (também mutável) daqueles direitos aos quais se atribui a condição de exigências morais de caráter universal e fundadas na dignidade humana. É o que ocorre com as liberdades fundamentais, a igualdade, a propriedade (com ou sem função social), os direitos de personalidade, mas também com o direito à vida.⁷⁶

Importante ressaltar que um direito fundamental não é meramente direito constitucional, mas está submetido a um regime especial devido a sua fundamentalidade.

Por isso, calha repetir: um direito fundamental é sempre um direito de matriz constitucional (sendo ou não também um direito humano) mas não se trata de um mero direito constitucional. Numa outra formulação: entre um direito fundamental e outra simples norma constitucional (a despeito da terem em comum a hierarquia superior da constituição e o fato de serem todas parâmetro para o controle de constitucionalidade) situa-se um conjunto, maior ou menor, de princípios e regras que asseguram aos direitos fundamentais um status, representado por um regime jurídico, diferenciado.⁷⁷

Para prosseguirmos no desenvolvimento desta monografia é importante salientar que “Os direitos humanos consistem em um conjunto de direitos considerados indispensável para

⁷⁵ SARLET, I. W. Pena de morte na Indonésia e FGTS no Brasil — a distinção necessária. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2015-fev-13/direitos-fundamentais-pena-morte-indonesia-fgts-brasil-distincao-necessaria>> Acessado em 10/04/2017.

⁷⁶ SARLET, I. W. Pena de morte na Indonésia e FGTS no Brasil — a distinção necessária. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2015-fev-13/direitos-fundamentais-pena-morte-indonesia-fgts-brasil-distincao-necessaria>> Acessado em 10/04/2017.

⁷⁷ SARLET, I.W. O conceito de direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2015-fev-27/direitos-fundamentais-conceito-direitos-fundamentais-constituicao-federal-1988>> Acessado em 15 de abril de 2017.

uma vida humana pautada na liberdade, igualdade e dignidade. Os direitos humanos são os direitos essenciais e indispensáveis à vida digna.”⁷⁸

Como salienta Silva,

[...] quando da ocorrência desta correlação entre os direitos humanos e os direitos fundamentais, emerge então o que Flávia Piovesan chama de Direito Constitucional Internacional, subentendendo-se aquele ramo do direito no qual se verifica a fusão e a interação entre o Direito Constitucional e o Direito Internacional. Esta interação assume um caráter especial quando estes dois campos do direito buscam resguardar um mesmo valor.⁷⁹

Os direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988 estão no “Título II - Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, artigos 5º ao 17, mas não se limitam a estes dispositivos, podendo ser encontrados em vários outros artigos por toda a Constituição. Como exemplo a proteção ao meio ambiente, artigo 225, e tantos outros.

Evoluindo na discussão a cerca dos direitos humanos e direitos fundamentais doutrinadores já passam a utilizar a expressão direitos humanos fundamentais.

Essa “união de termos” mostra que a diferenciação entre “direitos humanos, representando os direitos reconhecidos pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos, e os “direitos fundamentais”, representando os direitos positivados nas Constituições e leis internas, perde a importância, ainda mais na ocorrência de um processo de aproximação e mútua relação entre o Direito Internacional e o Direito interno na temática dos direitos humanos.⁸⁰

Como dito, o direito à Liberdade de Expressão está positivado em nossa Constituição no artigo 5º, inciso VI e também na Convenção Americana de Direitos Humanos, artigo 13, a qual o Brasil é signatário, a doutrina majoritária defende o status constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos internalizados pelo Brasil, enquanto que a posição

78 RAMOS, 2014, p. 26

79 SILVA, C. M. C da. O STF e a Hierarquia entre Direitos Humanos e Direitos Fundamentais da Constituição Brasileira de 1988. Revista Brasileira de Direito Constitucional aplicado. Vol3. Nº1. Jan/Jun de 2016.

80 RAMOS, 2014, p.52.

pacificada pelo Supremo Tribunal Federal, os tratados que não foram internalizados pelo quórum de emenda constitucional (Artigo 5º, parágrafo 3º CF 1988) status supralegal.

A LIBERDADE DE EXPRESSÃO é um direito humano historicamente consagrado, cuja proteção é garantida tanto pelo ordenamento jurídico doméstico, quanto por uma série de documentos internacionais sobre direitos humanos. Dentre eles, a Declaração Internacional dos Direitos Humanos e a Convenção Americana de Direitos Humanos são enfáticas ao assegurar o exercício deste direito a todos os indivíduos e por quaisquer meios. A Comissão Interamericana de Direitos Humanos considera a liberdade de expressão, além disso, “o alicerce de qualquer sociedade democrática”.⁸¹

A Declaração de Princípios sobre Liberdade de Expressão, aprovada pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos em seu 108º período ordinário de sessões, celebrado de 16 a 27 de outubro de 2000, ressalta em seu preâmbulo

"RECORDANDO que a liberdade de expressão é um direito fundamental reconhecido na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, na Declaração Universal de Direitos Humanos, na Resolução 59(I) da Assembleia Geral das Nações Unidas, na Resolução 104 adotada pela Conferência Geral da Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO), no Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos e em outros instrumentos internacionais e constituições nacionais;"⁸²

Sendo o direito à liberdade de expressão essencial para o desenvolvimento e proteção dos direitos humanos, sua garantia é fundamental para dignidade humana, tendo papel fundamental no Estado Democrático de Direito.

Assim como a liberdade de expressão e manifestação do pensamento encontra um dos seus principais fundamentos (e objetivos) na dignidade da pessoa humana, naquilo em que diz respeito à autonomia e ao livre desenvolvimento da personalidade do indivíduo, essa liberdade também guarda relação, numa dimensão

81 ARTIGO 19. Defesa da Liberdade de Expressão: Teses Jurídicas para a descriminalização do desacato. Disponível em: <<http://artigo19.org/centro/wp-content/uploads/2017/04/Defesa-da-Liberdade-de-Express%C3%A3o-teses-jur%C3%ADdicas-para-a-descriminaliza%C3%A7%C3%A3o-do-desacato-ARTIGO-19.pdf>>. Acessado em 10 de maio de 2017.

82 DECLARAÇÃO DE PRINCÍPIOS SOBRE LIBERDADE DE EXPRESSÃO. Acessado em: <<https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/s.Convencao.Libertade.de.Expressao.htm>>, Acessado em 15 de maio de 2017.

social e política, com as condições e a garantia da democracia e do pluralismo político, assegurando uma espécie de livre mercado das ideias e assumindo, neste sentido, a qualidade de um direito político com dimensão nitidamente transindividual, pois a liberdade de expressão e os seus respectivos limites operam essencialmente na esfera das relações de comunicação e da vida social. Assim, embora não seja o caso aqui de aprofundar a questão, importa sublinhar que a relação entre democracia e liberdade de expressão é de um recíproco condicionamento e assume um caráter complementar, dialético e dinâmico, porque, como regra, a democracia significa mais liberdade de expressão e vice-versa (mais liberdade de expressão indica mais democracia), não se desconsiderando, de outro lado, que certo uso da liberdade de expressão pode acarretar riscos para a democracia e que o exercício desta eventualmente produz danos à liberdade de expressão⁸³.

Com a retomada da democracia, promulgação da Constituição de 1988 houve avanços, mas ainda hoje, em pleno século XXI no Brasil, há inúmeras violações ao direito à liberdade de expressão. Temos normas em nosso ordenamento jurídico que garantem essas violações, como o caso do crime de desacato⁸⁴. Sua permanência no ordenamento jurídico brasileiro está em conflito com a Convenção Americana sobre Direitos Humanos do qual o Brasil.

2.2 - Crime de desacato

O Código Penal, Decreto-Lei nº 2848, de 7 de dezembro de 1940, recepcionado pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, prevê o crime de desacato no Artigo 331 do Código Penal, no Título XI, Capítulo II - Crimes praticados por particulares contra a administração pública.

Desacato

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

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

Como leciona Rogério Greco funcionário público é

83 ARTIGO 19. Defesa da Liberdade de Expressão: Teses Jurídicas para a descriminalização do desacato. Disponível em: <<http://artigo19.org/centro/wp-content/uploads/2017/04/Defesa-da-Liberdade-de-Express%C3%A3o-teses-jur%C3%ADdicas-para-a-descriminaliza%C3%A7%C3%A3o-do-desacato-ARTIGO-19.pdf>>. Acessado em 10 de maio de 2017.

84 ARTIGO 19. Op. Cit.

“(...) todo funcionário, não importando o cargo que ocupe, desde aquele que exerce as funções mais simplórias, até o ocupante do mais alto escalão, é um representante da Administração Pública, atuando de forma delegada, em nome e benefício dela. Na verdade, atuando em nome da Administração Pública, o funcionário exerce suas funções em benefício de todos, pois que a sua finalidade última é a busca do bem comum”.⁸⁵

No Código Penal Militar, Decreto Lei nº 1.001 de 21 de Outubro de 1969, temos a previsão do crime de desacato a militar previsto no artigo 299, Título VII – Dos Crimes contra a administração militar. Capítulo I Do desacato e da desobediência.

Desacato a militar

Art. 299. Desacatar militar no exercício de função de natureza militar ou em razão dela:

Pena - detenção, de seis meses a dois anos, se o fato não constitui outro crime.

Ainda hoje é comum vermos placas afixadas em repartições públicas com a previsão do artigo 331 e a pena cominada ao crime de desacato, servindo de alerta ao cidadão que a sua conduta em resposta ao atendimento público prestado poderá ser criminalizada. Salienta o defensor público federal, Pedro Coelho,

O crime de desacato (artigo 331) encontra-se plasmado na ordem jurídica nacional desde a origem do Código Penal Brasileiro de 1940, revelando-se como um resquício de um triste período de arbitrariedades jurídicas no país. Tendo um de seus matizes ideológicos a limitação e restrição da liberdade de expressão, o crime de desacato passou a ser questionado em alguns Tribunais Internacionais, uma vez que sua aplicação denotaria claramente uma preponderância ao controle individual dos cidadãos pelo Estado (Penal), em detrimento a um dos valores mais caros às democracias: a própria liberdade! A justificativa da proteção à atuação do funcionário público (sobretudo com a tutela criminal) não pode ser fator limitador da liberdade de expressão do povo, responsável muitas vezes pelo controle social das instituições estatais.⁸⁶

Há intensa discussão doutrinária e jurisprudencial se o crime só pode ser praticado por particular ou se funcionário público também poderá ser incriminado por tal conduta. Segundo

85 GRECO, 2006, p. 545.

86 COELHO, P. Inconvencionalidade do Crime de Desacato. Disponível em: <<https://blog.ebeji.com.br/inconvencionalidade-do-crime-de-desacato/>> Acessado em 22 de maio de 2017

posição majoritária o crime de desacato pode ser praticado por particular ou funcionário público, ou seja, o funcionário público também pode figurar como sujeito ativo de crime de desacato.

O delito de desacato consiste em desacatar funcionário público no exercício de suas funções ou em razão dela, com punição pena de detenção de seis meses a dois anos, ou multa, sendo infração de menor potencial ofensivo é de competência do JECRIM. Resumidamente, desacatar funcionário público consiste em humilhação, menosprezo, ofender o servidor no exercício da função em razão dela.

Como exposto por Sankiewicz, a conduta tipificada como crime de desacato atinge a dignidade Administração pública, do funcionário público e o seu prestígio funcional.

A doutrina brasileira tradicional tipifica o crime de desacato como o ato de desrespeitar, ofender ou menoscarar funcionário público no exercício da função ou em razão dela. Segundo a doutrina, tal conduta pode manifestar-se por palavras, gritos, gestos, escritos ou vias de fato quando presente o funcionário público. O crime atingiria não apenas a dignidade do servidor, mas também o prestígio funcional e da própria Administração Pública.⁸⁷

O tipo penal desacato foi criado para resguardar o funcionário público no desenvolvimento de suas funções, segundo Rogério Greco.

O funcionário público, muitas vezes, em nome da Administração Pública, pode vir a praticar condutas que, embora realizadas no interesse de todos, podem desagradar a alguns. Outras vezes, pelo simples fato de representar a Administração Pública, e alvo de pessoas que atuam com atitudes de menosprezo, desrespeito para com as funções por ele exercidas. Por essas e outras razões, foi criado o delito de desacato, tipificado no art. 331 do Código Penal, que tem por finalidade tutelar o normal funcionamento do Estado, protegendo, especialmente, o prestígio que deve revestir o exercício da função pública.⁸⁸

87 SANKIEWICZ, A. Crime de desacato conforme previsto no Código Penal é inconstitucional. Disponível em < <http://www.conjur.com.br/2016-out-06/alexandre-sankiewicz-crime-desacato-inconstitucional>>. Acessado em: 10 de maio de 2017.

88 GRECO, R 2012, p. 509.

Em junho de 2016 três casos de jovens que criticaram a Polícia Militar pelas redes sociais e foram detidos por desacato ganharam repercussão através da mídia.⁸⁹ Contrariando a posição defendida por Rogério Greco, pois segundo ele é necessário que a ofensa tenha sido proferida na presença do ofendido.⁹⁰

Parte da doutrina brasileira defende a revogação do crime de desacato na reforma do Código Penal e que a ofensa a servidor público seja tipificada como injúria, crime contra a honra.

O caráter autoritário do crime de desacato é percebido ao analisar o contexto em que se registra a maior aplicação. É muito comum o registro de incriminação por tal conduta em manifestações sociais, em conflitos em favela "(...) contextos tradicionalmente marcados pela violência e o arbítrio das autoridades públicas em que a detenção por desacato se mostra como instrumento de silenciamento daqueles que ousam se opor ou denunciar uma ação irregular de agentes estatais".⁹¹

Como salienta Calhau, no direito penal as condutas incriminadoras devem estar bem definidas, não podendo deixar grande margem a interpretações.

Em suma, vê-se que o tipo penal de desacato numa ótica garantista é por demais aberto, permitindo a existência de um espaço discricionário muito grande para a decisão do Poder Judiciário (e também previamente da Polícia e do Ministério Público), e violando de forma reflexa o princípio da legalidade do Direito Penal que exige certeza e clareza na sua decisão.⁹²

89 MATUOKA, I. Lei de desacato, afronta à liberdade de expressão. Disponível em : <<https://www.cartacapital.com.br/sociedade/201clei-de-desacato-e-afronta-a-liberdade-de-expressao>>. Acessado em 22 de maio de 2017.

90 GRECO, 2006, p. 546

91 ARTIGO 19. Defesa da Liberdade de Expressão: Teses Jurídicas para a descriminalização do desacato. Disponível em: <<http://artigo19.org/centro/wp-content/uploads/2017/04/Defesa-da-Liberdade-de-Express%C3%A3o-teses-jur%C3%ADdicas-para-a-descriminaliza%C3%A7%C3%A3o-do-desacato-ARTIGO-19.pdf>>. Acessado em 10 de maio de 2017.

92 CALHAU, 2004, p. 31

Sendo assim, “A criminalização do desacato não pode ser um cheque em branco dado ao Poder Legislativo, dando-lhe poderes quase ilimitados para se caracterizar o delito de desacato, devendo se resumir as condutas necessárias, respeitando-se o princípio do Direito Penal como ultima ratio”⁹³

Ainda, como salienta Calhau é de fundamental importância o papel do cidadão como fiscal da administração pública, sendo essencial para isso a liberdade de expressão.

Da liberdade de expressão e difusão dos pensamentos, ideias e opiniões nasce consequentemente o direito à crítica política e administrativa, entendida como direito a ser exercido pelos cidadãos como função fiscalizadora da obra dos organismos de governo [...] Nesse contexto, a criminalização do desacato deve ocorrer em um ponto de equilíbrio, de forma que preserve os interesses da Administração Pública (e consequentemente da honra dos seus funcionários), mas que, ao mesmo tempo, não coíba da forma indevida e excessiva a liberdade de expressão (e o consequente direito fiscalizatório da crítica aos atos de Estado) dos cidadãos.⁹⁴

Por todo o exposto podemos perceber que “No crime de desacato, a liberdade de expressão é restringida de maneira ilegítima em nome da proteção da reputação de figuras públicas que assumiram cargos de função pública”.⁹⁵

Ainda segundo levantamento da ONG ARTIGO 19⁹⁶ “No Brasil, acusações de desacato são muito comuns, especialmente em contextos nos quais a polícia age de forma reconhecidamente desproporcional, como protestos e em suas atuações em favelas e regiões periféricas”.⁹⁷

93 CALHAU, 2004, p. 25

94 CALHAU, 2004, p. 24.

95 ARTIGO 19. Op. cit. p. 19

96 A **ARTIGO 19** é uma organização não-governamental de direitos humanos nascida em 1987, em Londres, com a missão de defender e promover o direito à liberdade de expressão e de acesso à informação em todo o mundo. Seu nome tem origem no 19º artigo da Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU.

97 ARTIGO 19. Op. cit. p. 20

2.3 - O Crime de desacato no Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

Como falado no Capítulo I (1.3), o Sistema Interamericano de Direitos Humanos é composto pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos e pela Corte Americana de Direitos Humanos.

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos – CIDH, a qual cabe a competência de interpretar a Convenção Americana de Direitos Humanos, em análise da compatibilidade do crime de desacato divulgou relatório, publicado em 1995, reconhecendo que as leis de desacato são incompatíveis com o artigo 13 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

5.A CIDH concluiu que tais leis não são compatíveis com a Convenção porque se prestavam ao abuso como um meio para silenciar ideias e opiniões impopulares, reprimindo, desse modo, o debate que é crítico para o efetivo funcionamento das instituições democráticas. A CIDH declarou, igualmente, que as leis de desacato proporcionam um maior nível de proteção aos funcionários públicos do que aos cidadãos privados, em direta contravenção com o princípio fundamental de um sistema democrático, que sujeita o governo a controle popular para impedir e controlar o abuso de seus poderes coercitivos. Em consequência, os cidadãos têm o direito de criticar e examinar as ações e atitudes dos funcionários públicos no que se refere à função pública. Ademais, as leis de desacato dissuadem as críticas, pelo temor das pessoas às ações judiciais ou sanções fiduciárias. Inclusive aquelas leis que contemplam o direito de provar a veracidade das declarações efetuadas, restringem indevidamente a livre expressão porque não contemplam o fato de que muitas críticas se baseiam em opiniões, e, portanto, não podem ser provadas. As leis sobre desacato não podem ser justificadas dizendo que seu propósito é defender a “ordem pública” (um propósito permissível para a regulamentação da expressão em virtude do artigo 13), já que isso contraria o princípio de que uma democracia, que funciona adequadamente, constitui a maior garantia da ordem pública. Existem outros meios menos restritivos, além das leis de desacato, mediante os quais o governo pode defender sua reputação frente a ataques infundados, como a réplica através dos meios de comunicação ou impetrando ações cíveis por difamação ou injúria. Por todas estas razões, a CIDH concluiu que as leis de desacato são incompatíveis com a Convenção, e instou os Estados que as derrogassem.⁹⁸

No ano de 2000 foi aprovada pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos a Declaração de Princípios sobre a Liberdade de Expressão, com objetivo de definir qual a

98 Informe Anual respecto a la situación de la libertad de expresión en el continente en 2016. 6. CAPÍTULO V - LEIS DE DESACATO E DIFAMAÇÃO CRIMINAL. Disponível em <<http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=533&IID=4>>. Acessado em 20 de março de 2017.

abrangência da garantia da liberdade de expressão conforme prevista no art. 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos. "E, dentre os princípios consagrados na declaração, estabeleceu-se, em seu item "11", que "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"⁹⁹

No dia 26/04/2013, a Defensoria Pública da União encaminhou representação à Comissão Interamericana com a notícia de que o Brasil não cumpriu a determinação de retirar o crime de desacato da legislação e, ainda, requereu a revisão de todas as condenações e a respectiva indenização aos condenados. Também a Defensoria Pública do Estado de São Paulo representou o país perante a Comissão pelos mesmos argumentos.¹⁰⁰

Como destaca Martinelli,

É fundamental que o desacato desapareça do ordenamento jurídico. O crime é um instrumento de arbitrariedade, que supostamente fundamentaria prisões em flagrante de quem desagrade um servidor público. Não há parâmetros que delimitem o alcance da incriminação, assim, qualquer coisa pode ser desacato. Enquanto não há revogação legal, cabe ao Poder Judiciário deixar de aplicar o art. 331 do Código Penal, pois este afronta um dos mais importantes tratados internacionais reconhecidos pelo Brasil. A ofensa ao servidor é um problema exclusivamente dele, da mesma forma que sempre foi para os demais cidadãos.¹⁰¹

Importante salientar, que a Comissão Interamericana de Direitos Humanos ao se posicionar contrária a aplicação do crime de desacato não é contrária a punição penal de condutas excessivas no que tange ao direito a liberdade de expressão.

99 Informe Anual respecto a la situación de la libertad de expresión en el continente en 2016. 6. CAPÍTULO V - LEIS DE DESACATO E DIFAMAÇÃO CRIMINAL. Disponível em <<http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=533&IID=4>>. Acessado em 20 de março de 2017.

100 MARTINELLI, J.P. O desacato e a falta de respeito à Democracia. Disponível em <<http://justificando.cartacapital.com.br/2014/12/14/o-desacato-e-falta-de-respeito-democracia/>>. Acessado em 15 de março de 2017.

¹⁰¹ MARTINELLI, J. P. O. O desacato e a falta de respeito à Democracia. Disponível em: <<https://jpmartinelli.jusbrasil.com.br/artigos/162478405/o-desacato-e-a-falta-de-respeito-a-democracia>>. Acessado em 1 de maio de 2017.

[...] apesar da posição da Comissão Interamericana de Direitos Humanos ser contrária à criminalização do desacato, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, órgão que efetivamente julga os casos envolvendo indivíduos e estados, já deixou claro em mais de um julgamento que o Direito Penal pode punir as condutas que representem excessos no exercício da liberdade de expressão.

Assim, o Poder Judiciário brasileiro deve continuar a repudiar reações arbitrárias eventualmente adotadas por agentes públicos, punindo pelo crime de abuso de autoridade quem, no exercício de sua função, reagir de modo autoritário a críticas e opiniões que não constituam excesso intolerável do direito de livre manifestação do pensamento.¹⁰²

2.4 - Controle de Convencionalidade do Crime de Desacato no Brasil.

Abordaremos a seguir algumas decisões em que foi julgada a aplicação do crime de desacato.

Como tratado no Capítulo I (1.1) entende-se por controle de convencionalidade o exame da compatibilidade entre leis e os tratados internacionais de direitos humanos internalizados pelo país.

Importante salientar, como discutido no Capítulo II (2.3) o Pacto de San Jose da Costa Rica em seu artigo 13, prevê a Liberdade de pensamento e expressão. Segundo relatório apresentado em 1995 pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos as leis de desacatos são incompatíveis com a previsão do artigo 13 do Pacto.

Como destacado na Declaração de Princípios sobre Liberdade de Expressão aprovada pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos em 2000, no item 11 prevê que o crime de desacato atenta contra a liberdade de expressão e informação, ou seja, punir quem se expressa de forma considerada ofensiva (sem excessos) contra funcionário público afronta a liberdade expressão e o direito a informação.

102 Desacatar funcionário público continua a ser crime, decide 3ª Seção do STJ. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2017-mai-29/desacatar-funcionario-publico-continua-decide-stj>>. Acessado em 30 de maio de 2017.

Passamos a seguir com base em alguns julgados a analisar se o Brasil tem se cumprido as recomendações da Comissão Interamericana de Direitos Humanos quanto ao controle de convencionalidade do crime de desacato.

2.4.1 - Tribunal de Justiça

2.4.1.1 - Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina

Como proferido em decisão de 17 de março de 2015, o Juiz Alexandre Morais da Rosa do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, Comarca da Capital, nos autos do processo número 0067370-64.2012.8.24.0023, julgou improcedente a denúncia com base no artigo 331 do Código penal e absolveu o réu, aplicando o controle convencionalidade reconheceu o conflito entre o citado artigo do Código Penal e a Convenção Americana de Direitos Humanos.

Cabe ainda frisar que, no exercício de tal controle, deve o julgador tomar como parâmetro superior do juízo de compatibilidade vertical não só a Constituição da República (no que diz respeito, propriamente, ao controle de constitucionalidade difuso), mas também os diversos diplomas internacionais, notadamente no campo dos Direitos Humanos, subscritos pelo Brasil, os quais, por força do que dispõe o art. 5º, §§ 2º e 3º, da Constituição da República, moldam o conceito de “bloco de constitucionalidade” (parâmetro superior para o denominado controle de convencionalidade das disposições infraconstitucionais).¹⁰³

Como salienta o magistrado em sua sentença para aplicação do Direito Penal é de fundamental importância o princípio da interferência mínima.

Em que pese reconhecer-se a inexistência, a priori, de caráter vinculante na interpretação do tratado operada pela referida instituição internacional, filio-me ao entendimento apresentado, considerando, antes de tudo, os princípios da fragmentariedade e da interferência mínima, os quais impõem que as condutas de que deve dar conta o Direito Penal são essencialmente aquelas que violam bens jurídicos fundamentais, que não possam ser adequadamente protegidos por outro ramo do Direito. Nesse prisma, tenho que a manifestação pública de desprezo proferida por particular, perante agente no exercício da atividade Administrativa, por mais infundada ou indecorosa que seja, certamente não se consubstancia em ato cuja lesividade seja da alçada da tutela penal. Trata-se de previsão jurídica nitidamente

103 BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina . Ação Penal nº 0067370-64.2012.8.24.0023, Comarca da Capital, 4ª Vara Criminal Câmara, Florianópolis, SC, 17 de março de 2015. Disponível em: <<https://esaj.tjsc.jus.br/cpopg/open.do>>. Acesso em: 15 de abril de 2017.

autoritária – principalmente em se considerando que, em um primeiro momento, caberá à própria autoridade ofendida (ou pretensamente ofendida) definir o limiar entre a crítica responsável e respeitosa ao exercício atividade administrativa e a crítica que ofende à dignidade da função pública, a qual deve ser criminalizada. A experiência bem demonstra que, na dúvida quanto ao teor da manifestação (ou mesmo na certeza quanto à sua lidimidade), a tendência é de que se conclua que o particular esteja desrespeitando o agente público – e ninguém olvida que esta situação, reiterada no cotidiano social, representa infração à garantia constitucional da liberdade de expressão.¹⁰⁴

2.4.1.2 - Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

Em decisão de 5 de julho de 2016, nos autos do Processo nº 0013156-07.2015.8.19.0008, o Juiz Ariosto Carvalho da Comarca de Belford Roxo do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro reconheceu a inconstitucionalidade e a inconveniência do tipo penal previsto no art. 331 do Código Penal e rejeitou a denúncia, com fulcro nos arts. 1º., II, III e V, e respectivo parágrafo único, 5º., IV, V e IX, e 220, todos da Constituição da República, 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados e 395, III, do CPP, ressaltando como motivação a ‘Declaração de Princípios sobre Liberdade de Expressão’ aprovada pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos em outubro do ano 2000.

Segundo o juiz,

Como corolário natural da democracia, a Constituição, avessa ao arbítrio e abusos como aqueles ocorridos em épocas sombrias da história do Brasil e da humanidade, dedicou um título inteiro aos ‘direitos e garantias fundamentais’ (Título II), cujo primeiro capítulo é destinado aos ‘direitos e deveres individuais e coletivos’ (art. 5º.), que embora extensamente relacionados, o foram de maneira meramente exemplificativa (numerus apertus), gozando esses direitos fundamentais de aplicação imediata (art. 5º., §1º.) e de especial proteção, posto que erigidos ao status de cláusulas pétreas, não podendo ser suprimidos sequer por emenda constitucional (art. 60, §4º., IV). Dentre tais direitos fundamentais está o da livre manifestação do pensamento, expresso reiteradamente em inúmeras passagens da Constituição e de tratados dos quais o Brasil é signatário. Segundo o art. 5º. da Constituição da República, ‘é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato’ (inc. IV) e ‘assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem’ (inc. V). Conforme dispõe o inciso IX desse preceptivo, ‘é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença’. Igualmente na esteira da intransigência com a limitação da liberdade de expressão, o

104 BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Ação Penal nº 0067370-64.2012.8.24.0023, Comarca da Capital, 4ª Vara Criminal Câmara, Florianópolis, SC, 17 de março de 2015. Disponível em: <<https://esaj.tjsc.jus.br/cpogp/open.do>>. Acesso em: 15 de abril de 2017.

art. 220 da Magna Carta estatui que ‘a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição’. No cenário internacional, o Brasil aderiu à Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), que, em seu art. 13, intitulado ‘Liberdade de Pensamento e de Expressão’, item 1, estabelece que ‘toda pessoa tem o direito à liberdade de pensamento e de expressão.’¹⁰⁵

O magistrado ressalta que esse direito garante a liberdade de receber informações, difundir ideias de qualquer natureza sem ser censurado. O Brasil ao aderir a Convenção Americana de Direitos Humanos se submete a ação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Sendo assim, deve fazer o controle do ordenamento jurídico interno em relação a Convenção.

Lembrando da Declaração de Princípios sobre a Liberdade de Expressão, o juiz enfatiza que “1. A liberdade de expressão, em todas as suas formas e manifestações, é um direito fundamental e inalienável, inerente a todas as pessoas. É, ademais, um requisito indispensável para a própria existência de uma sociedade democrática.”¹⁰⁶

Ele retoma o histórico Caso Olmedo Bustos e Outros vs. Chile (‘A Última Tentação de Cristo’), em que a (...) Corte Interamericana de Direitos Humanos, responsabilizando o Estado do Chile (contrariando inclusive o julgamento da Suprema Corte desse país) por violação aos direitos à liberdade de expressão e informação, considerou comprovada a ocorrência de censura prévia a proibir a exibição do filme.¹⁰⁷

Logo, é possível concluir que não é somente a censura expressamente imposta que viola o direito à liberdade de expressão; determinadas práticas e posturas do Estado (como a manutenção do crime de desacato no atual Código Penal brasileiro) também o fazem mediante um efeito resfriador da liberdade individual em comento’. Por ter a Comissão Interamericana de Direitos Humanos constatado a

105 BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Termo Circunstanciado nº 001315607.2015.8.19.0008, Comarca de Belford Roxo, 1º Je Criminal Violência Dom. e Fam. mulher, RJ, 5 de julho de 2016. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/web/guest/consultas>>. Acesso em: 15 de abril de 2017.

106 BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Termo Circunstanciado nº 001315607.2015.8.19.0008, Comarca de Belford Roxo, 1º Je Criminal Violência Dom. e Fam. mulher, RJ, 5 de julho de 2016. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/web/guest/consultas>>. Acesso em: 15 de abril de 2017.

107 BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Termo Circunstanciado nº 001315607.2015.8.19.0008, Comarca de Belford Roxo, 1º Je Criminal Violência Dom. e Fam. mulher, RJ, 5 de julho de 2016. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/web/guest/consultas>>. Acesso em: 15 de abril de 2017.

inconveniência do crime de desacato (que, em verdade, por restringir a liberdade de expressão, também é inconstitucional), a Defensoria Pública da União e a Defensoria Pública do Estado de São Paulo denunciaram o Estado brasileiro à Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Assim, o Brasil, em breve, terá que expurgar formalmente o art. 331 do CP de seu ordenamento jurídico. Se não o fizer consensualmente, ficará sujeito à jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que poderá lhe aplicar sanções por descumprimento da Convenção Americana de Direitos Humanos. A esse respeito, deve ser registrado, outrossim, que, além da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, a Corte Interamericana de Direitos Humanos também já se manifestou sobre o tema, censurando a previsão do crime de desacato na legislação penal dos países. No julgamento do caso *Palamara Iribarne vs. Chile*, a Corte, dentre outras deliberações, ressaltou a ‘dupla dimensão’ do direito de liberdade de pensamento e de expressão, que ostenta um caráter individual e um caráter social que se relacionam simbioticamente entre si, e ‘fez constar que a criminalização do desacato é incompatível com o art. 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), na medida em que proporciona um maior nível de proteção aos funcionários públicos do que aos cidadãos civis e, no caso do Sr. Palamara, a legislação que lhe foi aplicada estabeleceu sanções desproporcionais tão somente por realizar críticas sobre o trabalho das instituições estatais e seus membros, ‘suprimindo o debate essencial para o funcionamento de um sistema verdadeiramente democrático e restringindo desnecessariamente o direito à liberdade de pensamento e de expressão’’. Ao final, a Corte, dentre outras cominações, determinou que o Chile tornasse ‘sem efeito’ as condenações criminais sofridas por Palamara em decorrência dos fatos sob discussão. Evidentemente, o Estado brasileiro, que aderiu à Convenção Americana de Direitos Humanos, está sujeito ao seu sistema de Justiça Internacional e deve observar a Convenção Americana de Direitos Humanos, assim como as deliberações da Comissão e da Corte Interamericanas de Direitos Humanos. Nessa esteira, a interpretação e aplicação da legislação pátria pelo Estado-Juiz deve passar não apenas por controle de constitucionalidade, mas também por controle de convencionalidade, sendo imperioso, como visto, o reconhecimento da inconveniência e inconstitucionalidade do tipo penal em comento (art. 331 do CP), sob pena de violação ao direito fundamental e inalienável das pessoas à liberdade de expressão, que constitui fundamentos axiológico e ontológico da própria democracia. Por corolário, a denúncia deve ser rejeitada, com base nos preceptivos constitucionais, convencionais e legais citados.

2.4.1.3 Tribunal de Justiça do Distrito Federal

Em recente decisão a 3ª Turma Recursal do Tribunal de Justiça do Distrito Federal decidiu pela limitação do direito de liberdade de expressão e manteve a condenação por crime de desacato, tal decisão foi proferida após o julgamento da 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça (RESP nº 1.640084 -SP, julgado em 15 de dezembro de 2016, que será abordado em seguida) que decidiu pela descriminalização do desacato.

No caso em questão o acusado foi condenado por desrespeitar policiais militares no exercício de suas funções.

LIMITAÇÃO DO DIREITO DE LIBERDADE DE EXPRESSÃO - CRIME DE DESACATO

O direito de liberdade de expressão não autoriza o desprestígio aos agentes públicos no exercício de suas funções. O réu foi condenado pela prática do crime de desacato (art. 331, Código Penal), por ter se dirigido a policiais militares, no exercício das respectivas funções públicas, com expressões de cunho desrespeitoso e de desprestígio à função pública. Segundo o Relator, a tese recursal da defesa de que o crime de desacato não teria sido recepcionado pela vigente ordem constitucional não é cabível, uma vez que não se pode presumir a incompatibilidade do correspondente dispositivo de lei com a Constituição Federal. O Magistrado enfatizou, ainda, que a existência de decisão isolada de uma das turmas do egrégio STJ, que afasta a criminalização do desacato, não representa a jurisprudência pacífica da Corte, tampouco é suficiente para a retirada da figura típica do ordenamento jurídico brasileiro. Assim, a Turma Recursal manteve a condenação, por entender que o direito de liberdade de expressão, previsto no art. 5º, IX, da Constituição Federal, não autoriza o menosprezo à função pública e a prática de crimes.

Acórdão n. 992761, 20140111564954APJ, Relator Juiz EDUARDO HENRIQUE ROSAS, 3ª Turma Recursal, Data de Julgamento: 7/2/2017, Publicado no DJe: 10/2/2017.¹⁰⁸

2.4.2 – Superior Tribunal Militar

O Superior Tribunal Militar em recentes decisões em julgamentos realizados em 2017 reafirmou que o desacato é crime.

Em julgamento realizado em 2 de fevereiro de 2017, reafirmou que o crime de desacato continua em vigor nos casos praticados contra militar em exercício de função.

No referido caso, um ex-militar proferiu a frase; "Não estou falando com você, palhaço". A frase foi proferida durante um desentendimento entre o ex-militar e um sargento do Batalhão da Guarda Presidencial, em Brasília, levando a condenação do réu por crime de desacato, com pena de 6 meses de detenção. A defesa inconformada com a condenação interpôs recurso de apelação.

108 TJDF. Informativo de Jurisprudência. Limitação do Direito de Liberdade de Expressão – Crime de desacato. Disponível em: <<http://www.tjdft.jus.br/institucional/jurisprudencia/informativos/2017/informativo-de-jurisprudencia-n-343/limitacao-do-direito-de-liberdade-de-expressao-crime-de-desacato>>. Acessado em 10 de março de 2017.

Embora a defesa tenha se valido da decisão da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ), que considerou que o crime de desacato previsto no artigo 331 do Código Penal (comum), viola a liberdade de expressão, e seria incompatível com a Convenção de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), o ministro relator no Superior Tribunal Militar, Artur Vidigal de Oliveira, ressaltou que a conduta imputada ao acusado vai de encontro aos princípios da hierarquia e disciplina, pilares das Forças Armadas.¹⁰⁹

A defesa alegou que não houve dolo, que no caso foi uma ofensa de ordem pessoal e não contra a instituição, o réu e a suposta vítima tinham trabalhado juntas, que a divergência entre eles era antiga.

Segundo o entendimento do Ministro relator, seguido pelos demais Ministros

“Quando chamou um militar de ‘palhaço’ em pleno exercício de suas atividades, ele não ofendeu apenas àquele sargento, menosprezou todo o Exército que estava ali”,

(...)

“A hierarquia e a disciplina regem o direito militar.”

(...)

“E uma vez quebrada essa hierarquia, há um prejuízo concreto. Ao chamar de palhaço um ex-colega, o civil cometeu desacato. Isto porque, por ter sido do Exército, sabia das consequências de uma atitude como a que teve”, disse o magistrado.¹¹⁰

O Superior Tribunal Militar já se pronunciou a cerca do controle de convencionalidade do crime de desacato.

No STM, a compatibilidade do crime de desacato com a Convenção Americana de Direitos Humanos foi objeto de análise em outra ocasião. Em julgado do próprio ministro Vidigal de Oliveira, a questão foi tratada à luz do direito militar.

“A liberdade de expressão deve sempre ser protegida e incentivada, mas desde que não ultrapasse as raias da legalidade e constitua atentado à honra, à moral

109 STM. Crime militar de desacato continua em vigor, decide Plenário do Superior Tribunal Militar. Disponível em: <<https://www.stm.jus.br/informacao/agencia-de-noticias/item/6934-crime-militar-de-desacato-esta-emvigor-decide-stm>>. Acessado em 15 de março de 2017.

110 STM. Crime militar de desacato continua em vigor, decide Plenário do Superior Tribunal Militar. Disponível em: <<https://www.stm.jus.br/informacao/agencia-de-noticias/item/6934-crime-militar-de-desacato-esta-emvigor-decide-stm>>. Acessado em 15 de março de 2017.

ou à autoridade alheias”, escreveu o magistrado, ao revisar caso em que a Defensoria Pública da União alegava que decisão da Corte castrense sobre desacato violava a Convenção.¹¹¹

Em outro julgado recente, em que um civil foi condenado por desacato contra tropas do Exército, em Operações de Garantia da Lei da Ordem (GLO) no Complexo da Maré, na cidade do Rio de Janeiro.

Durante a aproximação da patrulha, três suspeitos dispersaram, ficando naquele local somente o réu, que já iniciava sua retirada. Além de não ter acatado a ordem para parar, o homem fez gestos obscenos para a tropa. Por fim, segundo a promotoria, ele fez alusão ao símbolo representativo da facção criminosa do “terceiro comando”.

Após os gestos contra a tropa, o acusado saiu, mas foi cercado pelos militares e preso em flagrante. O Ministério Público Militar (MPM) denunciou o civil pelo crime de desacato, previsto no artigo 299 do Código Penal Militar (CPM).¹¹²

A defesa recorreu, alegando que não houve dolo, pediu a absolvição e não sendo este o entendimento da Corte a substituição de pena restritiva de liberdade por pena restritiva de direitos.

O plenário por unanimidade acatou o voto do relator pela manutenção da condenação, segundo o entendimento "É inadmissível o desrespeito à legítima ação das Forças Armadas quando atuam em Operações de Garantia da Lei e da Ordem; o Estado Democrático de Direito assim o exige."¹¹³

111 STM. Crime militar de desacato continua em vigor, decide Plenário do Superior Tribunal Militar. Disponível em: <<https://www.stm.jus.br/informacao/agencia-de-noticias/item/6934-crime-militar-de-desacato-esta-emvigor-decide-stm>>. Acessado em 15 de março de 2017.

112 STM mantém condenação de civil por desacatar tropas do Exército em operação na Maré Disponível em: <<https://www.stm.jus.br/informacao/agencia-de-noticias/item/6941-stm-mantem-condenacao-de-civil-por-desacatar-tropas-do-exercito-em-operacao-no-complexo-da-mare>>. Acessado em 15 de março de 2017

113 Ibidem

2.4.3– Superior Tribunal de Justiça

2.4.2.1 - 5ª TURMA

Em decisão da 5ª Turma do STJ, no Recurso Especial nº 1.640084 -SP, relatoria do Ministro Ribeiro Dantas, recorrente Alex Carlos Gomes, representado pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo, descriminalizou o desacato.

O caso trata de, um homem que havia sido condenado a cinco anos e cinco meses de reclusão por roubar uma garrafa de bebida avaliada em R\$ 9,00, por desacatar os policiais que o prenderam e por resistir à prisão.¹¹⁴

Tal decisão, tomada na sessão do dia 15 de dezembro, acompanhou parecer do Ministério Público Federal.

A manifestação do MPF foi apresentada no Agravo em Recurso Especial (AREsp) 850.170/SP, porém, a Corte Superior decidiu julgar o agravo como Recurso Especial para permitir a sustentação oral das partes. Nesse sentido, o processo foi alterado para REsp nº 1640084/SP.

O ministro relator do recurso, Ribeiro Dantas, confirmou os argumentos apresentados pelo Ministério Público Federal (MPF) de que os funcionários públicos estão mais sujeitos ao escrutínio da sociedade, e que as “leis de desacato” existentes em países como o Brasil atentam contra a liberdade de expressão e o direito à informação.¹¹⁵

De acordo com a decisão do STJ, o Brasil tipificando o crime de desacato está indo na contramão dos documentos internacionais de Direitos Humanos, pois, trata o particular de maneira muito mais rigorosa que o particular, por ser um crime específico para o cidadão, superprotegendo o servidor público.

Para 5ª turma do STJ punir o desacato é tratar de maneiras desiguais situações que deveriam ser tratadas de forma idêntica. Pois se um particular quando é ofendido deve se valer dos crimes contra a honra para poder conseguir alguma consequência jurídica e o

114 Quinta turma descriminaliza desacato a autoridade. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunicação/noticias/Notícias/Quinta-Turma-descriminaliza-desacato-a-autoridade>. Acessado em 25 de abril de 2017.

115 STJ segue entendimento do MPF e decide que desacato não é crime. Disponível em <<http://www.mpf.mp.br/pgr/noticias-pgr/stj-segue-entendimento-do-mpf-e-decide-que-desacato-nao-e-crime>>. Acessado em 20 de março de 2017.

servidor público tem o desacato, o estado está agindo em sua defesa. O Superior Tribunal de Justiça enxerga dois degraus injustificados, tratando situações iguais de maneira desigual.

Após a decisão da 5ª Turma do STJ pela descriminalização do desacato, vários juristas foram críticos ao posicionamento. Um dos que se posicionou contrariamente a decisão foi o professor e membro do Ministério Público de São Paulo, Rogério Sanches.¹¹⁶ Para ele o STJ partiu de premissa equivocada. Em primeiro lugar o desacato não é o crime praticado por particular, o funcionário público também pode cometer desacato. Segundo lugar, nem toda ofensa contra funcionário público é desacato pois, para ser desacato tem que ser no exercício da função, em razão dela e na presença do servidor público, vendo ou ouvindo a ofensa se não é crime contra a honra. Punimos o desacato porque existe um bem imediato que é o prestígio da administração pública. Ao descriminalizar o desacato você deixa de tutelar imediatamente o prestígio da administração pública. Eu coloco como bem jurídico imediato a honra do servidor.

Prossegue Sanches, o que antes configurava desacato passa a configurar crime contra a honra do servidor. Vai se tutelar de forma imediata a honra do servidor e de forma mediata a administração pública.

O crime de desacato, como previsto no Código Penal, é crime de ação penal pública incondicionada. Se descriminalizado, o desacato ao servidor público passa a ser crime contra a honra do servidor público sendo crime de ação penal pública condicionada ou ação penal privada. Como previsto na Sumula 714 do STF.

SUMULA 714/STF

É concorrente a legitimidade do ofendido, mediante queixa, e do ministério público, condicionada à representação do ofendido, para a ação penal por crime contra a honra de servidor público em razão do exercício de suas funções.

O ministro relator do RESP no STJ, Ribeiro Dantas destacou em seu voto que a decisão pela descriminalização do crime de desacato "(...) não invade o controle de

116 SANCHES, R. Descriminalização do desacato. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=WD5YvO3wb-Q>. Acessado em 11 de março de 2016.

constitucionalidade reservado ao STF, já que se trata de adequação de norma legal brasileira a um tratado internacional, o que pode ser feito na análise de um recurso especial, a exemplo do que ocorreu no julgamento da Quinta Turma”.¹¹⁷

O controle de convencionalidade não se confunde com o controle de constitucionalidade, uma vez que a posição supralegal do tratado de direitos humanos é bastante para superar a lei ou ato normativo interno que lhe for contrária, abrindo ensejo a recurso especial, como, aliás, já fez esta corte superior ao entender pela inconveniência da prisão civil do depositário infiel”, explicou Ribeiro Dantas.

O ministro lembrou que o objetivo das leis de desacato é dar uma proteção maior aos agentes públicos frente à crítica, em comparação com os demais, algo contrário aos princípios democráticos e igualitários que regem o país.

“A criminalização do desacato está na contramão do humanismo, porque ressalta a preponderância do Estado – personificado em seus agentes – sobre o indivíduo”, destacou o ministro.¹¹⁸

Prevalendo a tese da 5ª Turma do STJ, não teremos mais o crime de desacato, mas poderemos ter crime contra a honra do servidor público, crime perseguido mediante ação penal de iniciativa privada ou pública condicionada a representação segundo entendimento do STF, súmula 714. Sendo assim, o bem jurídico protegido passa a ser a honra do servidor e só indiretamente a administração pública.

Observe-se, por fim, que o afastamento da tipificação criminal do desacato não impede a responsabilidade ulterior, civil ou até mesmo de outra figura típica penal (calúnia, injúria, difamação, etc), pela ocorrência de abuso na expressão verbal ou gestual ofensiva, utilizada perante o funcionário público.

Louvo-me, no aspecto, na argumentação expendida pelo Subprocurador-Geral da República, Doutor NÍVIO DE FREITAS SILVA FILHO, para "ressaltar que eventuais condutas que exorbitem os limites da razoabilidade podem ser suficientemente responsabilizadas por instrumentos de natureza cível e mesmo penal, aplicáveis a toda e qualquer pessoa, mostrando-se desnecessário manter um tipo

117 Quinta turma descriminaliza desacato a autoridade. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/Quinta-Turma-descriminaliza-desacato-a-autoridade>. Acessado em 15 de dezembro de 2016.

118 Quinta Turma descriminaliza desacato a autoridade. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/Quinta-Turma-descriminaliza-desacato-a-autoridade>. Acessado em 15 de dezembro de 2016.

dotado de conceitos vagos e imprecisos, que tem servido mais como meio de intimidação dos cidadãos do que para a proteção da Administração Pública."¹¹⁹

2.4.3.2 - 3ª SEÇÃO.

Caminhando para a finalização do presente trabalho tomamos conhecimento que a 3ª seção do STJ, em julgamento proferido em 24 de maio de 2017 e publicado pelos sites jurídicos em 29 de maio de 2017 decidiu:

Desacatar funcionário público no exercício da função ou em razão dela continua a ser crime, conforme previsto no art. 331 do Código Penal.

STJ. 3ª Seção. HC 379.269/MS, Rel. para acórdão Min. Antonio Saldanha Palheiro, julgado em 24/05/2017.

Segundo regimento Interno do STJ, cada Seção reúne ministros de duas Turmas especializadas. As Seções são compostas por dez ministros e as Turmas por cinco ministros cada. A 3ª Seção trata de matéria de Direito Penal, sendo composta pela 5ª e 6ª Turmas.

Art. 9º A competência das Seções e das respectivas Turmas é fixada em função da natureza da relação jurídica litigiosa.

(...)

§ 3º À Terceira Seção cabe processar e julgar os feitos relativos à matéria penal em geral, salvo os casos de competência originária da Corte Especial e os habeas corpus de competência das Turmas que compõem a Primeira e a Segunda Seção. (Redação dada pela Emenda Regimental n. 14, de 2011).

Art. 14. As Turmas remeterão os feitos de sua competência à Seção de que são integrantes: I - quando algum dos Ministros propuser revisão da jurisprudência assentada em Súmula pela Seção; II - quando convier pronunciamento da Seção, em razão da relevância da questão, e para prevenir divergência entre as Turmas da mesma Seção; III - nos incidentes de assunção de competência.¹²⁰

119BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 5ª Turma. Recurso Especial nº 1.640.084 SP (2016q0032106-0), contra Acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Brasília, DF, 15 dez. 2016. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/static_files/STJ/Midias/arquivos/Noticias/RECURSO%20ESPECIAL%20N%C2%BA%201640084.pdf>. Acesso em: 03 de março de 2017

120 Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça. Disponível em <<http://www.stj.jus.br/publicacaoinstitucional/index.php/Regimento/issue/view/1/showToc>>. Acessado em 30 de junho de 2017.

Inicialmente, cabe ressaltar como já discutido que a 5ª turma do STJ proferiu julgamento no final de 2016 pela descriminalização do desacato seguindo o posicionamento da Corte e Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

O caso julgado pela 3ª seção foi um Habeas Corpus 379269/MS, tendo como impetrante Defensoria Pública do Estado do Mato Grosso do Sul, impetrado Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul, e paciente Magno Leandro Santos Angelico. Em 6/03/2017 a 5ª turma decidiu pela "Prosseguindo no julgamento, a Turma, por unanimidade, afetou o julgamento do feito à 3ª Seção."¹²¹

Sendo assim, devido a relevância da questão a 5ª turma, Ministro Relator Reynaldo Soares da Fonseca afetou o julgamento do feito à 3ª Seção.

Em 24 de maio de 2017 foi decidido pela 3ª Seção.

Proclamação Final de Julgamento: A Terceira Seção, por maioria, não conheceu do habeas corpus, nos termos do voto do Sr. Ministro Antonio Saldanha Palheiro, que lavrará o acórdão. Vencidos os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca e Ribeiro Dantas, que não conheciam do habeas corpus e concediam a ordem de ofício para excluir da ação penal o crime de desacato e determinando o prosseguimento da ação penal, quanto aos delitos previstos nos arts. 306 do C.T.B e 330 do CP. (3001).¹²²

O acórdão do julgamento ainda não foi publicado, sendo assim, não será possível uma análise pormenorizada da decisão.

Como salientado havia uma decisão da 5ª Turma.

¹²¹BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus 379269/MS, Brasília, DF. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Processos/Consulta-Processual>. Acesso em: 03 de março de 2017

¹²² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus 379269/MS, Brasília, DF. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Processos/Consulta-Processual>. Acesso em: 03 de março de 2017.

O crime de desacato não mais subsiste em nosso ordenamento jurídico por ser incompatível com o artigo 13 do Pacto de San José da Costa Rica.

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

A existência deste crime em nosso ordenamento jurídico é anacrônica, pois traduz desigualdade entre funcionários e particulares, o que é inaceitável no Estado Democrático de Direito preconizado pela CF/88 e pela Convenção Americana de Direitos Humanos.¹²³

O tema, contudo, ainda não estava pacificado no âmbito do STJ. Com o julgamento da 3ª Seção do STJ, composta pela 5ª e 6ª Turmas, decidindo que o desacato continua a ser crime no Brasil, restou superada a decisão anterior (5ª Turma).

Abuso de poder

O relator do caso, ministro Reynaldo Soares da Fonseca, que ficou vencido no julgamento, votou pela concessão do habeas corpus para afastar a imputação penal por desacato. O magistrado destacou que o Brasil **assinou** em 1992 a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José) e que a tipificação do desacato como tipo penal seria contrária ao pacto por afrontar a liberdade de expressão.

Para o ministro, eventuais abusos gestuais ou verbais contra agentes públicos poderiam ser penalmente responsabilizados de outra forma, e a descriminalização do desacato não significaria impunidade.

Ao acompanhar o relator, o ministro Ribeiro Dantas – que foi relator do caso julgado em dezembro pela Quinta Turma – afirmou que não se deve impor uma blindagem aos agentes públicos no trato com os particulares. Ele disse que o Judiciário gasta muito tempo e dinheiro para julgar ações por desacato, muitas vezes decorrentes do abuso do agente público que considera como ofensa a opinião negativa do cidadã.¹²⁴

Um dos argumentos utilizados no julgamento na decisão pela manutenção do crime de desacato é que sua descriminalização não traria benefício uma vez que o fato constituiria injúria, tendo ainda uma pena maior do que a prevista para o crime de desacato.

A exclusão do desacato como tipo penal não traria benefício concreto para o julgamento dos casos de ofensas dirigidas a agentes públicos. Isso porque com o fim do crime de desacato, as ofensas a agentes públicos passariam a ser tratadas pelos

¹²³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 5ª Turma. Recurso Especial nº 1.640.084 SP (2016q0032106-0), contra Acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Brasília, DF, 15 dez. 2016. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/static_files/STJ/Midias/arquivos/Noticias/RECURSO%20ESPECIAL%20N%C2%BA%201640084.pdf>. Acesso em: 03 de março de 2017

¹²⁴ Terceira Seção define que desacato continua a ser crime. Disponível em <http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/Teceira-Se%C3%A7%C3%A3o-define-que-desacato-continua-a-ser-crime>. Acessado em 30 de maio de 2017

tribunais como injúria (art. 140 do CP), crime para o qual a lei já prevê um acréscimo de 1/3 da pena quando a vítima é servidor público (art. 141, II).¹²⁵

Tal argumento é contrário ao que prevê a Declaração de Princípios sobre Liberdade de Expressão em seu artigo 11, como exposto no presente capítulo. Como ressaltado, uma das principais críticas ao crime de desacato é a imprecisão na definição da conduta tipificada como tal. Ao invalidar o crime de desacato através do controle de convencionalidade, passando a enquadrar condutas tidas como ofensivas do particular contra o agente público no desempenho de sua função em crime contra a honra o risco de ferir o direito á liberdade de expressão e informação do cidadão quando busca o atendimento do serviço público seria evitado. Usar como argumento que a pena cominada ao crime de desacato em comparação a pena por crime de injúria, crime contra honra que apresenta qualificadora quando praticado contra agente público , aumentando em um terço a pena, ressaltando que a pena seria maior e por isso não traria benefício concreto é equivocado.

Como destacado, o acórdão de tal decisão, até a presente data, não foi publicado, não sendo possível analisar como foi tratado o controle de convencionalidade do crime de desacato, a previsão do artigo 13 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e o posicionamento da Comissão e Corte Americana sobre Direitos Humanos na decisão.

¹²⁵ Desacatar funcionário público no exercício da função ou em razão dela continua a ser crime. Disponível em <<http://www.dizerodireito.com.br/2017/05/desacatar-funcionario-publico-no.html>>. Acessado em 30 de maio de 2017

CONCLUSÃO

Por todo exposto, percebe-se que a aplicação do controle de convencionalidade ao crime de desacato ainda tem se dado de forma tímida pelo judiciário brasileiro.

Como firmado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos desde 2016 é obrigação do judiciário de cada estado signatário da Convenção Americana sobre Direitos Humanos realizar sua compatibilização com as normas internas.

Na presente pesquisa foram localizadas poucas decisões que abordam a questão do exame de compatibilização da convenção com o crime de desacato.

As decisões dos juízes de primeira instância do TJSC (Processo nº 0067370-64.2012.8.24.0023, julgado em 17 de março de 2015) e TJRJ (Processo nº 0013156-07.2015.8.19.0008, julgado em 5 de julho de 2016) ganharam repercussão no meio jurídico por terem sido consideradas inovadoras.

Nos casos julgados pelo Superior Tribunal Militar não houve avanço no sentido da invalidação do crime de desacato militar.

Como dito na Introdução, quando escolhido o tema para a presente monografia, em agosto de 2016, se falava que o controle de convencionalidade do crime de desacato era uma tese que começava a ser defendida por Defensores Públicos.

Em dezembro de 2016 tal questão foi julgada pelo Superior Tribunal de Justiça, mais precisamente pela 5ª Turma, que decidiu com base na previsão do artigo 13 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e seguindo a orientação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, ou seja, cumprindo com a obrigação que um país tem ao ser signatário de tal tratado, decidindo pela inconveniência do crime de desacato.

Tal decisão tida como histórica foi recebida com entusiasmo pelo meio jurídico. Parecia que finalmente o Brasil rompia com uma legislação atrasada e autoritária, pois a previsão de um tipo penal que pune o cidadão por expressar sua opinião quando busca o atendimento público demonstra desigualdade entre o funcionário e o particular, sendo inadmissível no Estado Democrático de Direito tal como prevê a Constituição Federal 1988.

Cabe ressaltar, que tal como salientado no julgamento do Recurso Especial pela 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, tendo a Convenção Americana sobre Direitos Humanos status supralegal (seguindo o entendimento do STF, RE n. 466.343/2008) no ordenamento jurídico brasileiro, ou seja, sendo hierarquicamente superior ao Código Penal, não houve a revogação do crime de desacato (artigo 331 CP) mas a sua invalidação, não devendo mais haver punição com base em tal tipo penal.

Também como destacado no referido julgamento a invalidação do tipo penal de desacato não impede a punição dos excessos, o indivíduo que ofender a honra de um servidor público poderá ser responsabilizado por crime contra a honra. Importante reafirmar que a Comissão Interamericana sobre Direitos Humanos é contrária ao tratamento penal mais gravoso as ofensas contra funcionário público como se o ofendido fosse o estado, a administração pública, e não contraria a punição no caso de ofensa a honra do funcionário público. Ainda cabe frisar que uma das principais críticas ao crime de desacato é não ter uma definição clara do que se enquadra em tal conduta, possibilitando assim que qualquer ato do cidadão perante o funcionário público no desempenho de sua função seja considerado crime de desacato.

Em 24 de maio de 2017 foi noticiado que o Superior Tribunal de Justiça, mais precisamente a 3ª Turma, havia proferido nova decisão sobre o tema (HC 379.269/MS), decidindo que desacatar funcionário público no exercício da função ou em razão dela continua a ser crime. Ou seja, tal decisão contrariava a decisão proferida anteriormente pela 5ª Turma do mesmo Tribunal, que julgou a inconveniência do crime de desacato.

Até a presente data o acórdão da decisão de tal julgamento não foi publicada inviabilizando a realização de análise dos argumentos que a embasaram.

Sabe-se que a 3ª Turma, como prevê o Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, é composta pela 5ª e 6ª Turma, responsáveis por julgar os processos que envolvem matéria criminal. Devido a questão de invalidar o crime de desacato ser tema polêmico o Ministro Relator da 5ª Turma propôs que fosse julgado pela Seção para uniformizar o tema.

Embora tal decisão da 3ª Seção, que julgou que o desacato continua sendo crime, represente um retrocesso em relação a decisão proferida pela 5ª Turma, que decidiu pela inconveniência do referido crime, é preciso reconhecer que a repercussão, a maior difusão da existência da necessidade de aplicação do controle de convencionalidade pode levar que tal tese não seja apenas defendida por alguns defensores públicos, mas por todas as defensorias e por qualquer advogado responsável por defender alguém acusado de desacato.

Sendo assim, o judiciário provocado em mais ações a se manifestar sobre o controle de convencionalidade no caso do crime de desacato terá que enfrentar a questão e pacificar o entendimento. Tal questão ainda não foi objeto de discussão perante o Supremo Tribunal Federal.

Como já salientado a Defensoria Pública da União ofereceu denúncia contra o estado brasileiro na Comissão Interamericana de Direitos Humanos em relação à manutenção do crime de desacato no Código Penal brasileiro. Também a Defensoria Pública do Estado de São Paulo acionou contra condenação criminal por desacato. Não houve manifestação da Comissão acerca de tais casos até a presente data.

Se não houver por parte do Brasil reavaliação de seu posicionamento quanto ao manutenção do crime de desacato no ordenamento jurídico interno, o estado brasileiro está sujeito a responsabilização internacional por descumprimento da Convenção Americana de Direitos Humanos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CALHAU, Lélío Braga. **Desacato**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004

COELHO, P. **Inconvencionalidade do Crime de Desacato**. Disponível em: <<https://blog.ebeji.com.br/inconvencionalidade-do-crime-de-desacato/>> Acessado em 22 de maio de 2017

CONCI, L. G. A. **O controle de convencionalidade como parte do constitucionalismo transnacional fundado na pessoa humana**. in: Revista de Processo, vol. 232, Jun. 2014. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/295705167_O_CONTROLE_DE_CONVENCIONALIDADE_COMO_PARTE_DE_UM_CONSTITUCIONALISMO_TRANSNACIONAL_FUNDADO_NA_PESSOA_HUMANA> Acessado em 25 de abril de 2017.

FERREIRA, S. L.; ARAUJO D. P. **O Estado de Coisas Inconvencional: trazendo a Corte Interamericana de Direitos Humanos para o debate sobre o sistema prisional brasileiro**. Publicum Rio de Janeiro, Número 3, 2016, p. 67-82. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/publicum> DOI: 10.12957/publicum.2016.26042> . Consultado em 17 de junho de 2017.

GALVÃO, B. H. **O crime de desacato e os direitos humanos**. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2012-set-15/bruno-galvao-desacato-comissao-interamericana-direitos-humanos>>, acessado em 20 de abril de 2017.

GRECO, R. **Curso de Direito Penal**. Parte Especial. Volume IV. Niterói, Editora Impetus: 2006.

GOMES, L. F. **Controle de legalidade, de convencionalidade e de constitucionalidade**. Disponível em <<https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/1122074/control-de-legalidade-de-convencionalidade-e-de-constitucionalidade>> Acessado em 15 de fevereiro de 2017.

LOPES, S. M. S. C. **A extensão da cláusula de abertura material dos direitos fundamentais**. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10207. Acessado em 20 de fevereiro de 2017.

MAZZUOLI, V. de O. **O controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. 4ª ed ver., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016

PEREIRA, L. M. **As dimensões de direitos fundamentais e necessidade de sua permanente reconstrução enquanto patrimônio de todas as gerações**. Disponível em <<http://www.aems.edu.br/conexao/edicaoanterior/Sumario/2013/downloads/2013/3/33.pdf>>. Acessado 20 de abril de 2017.

PIOVESAN, F. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 14. ed., rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2013.

RAMOS, A. de C. **Curso de direitos humanos**. – São Paulo : Saraiva, 2014.

SANCHES, R. **Descriminalização do desacato**. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=WD5YvO3wb-Q>. Acessado em 11 de março de 2016.

SARLET, I. W. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____. **Controle de convencionalidade dos tratados internacionais**. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2015-abr-10/direitos-fundamentais-controle-convencionalidade-tratados-internacionais#_ftnref>. Acessado em 28 de abril de 2017.

_____. **Pena de morte na Indonésia e FGTS no Brasil — a distinção necessária**. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2015-fev-13/direitos-fundamentais-pena-morte-indonesia-fgts-brasil-distincao-necessaria>>. Acessado em 10 de abril de 2017.

_____. **O conceito de direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2015-fev-27/direitos-fundamentais-conceito-direitos-fundamentais-constituicao-federal-1988>>. Acessado em 15 de abril de 2017

_____. **Uma Constituição aberta a outros Direitos Fundamentais?** Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2015-mar-13/direitos-fundamentais-constituicao-aberta-outros-direitos-fundamentais>> Acessado em 10 de abril de 2017.

_____. & MARINONI, G. & MITIDIERO, D. **Curso de Direito Constitucional**. 3ªed. Ver., atual. E ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

SANKIEVICZ, A. **Crime de desacato conforme previsto no Código Penal é inconstitucional**. Disponível em < <http://www.conjur.com.br/2016-out-06/alexandre-sankievicz-crime-desacato-inconstitucional>>. Acessado em: 10 de maio de 2017.

SILVA, C. M. C. **A condenação do Brasil no Caso Gomes Lund vs. Brasil e o Controle de Convencionalidade da Lei de Anistia do Brasil**. Revista ESDM, 2016. V2. Nº3. Disponível em: <<http://www.esdm.com.br/default.asp?pg=revista>>.

SILVA, C. M. C da. **O STF e a Hierarquia entre Direitos Humanos e Direitos Fundamentais da Constituição Brasileira de 1988**. Revista Brasileira de Direito Constitucional aplicado. Vol. 3. Nº1. Jan/Jun de 2016.

TAVARES, A. **Paradigmas do Judicialismo Constitucional**, 1ª edição. Saraiva, 2012.

Documento:

DECLARAÇÃO DE PRINCÍPIOS SOBRE LIBERDADE DE EXPRESSÃO (Aprovado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos em seu 108º período ordinário de sessões, celebrado de 16 a 27 de outubro de 2000.

Legislação:

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal.

BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Diário Oficial da União. Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.

CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (1969) (PACTO DE SAN JOSÉ DA COSTA RICA), ratificada pelo Brasil em 25.09.1992.

Julgados:

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina . Ação Penal nº 0067370-64.2012.8.24.0023, Comarca da Capital, 4ª Vara Criminal Câmara, Florianópolis, SC, 17 de março de 2015. Disponível em: <<https://esaj.tjsc.jus.br/cpopg/open.do>>. Acesso em: 15 de abril de 2017.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Termo Circunstanciado nº 001315607.2015.8.19.0008, Comarca de Belford Roxo, 1º Je Criminal Violência Dom. e Fam. mulher, RJ, 5 de julho de 2016. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/web/guest/consultas>>. Acesso em: 15 de abril de 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 5ª Turma. Recurso Especial nº 1.640.084 SP, contra Acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de SP, Brasília, DF, 15 dez. 2016. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/static_files/STJ/Midias/arquivos/Noticias/RECURSO%20ESPECIAL%20N%C2%BA%201640084.pdf>. Acesso em: 03 de março de 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus 379269/MS, Brasília, DF. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Processos/Consulta-Processual>. Acesso em: 03 de março de 2017.