

**CENTRO UNIVERSITÁRIO
ANTONIO EUFRÁSIO DE TOLEDO DE PRESIDENTE PRUDENTE**

CENTRO DE PÓS GRADUAÇÃO, PESQUISA E EXTENSÃO

O DESACATO À LUZ DA CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

Natali Carolini de Oliveira Cícero

Presidente Prudente/SP
2018

**CENTRO UNIVERSITÁRIO
ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO DE PRESIDENTE PRUDENTE**

CENTRO DE PÓS GRADUAÇÃO, PESQUISA E EXTENSÃO

O DESACATO À LUZ DA CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

Natali Carolini de Oliveira Cícero

Monografia apresentada como requisito parcial de conclusão de Curso de Pós-Graduação “Latu Sensu” para obtenção do Título de Especialização em Direito Penal e Direito Processual Penal, sob orientação do Prof. Jurandir José dos Santos.

Presidente Prudente/SP
2018

O DESACATO À LUZ DA CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

Monografia apresentada como requisito parcial de conclusão de Curso de Pós-Graduação “Latu Sensu” para obtenção do Título de Especialização em Direito Penal e Direito Processual Penal.

Jurandir José dos Santos
Orientador

Carla Roberta Ferreira Destro
Examinadora

Mário Coimbra
Examinador

Presidente Prudente/SP, ____ de _____ de 2018.

"Tu que habitas sob a proteção do Altíssimo, que moras à sombra do Onipotente, dize ao Senhor: Sois meu refúgio e minha cidadela, meu Deus, em que eu confio." (Salmos, 90, Bíblia Sagrada).

Dedico este trabalho a Deus e aos meus pais, Antonio e Rosa, pois a eles devo todo o meu existir, os amo de todo o meu coração.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, agradeço a Deus, por ter me concedido o dom da vida, por estar comigo desde o princípio, em todos os momentos, aliás, agradeço à Ele por me carregar em teus braços nos momentos de dificuldade. Consagro à Ele este trabalho, e o agradeço por ter me concedido forças para que concluísse o mesmo. Tudo o que tenho e o que sou, devo a Deus.

Agradeço a Santa Virgem Maria, minha Santa Mãe, por sempre interceder por mim junto a Deus.

Agradeço aos meus pais, Rosa e Antonio, por todo incentivo, apoio, pelo amor incondicional, pela confiança que sempre depositaram em mim, por sonharem comigo todos os meus sonhos e por muitas vezes se sacrificarem para que fosse possível torná-los realidade. Eles juntamente com meus irmãos, Felipe e Arthur, são os “bens” mais preciosos que Deus poderia ter me concedido. Os amo, e sem vocês eu nada seria.

Agradeço aos meus irmãos, Felipe e Arthur, pela amizade, cumplicidade, por dividirem comigo os momentos de alegrias e tristezas e por torcerem pela minha felicidade. São anjos enviados por Deus em minha vida.

Agradeço a todos os meus familiares e amigos, por todo apoio e confiança em mim depositados.

Agradeço ao meu orientador, o Professor Jurandir José dos Santos, por tão brilhantemente ter transmitido a mim o seu conhecimento durante a elaboração do presente trabalho, pela sua paciência, dedicação, atenção, por sempre ter estado disposto a ajudar, sem o senhor eu não teria conseguido terminar este trabalho, foi uma honra e um privilégio ser sua orientanda.

Agradeço à, Carla Roberta Ferreira Destro, primeiramente, por ter aceitado o convite de compor a banca do presente trabalho, por toda sua orientação e auxílio na elaboração do mesmo, pela paciência, dedicação, por todos os conselhos e toda a experiência compartilhada na aulas da Pós-graduação.

Agradeço ao Professor Mário Coimbra, por prontamente ter aceitado o convite para compor a banca examinadora do presente trabalho, é para mim uma honra ter o senhor na composição da banca examinadora.

Agradeço a todos os docentes que ministraram aulas na Pós-graduação de Penal e Processo Penal do Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo, durante os anos de 2016 e 2017, foi um prazer e uma honra ter sido discente de todos vocês.

Agradeço a todos que trabalham na Pós-graduação do Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo, pois sempre estiveram apostos para auxiliar e ajudar.

Por fim, agradeço a todos que trabalham na Biblioteca do Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo, pois durante a elaboração do presente trabalho e durante os 08 (oito) anos que lá frequentei, todos sempre foram muito solícitos, e disposto a me auxiliar.

RESUMO

O presente trabalho tem como principal premissa levar ao leitor o estudo do delito de desacato previsto no artigo 331 do Código Penal. A asserção fundamental deste trabalho reside acerca da análise do tipo penal do desacato à luz da Convenção Americana de Direitos Humanos, ou seja, deve tal delito ser mantido ou extirpado do ordenamento

jurídico pátrio. Também será abordado neste estudo os princípios constitucionais previstos no artigo 37 da Constituição Federal e que regem a Administração pública e, além destes, será também estudado os princípios da Supremacia do Interesse Público sobre o Interesse Privado, bem como o princípio da Indisponibilidade do Interesse Público, os quais são elencados por Celso Antônio Bandeira de Mello, como “pedras de toque”. Como não poderia deixar de ser, será feita uma análise, do tipo penal do desacato. Posteriormente será verificada a posição hierárquica dos tratados internacionais no ordenamento jurídico pátrio, bem como será feito um estudo da Convenção Americana de Direitos Humanos. Será tratado sobre a realização de controle de convencionalidade, seja ele no âmbito da Corte Interamericana ou internamente. E por fim, será realizado um estudo das recentes decisões do Superior Tribunal de Justiça, sendo que a priori, quando do julgamento do Resp. n.164.084/SP a 5ª Turma do STJ se posicionou pela descriminalização do desacato e, posteriormente quando do julgamento do HC n. 379.269/MS a 3ª Seção do STJ entendeu que o desacato deveria continuar sendo considerado como crime. E, por fim será demonstrado a causa pela qual se entende que o desacato deve continuar sendo punido como crime.

Palavras-chave: Desacato. Tratados Internacionais. Convenção Americana de Direitos Humanos. Controle de Convencionalidade. Recurso Especial n. 164.084/SP. Habeas Corpus n 379.269/MS.

ABSTRACT

The present work has as main premise to take to the reader the study of the delict of disrespect foreseen in article 331 of the Penal Code. The fundamental assertion of this work is the analysis of the penal type of disrespect in light of the American Convention on Human Rights. Also to be discussed in this study are the constitutional principles estimated in Article 37 of the Federal Constitution and ruling the Public Administration and, Besides these ,also to be studied the

principles of Public Interest Supremacy over the Private Interest, as well as the principle of Unavailability of Public Interest, which are listed by Celso Antônio Bandeira de Mello as "touchstone". As it could not be, an analysis will be made of the penal type of disrespect. Afterward, the hierarchical position of international treaties will be verified in the legal order of the country, as well as a study of the American Convention on Human Rights will be done. It is the about accomplishment of control of conventionality, be it within the scope of the Inter-American Court or internally. Finally, a study will be realized of the recent decisions of the Superior Court of Justice, being that a priori, when judgment of Resp. n. 164.084/SP the 5th Class of STJ positioned itself by the decriminalization of disrespect, and later, when judgment of HC n. 379.269/MS the 3rd Section of the STJ understood that disrespect should continue being considered a crime. And Lastly, it will be demonstrated the cause by which it is understood that disrespect should continue being punished as a crime.

Keywords: Disrespect. International Treaties. American Convention on Human Rights. Control of Covencionality. Special Appeal n. 164.084/SP. Habeas Corpus n. 379.269/MS

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	11
2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	12

2.1	Conceito de Princípio	13
2.2	Supra princípios do Direito Administrativo.....	14
2.2.1	Princípio da supremacia do interesse público sobre o particular.....	15
2.2.3	Interesse público primário <i>versus</i> interesse público secundário.....	17
2.2.4	Princípio da indisponibilidade do interesse público	23
2.3	Princípio da Legalidade	25
2.4	Princípio da Impessoalidade	29
2.5	Princípio da Moralidade.....	33
2.6	Princípio da Publicidade	37
2.6.1	Exceções à publicidade.....	39
2.7	Princípio da Eficiência	41
3	DO DESACATO	45
3.1	Aspectos Históricos	45
3.2	Conceito e Configuração do Crime de Desacato	48
3.2.1	Sujeito ativo	54
3.2.2	Sujeito passivo	56
3.2.3	Elemento subjetivo	56
3.2.3.1	A embriaguez e o desacato	58
3.2.4	Consumação e tentativa	60
3.2.5	Ação Penal	60
4	POSIÇÃO HIERÁRQUICA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS NO ORDENAMENTO JURIDICO PÁTRIO	61
5	CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS	69
6	O DESACATO A LUZ DA CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS	75
7	CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE	81
7.1	Controle de Convencionalidade no Brasil.....	86

8 O CRIME DE DESACATO À LUZ DO RECURSO ESPECIAL Nº 1640.084-SP E DO HABEAS CORPUS Nº 379.269 – MS.....	92
9 CONCLUSÃO	99
10 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	101

1 INTRODUÇÃO

A proteção da administração pública e dos seus agentes contra atos praticados por particulares tem sido almejada desde o surgimento e da organização do Estado.

A Administração Pública conta com os princípios constitucionais da Administração, os quais são representados pela sigla “LIMPE”, que respectivamente significa legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

No âmbito da Administração Pública, vigora o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, bem como o princípio da indisponibilidade do interesse público sobre o privado, elencados por Celso Antonio Bandeira de Mello, como “pedras de toque” da Administração Pública, princípios estes que traçam uma diferença entre a Administração Pública e o particular, bem como estabelecem regras diferentes a Administração.

Para que os interesses da Administração sejam atendidos com a maior eficiência possível, é facultado ao Estado utilizar-se de alguns meios coercitivos.

Com efeito, a figura do desacato, tipificada no artigo 331 do Código Penal, visa a proteção da Administração Pública, sendo que no presente trabalho foi feito um estudo sobre o mencionado tipo penal.

Entretanto, foi estudado a (in) compatibilidade do tipo penal do desacato frente a Convenção Americana de Direitos Humanos, conhecido como Pacto de San José da Costa Rica, tratado internacional, ratificado pelo Brasil através do Decreto n. 678, de 1992, posto que segundo entendimento da Comissão, a figura do desacato é incompatível com o artigo 13 da Convenção, por violar a liberdade de expressão.

Nesta senda, foi feita uma análise sobre os tratados internacionais, e a posição hierárquica que eles ocupam no ordenamento jurídico pátrio.

Por conseguinte se fez imperioso que fosse feito um breve estudo sobre a Convenção Americana de Direitos Humanos, sendo observado desde a sua criação, os seus objetivos e fundamentos, bem como foi tecido algumas considerações sobre os principais órgãos que a compões, sendo eles a Comissão Interamericana de Direitos

Humanos (CIDH) e a Corte Interamericana de Direitos Humanos, até o momento em que houve a ratificação da Convenção pelo Brasil.

Todavia, como foi demonstrado no presente trabalho, é necessário que haja uma compatibilização das normas de direito interno com os tratados internacionais que um país tenha ratificado, e para tanto foi feito um estudo sobre o controle de convencionalidade, de modo que foram abarcados aspectos gerais, e por fim foi realizado um estudo sobre o controle de convencionalidade interno, sendo observado o controle difuso e concentrado de convencionalidade.

E por fim, foi realizada uma análise das recentes decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça.

Primeiramente, a decisão proferida pela 5ª Turma do STJ, que no julgamento do Resp. nº 1.640.084/SP, descriminalizou o desacato por ser incompatível com o disposto no artigo 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos.

Após, foi efetuada uma análise da decisão proferida pela 3ª Seção do Superior Tribunal de Justiça, a qual abarca as 02 (duas) turmas de Direito Penal daquele Tribunal, e que manteve a punição pelo delito de desacato quando do julgamento do HC nº 379.269/MS

E, por fim, diante de todo o estudo que foi realizado, foi que se concluiu que a figura do desacato deve continuar sendo prevista no ordenamento jurídico pátrio, uma vez que, o mencionado tipo penal busca a proteção da Administração Pública.

No que diz respeito aos instrumentos utilizados para a realização da presente pesquisa, esta foi baseada em pesquisa normativa, bibliográfica escrita e digitalizada e jurisprudencial interna e internacional.

2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Os princípios administrativos são aqueles que conduzem todo o modo de agir da Administração Pública, ou seja, norteiam o Estado na execução da atividade administrativa.

São considerados princípios constitucionais por estarem insculpidos no artigo 37 da Magna Carta, isto é, no bojo do texto constitucional, devendo ser observados por toda a Administração Pública, tanto a direta como a indireta, por todos os Poderes e as esferas de Governo.

Marino Pazzaglini Filho (2008, p.4), em sua obra intitulada “Princípios constitucionais reguladores da administração Pública” assevera que os princípios constitucionais são:

Normas jurídicas primárias ou superiores de eficácia imediata, plena e imperativa, hegemônicas em relação às demais normas (constitucionais e infraconstitucionais) do sistema normativo, que de um lado expressam os valores transcendentais da sociedade e o conteúdo essencial da Constituição e, de outro, predefinem, orientam e vinculam a formação, o conteúdo, a aplicação e a exegese de todas as demais regras que compõe o ordenamento jurídico.

Já Carmem Lúcia Antunes Rocha (1994, p.23) dispõe que:

A ordem constitucional se forma, informa-se e se conforma pelos princípios adotados. São eles que mantêm em sua dimensão sistêmica, dando-lhe fecundidade e permitindo a sua atualização permanente. É na recriação de seu texto que se permite à Constituição renascer, adequando-se ao sentido do justo que o povo acolhe em cada momento histórico, legitimando-se pelo movimento incessante, mas sem conduzir à perda da natureza harmoniosa que preside o sistema e que fica assegurado pela integratividade que a observância dos princípios possibilita.

Celso Antonio Bandeira de Mello (2011, p.54) disserta em sua obra que violar um princípio:

É muito mais grave do que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, de seus valores

fundamentais, contumélia irremissível ao seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra.

Assim, os princípios que sustentam a Administração Pública e que são de observância obrigatória no exercício da atividade estatal estão previstos no artigo 37, “caput”, da Magna Carta. Podem ser facilmente memorizados através do seguinte macete: “LIMPE”, que significa legalidade, impessoalidade, publicidade e eficiência, que serão os princípios estudados no decorrer deste trabalho.

2.1 Conceito de Princípio

O conceito de princípio não é algo muito pacífico na doutrina, há uma diversidade de obras com o escopo de realizar tal tarefa, sendo que há inúmeras definições acerca deste elemento tão importante no Ordenamento Jurídico Pátrio.

O Dicionário Aurélio, traz a seguinte definição acerca dos princípios:

Começo, origem, fonte. / Física. Lei de caráter geral que rege um conjunto de fenômenos verificados pela exatidão de suas consequências: princípio da equivalência. Regra da conduta, maneira de ver. / Regras fundamentais admitidas como base de uma ciência, de uma arte etc.

Ronald Dworkin (2007, p.36) conceitua princípios da seguinte maneira:

Um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade. Com isso, o padrão que estabelece que os acidentes de trânsito deve ser diminuído, é uma política e o padrão segundo o qual nenhum homem deve se beneficiar de seus próprios delitos é um princípio.

Já Robert Alexy (2008, p. 90) discorre o seguinte ao conceituar princípios:

Normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes.

Por sua vez, J.J Canotilho (2002, p. 1241) estabelece o seguinte no que diz respeito aos princípios:

Normas que exigem a realização de algo, da melhor forma possível, de acordo com as possibilidades *fáticas* e jurídicas. Os princípios não proíbem, permitem ou exigem algo em termos de “tudo ou nada”; impõem a *otimização* de um direito ou de um bem jurídico, tendo em conta a reserva do possível, *fática* ou jurídica.

Celso Antonio Bandeira de Mello (2011, p. 54) assim dispõe sobre o conceito de princípios:

Princípio é, pois por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para exata compreensão e inteligência delas, exatamente porque define a lógica e racionalidade do sistema normativo, conferindo-lhe a tônica que lhe dá sentido harmônico.

Por isso, é que se afirma que os princípios que formam a estrutura do ordenamento jurídico pátrio, tem como objetivo buscar a unificar e harmonizar o sistema, bem como conduzir a atividade do interprete da lei.

A definição de princípios foi evoluindo com o decorrer dos anos, e nos dias de hoje os princípios são normas que fazem parte do ordenamento jurídico.

Nesta senda, diante do caso concreto, cabe ao legislador aplicar os princípios, para que não sejam violadas as garantias alcançadas ao longo de tantos anos, bem como para que não haja transgressão à norma.

Em um Estado Democrático de Direito, os princípios servem para orientar o legislador, na busca de serem aplicados os direitos e garantias previstas na Carta Magna.

2.2 Supra princípios do Direito Administrativo

Os supra princípios são os chamados princípios centrais, são deles que derivam todos os demais princípios e normas do Direito Administrativo.

Os supra princípios se dividem em dois, são eles: a) supremacia do interesse público sobre o interesse privado; b) indisponibilidade do interesse público.

Celso Antonio Bandeira de Mello assevera em sua obra que os princípios da supremacia do interesse público sobre o privado e o princípio da indisponibilidade do interesse público são pedras de toque do Regime Jurídico Administrativo.

Mello (2011, p. 57) traz a seguinte lição em sua obra “Todo o sistema de Direito Administrativo, a nosso ver, se constrói sobre os mencionados princípios da supremacia do interesse público sobre o particular e indisponibilidade do interesse público pela Administração”.

Portanto, os princípios da supremacia do interesse público sobre o particular e o da indisponibilidade do interesse público pela Administração, são os princípios básicos dos quais decorrem todos os demais.

2.2.1 Princípio da supremacia do interesse público sobre o particular

O princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular não está previsto expressamente no texto constitucional.

Todavia, o mencionado pode ser extraído a partir de uma análise sistemática do disposto na Carta Magna, principalmente diante de normas que restringem direitos individuais face ao interesse público, bem como diante das prerrogativas estabelecidas à Administração Pública, sendo assim um princípio implícito.

Este princípio foi fundamental na edificação do Direito Administrativo brasileiro moderno e é apontado por Celso Antonio Bandeira de Mello (2011, p. 55), como as “pedras de toque” do regime-jurídico administrativo.

Também conhecido como princípio da finalidade pública, tal princípio traz a premissa de que os interesses da coletividade estão acima dos interesses individuais, dispondo assim, a Administração de uma posição privilegiada em face dos administrados, detendo prerrogativas e obrigações que não são extensíveis aos particulares, gozando de uma posição de superioridade em face do particular.

Nesta senda são os ensinamentos de Matheus de Carvalho:

O interesse público é supremo sobre o interesse particular, e todas as condutas estatais tem como finalidade a satisfação das necessidades coletivas. Nesse sentido, os interesses da sociedade devem prevalecer diante das necessidades

específicas dos indivíduos, havendo a sobreposição das garantias do corpo coletivo, quando em conflito com as necessidades de um cidadão isoladamente. Em razão desta busca pelo interesse público, a Administração se põe em situação privilegiada, quando se relaciona com os particulares (CARVALHO, 2017, p. 62).

Fernanda Marinela (2012, p. 27) disserta o seguinte acerca do princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado:

O princípio da supremacia determina privilégios jurídicos e um patamar de superioridade do interesse público sobre o particular. Em razão desse interesse público, a Administração terá posição privilegiada em face dos administrados, além de prerrogativas e obrigações que não são extensíveis aos particulares.

Nesta direção, o ilustre administrativista Hely Lopes Meirelles (2014, p. 110-111), assevera que:

O princípio do interesse público está intimamente ligado ao da finalidade. A primazia do interesse público sobre o privado é inerente à atuação estatal e domina-a, na medida em que a existência do Estado justifica-se pela busca do interesse geral, ou seja, da coletividade; não do Estado e do aparelhamento do Estado. Esse interesse público prevalente é extraído da ordem jurídica, em cada caso concreto;

(...) Essa supremacia do interesse público é o motivo da desigualdade jurídica entre a Administração e os administrados, mas essa desigualdade advém da lei, que, assim, define os limites da própria supremacia.

A jurista Evelise Pedroso Teixeira Padro Vieira (2011, p. 34) assevera o seguinte sobre o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado:

A administração pública não está no mesmo plano que o particular as relações que mantém com este. Está em situação de verticalidade, em situação de superioridade, sustentando interesse coletivo, que tem predominância sobre o interesse individual.

O Estado não poderia se desincumbir de suas tarefas se estivesse no mesmo plano que os particulares, os quais possuem autonomia de vontade e interesses individuais nem sempre coincidentes com o interesse da sociedade.

Para propiciar o atingimento dos fins do Estado é que se reconhece à Administração Pública a supremacia de seus interesses, que preponderam sobre os interesses individuais. (...) O interesse da Administração prevalece sobre o particular porque é titularizado por toda sociedade.

Assim, pelo princípio da Supremacia do interesse público sobre o interesse privado há uma posição de superioridade da Administração em relação aos particulares,

em que ao Estado é dado a possibilidade de restringir direitos individuais em prol dos interesses da coletividade, visando sempre a finalidade e o interesse público.

2.2.3 Interesse público primário *versus* interesse público secundário

A Administração Pública tem como escopo, como o objetivo final o interesse público, isto é, visando atender os interesses da coletividade, proporcionando o bem-estar coletivo.

Por conseguinte, deve-se trazer à baila o conceito de interesse público e sua divisão em interesse público primário e secundário.

Conceituar interesse público não é algo muito simples, pois até mesmo para os doutrinadores é de extrema dificuldade, uma vez que, ainda não se conseguiu uma definição certa do que viria a ser interesse público, é um conceito indeterminado. Desta feita, os significados variam, posto que haja doutrinadores que entendem que o interesse público é um interesse contraposto ao interesse individual, já outros entendem que o interesse público é um somatório dos interesses individuais.

Celso Antonio Bandeira de Mello (2011, p. 59-61), em sua obra de Direito Administrativo, discorre sobre o que vem a ser interesse público e o pontua da seguinte maneira:

Ao se pensar em interesse público, pensa-se, habitualmente, em uma categoria contraposta à de interesse privado, individual, isto é, ao interesse pessoal de cada um. Acerta-se em dizer que se constitui no interesse do todo, ou seja, do próprio conjunto social, assim como se acerta também em sublinhar que não se confunde com a somatória dos interesses individuais, peculiares de cada qual. Dizer isto, entretanto, é dizer muito pouco para compreender-se verdadeiramente o que é interesse público.

(...)

Em rigor, o necessário é aclarar-se o que está contido na afirmação de que interesse público é o interesse do todo, do próprio corpo social, para precaver-se contra o erro de atribuir-lhe o *status* de algo que existe por si mesmo, dotado de consistência autônoma, ou seja, como realidade independente e estranha a qualquer interesse das partes. O indispensável, em suma, é prevenir-se contra o erro de, consciente ou inconscientemente, promover uma separação absoluta entre ambos, ao invés de acentuar, como se deveria, que o interesse público, ou seja, o interesse do todo, é “função” qualificada dos interesses das partes, um aspecto, uma forma específica, de sua manifestação.

(...)

É que, na verdade, o interesse público, o interesse do todo, do conjunto social, nada mais é que a dimensão pública dos interesses individuais, ou seja, dos

interesses de cada indivíduo enquanto participe da Sociedade (entificada juridicamente no Estado), nisto se abrigando também o depósito intertemporal destes mesmos interesses, vale dizer, já agora, encarados eles em sua continuidade histórica, tendo em vista a sucessividade das gerações de seus nacionais.

(...)

O que fica visível, como fruto destas considerações, é que existe, de um lado, o interesse individual, particular, atinente às conveniências de cada um no que concerne aos assuntos de sua vida particular – interesse, este, que é o da pessoa ou grupo de pessoas singularmente consideradas -, e que, de par com isto, existe também o interesse igualmente pessoal destas mesmas pessoas ou grupos, mas que comparecem enquanto partícipes de uma coletividade maior na qual estão inseridos, tal como nela estiveram os que os precederam e nela estarão os que virão a sucedê-los nas gerações futuras.

Desta forma, de acordo com o disposto por Bandeira de Mello, podemos dizer que o interesse público é aquele que resulta do conjunto dos interesses pessoalmente considerados dos indivíduos ou do grupo de pessoas enquanto partícipes, membros da sociedade.

Feita esta breve análise acerca do conceito de interesse público, algumas considerações serão tecidas acerca do interesse público primário e interesse público secundário.

O princípio da supremacia do interesse público tutela apenas o interesse público primário ou propriamente dito. Por isso, não tutela todo e qualquer interesse da Administração Pública. Diante disto e com base no direito italiano, passou-se a diferenciar interesse público primário e interesse público secundário.

Rafael Carvalho Rezende Oliveira (2017, p. 121) discorre o seguinte acerca de interesse público primário e interesse público secundário:

O interesse público pode ser dividido em duas categorias:

- a) Interesse público primário: relaciona-se com a necessidade de satisfação de necessidades coletivas (justiça, segurança e bem-estar) por meio do desempenho de atividades administrativas prestadas à coletividade (serviços públicos, poder de polícia, fomento e intervenção na ordem econômica); e
- b) Interesse público secundário: é o interesse do próprio Estado, enquanto sujeito de direitos e obrigações, ligando-se fundamentalmente à noção de interesse do erário, implementado por meio de atividades administrativas instrumentais necessárias para atendimento do interesse público primário, tais como as relacionadas ao orçamento, aos agentes públicos e ao patrimônio público.

A partir dessa distinção, a doutrina tradicional sempre apontou para a superioridade do interesse público primário (e não do secundário) sobre o interesse privado.

Conforme dispõe Fernanda Marinela (2012, p. 29):

Considera-se interesse público primário o resultado da soma dos interesses individuais enquanto partícipes de uma sociedade, também denominados interesses públicos propriamente ditos. De outro lado, tem-se o interesse público secundário, que consiste nos anseios do Estado, considerado como pessoa jurídica, um simples sujeito de direitos; são os interesses privados desse sujeito.

Luís Roberto Barroso (2004, p. 209) estabelece o seguinte sobre o interesse público:

O interesse público primário é a razão de ser do Estado, e sintetiza-se nos fins que cabe a ele promover: justiça, segurança e bem-estar social. Estes são os interesses de toda sociedade. O interesse público secundário é o da pessoa jurídica de direito público que seja parte em uma determinada relação jurídica – quer se trate da União, do Estado-membro, do Município ou das suas autarquias. Em ampla medida, pode ser identificado como interesse do erário, que é o de maximizar a arrecadação e minimizar as despesas.

(...)

O interesse público secundário não é, obviamente, desimportante. Observe-se o exemplo do erário. Os recursos financeiros provêm os meios para a realização do interesse primário, e não é possível prescindir deles. Sem recursos adequados, o Estado não tem capacidade de promover investimentos sociais nem de prestar, de maneira adequada, os serviços públicos que lhe tocam. Todavia, naturalmente, em nenhuma hipótese será legítimo sacrificar o interesse público primário com o objetivo de satisfazer o secundário. A inversão da prioridade seria patente e nenhuma lógica razoável poderia sustentá-la.

Neste sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello (2011, p. 98-99) assevera que:

Aliás, exatamente porque são discerníveis o interesse público e o interesse meramente das pessoas estatais (ora coincidentes, ora antagônicos), os autores italianos fazem acepção, como dantes se disse (Capítulo I, ns. 43 a 47), entre interesse público propriamente dito, também denominado interesse primário e interesse secundário.

Interesse público ou primário, repita-se, é o pertinente à sociedade como um todo e só ele pode ser validamente objetivado, pois este é o interesse que a lei consagra e entrega à compita do Estado como representante do corpo social. Interesse secundário é aquele que atina tão só ao aparelho estatal enquanto entidade personalizada, e que por isso mesmo pode lhe ser referido e nele se encarnar pelo simples fato de ser pessoa, mas que só pode ser validamente perseguido pelo Estado quando coincidente com o interesse público primário. Com efeito, por exercerem função, os sujeitos de Administração Pública têm que buscar o atendimento do interesse alheio, qual seja, o da coletividade, e não o interesse de seu próprio organismo, *qua tale* considerado e muito menos o dos agentes estatais.

Por fim, Matheus de Carvalho (2017, p. 61-62), estabelece a seguinte distinção entre os interesses públicos:

O interesse primário é composto pelas necessidades da sociedade, ou seja, dos cidadãos enquanto partícipes da coletividade, não se confundindo com a vontade da máquina estatal, a qual configura o interesse secundário. Isso decorre do fato de que, não obstante, sempre atue visando satisfazer as necessidades da coletividade, o poder público tem personalidade jurídica própria e, por isso, tem os seus interesses individuais, como é o caso da instituição dos tributos, com a intenção de arrecadar valores para a execução da atividade pública. E, a despeito de se verificar a vantagem ao poder público, individualmente considerado, isso será utilizado na busca pelo interesse de toda a sociedade.

O interesse público primário é o reflexo da vontade dos indivíduos integrantes da sociedade. É o interesse da própria sociedade. Enquanto isso, o interesse público secundário, tendo em vista que o Estado é dotado de personalidade, é o interesse do Estado, operando em benefício próprio. Assim, o interesse público secundário só poderá ser satisfeito quando este não entrar em conflito com o interesse público primário, uma vez que neste caso, o último deverá prevalecer, pois o Estado deve buscar satisfazer os interesses da coletividade, em segundo plano os seus interesses particulares.

Desta maneira, somente a busca pelo atendimento do interesse público primário justifica a atuação do Estado na condição de superioridade, de supremacia, em detrimento do particular, uma vez que estes são os interesses públicos propriamente ditos, os quais refletem a vontade da sociedade e que se consubstanciaram na união das vontades convergentes que formaram a vontade social.

Em outras palavras, o interesse público primário é atendido quando há a satisfação dos interesses privados das pessoas que compõe determinado grupo ou que integram a sociedade, conforme disserta o ilustre jurista Luis Roberto Barroso, “o interesse público se realiza quando o Estado cumpre satisfatoriamente o seu papel, mesmo que em relação a um único cidadão (BARROSO, 2009, p. 70-71)”.

No que diz respeito às prerrogativas concedidas pelo princípio da Supremacia do interesse público sobre o privado, devemos pontuar que: a Administração não é concedida a mesma liberdade e desenvoltura com que agem os particulares, posto que estes, diferentemente daqueles, estão em defesa das próprias conveniências.

Neste íterim, vale trazer à baila os ensinamentos de Celso Antonio Bandeira de Mello (2011, p. 71-72), vejamos:

Estes caracteres, que sem dúvida informam a atuação administrativa, de modo algum autorizariam a supor que a Administração Pública, escudada na supremacia do interesse público sobre o interesse privado, pode expressar tais prerrogativas com a mesma autonomia e liberdade com que os particulares exercitam seus direitos. É que a administração exerce função: a administrativa. Existe função quando alguém está investindo no dever de satisfazer dadas finalidades em prol do interesse de outrem, necessitando, para tanto, manejar os poderes requeridos para supri-las. Logo, tais poderes são instrumentais ao alcance das sobreditas finalidades. Sem eles, o sujeito investido na função não teria como se desincumbir-se do dever posto a seu cargo. Donde, quem os titulariza maneja, na verdade, “deveres poderes” no interesse alheio. Quem exerce “função administrativa” está adstrito a satisfazer interesses públicos, ou seja, interesses de outrem: a coletividade. Por isso, o uso das prerrogativas da Administração é legítimo se quando e na medida do indispensável ao atendimento dos interesses públicos; vale dizer, do povo, porquanto nos Estados Democráticos o poder emana do povo e em seu proveito terá de ser exercido.

Portanto, podemos afirmar que as prerrogativas inerentes ao princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado, só podem ser utilizadas de forma legítima para o alcance, a observância, do interesse público, e não apenas para satisfazer os interesses ou conveniências da máquina estatal, nem tampouco dos seus agentes.

Deste modo, o destinatário da atividade administrativa é a sociedade como um todo, e não o indivíduo, de modo que seja atendido ao interesse público.

Podemos citar algumas hipóteses de prerrogativas conferidas à Administração Pública e aos seus agentes, em face do Princípio da Supremacia do Interesse Público, tais como:

- ✓ Permissivo constitucional para o Estado transformar a propriedade particular em propriedade pública, em que independe da vontade do particular e tem por fundamento o interesse público, que é chamado de desapropriação, considerada uma forma de aquisição originária da propriedade;
- ✓ A possibilidade de requisição de um bem particular quando estiver presente um perigo iminente, prevista na Carta Magna em seu artigo 5º, inciso XXV;

- ✓ Aplicação do princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular em outros institutos relacionados à intervenção da propriedade, tais como a servidão administrativa, limitação administrativa e tombamento;
- ✓ Convocação de particulares para que executem compulsoriamente atividades públicas, tal como ocorre na convocação de mesários em eleições;
- ✓ A possibilidade de a Administração alterar unilateralmente os contratos administrativos, bem como rescindi-los unilateralmente, em razão do interesse público ou diante do inadimplemento do particular;
- ✓ Impenhorabilidade dos bens públicos;
- ✓ Imprescritibilidade dos bens públicos, e conseqüentemente a impossibilidade da perda desses bens mediante usucapião;
- ✓ A Exigibilidade, legitimidade, imperatividade e excoutoriedade dos atos administrativos, bem como o poder de autotutela do qual a Administração dispõe para anular e revogar seus próprios atos sem que seja necessária autorização judicial. Para tanto, além da possibilidade de a Administração revê-los quando achar necessário;
- ✓ As disposições relacionadas à proteção do meio ambiente e as relações de consumo, de modo que são estabelecidos graus de desigualdades jurídicas para proteção dos hipossuficientes;
- ✓ Concessão de prazo em dobro para toda e qualquer manifestação da Fazenda Pública;
- ✓ Remessa necessária em decisões proferidas contra entes públicos, bem como a possibilidade de cobrar os créditos dos entes públicos através da execução fiscal;
- ✓ Poder de Polícia do Estado, que lhe concede a prerrogativa de limitar os direitos e garantias individuais para se buscar os interesses da coletividade.

Além do mais, é possível que identifiquemos este princípio em praticamente quase todos os institutos do Direito Administrativo, tal como as prerrogativas do regime público de algumas pessoas jurídicas, como pode se vislumbrar no caso das autarquias, em que apresentam privilégios processuais e tributários, além da proteção aos bens que compõe a Administração, bem como do regime de pagamento de precatórios.

Também é possível verificar a supremacia do interesse público sobre o interesse privado quando da análise dos contratos administrativos e de suas cláusulas exorbitantes, as quais concedem a Administração a permissão para modificar ou rescindir unilateralmente um contrato, bem como da fiscalização de sua execução e da aplicação de penalidades ao contratado e a ocupação provisória de seus bens, de acordo com regra prevista no artigo 58 da Lei 8.666/93.

Neste ínterim, vale mais uma vez frisar que a aplicação deste princípio só será legítima quando for realizada como instrumento para o alcance dos interesses da coletividade, não sendo admitida a sua utilização para satisfazer o bel prazer da máquina estatal ou de seus agentes.

Assim, sendo utilizadas de maneira incorreta as prerrogativas da Administração Pública, poderá ser judicialmente corrigido através dos remédios constitucionais, tal como o habeas corpus, o habeas data e o mandado de segurança.

2.2.4 Princípio da indisponibilidade do interesse público

O princípio da indisponibilidade do interesse público é um princípio implícito que tem como escopo definir os limites da atuação administrativa.

Este princípio traz a idéia de que os bens e os interesses públicos não pertencem à Administração, nem tampouco aos seus agentes, sendo que a eles é incumbida a tarefa de conservar, gerir e preservar tais bens e interesses em prol da coletividade, posto que esta sim seja a verdadeira titular dos interesses e direitos públicos, pois é em nome da coletividade que a Administração atua.

Celso Antonio Bandeira de Mello (2011, p. 74) dispõe o seguinte sobre o princípio da indisponibilidade do interesse público:

A indisponibilidade dos interesses públicos significa que, sendo interesses qualificados como próprios da coletividade – internos ao setor público -, não se encontram à livre disposição de quem quer que seja por inapropriáveis. O próprio órgão administrativo que os representa não tem disponibilidade sobre eles, no sentido de que lhe incumbe apenas curá-los – o que é também um dever – na estreita conformidade do que predisuser na *intentio legis*.

Nesta toada, Fernanda Marinella (2012, p. 28) leciona o seguinte a respeito do mencionado princípio:

(...) Assim, o princípio da indisponibilidade serve para limitar a atuação do agente público, revelando-se um contrapeso à superioridade descrita no princípio da supremacia, podendo se afirmar que, em nome da supremacia do interesse público, o Administrador pode muito, pode quase tudo, mas não pode abrir mão do interesse público.

Logo, importante salientar que a Administração não pode dispor livremente dos interesses e dos bens públicos, pois ela atua em nome de terceiros, ou seja, da coletividade, isto porque a Administração não é titular de interesses públicos, o titular desses interesses é o Estado, que é quem protege esses interesses e os exercita através da função administrativa, através dos seus órgãos, os quais são os veículos da atividade estatal.

Portanto, tal princípio se revela como um contrapeso ao princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado, pois ele limita a atuação da Administração e dos agentes públicos, buscando evitar que estes exerçam atividades com o intuito de buscar vantagens indevidas.

Assim, podemos dizer que são impostas limitações a Administração, tais como a alienação de bens públicos, que só podem ocorrer de acordo com o previsto na lei, contratação de pessoal efetivo, devendo obedecer a regra do concurso público, isto é, não pode o administrador, por livre arbítrio, escolher as ocupantes desses cargos. Outro exemplo seria a realização de um contrato com fornecedores para a aquisição de determinado produto, que em regra depende da realização de licitação para tanto.

Neste âmbito, é de fácil percepção que o Administrador desempenha uma função em nome e interesse de outra pessoa e, em razão disso, ele não dispõe de uma liberdade irrestrita e nem tampouco de autonomia de vontade.

Há uma finalidade previamente estabelecida, devendo ser observado para tanto a Constituição Federal e as demais leis, além de haver para o administrador o dever de bem curar o interesse alheio, qual seja: o interesse público.

Contudo, o princípio da indisponibilidade do interesse público pode ser relativizado para que se preserve a aplicação de outros princípios, tais como moralidade e eficiência.

Nesta toada, já foi firmado entendimento no STF no sentido de que pode a Administração realizar acordos ou transações, relativizando o princípio da indisponibilidade do interesse público, principalmente quando a realização desse acordo se mostra como o meio mais apropriado e eficaz para beneficiar a coletividade.

2.3 Princípio da Legalidade

O princípio da legalidade é princípio basilar do regime-jurídico administrativo, posto que é decorrente do Estado de Direito, bem como é verdadeiramente uma das principais garantias de respeito aos direitos individuais.

O exercício da função administrativa não pode ser pautado pela vontade da Administração ou dos agentes públicos, porém deve observância obrigatória a lei.

Neste caminho, Hely Lopes Meirelles (2014, p. 91), leciona que:

Na Administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza. A lei para o particular significa “poder fazer assim”; para o administrador público significa: “deve fazer assim.

Com efeito, este princípio consagra a idéia de que a Administração Pública só pode fazer aquilo que é permitido pela lei, a sua vontade decorre do comando legal, e, conseqüentemente, a atividade administrativa é uma atividade infralegal, que consiste na expedição de comandos complementares à lei.

Além do mais, tal princípio garante que os conflitos sejam sanados, solucionados pela lei, não podendo o agente público agir por livre arbítrio, praticando condutas sem que haja o comando legal para tanto.

Deste modo, não havendo previsão legal, o agente público está proibido de agir e a conduta que for perpetrada ao arrepio da lei será considerada ilegítima.

Por outro lado, no direito privado, aos particulares, tudo o que não está proibido pela lei, é permitido, sendo a idéia consagrada no princípio da não contradição à lei.

Celso Antonio Bandeira de Mello (2011, p. 100) dispõe o seguinte em sua obra de Direito Administrativo:

O princípio da legalidade se contrapõe, portanto, e visceralmente a quaisquer tendências de exacerbação personalista dos governantes. Opõe-se a todas as formas de poder autoritário, desde o absolutista, contra o qual, irrompeu, até as manifestações caudilhescas ou messiânicas típicas dos países subdesenvolvidos. O princípio da legalidade é o antídoto natural do poder monocrático ou oligárquico, pois tem como raiz a idéia de soberania popular, de exaltação da cidadania. Nesta última se consagra a radical subversão do anterior esquema de poder assentado na relação soberano-súdito (submisso).

Partindo da premissa de que todo poder emana do povo, e que os detentores do poder são os cidadãos, resta evidente que os governantes não são nada mais do que representantes da sociedade.

Nesta senda, Matheus de Carvalho (2017, p. 67) dispõe o seguinte em seu Manual de Direito Administrativo:

Ademais, pode-se entender que o princípio da legalidade é corolário da regra da indisponibilidade do interesse público. Afinal, a lógica é que o Administrador não pode atuar de forma a dispor do interesse público e, portanto, sua atuação fica dependendo da autorização do titular do interesse público (que é o povo), responsável pela elaboração das leis, por meio de seus representantes legitimamente escolhidos. Sem embargo, a autorização legal configura a manifestação da vontade popular no sentido de que é possível ao administrador praticar uma determinada conduta, sem que isso configure disposição dos direitos da coletividade.

Deste modo, o agir da Administração Pública está condicionado ao comando legal, que se revela através da manifestação da vontade povo, exteriorizada pelos seus representantes legais.

No ordenamento jurídico pátrio, o princípio da legalidade além de se fundamentar na estrutura do Estado Democrático de Direito, está previsto especificamente nos artigos 5º, II, 37, *caput* e 84, IV, da Constituição Federal, Vejamos:

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:

(...)

II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

(...)

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

(...)

IV - sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução.

Pois bem, no que diz respeito ao artigo 5º, inciso II, algumas considerações devem ser feitas.

Primeiro, quando da análise do mencionado dispositivo, é importante que se observe que lá não está escrito que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer algo, senão em virtude de decreto, portaria, regulamento, resolução ou qualquer outra instrução normativa, mas sim em virtude de **LEI**.

Com efeito, o disposto no artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal contempla o que é chamado pela doutrina de legalidade geral, na qual as fronteiras ultrapassam as fronteiras do Direito Administrativo.

E há uma razão para o dispositivo legal trazer em seu texto a palavra lei, pois através disso se estabelece garantia ampla de que apenas o Parlamento poderá restringir a liberdade dos particulares, pois dentro da organização do Estado, os parlamentares são os representantes diretos do povo, uma vez que são eleitos por estes, assim as leis são a expressão maior da vontade popular, é uma autolimitação imposta pelo povo às liberdades individuais.

À administração é vedado proibir ou impor qualquer tipo de comportamento a terceiro, salvo se o estiver fazendo com a autorização previa de lei.

Neste ínterim, não pode a administração mediante simples ato administrativo, conceder direitos, sejam eles de qualquer espécie, criar obrigações, ou ainda impor vedações aos administrados.

E, por fim, o artigo 84, inciso IV, da Carta Magna, dispõe o seguinte:

Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:
IV - sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução;

Esse dispositivo deixa evidente que o ato administrativo é subordinado à lei, ou seja, tem papel secundário no direito brasileiro, pois tais atos dependem da existência de uma lei a ser por eles regulamentada e, em decorrência executada, sem lei prévia não se admite a prática de ato administrativo disciplinando determinada matéria.

Desta feita, regulamentos, decretos e todos os atos administrativos em geral, só podem ser expedidos para que seja viabilizada a aplicação da lei.

Hely Lopes Meirelles (2014, p. 91) ao estabelecer uma diferença entre legalidade pública e legalidade privada, disserta o seguinte:

Na Administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na Administração particular é lícito fazer tudo o que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza.

Deste modo, a relação estabelecida entre o particular e a lei, é de liberdade e autonomia de vontade, onde o silêncio da lei em face de determinada conduta, na esfera do particular é visto como uma permissão para agir.

Na esfera do particular há uma norma geral permissiva implícita, pois à medida que em que não há uma norma específica, há tacitamente uma permissão genérica.

Por outro lado, em face dos agentes públicos, a situação é completamente contrária, posto que a relação entre estes e a lei é de subordinação. A ausência de disciplina legal sobre determinado comportamento se revela como uma proibição de agir no âmbito da Administração Pública.

Na esfera da administração, diferentemente da esfera do particular, existe uma norma geral proibitiva implícita, pois na ausência de regra específica é atraído à incidência de um comando proibitivo genérico.

No entanto, embora a lei seja a regra para que a administração atue de forma legítima, em determinadas circunstâncias a Carta Magna excepcionaliza esta regra,

através da edição de medida provisória, nas situações de estado de sitio e estado de defesa.

Assim, a lei é a regra para que a Administração atue, sob pena de ter seus atos declarados ilegítimos, porém em situações excepcionais outras modalidades normativas poderão ser utilizadas.

2.4 Princípio da Impessoalidade

O princípio da impessoalidade tem como objetivo fazer com que a Administração dispense um tratamento igualitário aos administrados que estão em idêntica situação jurídica, ou seja, deve a Administração tratar os administrados sem discriminações e privilégios, estando o agente público impedido de considerar quaisquer inclinações e interesses pessoais, sejam eles próprios ou de terceiros.

Celso Antonio Bandeira de Mello (2011, p. 114), em sua obra “Curso de Direito Administrativo” define o princípio da impessoalidade da seguinte forma:

Nele se traduz a idéia de que a Administração tem que tratar a todos os administrados sem discriminações, benéficas ou detrimenotas. Nem favoritismo nem perseguições são toleráveis. Simpatias ou animosidades pessoais, políticas ou ideológicas não podem interferir na atuação administrativa e muito menos interesses sectários, de facções ou grupos de qualquer espécie. O princípio em causa não é senão o próprio princípio da igualdade ou isonomia. Está consagrado explicitamente no art. 37, *caput*, da Constituição. Além disso, assim como “todos são iguais perante a lei” (art. 5º, *caput*), a *fortiori* teriam de sê-lo perante a Administração.

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2013, p. 68), a impessoalidade na Administração pode ser observada sobre duas vertentes distintas, quais sejam: em relação aos administrados; e em relação a própria Administração.

No que diz respeito aos administrados o princípio da impessoalidade estaria relacionado com a finalidade pública, a qual deve nortear toda a atividade administrativa. Aqui é sempre o interesse público que deve nortear a Administração, de maneira que ela não pode atuar com vistas a prejudicar ou beneficiar determinadas pessoas. DI PIETRO (2013, p. 68) cita o seguinte exemplo: “Aplicação desse princípio encontra-se, por exemplo, no artigo 100 da Constituição, referente aos precatórios judiciais; o dispositivo

proíbe a designação de pessoas ou de casos nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para esse fim”.

Já no que tange em relação à própria administração, o princípio da impessoalidade, de acordo com Maria Sylvia Di Pietro apud José Afonso da Silva (2013, p.68), que “os atos e provimentos administrativos são imputáveis não ao funcionário que os pratica, mas ao órgão ou entidade administrativa da Administração Pública, de sorte que ele é o autor institucional do ato. “Ele é apenas o órgão que formalmente manifesta a vontade estatal.” (...) “As realizações governamentais não são do funcionário ou autoridade, mas da entidade pública em nome de quem as produzira.”

Segundo DI PIETRO (2013, p. 68) a própria Constituição dá uma consequência expressa a essa regra, quando, no § 1º do artigo 37, “proíbe que conste nome, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos em publicidade de atos, programas, obras, serviços e campanhas de órgãos públicos”.

Importante salientar que o princípio da impessoalidade está implicitamente previsto na Lei nº 9784/99, artigo 2º, parágrafo único, inciso III, nos dois sentidos que foram expostos acima quando se exige “objetividade no atendimento do interesse público, vedada a promoção social de agentes ou autoridades”.

O princípio da impessoalidade pode também ser analisado sobre outro enfoque, qual seja: a de que a atuação dos agentes públicos é imputada ao Estado, resultando, assim, em um agir impessoal da administração.

Com efeito, é com base no disposto acima que se diz que as realizações não devem ser atribuídas à pessoa física do agente público, mas sim à pessoa jurídica a que estiver ligado e, com supedâneo nisso, é que em regra a reparação dos danos causados no exercício da atividade administrativa cabe ao Estado e não ao agente que praticou a conduta.

A Magna Carta traz em seu texto legal algumas regras que representam a aplicação do princípio da impessoalidade, tal como o disposto no artigo 37, II, que ao exigir o concurso público para o ingresso em cargo, emprego ou função pública, possibilitando que, todos aqueles que disputam aquele cargo, o façam em igualdade de condições.

Outra hipótese em que se verifica a aplicação do princípio da isonomia está disposta no artigo 37, XXI, da Constituição, onde se trata da licitação para os contratos celebrados pela administração direta e indireta, garantindo assim a igualdade de condições entre os concorrentes.

O princípio da impessoalidade, juntamente com os princípios da moralidade, da eficiência e da isonomia, tem sido aplicado para se proibir a prática de nepotismo na Administração Pública, com a proibição da nomeação de parentes e cônjuge para assumirem os cargos públicos com função de chefia, direção e assessoramento.

Nesta senda, em 2008, com o intuito de solucionar as divergências existentes no que diz respeito ao nepotismo, o Supremo Tribunal Federal expediu a Súmula Vinculante nº 13, estabelecendo que:

A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica, investido em cargo de chefia, direção ou assessoramento para o exercício de cargo em comissão ou de confiança, ou, ainda, de função gratificada na Administração Pública direta e indireta, em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal.

Assim, diante do estabelecido na súmula vinculante nº 13, é vedada também a prática do nepotismo cruzado, não se admitindo a troca de favores ou favorecimentos pessoais.

Matheus de Carvalho (2017, p. 72) traz o seguinte exemplo de nepotismo cruzado em seu manual de Direito Administrativo:

Dessa forma, não se admite que o promotor “X” nomeie a esposa do juiz “Y” para exercer a função de assessoria em seu gabinete e, em troca, o juiz “Y” garanta a nomeação da esposa ou companheira do promotor “X” para exercer função gratificada em seu gabinete. Essa reciprocidade de nomeações, conhecida como “nepotismo cruzado”, é vedada expressamente pelo texto da Súmula, impedindo qualquer expediente que, ainda de forma indireta, atente contra a impessoalidade das nomeações. Lembre-se, também, que o texto da Súmula abrange, ainda, a nomeação de companheiros ou companheiras, assim entendidos aqueles que possuem relação de união estável com a autoridade nomeante.

Todavia, os agentes políticos, de acordo com orientação do próprio Supremo Tribunal Federal, não são abrangidos pela proibição da sumula vinculante nº 13.

Deste modo, a título de exemplo, o Governador de um Estado, pode nomear como Secretário de Estado o seu irmão, por se tratar de cargo de natureza política.

Neste sentido segue Ementa de decisão do Pleno do STF¹, vejamos:

AGRAVO REGIMENTAL EM MEDIDA CAUTELAR EM RECLAMAÇÃO. NOMEAÇÃO DE IRMÃO DE GOVERNADOR DE ESTADO. CARGO DE SECRETÁRIO DE ESTADO. NEPOTISMO. SÚMULA VINCULANTE Nº 13. INAPLICABILIDADE AO CASO. CARGO DE NATUREZA POLÍTICA. AGENTE POLÍTICO. ENTENDIMENTO FIRMADO NO JULGAMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 579.951/RN. OCORRÊNCIA DA FUMAÇA DO BOM DIREITO. 1. Impossibilidade de submissão do reclamante, Secretário Estadual de Transporte, agente político, as hipóteses expressamente elencadas na Súmula Vinculante nº 13, por se tratar de cargo de natureza política. 2. Existência de precedente do Plenário do Tribunal: RE 579.951/RN, rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJE 12.9.2008. 3. Ocorrência da fumaça do bom direito. 4. Ausência de sentido em relação às alegações externadas pelo agravante quanto a conduta do prolator da decisão ora agravada. 5. Existência de equívoco lamentável, ante a impossibilidade lógica de uma decisão devidamente assinada por Ministro desta Casa ter sido enviada, por fac-símile ao advogado do reclamante, em data anterior a sua própria assinatura. 6. Agravo regimental improvido. (STF - Rcl-MC-AgR: 6650 PR, Relator: ELLEN GRACIE, Data de Julgamento: 16/10/2008, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-222 DIVULG 20-11-2008 PUBLIC 21-11-2008 EMENT VOL-02342-02 PP-00277).

Ademais, o STF já confirmou em sede de repercussão geral que não há necessidade de lei formal para que se proíba a prática do nepotismo, posto que a proibição para a prática dessa conduta decorre diretamente dos princípios previstos no artigo 37, *caput*, da Constituição Federal.

No mais, José dos Santos Carvalho Filho aponta como exceção ao princípio da impessoalidade o sistema de cotas, no qual se prevê a reserva de vagas se levando em consideração o critério étnico-social, para a ingresso em instituição de nível superior (CARVALHO, 2017, p.49).

Por fim, outro exemplo da aplicação do princípio da impessoalidade pode ser perfeitamente vislumbrado no disposto no artigo 37, §1º da Constituição Federal,

¹ Disponível em: < <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2912396/agregna-medida-cautelar-na-reclamacao-rcl-mc-agr-6650-pr>.> Acesso em: 10 fev. 2018.

que estabelece o dever de publicidade dos atos, programas, serviços e campanhas dos órgãos públicos, tendo como objetivo o caráter educativo, informativo ou de orientação social, e de forma desvinculada da pessoa dos administradores públicos, sendo vedado que constem nomes, símbolos, ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos.

O princípio da impessoalidade determina ao agente público no desempenho de sua atividade estatal, que se comporte sempre de forma imparcial, objetiva e neutra, isto é, desvinculado de seus liames de caráter pessoal e sempre em busca de atender os interesses de todos e não de um indivíduo ou um determinado grupo.

2.5 Princípio da Moralidade

A premissa de moralidade administrativa no ordenamento jurídico pátrio está insculpida no artigo 37, caput, da Carta Magna.

Há aqui, para o agente público, o dever de agir com honestidade, lealdade e boa-fé, quando do exercício da função administrativa, devendo obrigatoriamente ser observado os padrões éticos de conduta.

Entretanto, a idéia de moralidade administrativa, ainda que de modo restrito já fosse encontrada no ordenamento jurídico pátrio, quando do exercício da ação popular, pois, através desta ação, se atribui a qualquer cidadão a possibilidade de impugnar ato lesivo a moralidade administrativa.

Marino Pazzaglini Filho (2008, p. 19) conceitua da seguinte forma:

A moralidade significa a ética da conduta administrativa; a pauta de valores morais a que a Administração Pública, segundo o corpo social, deve submeter-se para a consecução do interesse coletivo. Nessa pauta de valores se insere o ideário vigente no grupo social sobre, v.g., honestidade, boa conduta, bons costumes, equidade e justiça. Em outras palavras, a decisão do agente público deve atender àquilo que a sociedade, em determinado momento, considera eticamente, moralmente aceito.

Celso Antonio Bandeira de Mello (2011, p. 119-120) traz a seguinte premissa acerca do princípio da moralidade:

De acordo com ele, a Administração e seus agentes têm de atuar na conformidade de princípios éticos. Violá-los implicará violação ao próprio Direito, configurando ilicitude que a sujeita a conduta viciada a invalidação, porquanto tal princípio assumiu foros de pauta jurídica, na conformidade do artigo 37 da Constituição. Compreendem-se em seu âmbito, como é evidente, os chamados princípios da lealdade e boa fé, tão oportunamente encarecidos pelo mestre espanhol Jesús Gonzales Perez em monografia preciosa. Segundo os cânones da lealdade e da boa fé, a Administração haverá de proceder em relação aos administrados com sinceridade e lhanza, sendo-lhe interdito qualquer comportamento astucioso, evitado de malícia, produzido de maneira a confundir, dificultar ou minimizar o exercício de direitos por parte dos cidadãos.

Portanto, podemos dizer que em decorrência do princípio da moralidade, o administrador público não deve apenas averiguar os critérios de conveniência e oportunidade, mas deve também distinguir o que é honesto do que é desonesto, pautando sempre pela ética, isso deve ser verificado tanto pelo Administrador em face dos administrados, bem como internamente na Administração.

No entanto, é indiscutível que a moralidade administrativa/moral jurídica se distingue da moral comum/moral social, tendo em vista que pelo princípio da moralidade administrativa é ordenado que se observe a padrões éticos, de boa fé, honestidade, lealdade, probidade, os quais são incorporados ao conceito de boa administração, ou seja, a moralidade administrativa vai muito além da observância da moral vigente na sociedade.

Insta trazer ao debate, a precisa observação de Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2009, p. 105), a respeito da distinção entre moral comum e moralidade administrativa: “Enquanto a moral comum é orientada para uma distinção puramente ética, entre o bem e o mal, a moral administrativa é orientada para uma distinção prática entre boa e má-administração”

Neste ínterim, Matheus de Carvalho (2017, p. 74) dispõe o seguinte:

A “moralidade social” procura fazer uma diferenciação entre o bem e o mal o certo e o errado no senso comum da sociedade; já a “moralidade jurídica” está ligada sempre ao conceito de bom administrador, de atuação que vise alcançar o bem estar de toda a coletividade e dos cidadãos, no qual a conduta se dirige.

Neste aspecto, o artigo 2º, parágrafo único, IV, da Lei 9.784/99, nos traz a definição de moralidade no processo administrativo como um dever de “atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé.”

Na mesma toada, pode ser mencionado o disposto no artigo 112, da Lei 8.112/90, que enumera como deveres do servidor público a obrigação de ser leal às instituições que servirem e manterem conduta compatível com a moralidade administrativa.

Além disso, podemos mencionar os Decreto n. 1.171/94 (Código de Ética Profissional do Servidor Público Federal) e o Decreto n. 6.029/2007 (Sistema de Gestão Ética do Poder Executivo Federal) como instrumentos disciplinadores do comportamento ético do agente público.

É imperioso afirmar que, as exigências impostas pelo princípio da moralidade administrativa atingem os dois lados da relação jurídica administrativa, refletindo, assim, tanto na Administração Pública e nos administrados.

Algumas considerações devem ser feitas em face da boa fé, tendo em vista que boa parte da doutrina a introduz no princípio da moralidade administrativa.

No Direito Privado, a boa fé está ligada com a idéia de lealdade, honestidade, confiabilidade, entre as partes envolvidas na relação.

Todavia, no Direito Administrativo, a boa fé é vista sob duas vertentes com grandes diferenças, quais sejam, a boa fé objetiva e a boa fé subjetiva.

Assim, para que possamos compreender a noção de boa fé objetiva e boa fé subjetiva, vejamos o que leciona Alexandre Mazza (2014, p. 105) em sua obra de Direito Administrativo:

A boa fé subjetiva, ou boa fé crença ou boa fé convicção consiste na investigação sobre a vontade e intenção do indivíduo, especialmente para apurar o conhecimento ou o desconhecimento da ilicitude da conduta praticada. Fala-se que o agente atuou “de boa fé”, tendo como noção contraposta a “má fé”. Já a boa fé objetiva ou boa fé conduta manifesta-se extremamente por meio da investigação do comportamento do agente, sendo irrelevante sua intenção. Fala-se que o agente atuou “segundo a boa fé”, tendo como noção contraposta a ausência de “boa fé”, e não a má fé.

Judith Martins Costa (2000, p. 411) conceitua a boa-fé-objetiva, da seguinte forma:

Já por “boa-fé objetiva” se quer significar – segundo a conotação que adveio da interpretação conferida ao §242 do Código Civil alemão, de larga força expansionista em outros ordenamentos, e bem assim, daquela que lhe é atribuída

nos países da common law – modelo de conduta social, arquétipo ou standard jurídico segundo o qual cada pessoa deve ajustar a própria conduta a esse arquétipo, obrando como obraria um homem reto: com honestidade, lealdade, probidade. Por este modelo objetivo de conduta levam-se em consideração os fatores concretos do caso, tais como o status pessoal e cultural dos envolvidos, não se admitido uma aplicação mecânica do Standard, de tipo meramente subjuntivo.

Logo, após trazermos uma definição de boa fé objetiva e boa fé subjetiva, é de extrema importância que deixemos claro que é prestigiada pela legislação administrativa a boa fé objetiva, no qual pode ser vislumbrada pelas ações externas dos agentes públicos integrantes da Administração Pública e dos particulares. Isso se dá em face da desnecessidade de indagação do elemento psicológico do agente, pois para o Direito Administrativo o que importa é a atitude e não a intenção.

Deste modo, o princípio da boa fé objetiva, está diretamente relacionado com a retidão e a lealdade, uma vez que a conduta perpetrada pelo agente público ou pelo particular violou essas premissas, deve então ser aplicada as penas definidas no ordenamento, mostrando-se irrelevante a investigação acerca do elemento psicológico do agente, ou seja, é irrelevante analisar a intenção do agente que realizou a conduta censurável.

A boa fé pode ser perfeitamente vislumbrada como um dos critérios que pautam a conduta da Administração, mediante interpretação do artigo 2º da Lei nº 9.784/99, em que assevera que os critérios elencados no parágrafo único para o agir administrativo guardam relação pontual com os princípios elencados.

Por fim, cumpre ressaltar que há no ordenamento jurídico pátrio vários instrumentos para o combate da imoralidade administrativa, tais como: Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/92) onde prevê as hipóteses configuradoras de improbidade administrativa, bem como as sanções cabíveis aos agentes que perpetrarem as condutas previstas nos artigos 9º, 10º e 11º da lei; Ação Popular, prevista no artigo 5º, LXXIII, da Constituição Federal e regulamentada pela Lei 4.717/65, na qual qualquer cidadão pode deduzir a pretensão de anular atos da Administração que estejam eivados de imoralidade administrativa; Ação Civil Pública, prevista no artigo 129, III, da Constituição Federal e regulamentada pela Lei 7.347/85; Lei Anticorrupção (Lei 12.846/2013).

Deste modo, vários são os mecanismos para coibir e combater as condutas de imoralidade administrativa.

2.6 Princípio da Publicidade

O princípio da publicidade consagra a idéia de que a Administração pública deve divulgar amplamente os atos que pratica, além de que devem manter plena transparência em seus comportamentos, possibilitando livre acesso dos indivíduos as informações de seus interesses e a transparência na atuação administrativa.

O fundamento do princípio da publicidade é que o administrador exerce função pública, por isso, ele atua em nome da coletividade, para defender os interesses do povo. Em razão disto, nada mais justo de que o titular desse poder tome conhecimento do que está sendo feito com os seus direitos.

José dos Santos Carvalho Filho (2017, p. 51) discorre o seguinte sobre o princípio da publicidade:

Outro princípio mencionado na Constituição é o da publicidade. Indica que os atos da Administração devem merecer a mais ampla divulgação possível entre os administrados, isto porque constitui fundamento do princípio, propiciar-lhes a possibilidade de controlar a legitimidade da conduta dos agentes administrativos. Só com a transparência dessa conduta é que poderão os indivíduos poderão aquilatar a legalidade ou não dos atos e o grau de eficiência de que se revestem.

Discorrendo acerca do princípio da publicidade, Celso Antonio Bandeira de Mello (2011, p. 114) dispõe o seguinte:

Consagra-se nisto o dever administrativo de manter plena transparência em seus comportamentos. Não pode haver em um Estado Democrático de Direito, no qual o poder reside no povo (art. 1º, parágrafo único, da Constituição), ocultamento aos administrados dos assuntos que a todos interessam, e muito menos em relação aos sujeito individualmente afetados por alguma medida.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2013, p.72) disserta sobre o princípio da publicidade da seguinte maneira “O princípio da publicidade que vem agora inserido no artigo 37 da Constituição exige ampla divulgação dos atos praticados pela Administração Pública, ressalvadas as hipóteses de sigilo previstas em lei”.

Rafael Carvalho Rezende de Oliveira (2017, p. 117) conceitua o princípio da publicidade da seguinte forma:

O princípio da publicidade impõe a divulgação e a exteriorização dos atos do Poder Público (art. 37 da CRFB e art. 2º da Lei 9.784/1999). A visibilidade (transparência) dos atos administrativos guarda estreita relação com o princípio democrático (art. 1º da CRFB), possibilitando o exercício do controle social sobre os atos públicos. A atuação administrativa obscura e sigilosa é típica dos Estados autoritários. No Estado Democrático de Direito, a regra é a publicidade dos atos estatais; o sigilo é a exceção. Ex: a publicidade é requisito para produção dos efeitos dos atos administrativos, necessidade de motivação dos atos administrativos.

Podemos dizer que a publicidade vai muito além do que uma simples divulgação é na realidade um verdadeiro dever estatal, posto que seja através da publicidade que os órgãos da administração pública conferem publicidade e notoriedade aos seus atos, decisões, procedimentos e atividades.

Com efeito, tal princípio é um instrumento poderoso e necessário para a consolidação do Estado Democrático de Direito, possibilitando que o povo de certa forma exerça o controle social sobre os atos públicos.

Portanto, podemos dizer que este princípio traz como uma de suas principais finalidades, oferecer eficácia aos atos da Administração Pública e conferir à população ou a outros órgãos públicos o controle do ato.

Em relação à forma como é dada publicidade ao ato, Alexandre Mazza (2014, p. 110) discorre o seguinte:

O modo de dar-se a publicidade varia conforme o tipo de ato. No caso dos atos individuais, que são dirigidos a destinatário certo, ou mesmo para atos internos, a publicidade é garantida pela simples comunicação do interessado. Exemplo: autorização para o servidor sair mais cedo.

Quanto aos atos gerais, isto é, dirigidos a destinatários indeterminados, a publicidade depende da publicação no Diário Oficial. Exemplo: edital convocatório para concurso público.

Também exigem publicação no Diário Oficial os atos individuais de efeitos coletivos, que são aqueles do interesse imediato de um indivíduo, mas com repercussão para um grupo de pessoas. Exemplo: deferimento de férias de servidor (implica a redistribuição a todos na repartição).

Neste ínterim, Fernanda Marinela (2012, p. 41), discorre que:

Também não se pode confundir publicidade com **publicação**. A publicação, enquanto divulgação em diário oficial, é somente uma das hipóteses de publicidade; é espécie desse gênero e, portanto, não são sinônimos. A publicidade pode acontecer de várias maneiras: via cientificação pessoal no próprio processo, por meio do correio, divulgação em diário oficial ou jornal de grande circulação, ou até mediante sessões realizadas de portas abertas, como na licitação, por exemplo, entre outras formas que viabilizam o conhecimento público.

Portanto, a publicidade dos atos administrativos varia de acordo com a natureza do ato, podendo se dar através da publicação, comunicação, notificação ou intimação.

A publicidade dos atos administrativos ainda pode ser dividida em interna, em que é dirigida especificamente aos integrantes do órgão ou entidade, ou a externa, isto é, aquela que é dirigida aos cidadãos em geral, podendo ser divulgada/publicada no Diário Oficial, no jornal, ou na internet.

O princípio da publicidade pode ser facilmente vislumbrado em alguns dispositivos da Magna Carta, vejamos:

Artigo 5º, XXXIII: “todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado.”

Artigo 5º, XXXIV: “são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas: a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder; b) a obtenção de certidões em repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimentos de situações de interesse pessoal.

Com isso, uma vez negado o exercício dos direitos mencionados acima, ou em caso de não ser fornecida a informação, ou ser fornecida de forma incorreta, haverá nítida ofensa a tais direitos. Logo, a pessoa que for prejudicada poderá se valer dos remédios constitucionais, quais sejam: habeas corpus, habeas data e o mandado de segurança, para que seja restaurada a legalidade.

2.6.1 Exceções à publicidade

O próprio texto constitucional definiu algumas exceções ao princípio da publicidade.

A primeira hipótese está prevista no artigo 5º, inciso X, no qual dispõe que são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, aplicando, a quem as violar, o dever de indenizar por danos materiais e morais causados, tais como processos administrativos disciplinares.

A segunda hipótese, de exceção ao princípio da publicidade, está consagrada no artigo 5º, XXXIII da Carta Magna, em que está garantido o direito à informação, ressalvando as informações imprescindíveis à segurança da sociedade e do Estado. A título de exemplo podemos mencionar o sigilo das informações sobre o interior de usina nuclear para evitar atentados terroristas.

E a terceira hipótese seria a prevista no artigo 5º, LX, da Constituição Federal, onde diz que a lei poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem. Aqui, poderíamos citar à título de exemplo o disposto no artigo 150 da Lei nº 8.112/90, que traz o Estatuto dos Servidores da União, que estatui que a comissão de processo disciplinar exercerá suas atividades com independência e imparcialidade, assegurado o sigilo necessário a elucidação do fato ou exigido pelo interesse da administração, bem como dispõe que as reuniões e as audiências das comissões terão caráter reservado. Aqui podem ser mencionados os processos administrativos disciplinares.

O artigo 37, § 1º da Constituição Federal, dispõe o seguinte:

A publicidade dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos deverão ter caráter educativo, informativo ou de orientação social, dela não podendo constar nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos.

Desta feita, algumas considerações devem ser feitas sobre o disposto no artigo acima.

Primeiramente, está o dever de publicidade a ser praticado pelos administradores públicos, devendo orientar, informar e educar a sociedade, e caso isso não seja cumprido, o agente público poderá ser punido por ato de improbidade administrativa, previsto na Lei 8.429/92.

Depois, na segunda parte do dispositivo legal mencionado, encontramos uma vedação a promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos. Isso se dá em observância aos princípios da impessoalidade, moralidade e eficiência.

2.7 Princípio da Eficiência

O princípio da eficiência, embora já existisse implicitamente na Lei Maior, foi inserido como princípio constitucional expresso, no artigo 37 da Constituição Federal, por meio da Emenda Constitucional nº 19 de 04 de junho de 1998, sendo, portanto, princípio de observância prioritária no desempenho de toda a atividade da Administração Pública.

A inserção do princípio da eficiência, de forma expressa, no texto constitucional é considerada como um dos pilares da reforma Administrativa, em que se tentou programar um modelo de administração pública gerencial, na qual estaria voltada a um controle de resultados na atuação estatal.

Fernanda Marinela (2012, p. 44) disserta o seguinte sobre a eficiência:

A eficiência exige que a atividade administrativa seja exercida com presteza, perfeição e rendimento funcional. Consiste na busca de resultados práticos de produtividade, de economicidade, com a conseqüente redução de desperdícios do dinheiro público e rendimentos típicos da iniciativa privada, sendo que, nessa situação, o lucro é do povo; quem ganha é o bem comum.

Neste caminho, Marino Pazzaglini Filho (2009, p. 19):

A eficiência na gestão da coisa pública significa a obrigação legal da Administração agir com eficácia real e concreta. Vale dizer que o agente público, no desempenho de suas funções, tem o dever jurídico de escolher e aplicar as medidas ou soluções mais positivas (de maior rentabilidade, congruência e eficácia) para a consecução dos interesses da coletividade.

Hely Lopes Meirelles (2014, p. 102) discorrendo acerca do princípio da eficiência diz o seguinte:

O princípio da eficiência exige que a atividade administrativa seja exercida com presteza, perfeição e rendimento funcional. É o mais moderno princípio da função administrativa, que já não se contenta em ser desempenhada apenas com legalidade, exigindo resultados positivos para o serviço público e satisfatório atendimento das necessidades da comunidade e de seus membros.

Com isso, podemos dizer que são valores encarecidos pelo princípio da eficiência a economicidade, redução de desperdícios, produtividade, rapidez, qualidade e rendimento funcional.

O princípio da eficiência traz insculpido em seu conceito o dever da Administração Pública agir rapidamente e com precisão, aplicando as medidas mais positivas, de forma que produza resultados que satisfaçam as necessidades da sociedade.

José dos Santos Carvalho Filho (2017, p. 53) assevera o seguinte sobre o princípio da eficiência:

O núcleo do princípio é a procura de produtividade, economicidade e, o que é mais importante, a exigência de reduzir os desperdícios do dinheiro público, o que impõe a execução dos serviços públicos com presteza, perfeição e rendimento funcional.

Deste modo, podemos dizer que uma administração eficiente é aquela que produz bem, com qualidade e com pouco gasto, buscando sempre os melhores resultados, com o menos desperdício possível quando do desempenho da atividade estatal.

Com relação aos serviços públicos, já estava previsto expressamente a necessidade de eficiência, isso é possível ser constatado através do disposto no artigo 6º da Lei nº 8.987/95, a qual dispõe sobre concessão e permissão de serviços públicos, definindo o que é o serviço público adequado. Aqui, o que se exige é um aperfeiçoamento na prestação do serviço, de maneira que seja eficaz aos meios para a sua implementação, bem como com a obtenção dos resultados e a eficiência aqui deve ser observada tanto na qualidade quanto na quantidade.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2013, p.84) menciona em sua obra que o princípio constitucional da eficiência apresenta dois aspectos. Sendo o primeiro o modo de atuação do agente público, em que se espera o melhor desempenho possível em suas atribuições para que se alcance o melhor resultado possível. Já o segundo aspecto, diz respeito ao modo organizacional, estrutural e disciplinar da Administração Pública, tendo

o mesmo objetivo do primeiro, qual seja: o alcance dos melhores resultados na prestação do serviço público.

Para os servidores públicos, a eficiência é requisito indispensável para que se adquira, bem como para que se perca a estabilidade, conforme o disposto no artigo 41 da Constituição Federal.

Neste ínterim, de acordo com o disposto no artigo 41 da Magna Carta, para que um servidor público adquira estabilidade, primeiramente ele deve ser aprovado em concurso público, deve ser nomeado em um cargo de provimento efetivo. Após isso deve cumprir 03 (três) anos de efetivo exercício e depois deve passar por uma avaliação especial de desempenho que será realizada por uma comissão instituída para essa finalidade. Isso é tido como um instrumento para se exigir mais do servidor e ter uma administração mais eficiente.

Contudo, uma vez adquirida a estabilidade e conforme o disposto no artigo 41, § 1º da Magna Carta, o servidor público poderá perdê-la nas seguintes hipóteses: sentença judicial transitada em julgado; mediante processo administrativo, no qual lhe foi assegurado a ampla defesa; mediante procedimento de avaliação periódica de desempenho, consoante regulamentação por lei complementar e assegurada a ampla defesa.

Destarte, podemos dizer que a estabilidade passa a ser um mérito dos servidores que são nomeados através de concurso público, pois são vistos e avaliados como eficientes, qualificados para o cargo e produtivos.

É possível vislumbrarmos também a aplicação do princípio da eficiência no que diz respeito às regras de racionalização da Administração.

O artigo 169 da Constituição Federal dispõe o seguinte “A despesa com pessoal ativo e inativo da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios não poderá exceder os limites estabelecidos em lei complementar”.

Com efeito, fica clarividente que a Administração não pode exceder, com despesa de pessoal, os limites estabelecidos em lei complementar.

Os limites da despesa com pessoal ativo ou inativo foram estabelecidos no artigo 19 da Lei Complementar nº 101/00, mais conhecida como Lei de Responsabilidade Fiscal, sendo estabelecida uma porcentagem da receita corrente líquida de cada ente da

federação, com os seguintes percentuais: para a União 50%; para os Estados 60%; e para os Municípios 60%.

Ainda no que diz respeito aos limites das despesas com pessoal, o artigo 70 da Lei de Responsabilidade Fiscal, estabeleceu que o Poder ou o órgão que exceder os limites estabelecidos nos artigos 19 e 20 da Lei 100/01, terá o prazo de até 02 (dois) exercícios para que se enquadre no respectivo limite, devendo ser observado o percentual de 50% a cada ano.

Neste aspecto, quando a Administração se excede e gasta além dos limites, deve realizar medidas para a redução destes gastos, iniciando-se com o corte de gasto de pelo menos 20% (vinte por cento) das despesas com cargos em comissão e função de confiança, depois se passa para os servidores não estáveis e, pôr fim, aos servidores estáveis, devendo primeiramente se esgotarem os anteriores para que se passa ao grupo seguinte.

Por fim, o artigo 37, § 3º da Constituição Federal, alterado pela Emenda Constitucional nº 19, prescreve que a legislação deverá disciplinar as formas de participação do usuário, tanto na administração pública direta como na indireta, regulando as reclamações relativas à prestação dos serviços públicos em geral, sendo assegurada a manutenção de serviços de atendimento ao usuário e a avaliação periódica, externa e interna, da qualidade dos serviços, bem como se garanta ao usuário o acesso a registros administrativos e informações sobre atos de governo, além da regulamentação no que diz respeito à representação contra o exercício negligente ou abusivo de cargo, emprego ou função na administração pública.

Assim, podemos concluir que o objetivo do legislador, ao inserir o princípio da eficiência como princípio expresso do texto constitucional, é prezar pela boa administração.

3 DO DESACATO

No presente capítulo serão apresentados os aspectos históricos do desacato e, posteriormente será feita uma análise do tipo penal do delito previsto no artigo 331 do Código Penal.

3.1 Aspectos Históricos

No direito antigo, a ofensa que era dirigida a funcionário público não constituía crime autônomo, era apenas circunstância agravante.²

² FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal**. São Paulo: José Bushatsky, Editor, 1959, p. 961.

No direito romano, a injúria perpetrada contra os magistrados no exercício de suas funções eram injúrias agravadas e recebiam a classificação de *“injuria atrox”*, sendo que o agente que pertencia à classe dos humilhadores era imposto à pena capital, o que era considerado uma sanção gravíssima³.

Na Idade Média, as orientações do direito romano continuaram sendo mantidas pelos práticos, sendo que a injúria que era proferida ao magistrado era como se fosse feita ao próprio príncipe. Todavia, os praxistas alargaram os critérios do direito romano, tendo em vista que a ofensa que era direcionada ao sacerdote, também passou a ser considerada como *“iniuria atrox”*⁴.

No entanto, surgiu entre os práticos, divergência no que diz respeito a estender a tutela penal sobre o delito que era praticado em face de magistrado que não estava no exercício de suas funções, bem como nas hipóteses em que as ofensas não tivessem relação com o exercício da função⁵.

No direito francês, com o Código de 1810, em seu artigo 222, a ofensa que era dirigida a determinados funcionários, quando do exercício de suas funções, passou a ser classificada como: crimes autônomos com o *nomen júris* de *“outrage”*. Porém no direito italiano, tal figura passou a ter o nome de *“oltraggio”*⁶

No Brasil, as Ordenações Filipinas sancionavam de modo especial, as injúrias cometidas contra os julgadores ou seus oficiais em razão da função, sendo punidos como crimes de lesa-majestade, sendo que a punição poderia ser realizada pelo próprio ofendido, se este fosse juiz e se a ofensa tivesse ocorrido em razão de sua função⁷.

Em 1830, em nosso Código Criminal Imperial era considerada como agravadas a calúnia e a injúria, previstas respectivamente nos artigos 231 e 237, §2º, quando fossem praticadas contra qualquer depositário ou agente da autoridade pública em face de seu ofício⁸.

³ FRAGOSO, op. cit.,961.

⁴FRAGOSO, op. cit. 962.

⁵HUNGRIA, Nelson. Comentários ao Código Penal. Rio de Janeiro: Revista Forensee, 1958, p.419.

⁶ FRAGOSO, op. cit. 962.

⁷ FRAGOSO, 1959, loc.cit.

⁸ FRAGOSI, 1959, loc. cit.

Em 1890, o legislador adotou no Código Penal, o nome *iuris* de desacato, inserindo-o no livro II, Título II, dos crimes contra a segurança interna da República, no Capítulo V- Desacato e desobediência às autoridades, no artigo 134, com a seguinte redação:

Art. 134. Desacatar qualquer autoridade, ou funcionário público, em exercício de suas funções, ofendendo-o diretamente por palavras ou atos, ou faltando á consideração devida e á obediência hierárquica:
Pena - de prisão celular por dois a quatro meses, além das mais em que incorrer.

O parágrafo único do artigo 134 do Código Penal de 1890, ainda previa a forma qualificada se o desacato fosse praticado em sessão pública ou dentro de repartição pública, sendo a pena a mesma do “*caput*”, com o aumento da terça parte.

No Código Penal de 1940, o legislador ampliou o alcance da figura do desacato, de modo que também fossem considerados desacato as ofensas que fossem proferidas contra funcionários públicos, ainda que não estivessem no exercício da função, desde que fossem proferidas em razão dela, o que já era defendido por Farinácio, na Idade Moderna⁹

Aliás, é possível se extrair da Exposição dos Motivos da Parte Especial do Código Penal, realizada em 04 de novembro de 1940, que o desacato se verifica: “não só quando o funcionário se acha no exercício da função (seja, ou não, o ultraje infligido *propter officium*) senão também quando se acha *extra officium*, desde que a ofensa seja *propter officium*”¹⁰

No que diz respeito à punição por desacato em outros países, Nelson Hungria (1958, p. 419-420) dispõe que:

A questão não depara solução uniforme nos Códigos vigentes, que, em geral, ampliaram sua proteção a todos os funcionários, sem distinção de classes, hierarquias ou graduações. Ora considerando o ultraje aos funcionários como uma forma agravada da injúria, segundo a tradição romana, ora como um crime *sui generis*, à imitação do modelo francês (Código de 1810 e lei 13-5-863), exigem uns que o funcionário esteja no ato do exercício de suas funções, seja ou não o ultraje *propter officium*, e querem outros que haja conexão entre ultraje e a função, ainda que não seja aquele contemporâneo ao exercício desta. Eis

⁹ HUNGRIA, 1958, loc. cit.

¹⁰ Disponível em: < <https://www.diariodasleis.com.br/busca/exibelinck.php?numlink=1-96-15-1940-12-07-2848-CP>>. Acesso em: 10 fev. 2018.

algumas das fórmulas a respeito: “no exercício ou por ocasião do exercício das funções” (Código francês); “no exercício ou por motivo do exercício das funções” (Código belga); “na presença e no exercício das funções do ofendido, posto que a ofensa se não refira a estas, ou fora das mesmas funções, mas por causa delas” (Código português); “por motivo do exercício das funções ou na ocasião de exercê-las (Código argentino); “por motivo decorrente do exercício das funções ou ao tempo de exercê-las” (Código peruano); “na presença do funcionário ou no lugar em que este exerça suas funções, ou “fora do lugar e da presença do mesmo, mas, nestes dois “últimos casos, por motivo ou em razão da função” (Código uruguaio).

Por fim, a Relatoria Especial para a Liberdade de Expressão da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, fez um levantamento, divulgado em 2013, no qual constam alguns países que revogaram o crime de desacato, através de mudanças legislativas, bem como por meio de decisões dos tribunais superiores, sendo eles: Argentina em 1993, Paraguai em 1998, Costa Rica em 2002, Chile, Honduras e Panamá em 2005, Guatemala em 2006, Nicarágua em 2007 e Bolívia em 2012¹¹.

3.2 Conceito e Configuração do Crime de Desacato

O Código Penal do Império, promulgado alguns anos após a Proclamação da Independência do Brasil, não trazia expressamente a figura do desacato.

O crime de Desacato foi inserido ordenamento jurídico pátrio, pela primeira vez, no Código Penal de 1940, tal figura delitiva está localizada no capítulo II, do título XI, da Parte Especial do Código Penal, no artigo 331, sob a seguinte denominação: “Dos Crimes Praticados por Particular Contra a Administração em Geral”, com o seguinte teor: “desacatar funcionário público no exercício da função ou em razão dela: pena de 06 (seis) a 02 (dois) anos, ou multa” (BRASIL, 1940).

A priori, cumpre informar que o objeto da tutela jurídica do título XI, do Capítulo II do Código Penal, é a Administração Pública. Neste título, estão os crimes que são praticados pelos particulares, ou seja, por pessoas estranhas à Administração Pública.

Primeiramente, faremos uma análise acerca do verbo desacatar.

¹¹ Disponível em: <<https://www.cartacapital.com.br/sociedade/por-que-os-moradores-de-favelas-no-rio-temem-a-justica-militar>>. Acesso em: 20 mar. 2018.

De acordo com o Dicionário Aurélio o desacato consiste em: “Falta de acatamento, de respeito. 2. Ofensa. 3. Profanação”.

Hungria (1958, p. 421) esclarece com precisão que:

A ofensa constitutiva do desacato é qualquer palavra ou ato que redunde em vexame, humilhação, desprestígio ou irreverência ao funcionário. É a grosseira falta de acatamento, podendo consistir em palavras injuriosas, difamatórias ou caluniosas, vias de fato, agressão física, ameaças, gestos obscenos, gritos agudos, etc. Uma expressão grosseira, ainda que não contumeliosa, proferida em altos brados ou de modo a provocar escândalo, bastará para que identifique o desacato.

Para Fabbrini e Mirabete (2014, p. 354) desacato consiste em:

[...] toda e qualquer forma ofensa direta e voluntária à honra ou ao prestígio de funcionário público com a consciência de atingi-lo no exercício ou por causa de suas funções, tutelando a figura delituosa a dignidade da Administração Pública personificada em seus mandatários.

Portanto, desacatar é ofender, menoscabar, desprezar, humilhar, é o desrespeito e a afronta ao funcionário público como tal.

André Estefam (2011, p. 296) assevera que o delito de desacato pode ser cometido da seguinte forma:

Pode o ato ser cometido por qualquer meio, tais como por meio de palavras (p. xingamentos, sarcasmo), gestos (p. ex., apontar o dedo médio), risos debochados, vias de fato (p. ex. tapa na cara), etc., que deverão ser detalhadamente descritos na denúncia, sob pena de inépcia. Não se admite, contudo, a forma escrita. Nesse caso, dá-se crime contra a honra, agravado pelo fato de se tratar de funcionário público seu destinatário (CP, art. 141).

Deste modo, há várias formas de se cometer o delito de desacato.

Todavia, devem constar expressamente na denúncia e na sentença as expressões utilizadas pelo agente, isto para que se assegure a ampla defesa e o contraditório, mas também para que o julgador forme sua convicção sobre o tipo penal.

Todavia, críticas e até mesmo censuras, não são suficientes para configurarem o delito de desacato.

Além disso, há doutrinadores que entendem que não há a configuração do delito de desacato nas hipóteses em que o agente apenas se restringe a censurar, criticar

de modo justo o funcionário público, com a justificativa de que é de interesse da coletividade a fiscalização do serviço público, bem como não há configuração do delito de desacato quando for praticado um mero ato de grosseria, ou seja, quando o agente agiu com falta de educação, pois não há aqui a finalidade específica de menosprezar a função pública.

Assim, para a configuração do desacato, é necessária que a ofensa ou xingamento sejam dirigidos à funcionário público no exercício da função ou em razão dela.

Deste modo, deve-se indagar: quem é o funcionário público?

O próprio Código Penal trouxe em seu artigo 327, a definição de funcionário público, vejamos:

Art. 327 - Considera-se funcionário público, para os efeitos penais, quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública.

§ 1º - Equipara-se a funcionário público quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal, quem trabalha para empresa prestadora de serviço contratada ou conveniada para a execução de atividade típica da Administração Pública.

Nelson Hungria (1958, 397-398) tece as seguintes considerações sobre a definição de funcionário público, vejamos:

Sobre o que seja funcionário público, na órbita do direito administrativo, duas principais teorias são formuladas: uma restritiva, outra ampliativa. Segundo a primeira, só é funcionário público aquele que, na representação da soberania do Estado, exerce um poder de império ou dispõe de autoridade, ou a quem é confiado, ainda que em proporção mínima, um certo poder discricionário, uma determinada faculdade de exame nos casos concretos, para a execução de uma lei ou regulamento. Não teriam, portanto, a dita qualidade aqueles a quem é incumbida uma tarefa inteiramente material, resultante de atos preestabelecidos e invariáveis, sem nenhuma liberdade de direção ou de ação. Segundo a outra teoria, porém, é funcionário público quem quer que exerça, profissionalmente, uma função pública, seja este de império ou de gestão, ou simplesmente técnica. O conceito de funcionário público deve ser ligado à noção ampla de "função pública". Este, o critério prevalente ou moderno. Consoante a lição de GVAZZI, o conceito de funcionário público já não deriva do de autoridade, mas de função pública, e por função pública se deve entender qualquer atividade do Estado que vise diretamente à satisfação de uma necessidade ou conveniência pública.

Neste ínterim, Rogério Sanches Cunha (2015, p. 709) leciona que:

Dessa forma, para os efeitos penais, considera-se funcionário público não apenas o servidor legalmente investido em cargo público, mas também o que exerce emprego público, ou de qualquer modo, uma função pública, ainda que de forma transitória, v.g., o jurado, os mesários eleitorais, etc.

De acordo com Fragoso (1959, p. 877), deve-se entender por funcionário público:

(...) quem, embora transitoriamente e sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública. Estão aí incluídos, portanto, não só os funcionários que desempenham cargos criados por lei, regularmente investidos e nomeados, remunerados pelos cofres públicos, como também os que exercem emprego público (contratados, todos os mensalistas, diaristas, tarefeiros, nomeados à título precário), e, ainda, todos os que, de qualquer forma, exercem função pública. É realmente o exercício de função pública o que caracteriza o funcionário público perante o direito penal.

Nesta senda, Nelson Hungria (1958, 398-400) disserta sobre função pública o seguinte:

Referindo-se a função pública *in genere*, o art. 327 abrange todas as órbitas de atividade do Estado: a de *legis executio* (atividade *rectória*, pela qual o Estado praticamente se realiza), a de *legis latio* (atividade legislatória, ou de normatização da político-social) e a de *juris dictio* (atividade judiciária, ou de apuração e declaração da vontade da lei nos casos concretos). Tanto é funcionário público o presidente da República quanto o estafeta de *Vila de Confins*, tanto o Senador e o Deputado federal quanto o vereador do mais humilde Município, tanto o presidente da Suprema Corte quanto o mais bisonho juiz de paz de hinterlândia.

Todavia, não deve se confundir, função pública com múnus público. Por isso, não são considerados funcionários públicos aqueles que exercem o múnus público, ou seja, o ônus ou encargo conferido por lei e imposto pelo Estado, como ocorre no caso dos tutores e curadores dativos, inventariantes judiciais ou síndicos falimentares.

Portanto, conforme o texto legal é funcionário público quem exerce cargo, emprego e função pública.

Deste modo, devemos tecer algumas considerações sobre cada uma dessas nomenclaturas.

De acordo com Guilherme de Souza Nucci (2017, p. 545-546):

Cargo público é o posto criado por lei na estrutura da hierarquia da Administração Pública, com denominação e padrão de vencimentos próprios, ocupado por servidor com vínculo estatutário (ex.: cargo de delegado de polícia, de oficial de justiça, de auditor da receita etc.).

Emprego público é o posto criado por lei na estrutura da hierárquica da Administração Pública, com denominação e padrão de vencimentos próprios, embora seja ocupado por servidor que possui vínculo contratual, sob a regência da CLT, (ex.: escrevente judiciário contratado pelo regime da CLT, antes do advento da Constituição de 1988).

Função Pública é denominação residual, que envolve todo aquele que presta serviços para a Administração, embora não seja ocupante de cargo ou emprego (ex.: servidor contratado temporariamente, sem concurso público; servidor que exerce função de chefia, embora sem a existência de cargo).

A título de exemplo, são considerados funcionários públicos vereadores, serventuários da justiça, zelador de prédio municipal, funcionários do Banco do Brasil, militar, deputados e senadores, membro do conselho tutelar, etc.

O parágrafo 1º do artigo 327, do Código Penal, equipara a funcionário público quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal, e aqui se enquadram as autarquias, sociedades de economia mista, empresas públicas e fundações instituídas pelo Poder Público bem como quem trabalham para empresa prestadora de serviço contratada, que é o caso das concessionárias e permissionárias de serviço público, ou conveniado para a execução de atividade típica da Administração Pública

Porém, a equiparação a funcionário público contida no artigo parágrafo 1º do artigo 327, não abrange os funcionários atuantes em empresa contratada para prestar serviço atípico para Administração Pública (CUNHA, 2015, p. 711).

Além disso, para que se configure o desacato é necessário que o crime seja perpetrado contra funcionário no exercício da função ou em razão dela, é o que se denomina de nexó funcional, o qual é indispensável para a configuração do delito, pois aqui a tutela penal se dá em face da função ocupada, e não a pessoa do funcionário.

FRAGOSO (1959, p. 965) afirma que se encontra no exercício da função:

O funcionário que realiza no momento do fato qualquer ato de ofício ou correspondente às atribuições do cargo que desempenha. Nesta modalidade do crime, os motivos da ofensa são indiferentes, podendo ser de índole privada e estranha ao exercício da função. O nexó aqui é puramente ocasional, devendo a ofensa ser contemporânea à atividade que a vítima exerce como funcionário. Não poucos autores admitem, em certos funcionários (policiais), a existência de

serviço permanente, pelo menos em determinadas horas ou em determinados lugares.

Com efeito, estar no exercício da função significa que o funcionário público se encontra trabalhando no momento da prática do delito, ou seja, está em seu posto

Contudo, o delito também resta configurado quando é praticado em razão da função ocupada pelo funcionário público.

Heleno Claudio Fragoso (1959, p. 965) dispõe o seguinte:

Não só no exercício da função, mas em razão dela, pode o desacato ser praticado. Nesta modalidade, não se exige que a ofensa se realize enquanto o funcionário desempenha ato de ofício, bastando que o motivo da conduta delituosa se relacione diretamente com o exercício da função (*propter officium*). O nexa aqui é causal.

Neste caso, para a configuração do desacato, é indispensável que a ofensa esteja relacionada à função, caso contrário, a ofensa é feita ao particular. Sendo assim, não guarda relação alguma o fato dele ser funcionário público. A título de exemplo, é o caso do funcionário público que no domingo, está passeando com sua família e passa um indivíduo X e o ofende em razão de sua função pública.

Neste ínterim, são os ensinamentos de André Estefam (2011, p. 296):

A doutrina costuma destacar as duas formas de se cometer o desacato, traduzidas nas elementares “no exercício da função” ou “em razão dela”, como indicativas, respectivamente, do nexa ocasional e do nexa causal. Significa que, no primeiro caso, basta que o funcionário encontre-se no regular desempenho de seus misteres, pouco importando, segundo majoritariamente se sustenta, os motivos da ofensa, que poderiam até ser de natureza privada (é dizer, completamente alheios ao exercício funcional). No segundo caso (nexa causal), o servidor não está no exercício de seus deveres legais, devendo então a ofensa vincular-se obrigatoriamente à função pública (se decorrente de motivos alheios, haverá crime contra a honra).

Deste modo, haverá a configuração do desacato quando for praticado em razão da função do funcionário público ou no exercício da função.

Além do mais, para que exista o desacato, é necessário que a conduta seja praticada na presença do funcionário público, posto que a ofensa deva ter um alvo certo, de maneira que o funcionário possa ouvir a ofensa ou sofrer de forma direta o ato.

Neste caminho, HUNGRIA (1958, p. 421):

É condição essencial do crime de desacato a presença do ofendido. Mesmo no caso de ofensa *verbis*, cumpre que o funcionário seja atingido diretamente. Não é necessário, porém que a ofensa seja irrogada *facie ad faciem*, bastando que, próximo o ofendido, seja por este percebida. Ainda mesmo que haja, por exemplo, um tabique ou biombo entre o ofensor e o funcionário, mas que não impeça a audição da injúria proferida, do aleive assacado, da ameaça formulada, pode se caracterizar-se o desacato. Como ensina MAJNO, “não se pode admitir que a lei tenha erigido em condição “de delito a mera presença material, mas é necessário que o “funcionário tenha ouvido a injúria.” No mesmo sentido, NINO LEVI: “*La visione Del pubblico unifficale non è necessaria nè sufficiente: basta Che questo possa percepire in fatto offensivo mentre viene commesso*”.

Logo, para a configuração do delito de desacato é indispensável a presença do ofendido, não sendo necessário que a ofensa seja realizada face a face, porém que estejam próximos ofendido e ofensor, de maneira que o primeiro capte com clareza o ato do *extraneus*.

Ademais, não configura desacato o insulto feito a funcionário público feito por telefone, pela imprensa ou pó escrito, podendo configurar apenas crime contra a honra, ou ameaça.

Sobre isto, HUNGRIA (1958, p. 421) assevera que:

Não é desacato a ofensa *in litteris*, ou por via telefônica, ou pela imprensa, em suma: por qualquer modo, na ausência do funcionário. Em tais casos, poderão se configurar os crimes de injúria, difamação, calúnia ou ameaça, se ocorrerem os respectivos *essentialia* e somente por qualquer deles responderá o agente.

Com isso, para que se configure o desacato, deve o funcionário estar no local onde a ofensa é praticada.

3.2.1 Sujeito ativo

O sujeito ativo pode ser qualquer pessoa, inclusive o funcionário público não tendo importância se pertence a mesma hierarquia ou não, sendo totalmente irrelevante as relações entre o ofensor e o ofendido.

A esse respeito, vale observar os ensinamentos de Nelson Hungria (1958, p. 422):

O sujeito ativo do desacato, segundo pressupõe a lei, há de ser um *extraneus*, mas este se equipara o funcionário que, despido desta qualidade ou fora de sua própria função, maltrata física ou moralmente a outro *in officio* ou *propter officium*, pouco importando que seja de categoria idêntica a do ofendido (pois já não vigora a máxima de que *inter pares non fit injuria*). *Quid júris*, porém, se o ofensor é superior hierárquico do ofendido? MANZINI opina pela inexistência do desacato: a autoridade superior absorve a inferior (*major absorbit minorem*), e como ninguém pode ofender a si próprio a autoridade não pode ofender a si mesma. É o que teria acontecido no caso daquele personagem de PITIGRILLI, o presidente Pott, que, tendo de proclamar uma decisão do tribunal de que discordara, acrescentou aos motivos da decisão o seguinte: “Considerando, sobretudo, que o juiz que está sentado à minha direita é um cretino, e o juiz que está sentado a minha esquerda é outro cretino...”.

O ofensor responderá por outro crime que acaso ocorrer (crime contra a honra, lesão corporal, etc) e não por desacato.

Insta trazer para o debate os ensinamentos de Júlio Fabbrini Mirabete e Renato N. Fabbrini (2014, p. 353), no que diz respeito ao funcionário público ser sujeito ativo do desacato:

Discute-se, porém, se é possível se falar em desacato quando o agente é funcionário público e a ofensa se refere às funções públicas. Numa primeira posição, entende-se que não há desacato na ofensa praticada por funcionário público contra outro funcionário público, já que o delito somente pode ser cometido por *extraneus* em se tratando de crime praticado por particular contra a Administração Pública. Em uma segunda orientação, há desacato quando a ofensa é praticada pelo servidor contra o seu superior hierárquico, incorrendo o delito quando os sujeitos ativo e passivo são funcionários públicos em iguais funções e categorias. Na terceira posição, com a qual concordamos, não há que é fazer distinção, ocorrendo o ilícito independentemente da função que exerçam os sujeitos ativo e passivo, ou de subordinação hierárquica.

No julgamento do HC 104.921, a Sexta Turma do STJ decidiu o seguinte:

O crime em questão, de natureza comum, pode ser praticado por qualquer pessoa, inclusive funcionário público, seja ele superior ou inferior hierárquico à vítima. Isso porque o bem jurídico a ser tutelado é o prestígio da função pública, portanto, o sujeito passivo principal é o Estado e, secundariamente, o funcionário ofendido.

E o advogado, pode ser sujeito ativo do desacato?

O artigo 7º, §2º DA Lei 8.906/94 (Estatuto da OAB), estabeleceu que o advogado, não comete os crimes de injúria, difamação ou desacato, no exercício de suas funções ou fora dele, sem prejuízo das sanções disciplinares junto à OAB. Assim, tal dispositivo ampliou as hipóteses previstas no artigo 142, I, do CP, passando a prever a

imunidade ao advogado não só nos casos de injúria e difamação, mas também em caso de desacato.

Entretanto, tal dispositivo foi objeto de ação declaratória de inconstitucionalidade, sendo o preceito legal suspenso no que diz respeito ao delito de desacato, posto que segundo o que foi decidido no julgamento da ação, a imunidade prevista no artigo 133 da Magna Carta, somente abrangeria os crimes contra a honra, e não os crimes contra a administração, deste modo, o advogado pode sim, incidir no tipo penal do desacato.

3.2.2 Sujeito passivo

O sujeito passivo do desacato é o Estado e, secundariamente, o funcionário público contra quem foi dirigida a ofensa.

Cléber Massom (2016, p. 757) ensina que:

Todo funcionário público, do mais humilde ao mais graduado, representa o Estado, agindo em seu nome e em seu benefício, buscando sempre a consecução do interesse público. Consequentemente, no exercício legítimo do seu cargo, o agente público deve estar protegido contra investidas violentas ou ameaçadoras. [...] O bem jurídico penalmente protegido é a Administração Pública, especialmente no tocante ao desempenho normal, à dignidade e ao prestígio da função exercida em nome ou por delegação do Estado. Secundariamente, também se resguarda a honra do funcionário público.

No mesmo sentido, Nucci (2017, p. 575) ensina que: “O sujeito passivo desse delito é a Administração Pública; porém, ela é representada, na prática, por funcionários públicos.”

3.2.3 Elemento subjetivo

O elemento subjetivo do desacato é o dolo. Não se admite a sua punição pela forma culposa.

Todavia, de acordo com o disposto por Fragoso e Hungria, se exige para a configuração do crime o dolo específico, isto é, que haja o propósito de ofender.

Vejamos o posicionamento dos autores mencionados acima.

Para Nelson Hungria (1958, p. 422-423) o elemento subjetivo do tipo é:

A intenção ultrajante (dolo específico), propósito de depreciar ou vexar (o que distingue o desacato da resistência, ainda quando exercido mediante violência ou intimidação), sabendo o agente que o ofendido reveste a qualidade de funcionário público e se acha no exercício de sua função, ou estando consciente de que a esta se vincula a ofensa. Se o agente ignora que a vítima é funcionário público (*stricto sensu*), prevalece o princípio de que *non rei verita sed reorum opinio inspicitur*, ficando excluída a figura do desacato.

Igualmente, se o agente, ao proferir uma palavra malsouante, apenas da mostra de vivacidade de temperamento ou simples falta de educação, não se pode reconhecer o dolo específico do crime.

Além disso, são os ensinamentos de Heleno Claudio Fragoso (1959, p. 967), posto que ele dispõe em sua obra que o dolo é específico e consiste na:

vontade consciente de praticar a ação ou proferir a palavra injuriosa, com o propósito de ofender ou desrespeitar o funcionário a quem se dirige. É este fim de agir que distingue o desacato da resistência, nos casos em que materialmente as ações se confundem. Deve o agente ter consciência da presença do funcionário visado, bem como de sua qualidade, sem o que responderá apenas por crime contra a honra.

No entanto, há quem sustente posicionamento diverso do defendido por Hungria e Fragoso, dispensando a existência do dolo específico para a configuração do desacato.

A esse respeito, Nucci (2017, p.576-577) leciona que o elemento subjetivo é:

O dolo. Não existe a forma culposa, nem se exige elemento subjetivo específico. Há posição em contrário, sustentando haver a vontade específica de desprestigiar a função pública, proferindo ou tomando postura injuriosa. Assim, não cremos, pois, o verbo é suficiente para essa conclusão. *Desacatar* significa, por si só, humilhar ou menosprezar, implicando algo injurioso, que tem por fim desacreditar a função pública.

No mesmo sentido de Nucci, são os ensinamentos de André Estefam (2011, p. 298), no qual também entende que inexistente elemento subjetivo específico.

Por fim, convém sopesar o seguinte questionamento: a exaltação dos ânimos exclui o crime de desacato? O agente que estiver dominado por um sentimento de ira, cólera e que venha a praticar ato ou proferir palavra ofensiva contra o funcionário público, deverá responder pelo crime de desacato?

Acerca deste questionamento existem duas correntes, vejamos:

1ª) Para esta corrente para que se configure o desacato se exige o ânimo calmo do agente, sendo que o estado de ira, cólera ou exaltação exclui o elemento subjetivo do tipo. É a orientação que tem predominado na jurisprudência dos nossos Tribunais;

2ª) Para esta corrente, para que reste configurado o desacato não se exige o ânimo calmo, sendo assim irrelevante, para a configuração do crime, o estado de ira, cólera ou exaltação. Porém, essa corrente é minoritária.

Neste ínterim, leciona Julio Fabbrini Mirabete e Renato N. Fabbrini (2014, p. 356):

Discute-se se o estado de exaltação ou de nervosismo do agente pode ser aceito para justificar a afronta contra funcionário por ele desacatado no exercício das funções. Em posição minoritária, afirma-se na jurisprudência que constituiria arripio a qualquer lei psicológica que um indivíduo desacatasse outro a sangue frio, sem qualquer motivo antecedente, pelo simples prazer de desabafar, sendo irrelevante, portanto, à configuração do delito o estado emotivo ou colérico do agente. Outra corrente, fundamentada no fato de que se exige o chamado dolo específico, afirma estar excluído o dolo nos casos em que o agente está sob o efeito de cólera, ou irritação, ou a conduta se deve a exaltação momentânea, desabafo, vivacidade de temperamento, incontinência de linguagem ou simples falta de controle emocional. Nesse sentido, é predominante a jurisprudência.

Assim, para uma corrente (predominante na jurisprudência dos tribunais) para que se configure o desacato exige-se o ânimo calmo do agente, sendo assim está excluído o dolo quando o agente está sob o efeito de cólera ou irritação; já para a outra corrente (minoritária) é irrelevante para a configuração do delito de desacato o estado de ira ou cólera do agente.

3.2.3.1 A embriaguez e o desacato

Outra indagação que é abordada pela doutrina é se a embriaguez exclui o desacato.

Sobre esse questionamento há 03 (três) posicionamentos, vejamos:

1º) O crime de desacato exige para a sua configuração o elemento subjetivo do tipo (dolo específico), que consiste na intenção de humilhar, menosprezar, ofender, sabendo o agente que o ofendido é funcionário público, que esta no exercício da função, ou que tenha consciência de que a ofensa está se dando em razão da função ocupada pelo funcionário, o que se mostra incompatível com o estado de embriaguez, em que esta exclui o elemento subjetivo do tipo, em razão disso o próprio desacato.

Assim, neste posicionamento, basta que o agente esteja embriagado, para que não reste configurado o crime, não sendo necessária a avaliação da capacidade intelecto-volitiva do agente quando da prática do fato.

Esta é a posição majoritária da doutrina.

2º) O desacato não exige o dolo específico, razão pela qual o estado de embriaguez do agente não exclui o crime.

De acordo com esse posicionamento, não há nenhuma referência no tipo do desacato com relação ao elemento subjetivo do tipo e, em face disso, não há que se falar em dolo específico incompatível com a embriaguez do agente. De acordo com o disposto no artigo 28, II, do Código Penal, a embriaguez, seja ela voluntária ou culposa decorrente do álcool ou substância de efeito semelhante, não exclui a imputabilidade, respondendo o agente pelo fato na forma dolosa. Só há a exclusão do delito quando há embriaguez decorrente de caso fortuito ou de força maior. O fato de o agente estar embriago não exclui o elemento subjetivo do tipo, independentemente da capacidade intelecto-volitiva do agente, quando da prática do fato. Esta posição é minoritária na jurisprudência.

3º) Não é qualquer embriaguez que vai excluir o elemento subjetivo do desacato. É necessário que se elimine a capacidade intelectual e volitiva do agente. Aqui é necessária a verificação do caso concreto. Esta posição também é minoritária na jurisprudência.

Assim, o posicionamento majoritário da doutrina é que para que não haja a configuração do crime de desacato basta que o agente esteja embriagado, de maneira que não é necessário a avaliação da capacidade intelecto-volitiva do agente quando da prática do fato.

3.2.4 Consumação e tentativa

A consumação do desacato se dá no momento em que a ofensa é lançada ao funcionário público.

Helena Cláudio Fragoso (1959, p. 966) assevera que o crime se consuma:

No momento e no lugar em que o agente pratica o ato ofensivo ou profere as palavras injuriosas, desde que a ação se realize em presença do ofendido. As consequências da conduta delituosa são irrelevantes, no que concerne, ao momento consumativo (crime formal): não cumpre assim, indagar se o funcionário se sentiu ofendido ou se foi abalado o prestígio ou o decoro da função que exerce.

Há consumação do desacato ainda que o funcionário não se sinta ofendido, posto que aqui o bem tutelado não seja a honra subjetiva do funcionário público, mas sim a dignidade da Administração.

Não é admissível a forma tentada, por se tratar de crime unissubsistente, é o que tem prevalecido na doutrina.

Todavia, há quem sustente na doutrina a possibilidade do *conatus proximus*, e citam a título de exemplo o sujeito que, preparando-se para jogar dejetos no servidor, acaba sendo impedido por terceiro.

3.2.5 Ação Penal

A ação penal é pública incondicionada.

4 POSIÇÃO HIERÁRQUICA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS NO ORDENAMENTO JURIDICO PÁTRIO

Há uma grande discussão na doutrina sobre os Tratados Internacionais de Direitos Humanos e a posição que eles ocupam no ordenamento jurídico pátrio.

No ano de 1977, o Supremo Tribunal Federal se posicionou e firmou o entendimento de que os Tratados Internacionais, ainda que de direitos humanos, seriam equiparados à lei ordinária federal.

Com efeito, tal entendimento foi firmado pelo STF, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 80.004, em 1977, reconhecendo que os Tratados Internacionais estão no mesmo patamar que a lei ordinária federal, ou seja, apresentam a mesma hierarquia.

Ademais, importante salientar que se acaso houvesse um conflito entre um tratado e uma lei, este se resolveria através do critério cronológico, qual seja de que norma posterior revoga norma anterior que com ela for incompatível¹².

Neste sentido, a lição de Francisco Rezek (1991, p. 106):

De setembro de 1975 a junho de 1977 estendeu-se, no plenário do Supremo Tribunal Federal, o julgamento do RE 80.004, em que ficou assentada, por maioria, a tese de que ante a realidade do conflito entre o tratado e lei posterior, esta expressão última da vontade do legislador republicano deve ter sua prevalência garantida pela justiça – sem embargo das consequências do descumprimento do tratado no plano internacional. Admitiram as vozes majoritárias que, faltante na Constituição do Brasil garantia de privilégio hierárquico do tratado internacional sobre as leis do Congresso, era inevitável que a Justiça devesse garantir a autoridade da mais recente das normas, porque paritária sua estrutura no ordenamento jurídico.

Já Flávia Piovesan (2012, p. 118-119) apresentou entendimento contrário à decisão proferida pelo Supremo:

[...] o entendimento firmado a partir do julgamento do Recurso Extraordinário nº 80.004 enseja, de fato, um aspecto crítico que é a sua indiferença diante das consequências do descumprimento do tratado no plano internacional, na medida em que autoriza o Estado parte a violar dispositivos da ordem internacional – os quais se comprometeu a cumprir de boa fé. Essa posição afronta, ademais, o disposto pelo art. 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, que determina não poder o Estado parte invocar posteriormente disposições de direito interno como justificativa para o não cumprimento de tratado. Tal dispositivo reitera a importância, na esfera internacional, do princípio da boa fé, pelo qual cabe ao Estado conferir cumprimento às disposições de tratado, com o qual livremente consentiu.

Em 1995, o Supremo Tribunal Federal reiterou a tese de paridade entre tratado e lei federal, no julgamento do habeas corpus 72.131-RJ, que tratava de prisão

¹² Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14614120/recurso-extraordinario-re-80004-se>>. Acesso em: 10 fev. 2018.

civil por dívida do depositário infiel, vedada pelo Pacto de São José da Costa Rica, sendo que só era permitida a prisão civil caso se tratasse de alimentos ¹³.

Entretanto, o entendimento do STF naquele momento foi de acordo com o disposto na ementa abaixo:

EMENTA: Habeas corpus. Alienação fiduciária em garantia. Prisão civil do devedor como depositário infiel. - Sendo o devedor, na alienação fiduciária em garantia, depositário necessário por força de disposição legal que não desfigura essa caracterização, sua prisão civil, em caso de infidelidade, se enquadra na ressalva contida na parte final do artigo 5º, LXVII, da Constituição de 1988. - Nada interfere na questão do depositário infiel em matéria de alienação fiduciária o disposto no § 7º do artigo 7º da Convenção de San José da Costa Rica. Habeas corpus indeferido, cassada a liminar concedida.

Desta feita, a prisão civil do depositário infiel continuou sendo permitida, de acordo com o previsto no artigo 5º, LXVII, da Constituição Federal, uma vez que restou decidido no julgamento do mencionado Habeas Corpus que o tratado internacional está em paridade com lei federal.

Porém, com o passar dos anos, mais especificamente quando o Brasil se vinculou a Tratados Internacionais de Direitos Humanos, tal como o Pacto de São José da Costa Rica, o legislador constituinte quis dar uma proteção maior aos tratados e, para tanto, inseriu o § 2º no bojo do artigo 5º, da Magna Carta.

O § 2º do artigo 5º, da Constituição Federal, consagra o entendimento de que os direitos e garantias expressos no corpo da Constituição não excluem outros direitos decorrentes de tratados internacionais do qual a República Federativa do Brasil seja parte.

Com efeito, o parágrafo mencionado acima consagra a idéia de que os tratados estão inseridos no rol dos direitos constitucionalmente protegidos, logo, os Tratados Internacionais de Direitos Humanos incorporados no ordenamento jurídico pátrio estão inseridos dentro do rol dos direitos fundamentais.

Desta forma, parte da doutrina sustentava o status constitucional das normas que fossem oriundas dos tratados internacionais de direitos humanos, uma vez que, segundo esses doutrinadores, estas normas ingressavam no ordenamento jurídico

¹³ Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=73573>>. Acesso em: 10 fev. 2018.

pátrio por força do artigo 5º, parágrafo 2º da Magna Carta, por se tratar de cláusula aberta, permitia a incorporação de tais normas em nosso ordenamento jurídico.

Neste ínterim, Flavia Piovesan (2012, p. 108) dispõe que:

Ao efetuar a incorporação, a Carta atribuiu 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.

Valério de Oliveira Mazzuoli (2011, p. 28-29) se posiciona da seguinte forma:

Se a Constituição estabelece que os *direitos e garantias* nela elencadas “não excluem” outros provenientes dos tratados internacionais “em que a República Federativa do Brasil seja parte”, é porque ela própria está a autorizar que esses direitos e garantias internacionais constantes dos tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil “se incluem” no nosso ordenamento jurídico interno, passando a ser considerados como se escritos na Constituição “não excluem” outros provenientes dos tratados internacionais em que o Brasil seja parte, é porque, pela lógica, na medida em que tais instrumentos passam a assegurar outros direitos e garantias, a Constituição “os inclui” no seu catálogo de direitos protegidos, ampliando o seu “bloco de constitucionalidade”.

Valério Mazzuoli (2011, p. 30-31) ainda enfatiza que:

Segundo o nosso entendimento, a cláusula aberta do § 2º do art. 5º da Carta de 1988, sempre admitiu o ingresso dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos no mesmo grau hierárquico das normas constitucionais, e não em outro âmbito de hierarquia normativa. Portanto, segundo sempre defendemos o fato de esses direitos se encontrarem em tratados internacionais, jamais impediu a sua caracterização como direitos de status constitucional.

Todavia, um problema pairou sobre o disposto no § 2º do artigo 5º, qual seja: o quórum, posto que este não fosse diferenciado para os Tratados Internacionais de Direitos Humanos, isto é, seria o mesmo dos demais tratados internacionais, bem como do das leis ordinárias.

Por outro lado, a posição do Supremo Tribunal Federal foi de que ainda que diante da previsão do § 2º, do artigo 5º da Carta Magna, não se pode considerar um tratado, ainda que este seja de direitos humanos, com status constitucional, em vista de que este não foi inserido no ordenamento jurídico pátrio com o quórum para que assim seja considerado como tendo hierarquia constitucional.

Assim, diante da divergência doutrinária e jurisprudencial, no que diz respeito à hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento jurídico pátrio, foi acrescentado pela Emenda Constitucional nº 45, de 08 de dezembro de 2004, no bojo do artigo 5º, da Constituição Federal, o § 3º, em que dispõe o seguinte:

(...)

§ 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.

Entretanto, a problemática da hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos persistiu na doutrina. Afinal, os Tratados Internacionais de Direitos Humanos ratificados pelo Brasil que não alcançassem o quórum suficiente para que se equivalessem a Emenda Constitucional, ocupariam qual posição hierárquica na pirâmide?

Neste aspecto, parte da doutrina entendia que os tratados que fossem aprovados antes da EC n. 45/04 e que não tivessem respeitado o procedimento do artigo 5º, § 3º, continuariam com a posição hierárquica de uma lei ordinária, e os Tratados Internacionais de Direitos Humanos que observassem o disposto no aludido parágrafo 3º, teriam posição hierárquica de Emenda Constitucional.

Neste sentido, são os ensinamentos de Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes Júnior (2010, p. 239):

Assim, é possível entender que há dois tipos de tratamento dos tratados internacionais e convenções que veiculem direitos humanos. A forma já conhecida, que tinha *status* de lei ordinária (pois aprovada por decreto legislativo, votado pela maioria simples, presente a maioria absoluta), e a nova fórmula, ou seja, aquela que – obedecido o rito – entraria no sistema como se emenda constitucional fosse.

Já Valério Mazzuoli (2011, p. 50-51) se posiciona da seguinte forma:

Tecnicamente, os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos ratificados pelo Brasil têm status de norma constitucional, em virtude do disposto no § 2º do artigo 5º da Constituição, segundo o qual os direitos e garantias expressos no texto constitucional “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”, pois na medida em que a Constituição não exclui os direitos humanos provenientes de tratados, é porque ela própria os inclui no seu catálogo de direitos protegidos, ampliando o seu “bloco de constitucionalidade”, e atribuindo-lhes hierarquia de norma constitucional, como já assentamos anteriormente.

(...)

O que se deve entender é que o quórum que o §3º do art. 5º estabelece serve tão somente para atribuir eficácia formal a esses tratados no nosso ordenamento jurídico interno e não para atribuir-lhes a índole e o nível materialmente constitucionais que eles já têm em virtude do §2º do art. 5º da Constituição.

Com efeito, para Mazzuoli, todos os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo ordenamento jurídico pátrio têm status de norma constitucional.

No entanto, no dia 03 de dezembro de 2008, o STF, por unanimidade dos votos, negou provimento ao Recurso Extraordinário n. 466.343¹⁴ e decidiu que no ordenamento jurídico pátrio não caberia mais nenhuma hipótese de prisão civil do depositário infiel, uma vez que o artigo 7º, n. 7, da Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969, derrogou todas as leis ordinárias em sentido contrárias ao Pacto de São José da Costa Rica, pois o mencionado artigo tem a seguinte redação: “Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente, expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar”.

Desta maneira, o STF entendeu que o direito de liberdade estaria acima do direito de propriedade, tratando-se da prisão civil do depositário infiel, devendo ser observado os direitos humanos, em que a prisão civil, por dívida no Brasil, está restrita ao devedor de alimentos.

Ainda, neste julgamento, o STF conferiu aos tratados de direitos humanos um regime diferenciado e especial, diverso do conferido aos demais tratados internacionais.

Porém, no que diz respeito à hierarquia a ser atribuída aos tratados internacionais de direitos humanos, houve divergências, sendo que 02 (duas) teses

¹⁴ Disponível em:> <http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/re466343.pdf>>. Acesso em: 10 fev. 2018.

remanesceram, quais sejam: a da supralegalidade, defendida pelo Ministro Gilmar Mendes, e a da constitucionalidade sustentada pelo Ministro Celso de Mello, sendo que a primeira tese (supralegalidade) foi a que prevaleceu, ou seja, foi a tese majoritária, por 05 (cinco) votos a 04 (quatro) votos, respectivamente.

Sendo pertinente e para enfatizar o tema, transcrevemos a ementa do Recurso Extraordinário nº 466.343¹⁵:

Ementa: PRISÃO CIVIL DO DEPOSITÁRIO INFIEL EM FACE DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS. INTERPRETAÇÃO DA PARTE FINAL DO INCISO LXVII DO ART. 50 DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988. POSIÇÃO HIERÁRQUICONORMATIVA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO. Desde a adesão do Brasil, sem qualquer reserva, ao Pacto Internacional dos Direitos Cívicos 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 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 Código Civil de 1916 e com o Decreto-Lei nº 911/69, como em relação ao art. 652 do Novo Código Civil (Lei nº 10.406/2002). ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA. DECRETO-LEI Nº 911/69. EQUIPAÇÃO DO DEVEDOR-FIDUCIANTE AO DEPOSITÁRIO. PRISÃO CIVIL DO DEVEDOR-FIDUCIANTE EM FACE DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. A prisão civil do devedor-fiduciante no âmbito do contrato de alienação fiduciária em garantia viola o princípio da proporcionalidade, visto que: a) o ordenamento jurídico prevê outros meios processuais-executórios postos à disposição do credor-fiduciário para a garantia do crédito, de * O Tribunal, por maioria, negou provimento ao recurso, vencido os Senhores Ministros Moreira Alves e Sydney Sanches, que dele conheciam e lhe davam provimento (DJ de 5-6-2009). a) Forma que a prisão civil, como medida extrema de coerção do devedor inadimplente, não passa no exame da proporcionalidade como proibição de excesso, em sua tríplice configuração: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito; e b) o Decreto-Lei nº 911/69, ao instituir uma ficção jurídica, equiparando o devedor-fiduciante ao depositário, para todos os efeitos previstos nas leis civis e penais, criou uma figura atípica de depósito, transbordando os limites do conteúdo semântico da expressão "depositário infiel" insculpida no art. 5º, inciso LXVII, da Constituição e, dessa forma, desfigurando o instituto do depósito em sua conformação constitucional, o que perfaz a violação ao princípio da reserva legal proporcional. RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E NÃO PROVIDO (Destques nossos).

¹⁵Disponível em:> <http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/re466343.pdf>>. Acesso em: 10 fev. 2018.

A tese da supralegalidade dos tratados internacionais de direitos humanos, encampada pelo Ministro Gilmar Mendes, foi a vitoriosa. Abaixo, segue trecho do voto do Ministro:

Por conseguinte, parece mais consistente a interpretação que atribui a característica de supralegalidade aos tratados e convenções de direitos humanos. Essa tese pugna pelo argumento de que os tratados sobre direitos humanos seriam infraconstitucionais, porém, diante de seu caráter especial em relação aos demais atos normativos internacionais, também seriam dotados de um atributo de supralegalidade (destaque nosso). Em outros termos, os tratados sobre direitos humanos não poderiam afrontar a supremacia da Constituição, mas teriam lugar especial reservado no ordenamento jurídico. Equipará-los à legislação ordinária seria subestimar o seu valor especial no contexto do sistema de proteção dos direitos da pessoa humana. [...] Por isso, 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. Como enfatiza Cançado Trindade, "a tendência constitucional contemporânea de dispensar um tratamento especial aos tratados de direitos humanos é, pois, sintomática de uma escala de valores, na qual o ser humano passa a ocupar posição central". Portanto, diante do inequívoco caráter especial dos tratados internacionais que cuidam da proteção dos direitos humanos, não é difícil entender que a sua internalização no ordenamento jurídico, por meio do procedimento de ratificação previsto na Constituição, tem o condão de paralisar a eficácia jurídica de toda e qualquer disciplina normativa infraconstitucional com ela conflitante.

Desta forma, após longos anos de controvérsias, o posicionamento do Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do Recurso Extraordinário nº 466.343, representou uma importante evolução no pensamento da Corte Suprema do nosso ordenamento, que até aquele momento entendia que os tratados internacionais de direitos humanos possuíam status de lei ordinária.

Portanto, se conclui que atualmente o posicionamento firmado pelo Supremo Tribunal Federal é de que os Tratados Internacionais de Direitos Humanos que não forem submetidos ao procedimento previsto no artigo 5º, § 3º, da Constituição Federal, terão *status* supralegal, isto é, estão acima das leis ordinárias e abaixo da Constituição Federal.

5 CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

A Convenção Americana de Direitos Humanos – CADH, também conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, é um tratado internacional incorporado pelos países-membros da Organização dos Estados Americanos (OEA).

Luiz Flávio Gomes e Valério Mazzuoli (2008, p.7) classificam a CADH como o principal tratado internacional do sistema interamericano de direitos humanos.

No dia 22 de novembro de 1969, na cidade de São José da Costa Rica, foi realizada a Conferência Especializada Interamericana de Direitos Humanos, na qual foi confeccionado o Pacto de São José da Costa Rica.

Todavia, a CADH só entrou em vigor no dia 18 de julho de 1978, pois só nesta data obteve as 11 ratificações necessárias para sua entrada em vigor, de acordo com o disposto no artigo 74 da Convenção.

A consolidação no continente americano de um regime pessoal e justiça social, fundados no respeito dos direitos essenciais do homem, é o principal objetivo da CADH, o qual se encontra previsto no seu preâmbulo¹⁶.

Posto isso, insta trazer a baila que a Convenção busca pelo reconhecimento de que os direitos fundamentais do homem se originam dos seus atributos como pessoa humana e não pelo fato dele ser nacional de um determinado Estado, razão pela qual é plenamente justificável que se busque uma proteção em âmbito internacional, de forma complementar a que é oferecida pelo direito interno de um Estado.

A CADH só veio a ser ratificada pelo Brasil em 25 de setembro de 1992, vindo a ser promulgada no país através do Decreto nº 678 de 06 de novembro de 1992. Porém, a competência da Convenção Americana de Direitos Humanos só foi reconhecida no Brasil 10 de dezembro de 1998, através do Decreto Legislativo nº 89.

Flávia Piovesan (2012, p. 324) dispõe sobre os direitos assegurados pela CADH da seguinte forma:

Substancialmente, ela reconhece e assegura um catalogo de direitos civis e políticos, similar ao previsto pelo Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos. Desse universo de direitos, destacam-se: o direito a personalidade jurídica, o direito a vida, o direito a não ser submetido a escravidão, o direito a liberdade, o direito a um julgamento justo, o direito a compensação em caso de erro judiciário, o direito a privacidade, o direito a liberdade de consciência e religião, o direito a liberdade de pensamento e expressão, o direito a resposta, o direito a liberdade de associação, o direito ao nome, o direito a nacionalidade, o direito a liberdade de movimento e residência, o direito de participar do governo, o direito a igualdade perante a lei e o direito a proteção judicial.

No ano de 1988, a Assembléia Geral da Organização dos Estados Americanos, adicionou o Protocolo de San Salvador, que é um Protocolo Adicional a

¹⁶ Disponível em: < https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm.> Acesso em: 10 mar. 2018.

Convenção, no que diz respeito aos direitos sociais, econômicos e culturais, sendo que a entrada em vigor do mencionado protocolo se deu em novembro de 1999 (PIOVESAN, 2012, p. 325).

O sistema interamericano de direitos humanos é composto por dois órgãos principais, quais sejam: a Corte Interamericana de Direitos Humanos e a Comissão Americana de Direitos Humanos.

Segundo Mazzuoli (2008, p. 197):

Ambas são dotadas de independência para a realização de seus misteres (o que lhes permite atuar livremente, sem a interferência indevida de qualquer Estado-parte da OEA ou da Convenção Americana) e de poder de vigilância relativamente ao controle de sua sujeição ao regime de legalidade estabelecido pela Convenção.

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) se originou da Resolução VIII adotada na V Reunião de Consulta dos Ministros das Relações Exteriores, que ocorreu em Santiago, no Chile no ano de 1959.

A sede da CIDH é em Washington, um órgão autônomo que pertence a Organização dos Estados Americanos (OEA), sendo o órgão representativo de todos os Estados membros.

A CIDH é composta por 07(sete) membros, nos quais devem ser pessoas da mais alta autoridade moral e de reconhecido saber em matéria de direitos humanos, sendo eleitos a título pessoal, pela Assembléia Geral da OEA, com mandatos de 04 (quatro) anos, podendo serem reconduzidos apenas uma vez e não representando nenhum país de modo particular, pois o que a Comissão representa são os Estados-membros da OEA e, não pode integrar a comissão mais de um nacional do mesmo país (art. 36 e 37, do dec. nº 678, de 06/11/92).

O artigo 35 da CIDH dispõe que a comissão representa todos os Membros da Organização dos Estados Americanos, isso significa que a Comissão Interamericana representa todos os Estados membros da OEA, e não apenas os Estados que fazem parte da Convenção Americana.

Nesta senda, Valério Mazzuoli (2008, p. 203):

Assim, os Estados que não ratificaram a Convenção Americana não ficam desonerados de suas obrigações assumidas nos termos da Carta da OEA e da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem de 1948, podendo acionar normalmente a Comissão Interamericana, que fará recomendações aos governos para o respeito de direitos humanos violados no território do Estado em questão.

O principal objetivo da CIDH é promover a observância e defesa dos direitos humanos, no território de todos os países da OEA, ainda que estes não participem da Convenção (artigo 41 do dec. nº 678, de 06/11/92).

É a própria CIDH quem realiza o controle de legalidade dos seus atos. Nesta toada, não existe nenhum órgão superior a CIDH, que detenha o poder de realizar o controle externo sobre ela, ou a quem ela possa apelar de suas decisões (GOMES; MAZZUOLI, 2008, p. 198).

Se por ventura não for cumprido o que for estabelecido pela Comissão, ela poderá acionar em última instância a Assembleia Geral da OEA, com a intenção de que a Assembleia tome medidas sancionatórias contra o Estado.

Por fim, no que diz respeito à Convenção, cumpre observar que ela tem o seu próprio Estatuto, o qual contém 26 artigos e 07 (sete) capítulos, bem como tem o seu próprio Regulamento (Mazzuoli, 2008, p. 206).

O outro órgão de grande importância no Sistema Interamericano de Direitos Humanos, é a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

A Corte tem sede na cidade de San José, na Costa Rica. É um órgão judicial autônomo que foi criado pelo Pacto de San José da Costa Rica para interpretar e aplicar a CIDH, bem como outros tratados de Direitos Humanos.

Insta salientar que, juntamente com a Comissão Americana de Direitos Humanos, a Corte Interamericana de Direitos Humanos forma o Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos (SIPDH).

Conforme o disposto no artigo 52, do Decreto nº 678 de 06/11/92, a Corte é composta por 07 (sete) juizes nacionais dos Estados membros da OEA, nos quais também são eleitos a título pessoal entre os juristas da mais alta autoridade moral, de reconhecida competência em matéria de direitos humanos, em que devem reunir as condições requeridas para o exercício das mais elevadas funções judiciais e que estejam de acordo com a legislação do Estado a qual pertençam ou do Estado que os propuser

como candidatados, sendo que não pode haver mais de dois juízes da mesma nacionalidade.

A Corte Interamericana possui 02 (duas) atribuições/competências: Consultiva e Contenciosa.

Flávia Piovesan *apud* Héctor Fix-Zamudio (2012, p. 334/335):

De acordo com o disposto nos arts. “1º e 2º de seu Estatuto, a Corte Interamericana possui duas atribuições essenciais: a primeira, de natureza consultiva, relativa à interpretação das disposições da Convenção Americana, assim como das disposições de tratados concernentes à proteção dos direitos humanos nos Estados Americanos; a segunda de caráter jurisdicional, referente à solução de controvérsias que se apresentem acerca da interpretação ou aplicação da própria Convenção.”

No que diz respeito à competência contenciosa, segundo o disposto no artigo 61(sessenta e um) da Convenção, apenas os Estados partes e a Comissão Interamericana de Direitos Humanos têm o direito de submeter a Corte um caso para que ela decida. Portanto, não há possibilidade de que um particular ou uma instituição privada postulem diretamente na Corte. Diferentemente, na Corte Européia dos Direitos do Homem, com respaldo no Protocolo nº 11, os indivíduos, ou seja, os particulares têm capacidade postulatória plena perante o Tribunal.

GOMES e MAZZUOLI (2008, p. 288):

No regime da Convenção Americana será a Comissão – que, neste caso, atua como instância preliminar à jurisdição da Corte – que submeterá o caso ao conhecimento da Corte, podendo também fazê-lo outro Estado pactuante, mas desde que o país acusado tenha anteriormente aceito a jurisdição do tribunal para atuar em tal contexto – ou seja, o da lide interestatal nos casos relativos a direitos humanos – impondo ou não a condição de reciprocidade. Frise-se bem esse último caso; um Estado-parte na Convenção pode peticionar diretamente à Corte contra outro Estado-parte na Convenção, a guisa de uma ação popular internacional, pois a garantia dos direitos humanos é uma obrigação objetiva que interessa a todos os seus Estados-partes. Contudo, tal jamais ocorreu (por motivos óbvios) até o momento no sistema interamericano de direitos humanos.

Desta feita, as vítimas não podem atuar diretamente na Corte, podendo peticionar apenas a Comissão, em que poderá se entender que é o caso deflagrar na Corte uma ação judicial, em face do Estado que potencialmente seja o culpado (GOMES, Luis Flávio; MAZZUOLI, Valério, 2008, p.288).

No entanto, vale salientar que as demandas que são apresentadas pela Comissão e pelos Estados a Corte Interamericana não confundem com a justiça penal (GOMES, Luis Flávio; MAZZUOLI, Valério, 2008, p.289).

Assim, o sistema interamericano de direitos humanos não tem o condão de impor penas as pessoas culpadas por violação a direitos humanos, pois o objetivo precípua é o amparo às vítimas, bem como possibilitar a reparação dos danos causados pelos Estados ou seus agentes.

Atualmente, o único que tem competência criminal e que pode impor pena aos indivíduos que transgredirem regras de direitos humanos é o Tribunal Penal Internacional (TPI), no qual foi criado pelo Estatuto de Roma no ano de 1988, e tem sede Haia.

Assim como na Comissão, a composição da Corte é feita por sete juízes nacionais dos Estados-membros da Organização, eleitos a título pessoal dentre juristas da mais alta autoridade moral, de reconhecida competência em matéria de direitos humanos, devendo reunir as condições requeridas para o exercício das mais elevadas funções judiciais, que estejam de acordo com o Estado do qual sejam nacionais, ou do Estado que os colocar como candidatos (art. 52).

São proibidos pela Convenção que participem da Corte dois juízes com a mesma nacionalidade (artigo 52).

Com efeito, o artigo 53 da Convenção Americana de Direitos Humanos dispõe que os juízes da Corte serão eleitos através de voto da maioria dos Estados-partes na Convenção, sendo que a votação ocorre na Assembléia Geral da OEA, através de uma lista de candidatos apresentados pelos Estados que fazem parte da OEA.

Os Estados que compõe a OEA podem propor no máximo 03 (três) candidatos, nacionais do Estado que propuser ou de qualquer outro Estado-membro da Organização dos Estados Americanos, em que podem propor de 01 (um) candidato até no máximo 03 (três). Contudo, se o Estado propuser 03 (três) candidatos, ao menos 01 (um) candidato deve ser nacional do Estado diferente do proponente, por exemplo, o Brasil propõe uma lista com 03 (três) candidatos a juiz da Corte, ao menos 01 (um) deve ser de outro país que não o próprio Brasil (GOMES, Luis Flávio; MAZZUOLI, Valério, 2008, p. 258).

Além disso, os juízes da Corte serão eleitos por um período de 06 (seis) anos, podendo ser reconduzidos por apenas uma vez (artigo 54).

No Brasil, a competência obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos foi reconhecida através do Decreto nº 4.463, de 11 de Novembro de 2012, em consonância com o artigo 62 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

Nas palavras de Luis Flávio Gomes e Valério Mazzuoli, é importante notar que a Corte Interamericana de Direitos Humanos não pertence a OEA, mas só e tão somente, a Convenção Americana, possuindo a natureza de órgão judiciário autônomo.

6 O DESACATO A LUZ DA CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

A Convenção Americana de Direitos Humanos promulgada no Brasil pelo Decreto nº 678 em 06 de novembro de 1992, momento a partir do momento em que entrou efetivamente em vigor no ordenamento jurídico pátrio, estabelece em seu artigo 13 os direitos de liberdade de pensamento e expressão, assim dispondo:

Artigo 13. Liberdade de pensamento e de expressão

1. Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito compreende a liberdade de buscar, receber e difundir informações e ideias

de toda natureza, sem consideração de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro processo de sua escolha.

2. O exercício do direito previsto no inciso precedente não pode estar sujeito a censura prévia, mas as 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;
- b. a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas.

O disposto no artigo 13 da CADH, é que todos têm direito a liberdade de pensamento e expressão, sem que haja censura prévia de seu exercício.

Em 1995, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), realizou uma análise de compatibilidade das leis de desacato com a Convenção Americana de Direitos Humanos.

Com efeito, no relatório realizado em 1995, a Comissão entendeu que as leis que estabelecem a punição por desacato não são compatíveis com a Convenção, posto que se prestasse ao abuso como um meio de silenciar idéias e opiniões impopulares, de maneira que era reprimido o debate que é crítico, e que eram o que dava efetivo funcionamento as instituições democráticas.

Consta no Informe sobre “Leis de Desacato e Difamação Criminal”, de 2004¹⁷, que o delito de desacato é incompatível com o artigo 13 da Convenção.

O mencionado Informe traz em seu item “B”, as razões pelas quais a Comissão Interamericana de Direitos Humanos declarou a referida incompatibilidade, vejamos:

5. A afirmação que intitula esta seção é de longa data: tal como a Relatoria expressou em informes anteriores, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) efetuou uma análise da compatibilidade das leis de desacato com a Convenção Americana sobre Direitos Humanos em um relatório realizado em 1995. A CIDH: 1 Ver Relatório Anual da CIDH, 1998 Volume III, Capítulo IV A. –OEA/Ser.L/V/II.102 Doc.6 rev. 16 abril 1999-; e Informe Anual da CIDH, 2000 Volume III, Capítulo III A.2. –OEA/Ser.L/V/II.111 Doc.20 rev. 16 abril 2001- 2 CIDH, Relatório sobre a compatibilidade entre as leis de desacato e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, OEA/Ser. L/V/II.88, doc. 9 rev., 17 de fevereiro de 1995, 197-212. 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 3. 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

¹⁷ Disponível em:><http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=533&IID=4>>. Acesso em 10 mar. 2018.

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 4. 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 5. 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 6. 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.

Em 2000, a Convenção Interamericana de Direitos Humanos, em seu 108º período de ordinário de sessões, aprovou a Declaração de Princípios sobre Liberdade de Expressão, sob o fundamento de que é necessário garantir o respeito e a plena vigência das liberdades individuais e dos direitos fundamentais dos seres humanos por meio de um Estado de Direito.

Naquela ocasião, dentre a relação de princípios aprovados pela Comissão, o princípio de nº 11, é o que nos interessa como objeto de estudo no presente trabalho, posto que ele estabeleça o seguinte:

11. Os funcionários públicos estão sujeitos a maior escrutínio da sociedade. As leis que punem a expressão ofensiva contra funcionários públicos, geralmente conhecidos como “leis de desacato”, atentam contra a liberdade de expressão e o direito à informação.

O que justifica a inclusão e aprovação do mencionado princípio é que o exercício da liberdade de expressão, de forma plena, sem restrições é um dos principais mecanismos, com os quais a sociedade pode contar para que seja exercido um controle sobre àqueles que detêm cargos que cuidam de assuntos do interesse público.

Assim, a CIDH entende o desacato como um meio de silenciar as opiniões e idéias que a Administração Pública, entende como afrontosas e a consequência disto é o nível desproporcional de proteção ao agente dos Estados em detrimento dos particulares.

Além do mais, de acordo com a conjectura da CIDH, a aplicação das leis de desacato para proteger a honra de funcionários públicos que atuam em caráter oficial, dá a eles, de forma injustificada, um direito a uma proteção especial, no qual não dispõe os demais membros da sociedade.

Com efeito, o crime de desacato previsto no artigo 331 do Código Penal, de acordo com a visão da CIDH afronta diretamente o artigo 13 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos.

Um dos casos mais emblemáticos e que chegou a ser discutido pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, foi o caso de Horácio Verbitsky, jornalista célebre da Argentina, na época.

No dia 05 de maio de 1992, Horácio Verbitsky foi condenado pelo delito de desacato, na época prevista, no artigo 244 do Código Penal Argentino, por ter chamado Augusto Cesar Belluscio, Ministro da Suprema Corte, de “asqueroso”.

Entretanto, o caso intitulado como o de nº 11.012, acabou sendo solucionado amistosamente, através de acordo entre as partes, com o compromisso de a Argentina retirar de seu ordenamento jurídico o delito de desacato.

Na época, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos se manifestou da seguinte forma:

Em conformidade com o artigo 49 da Convenção Americana, a Comissão analisou o conteúdo da presente solução amistosa para assegurar a coerência desta. A Comissão considera que a derrogação da figura do desacato, no contexto do presente caso, resulta na conformidade do direito argentino com a Convenção Americana, já que elimina uma base legal para restrição do direito ao direito de livre expressão consagrado na Convenção Americana (ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS, 1994, tradução nossa).

Outro caso que diz respeito ao delito de desacato, é o caso Palamara, que ocorreu no Chile e chegou até a Corte Interamericana de Direitos Humanos, culminando a condenação do país no ano de 2005.

O caso ocorreu no ano de 1993, quando o escritor Humberto Antonio Palamara-Iribarne foi proibido de publicar um livro intitulado como “Ética y Servicios de Inteligencia”, no qual abordava questões relacionadas à inteligência militar e a

necessidade de se ter determinados padrões éticos, sob a alegação de que estaria supostamente atentando contra a defesa e a segurança nacional.

Ainda assim, Humberto Antonio Palamara entregou 04 (quatro) cópias do livro ao Comandante-Chefe da Terceira Zona Naval de Chile.

Com efeito, Humberto Palamara foi processado por 02 (dois) crimes de obediência e, após ser condenado, convocou uma conferência da imprensa em sua residência, sendo novamente condenado e processado, agora por desacato, confirmando a condenação pela Corte Suprema do Chile.

Um dos argumentos utilizados pelo Chile perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos foi que o delito de desacato havia sido repensado através de uma mudança legislativa, que havia alterado o Código Penal do país. Todavia, a Corte não aceitou tal argumentação, posto que segundo o entendimento desta, com relação ao delito de desacato, havia apenas sido feita uma alteração em seu nome júris, passando a ser ameaça, porém continuava preservando a autoridade estatal em detrimento da sociedade civil.

A Corte considerou que Chile, no caso de Humberto Palamara, violou o artigo 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos. Conseqüentemente, o Chile, extirpou de seu ordenamento jurídico o delito de desacato.

Nesta senda, casos de desacato envolvendo a Venezuela, o Uruguai, o Panamá, El Salvador, Haiti e a até mesmo a Costa Rica chegaram à sede do Sistema Interamericano de Direitos Humanos e o entendimento dado foi o de que as leis de desacato são incompatíveis com o direito a liberdade de expressão, ou seja, o mesmo entendimento dispensado aos casos mencionados acima (Argentina e Chile).

Insta salientar, que a Comissão Interamericana de Direitos Humanos tem observado a questão do desacato nos países de America Latina, tem reiterado através de informes de Relatoria Especial para a Liberdade, a necessidade dos países que integram a Convenção em extirparem de seu ordenamento jurídico, o delito de desacato.

Diversas organizações internacionais e organizações não governamentais do mundo todo tem se manifestado sobre a necessidade da exclusão do delito de desacato.

Não obstante, deve ser ressaltado o disposto no artigo 2º da Convenção Americana sobre os Direitos Humanos, que assevera que:

Artigo 2. Dever de adotar disposições de direito interno. Se o exercício dos direitos e liberdades mencionados no artigo 1. ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza, os Estados Partes de comprometem a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades.

Desta feita, uma vez que a Comissão Americana de Direitos Humanos já firmou entendimento no sentido de que as leis que criam o desacato são incompatíveis com a Convenção Americana sobre os Direitos Humanos, qualquer cerceamento de liberdade pessoal. Com fundamento no desacato viola o disposto no artigo 7º, inciso 2, da Convenção, o qual estabelece que “Ninguém pode ser privado de sua liberdade física, salvo pelas causas e nas condições previamente fixadas pelas constituições políticas dos Estados Partes ou pelas leis de acordo com elas promulgadas.”

O mencionado artigo deve ser interpretado em consonância com o disposto no artigo 29 da Convenção, dispondo que:

Nenhuma disposição desta Convenção pode ser interpretada no sentido de:

- a. permitir a qualquer dos Estados Partes, grupo ou pessoa, suprimir o gozo e exercício dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção ou limitá-los em maior medida do que a nela prevista;

Deste modo, a interpretação que se faz é que se houver alguma norma de direito interno que colida com o que dispõe a Convenção Americana de Direitos Humanos, restringindo a eficácia e o gozo dos direitos de liberdade nela estabelecidos, deve ser dado prevalência a interpretação da norma em detrimento da legislação interna.

7 CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE

A idéia de controle de convencionalidade tem origem francesa surgindo por volta da década de 1970, quando o Conselho Constitucional francês, na Decisão de n. 74-54 DC, de 15 de janeiro de 1975, percebeu que não era competente para analisar a convencionalidade preventiva das leis, isto é, a compatibilidade das leis com os tratados ratificados pela França, que no caso em comento era a Convenção Europeia de Direitos Humanos de 1950, pois não se tratava de um controle de constitucionalidade propriamente dito, sendo assim, não tinha competência para tanto (MAZZUOLI, 2011, p. 81).

A decisão de n. 74-54 DC dizia respeito a análise de constitucionalidade de uma lei que tratava sobre a interrupção voluntária da gestação, isto diante da possibilidade de violação do direito à vida, permitido pelo artigo 2º da Convenção Europeia de Direitos do Homem, na qual foi ratificado pelo Estado Francês.

No entanto, por força do disposto no artigo 61 da Constituição francesa, antes que as leis ordinárias sejam aplicadas, elas devem ser submetidas ao Conselho Constitucional, para que se adeque ao com o texto constitucional – o que é denominado como controle de constitucionalidade. Porém, o artigo 55 da Constituição francesa assevera que os tratados e acordos ratificados, a partir de sua publicação, são hierarquicamente superiores às leis ordinárias.

Logo, restou ao Conselho Constitucional francês, que analisasse dois tipos de controle normativo: a) a adequação da lei com a Constituição; b) a adequação da lei

com os tratados e acordos internacionais de hierarquia superior as leis ordinárias. Por isso, foi nessa ocasião que o Conselho francês reconheceu duas maneiras diferentes de controle normativo: o controle de constitucionalidade e o controle de convencionalidade.

A Corte Constitucional francesa assim se manifestou:

Considerando, em primeiro lugar, que nos termos do artigo 55 da Constituição: “Os tratados ou acordos regularmente ratificados ou aprovados têm, desde sua publicação, uma autoridade superior àquela das leis, sob condição, para cada acordo ou tratado, de serem aplicados pela outra parte” [...] Considerando, com efeito, que as decisões tomadas em aplicação do artigo 61 da Constituição revestem um caráter absoluto e definitivo, tal como resulta do artigo 62, que consta a promulgação e a vigência de toda disposição declarada inconstitucional; que, ao contrário, a superioridade dos tratados sobre as leis, cujo princípio está estatuído no artigo 55 já citado, apresenta um caráter ao mesmo tempo relativo e contingente, tendo em vista que ela é limitada ao campo de aplicação do tratado e, por outro lado, que ela é subordinada a uma condição de reciprocidade cuja realização pode variar conforme o comportamento do (ou dos) Estados signatários do tratado e o momento em que deve ser apreciado o respeito dessa condição; [...] Considerando que assim o controle do respeito ao princípio enunciado no artigo 55 da Constituição, não poderia ser exercido no contexto do exame previsto no artigo 61, em razão da diferença de natureza desses dois controles.

Com efeito, a contribuição dada pelo tribunal francês é evidente e de grande monta, uma vez que ao reconhecer a existência de dois controles com natureza diferentes, concedeu nomenclatura a um fenômeno que até então era pouco discutido, contribuindo, assim, para o amadurecimento posterior do fenômeno da convencionalidade.

Podemos dizer que a nomenclatura “controle de convencionalidade” foi utilizada em analogia ao controle de constitucionalidade, uma vez que o último tem como ponto central a Constituição, já o primeiro se refere a acordos, tratados internacionais e convenções.

Com a decisão que trouxe a nomenclatura do controle de convencionalidade, podemos observar as características que levaram ao surgimento desse instituto jurídico.

A primeira característica é a força do constitucionalismo, posto que ainda que hajam críticas sobre a supremacia ou não da constituição em face das normas de direito internacional, este movimento evidencia o apoderamento das cartas internacionais de direitos humanos, através de uma delegação de legitimidade, das constituições

nacionais as convenções e aos acordos internacionais. É através do constitucionalismo que vislumbramos o movimento de internacionalização dos direitos humanos.

A segunda característica que está evidenciada é a falta de métodos tradicionais suficientes para que haja a resolução de antinomias existentes no ordenamento jurídico. Sob a ótica do direito interno, é sabido que o saneamento de um conflito normativo se dará mediante a aplicação de critérios objetivos, como: o hierárquico, cronológico e de especialidade. Todavia, em face da incorporação de um tratado, convenção, ou acordo internacional no ordenamento jurídico interno, ocorrem alguns problemas, tais como saber qual o status hierárquico que a norma internacional vai receber quando da sua inserção no ordenamento jurídico interno, uma vez que, como vimos, poderá ser ganhar o status de lei ordinária, norma supralegal ou norma constitucional.

Previamente, podemos dizer que o controle de convencionalidade é composto de um conjunto de mecanismos que possibilitam a compatibilização das leis internas de um determinado país com o que está disposto em tratados internacionais de direitos humanos por ele ratificados e que estejam em vigor no seu território.

Sobre o controle de convencionalidade Marcelo Figueiredo (2016, p.87):

O controle de convencionalidade é aquele exercido para verificar a compatibilidade das regras locais (direito interno) às convenções internacionais. Ele é exercido primordialmente pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. Por seu intermédio, a Corte revisa a convencionalidade, verificando se os Estados cumprem, ou não, as regras e os princípios da Convenção Americana de Direitos Humanos e outros Tratados, com o intuito de conferir se houve alguma violação a essas regras internacionais.

O controle de convencionalidade não é exercido apenas no âmbito do sistema regional latino-americano na área dos direitos humanos, mas, como sabemos, é usualmente exercido pelos juízes nacionais no espaço europeu, desde 1964 (caso “Costa vs. ENEL”), como também pelo Tribunal de Luxemburgo.

O controle de convencionalidade feito pela Corte Interamericana de Direitos Humanos é um modo de se verificar a compatibilidade das normas de direito interno, com as normas das convenções, acordos e tratados internacionais, de modo que cabe aos países que são signatários da Convenção e se encontram submetidos à jurisdição da Corte, observar as decisões proferidas internacionalmente.

Contudo, segundo as lições de Valério Mazzuoli (2011, p. 83-84), desde 2006 a Corte Interamericana de Direitos Humanos tem ordenado o controle de convencionalidade realizado internamente, ou seja, os juízes e os tribunais internos devem proceder ao exame de compatibilidade entre as leis e a Convenção Americana, mas não é só, neste exame de compatibilidade, além da Convenção, deve-se levar em conta a interpretação que a Corte Interamericana de Direitos Humanos faz da Convenção, uma vez que esta é a última e mais autorizada interprete do Pacto de San Jose da Costa Rica. É possível destacarmos este posicionamento na decisão proferida pela Corte Interamericana no Caso *Almonacid Arellano e outros Vs. Chile*, julgado em 26 de setembro de 2006:

A Corte tem consciência de que os juízes e tribunais internos estão sujeitos ao ímpeto da lei e, por isso, estão obrigados a aplicar as disposições vigentes no ordenamento jurídico. Porém, quando um Estado ratifica um tratado internacional como a Convenção Americana, seus juízes, como parte do aparato do Estado, também estão submetidos a ela, o que os obriga a velar para que os efeitos das disposições da Convenção não se vejam prejudicados pela aplicação de leis contrárias ao seu objeto e fim, que desde seu início carece de efeitos jurídicos. Em outras palavras, o Poder Judiciário deve exercer uma espécie de “controle de convencionalidade” entre as normas jurídicas internas que aplicam nos casos concretos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Nesta tarefa, o Poder Judiciário deve ter em conta não somente o tratado, senão também a interpretação que do mesmo tem feito a Corte Interamericana, intérprete última da Convenção Americana (MAZZUOLI, 2011, p. 84-85).

Assim, resta clarividente que o controle de convencionalidade interno, realizado pelos juízes e tribunais, deve-se pautar tanto na Convenção quanto na interpretação que é dada a ela pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, posto que essa é considerada a interprete última da Convenção. E mais, o controle de convencionalidade deverá ser realizado internamente pelos juízes e tribunais, não apenas em face da Convenção e da interpretação dada a ela pela Corte, mas também, em face de todas as demais normas de direitos humanos que forem ratificados por um Estado, sendo isso o que a doutrina denomina como bloco de convencionalidade.

Neste sentido, são as palavras de Marcelo Figueiredo (2016, p. 84):

O objetivo principal do controle de convencionalidade é atribuir aos juízes nacionais a missão de deixar de aplicar as regras do direito interno opostas ao Pacto de São José da Costa Rica.

Como decidido pela Corte Interamericana no caso “Almonacid Arellano vs. Chile” (2006), os juízes nacionais devem cumprir um papel de controle repressivo ao deixar de aplicar as regras de direito interno opostas ao Pacto de São José da Costa Rica.

Esta, aliás, é a doutrina pacífica da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Além disso, o controle de convencionalidade não se limita a assegurar a primazia apenas do Pacto de São José da Costa Rica, mas também de todos os tratados de direitos humanos ratificados por um Estado. A isso denomina a doutrina de *bloco de convencionalidade*.

Valério Mazzuoli (2011, p. 86-87), assevera que:

Percebe-se que a redação imperativa da Corte no sentido de ser um dever do Poder Judiciário interno o de controlar a convencionalidade de suas leis em face dos tratados de direitos humanos em vigor no país. Na frase derradeira do primeiro trecho citado, segundo a qual o Poder Judiciário “deve ter em conta não somente o tratado, senão também a interpretação que do mesmo tem feito a Corte Interamericana, interprete última da Convenção Americana”, fica claro que o controle de convencionalidade exercido pelos juízes e tribunais nacionais deverá também pautar-se pelos padrões estabelecidos pela “interprete última” da Convenção. Isso tem reflexo no chamado controle difuso de convencionalidade, pois se a Corte Interamericana (repita-se: a “interprete última” da Convenção) não limita o dito controle a um pedido expresso das partes em um caso concreto, e se, ao seu turno, os juízes e tribunais nacionais “devem” levar em conta a interpretação que do tratado faz a Corte Interamericana, tal significa que o Poder Judiciário interno não deve se prender à solicitação das partes, mas controlar a convencionalidade das leis ex officio sempre que estiver diante de um caso concreto cujo a solução possa ser encontrada em tratado internacional de direitos humanos em que a República Federativa do Brasil seja parte: *iura novit cúria*. Destaque-se que todo e qualquer tratados de direitos humanos é paradigma para o controle de convencionalidade, e não somente a Convenção Americana (o que a própria Corte também tem entendido, ao se referir sempre a “um tratado internacional como a “Convenção Americana”).

O julgamento do Caso *Almonacid Arellano e outros Vs, Chile*, é tido como o caso que inaugura a doutrina do controle de convencionalidade no Continente Americano (MAZZUOLI, 2011, p. 85).

Porém, cumpre dizer que foi apenas em 26 de Novembro de 2010, no julgamento do Caso *Cabrera Garcia e Montiel Flores Vs. Mexico*, que a Corte Interamericana, por unanimidade de votos, afirmou definitivamente sua doutrina jurisprudencial de “controle de convencionalidade” (MAZZUOLI, 2011, p. 88).

Importante trazer à baila que há dois tipos de controle de convencionalidade, sendo eles: o primário o secundário.

Sobre este aspecto, Marcelo Figueiredo (2016, p.89):

O controle de convencionalidade primário é aquele que é levado a cabo, em primeiro lugar, no campo doméstico dos países.

É o que ocorre, sobretudo, por juízes integrantes do poder Judiciário, que devem verificar a compatibilidade entre as normas internacionais e supranacionais com as normas domésticas.

Trata-se aí de um controle difuso feito internamente em cada um dos países integrantes do sistema regional de direitos humanos.

Ao seu lado, fala-se em um controle de convencionalidade secundário (concentrado) que é exercido pelo Tribunal regional competente, no nosso caso, a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Diante da exigência da Corte Interamericana de que os Estados realizassem um controle interno, traremos abaixo como tem sido tratado o controle de convencionalidade no Brasil, sendo deveras importante mencionar que Valério Mazzuoli foi o primeiro a tratar sobre o controle jurisdicional de convencionalidade no nosso ordenamento jurídico pátrio.

7.1 Controle de Convencionalidade no Brasil

A realização do controle de convencionalidade interno pelos juízes e tribunais, como vimos no subcapítulo acima, é uma imposição da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

No Brasil, a teoria do controle de convencionalidade foi difundida de forma inédita por Valério Mazzuoli,

Em sua obra intitulada “O CONTROLE JURISDICIONAL DA CONVENCIONALIDADE DAS LEIS”, Mazzuoli (2011, p. 23) sustenta o seguinte:

O aparecimento do tema entre nós não é novo, pois nasceu com a Constituição de 1988, não obstante ser o presente livro, o primeiro a fazer tal constatação. Desde a promulgação do texto constitucional (em 05.10.88) se afigura possível a um juiz ou tribunal controlar a convencionalidade (a partir de 1988, apenas pela via difusa e, desde a EC 45/04, também pela via concentrada) das normas de direitos humanos em vigor no país. Ocorre que não obstante ser possível controlar a convencionalidade das leis desde a entrada em vigor da Constituição, jamais tal fato foi suscitado em qualquer obra de direito constitucional ou internacional no Brasil. E mais: a partir da Emenda 45/2004 passou a ser possível controlar a convencionalidade das leis também pela via abstrata, tampouco esse fato foi percebido pela doutrina até o momento.

Desta feita, conforme se extrai da citação acima, desde a promulgação da Constituição de 1988, era possível o exercício do controle de convencionalidade pela via difusa e, posteriormente, após a promulgação da EC 45/04, também já era possível o exercício do controle de convencionalidade pela via concentrada.

Nas palavras de Mazzuoli (2011, p. 23):

Falar em controle de convencionalidade significa falar em compatibilidade vertical das normas no direito interno com as convenções internacionais de direitos humanos em vigor no país. Significa, também, falar em técnica judicial de compatibilização vertical das leis com tais preceitos internacionais de direitos humanos.

Com isso, surge no ordenamento jurídico pátrio a teoria da dupla compatibilidade vertical, que traz a premissa de que as normas internas deverão observar além do disposto na Constituição Federal, também devem observar o disposto nas convenções internacionais de direitos humanos que forem incorporadas pelo país.

Neste aspecto, Mazzuoli (2011, p. 116-117) dispõe que:

Sob o ponto de vista de que, em geral, os tratados internacionais têm superioridade hierárquica em relação as demais normas de estatura infraconstitucional (quer seja tal superioridade constitucional, como no caso dos tratados de direitos humanos, quer supralegal, como no caso dos demais tratados, chamados de comuns) é lícito concluir que a produção normativa estatal deve contar não somente com limites formais (ou procedimentais), senão também com dois limites verticais materiais, quais sejam: a) a Constituição e os tratados de direitos humanos alçados ao nível constitucional; e b) os tratados internacionais comuns de estatura supralegal. Assim, uma determinada lei interna poderá ser até considerada vigente por estar (formalmente) de acordo com o texto constitucional, mas não será válida se estiver (materialmente) em desacordo com os tratados de direitos humanos (que têm estatura constitucional) ou com os demais tratados, dos quais a República Federativa do Brasil é parte (que tem status supralegal). Para que exista a vigência e a concomitante validade das leis, necessário será respeitar-se uma dupla compatibilidade vertical material, qual seja a compatibilidade da lei (1) com a Constituição e os tratados de direitos humanos em vigor no país e (2) com os demais instrumentos internacionais ratificados pelo Estado brasileiro.

Neste âmbito, para Valério Mazzuoli não é o suficiente que a norma de direito interno seja compatível com a Constituição, pois deve ela ser compatível também com as normas de direito internacional, com os tratados internacionais. Como já vimos acima, na ordem internacional é possível a existência de dois tipos de tratados, sendo

eles: tratados internacionais de direitos humanos e tratados internacionais comuns. O controle de convencionalidade, conforme leciona o autor acima, se dá mediante a compatibilidade vertical material da lei com a Constituição e os tratados de direitos humanos que foram ratificados pelo Estado e com os tratados internacionais gerais que foram ratificados pelo Brasil, o que o autor denomina de controle de supralegalidade.

No que diz respeito ao diálogo vertical das fontes normativas, as palavras de Sidney Guerra (2016, p. 191) merecem destaque:

No caso dos chamados diálogos verticais, evidencia-se que são mais complexos por haver uma aparente rivalidade entre a norma internacional e a norma interna. Seja porque o ordenamento interno é omissivo na tutela de um determinado direito consagrado em norma internacional, ou porque tal ordenamento proíbe expressamente a tutela de um direito garantido na legislação alienígena. Nos casos em que a legislação interna é omissiva na tutela de algum direito, o diálogo de verticalidade promoverá a inserção da norma internacional para compor nosso ordenamento jurídico, garantindo o cumprimento dos compromissos estabelecidos no tratado ratificado pelo país. Quando o direito interno dispõe de norma que viola frontalmente algum preceito normativo presente em tratado internacional ratificado pelo país, não há obrigatoriedade em revogar norma interna em prol da aplicação absoluta da norma internacional.

Em continuidade, Sidney Guerra (2013, p. 191) dispõe o seguinte sobre o controle de convencionalidade:

(...) Portanto, imperioso lembrar que, ao ocorrer um conflito entre uma norma de direito internacional e uma norma infraconstitucional, os tribunais e os juízes nacionais poderão aplicar dois tipos de controles: o controle de constitucionalidade e o controle de convencionalidade, que poderá ser realizado tanto pela via difusa quanto pela via concentrada. Assim, a norma interna de natureza infraconstitucional terá validade se conseguir passar por estes dois dispositivos de controle: o primeiro tem a finalidade de verificar se a lei infraconstitucional é compatível com a Constituição e o segundo serve para averiguar se há violação de direitos consagrados em tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo país.

Para Mazzuoli (2011, p. 74), se os tratados de direitos humanos tiverem o status de norma constitucional, isso em razão do disposto no artigo 5º, §2º da Constituição Federal, ou quer sejam os tratados de direitos humanos equivalentes a emenda constitucional, posto que fossem aprovados conforme o previsto no artigo 5º, § 3º da Constituição Federal. Em ambos os casos, eles serão objetos de controle de convencionalidade das leis, nas modalidades difusas e concentrada. Porém, com relação

aos tratados internacionais comuns, que versam sobre matérias alheias aos direitos humanos, também tem status superior ao das leis internas no Brasil, uma vez que o status destes tratados é de supralegalidade. Os tratados internacionais de direito comum também passarão pelo controle das normas infraconstitucionais, mas o controle, neste caso será de supralegalidade.

Neste sentido, o controle de convencionalidade deve ser exercido pelos órgãos da justiça nacional em face dos tratados que o país se encontra vinculado.

Segundo Mazzuoli (2011, p.133):

Trata-se de adaptar ou conformar os atos ou leis internas aos compromissos internacionais assumidos pelo Estado, que criam para estes deveres no plano internacional com reflexos práticos no plano do seu direito interno. Doravante, não somente os tribunais internacionais (ou supranacionais) devem realizar esse tipo de controle, mas também os tribunais internos. O fato de serem os tratados internacionais (notadamente os de direitos humanos) imediatamente aplicáveis no âmbito do direito doméstico garante a legitimidade dos controles de convencionalidade e de supralegalidade das leis no Brasil.

Segundo o entendimento de Valério de Oliveira Mazzuoli, é possível duas formas de controle de convencionalidade sendo elas: o controle difuso e o controle concentrado.

O controle de convencionalidade difuso existe no ordenamento jurídico pátrio desde a promulgação da Constituição em 05 de outubro de 1988 e desde a entrada em vigor dos tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil. Aliás, a existência do controle difuso de convencionalidade é facilmente perceptível através do disposto no artigo 105, III, a da Constituição Federal. Todavia, o controle concentrado de convencionalidade nasceu apenas em 08 de Dezembro de 2004, com a promulgação da Emenda Constitucional nº 45.

No que diz respeito ao controle de convencionalidade difuso, Mazzuoli (2011, p. 134) assevera que:

Para realizar o controle de convencionalidade (ou o de supralegalidade) das normas de direito interno, os tribunais locais não requerem qualquer autorização internacional. Tal controle passa, doravante, a ter também caráter difuso, a exemplo do controle difuso de constitucionalidade, em que qualquer juiz ou tribunal pode (e deve) se manifestar a respeito. Desde um juiz singular (estadual ou federal) até os tribunais estaduais (Tribunais de Justiça dos Estados) ou regionais (v.g., Tribunais Regionais Federais) ou mesmo os tribunais superiores (STJ, TST, TSE, STF etc.) todos eles podem (e devem) controlar

convencionalidade ou supralegalidade das leis pela via incidente. À medida que os tratados forem sendo incorporados ao direito pátrio os tribunais locais – estando tais tratados em vigor no plano internacional – podem, desde já e independentemente de qualquer condição ulterior, compatibilizar as leis domésticas com o conteúdo dos tratados (de direitos humanos ou comuns) vigentes no país.

Qualquer juiz ou tribunal, ou melhor, desde um juiz singular, até os tribunais estaduais ou regionais, até mesmo os tribunais superiores, sem que haja qualquer autorização internacional, podem realizar o controle incidental de convencionalidade.

Já o controle de convencionalidade concentrado será realizado pelo Supremo Tribunal Federal, em face dos tratados de direitos humanos incorporados no ordenamento jurídico pátrio pelo rito previsto no artigo 5, § 3º da Constituição, ou seja, os que são equiparados a emenda constitucional.

Neste ínterim, Mazzuoli (2011, p. 147), sustenta o seguinte:

A partir da Emenda 45/2004, é necessário entender que a expressão “guarda da Constituição”, utilizada pelo art. 102, I, a, alberga, além do texto da Constituição propriamente dito, também as normas constitucionais por equiparação, como é o caso dos tratados de direitos humanos formalmente constitucionais. Assim, ainda que a Constituição silencie a respeito de um determinado direito, mas estando esse mesmo direito previsto em tratado de direitos humanos constitucionalizado pelo rito do art. 5º, § 3º, passa a caber, no Supremo Tribunal Federal, o controle concentrado de constitucionalidade/convencionalidade (v.g., uma ADIn) para compatibilizar a norma infraconstitucional com os preceitos do tratado constitucionalizado.

A operacionalização do controle de convencionalidade das leis no plano jurídico, pode se realizar através de uma ação do controle concentrado de constitucionalidade, ou seja, através de uma ADIn, uma ADECON ou uma ADPF.

Neste senda, Valério Mazzuoli (2011, p. 148):

Ora, se a Constituição possibilita seja os tratados de direitos humanos alçados ao patamar constitucional, com equivalência de emenda, por questão de lógica deve também garantir-lhe os meios que prevê a qualquer norma constitucional ou emenda de se protegerem contra as investidas não autorizadas do direito infraconstitucional. Nesse sentido, é plenamente defensível a utilização das ações do controle concentrado, como a ADIn (que invalidaria erga omnes a norma infraconstitucional por inconvenção) a ADECON (que garantiria a norma infraconstitucional a compatibilidade vertical com um tratado de direitos humanos formalmente constitucional) e até mesmo a ADPF (que possibilitaria o cumprimento de um “preceito fundamental” encontrado em tratado de direitos humanos formalmente constitucional), não mais baseado exclusivamente no

texto constitucional, senão também nos tratados de direitos humanos aprovados pela sistemática do artigo 5º, §3º da Constituição e em vigor no país.

Como é de fácil percepção pelo exposto até o presente momento, o controle de convencionalidade, seja ele na via difusa ou concentrada, terá lugar quando as leis infraconstitucionais, embora sejam compatíveis com a Constituição, são violadoras das normas internacionais de direitos humanos em vigor.

8 O CRIME DE DESACATO À LUZ DO RECURSO ESPECIAL Nº 1640.084-SP E DO HABEAS CORPUS Nº 379.269 – MS

No dia 15 de novembro de 2016, tendo como Relator o Ministro Ribeiro Dantas, a 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial nº 1640084/SP, decidiu descriminalizar o delito de desacato previsto no artigo 331 do Código Penal.

A mencionada decisão teve como fundamento a violação ao Pacto de São José da Costa Rica, uma vez que a punição pelo delito de desacato está em desconformidade com o artigo 13 do Pacto de São José da Costa Rica, em que estipula mecanismos de proteção à liberdade de pensamento e expressão, sendo norma anacrônica por se mostrar como um tratamento desigual entre os funcionários públicos e os particulares, o que se revela inaceitável em um Estado Democrático de Direito.

Em continuidade, no embasamento para a descriminalização do crime de desacato, foi afirmado que o afastamento da tipificação criminal do desacato, não impediria que houvesse a responsabilidade civil, ou até mesmo a punição por outra figura típica do Código Penal, tal como a calúnia, a injúria, difamação e etc., caso houvesse o abuso de expressão verbal ou gestual utilizada perante o funcionário público, isto é, aquele que ofendesse o funcionário público, poderia incidir nas penas de outro delito previsto no Código Penal.

Vejamos a Ementa da decisão do STJ, no julgamento do Resp. N. 1640.084-SP que “descriminalizou” a conduta do desacato:

DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. ROUBO, DESACATO E RESISTÊNCIA. APELAÇÃO CRIMINAL. EFEITO DEVOLUTIVO AMPLO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. NÃO OCORRÊNCIA. ROUBO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. DESCLASSIFICAÇÃO DO CRIME DE ROUBO PARA O DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. SÚMULA 284/STF. TEMA NÃO PREQUESTIONADO. SÚMULAS 282 E 356 DO STF. DESACATO. INCOMPATIBILIDADE DO TIPO PENAL COM A CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE.

1. Uma vez interposto o recurso de apelação, o Tribunal, respeitando o contraditório, poderá enfrentar todas as questões suscitadas, ainda que não decididas na primeira instância, desde que relacionadas ao objeto litigioso recursal, bem como apreciar fundamentos não acolhidos pelo juiz (arts. 10 e 1.013, §§ 1º e 2º, do Código de Processo Civil, c/c art. 3º do Código de Processo Penal).
2. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça afasta a aplicabilidade do princípio da insignificância em crimes cometidos mediante o uso de violência ou grave ameaça, como o roubo.
3. O pleito de desclassificação do crime de roubo para o de constrangimento ilegal carece da indicação do dispositivo legal considerado malferido e das razões que poderiam fundamentar o pedido, devendo-se aplicar o veto da Súmula 284/STF. Além disso, o tema não foi objeto de apreciação pelo Tribunal de origem, nem a parte interessada opôs embargos de declaração para suprir tal omissão, o que atrai o óbice das Súmulas 282 e 356 do STF.
4. O art. 2º, c/c o art. 29, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) prevê a adoção, pelos Estados Partes, de "medidas legislativas ou de outra natureza" visando a solução de antinomias normativas que possam suprimir ou limitar o efetivo exercício de direitos e liberdades fundamentais.
5. Na sessão de 4/2/2009, a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, ao julgar, pelo rito do art. 543-C do CPC/1973, o Recurso Especial 914.253/SP, de relatoria do Ministro LUIZ FUX, adotou o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário 466.343/SP, no sentido de que os tratados de direitos humanos, ratificados pelo país, têm força supralegal, "o que significa dizer que toda lei antagônica às normas emanadas de tratados internacionais sobre direitos humanos é destituída de validade." 6. Decidiu-se, no precedente repetitivo, que, "no plano material, as regras provindas da Convenção Americana de Direitos Humanos, em relação às normas internas, são ampliativas do exercício do direito fundamental à liberdade, razão pela qual paralisam a eficácia normativa da regra interna em sentido contrário, haja vista que não se trata aqui de revogação, mas de invalidade." 7. A adequação das normas legais aos tratados e convenções internacionais adotados pelo Direito Pátrio configura controle de constitucionalidade, no caso concreto, por não se cuidar de convenção votada sob regime de emenda constitucional, não invade a seara do controle de constitucionalidade e pode ser feito de forma difusa, até mesmo em sede de recurso especial.
8. Nesse particular, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, quando do julgamento do caso Almonacid Arellano y otros v. Chile, passou a exigir que o Poder Judiciário de cada Estado Parte do Pacto de São José da Costa Rica exerça o controle de convencionalidade das normas jurídicas internas que aplica aos casos concretos.
9. Por conseguinte, a ausência de lei veiculadora de abolição criminis não inibe a atuação do Poder Judiciário na verificação da inconformidade do art. 331 do Código Penal, que prevê a figura típica do desacato, com o art. 13 do Pacto de São José da Costa Rica, que estipula mecanismos de proteção à liberdade de pensamento e de expressão.
10. A Comissão Interamericana de Direitos Humanos - CIDH já se manifestou no sentido de que as leis de desacato se prestam ao abuso, como meio para silenciar ideias e opiniões consideradas incômodas pelo establishment, bem assim proporcionam maior nível de proteção aos agentes do Estado do que aos particulares, em contravenção aos princípios: democrático e igualitário.
11. A adesão ao Pacto de São José significa a transposição para a ordem jurídica interna de critérios recíprocos de interpretação, sob pena de negação da

universalidade dos valores insertos nos direitos fundamentais internacionalmente reconhecidos. Assim, o método hermenêutico mais adequado à concretização da liberdade de expressão reside no postulado pro homine, composto de dois princípios de proteção de direitos: a dignidade da pessoa humana e a prevalência dos direitos humanos.

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

13. A existência de tal normativo em nosso ordenamento jurídico é anacrônica, pois traduz desigualdade entre funcionários e particulares, o que é inaceitável no Estado Democrático de Direito.

14. Punir o uso de linguagem e atitudes ofensivas contra agentes estatais é medida capaz de fazer com que as pessoas se abstenham de usufruir do direito à liberdade de expressão, por temor de sanções penais, sendo esta uma das razões pelas quais a CIDH estabeleceu a recomendação de que os países aderentes ao Pacto de São Paulo abolissem suas respectivas leis de desacato.

15. 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 utilizada perante o funcionário público.

16. Recurso especial conhecido em parte, nessa extensão, parcialmente provido para afastar a condenação do recorrente pelo crime de desacato (art. 331 do CP).

Quanto ao julgamento do mencionado Resp. o Ministro Relator Ribeiro Dantas, reafirmou os argumentos trazidos na manifestação do Ministério Público Federal de que as leis de desacato invertem diretamente os parâmetros de uma sociedade democrática, na qual os funcionários públicos devem estar sujeitos a um maior escrutínio por parte da sociedade e para que haja a proteção dos princípios democráticos, se faz necessário a eliminação dessas leis nos países em que ainda se encontram presente.

O Resp. N. 1640.084-SP foi interposto em face de Acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo, que manteve a sentença condenatória do recorrente e, dentre outros crimes, condenou-o pelo delito de desacato, previsto no artigo 331 do Código Penal, a pena de 08 (oito) meses e 05 (cinco) dias de detenção, em regime inicial semi-aberto.

Conforme consta no relatório do Resp., o recorrente alegou em suas razões recursais que o crime de desacato não existe mais no nosso ordenamento jurídico, posto que a Relatoria de Liberdade de Expressão da Comissão Interamericana de Direitos Humanos firmou o entendimento de que as normas de direito interno que tipificam o desacato como crime são incompatíveis com o artigo 13 do Pacto de São Jose da Costa Rica.

No presente caso, o Ministro Relator do Resp. dispôs que a Corte Paulista se manifestou da seguinte forma: a) a abolição de qualquer tipo penal somente poderia ocorrer por meio de lei; b) o Tratado não é incompatível com o desacato, uma vez que a garantia da liberdade de expressão e pensamento não autoriza ofensa gratuita dirigidas a servidores públicos e c) a previsão do delito de desacato se insere em hipótese de responsabilidade ulterior pela ocorrência das violações mencionadas no item 2 do art. 13 da Convenção.

Entretanto, o Ministro Relator do Resp. discordou do acima mencionado, nos seguintes termos:

Ao contrário do que entenderam as instâncias ordinárias, a ausência de lei veiculadora de *abolitio criminis* não inibe a atuação do Poder Judiciário na verificação de possível inconformidade do art. 331 do CP, que prevê a figura típica do desacato, com o art. 13 do Pacto de São José da Costa Rica, que estipula mecanismos de proteção à liberdade de pensamento e de expressão. A Comissão Interamericana de Direitos Humanos - CIDH já se manifestou no sentido de que as leis de desacato se prestam ao abuso, como meio para silenciar ideias e opiniões consideradas incômodas pelo establishment, bem assim proporcionam maior nível de proteção aos agentes do Estado do que aos particulares, em contravenção aos princípios democrático e igualitário. [...] A adesão ao Pacto de São José significa a transposição, para a ordem jurídica interna, de critérios recíprocos de interpretação, sob pena de negação da universalidade dos valores insertos nos direitos fundamentais internacionalmente reconhecidos. Assim, o método hermenêutico mais adequado à concretização da liberdade de expressão reside no postulado *pro homine*, composto de dois princípios de proteção de direitos: a dignidade da pessoa humana e a prevalência dos direitos humanos. [...] A criminalização do desacato está na contramão do humanismo, porque ressalta a preponderância do Estado - personificado em seus agentes - sobre o indivíduo. [...] A existência de tal normativo em nosso ordenamento jurídico é anacrônica, pois traduz desigualdade entre funcionários e particulares, o que é inaceitável no Estado Democrático de Direito. [...] Punir o uso de linguagem e atitudes ofensivas contra agentes estatais é medida capaz de fazer com que as pessoas se abstenham de usufruir o direito à liberdade de expressão, por temor de sanções penais, sendo esta uma das razões pelas quais a CIDH estabeleceu a recomendação de que os países aderentes ao Pacto de São Paulo abolissem suas respectivas leis de desacato. [...] 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 utilizada perante o funcionário público.

Diante de tudo isto, foi que a 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça deu provimento ao Resp. e afastou a condenação do recorrente pelo delito de desacato, posto

que tal delito é incompatível com a Convenção Americana de Direitos Humanos. Porém, as inovações não pararam por aí.

No dia 25 de maio de 2017, em decisão contraposta à proferida pela 5ª Turma do STJ quando do julgamento do Resp. nº 1640084/SP, a 3ª Seção do STJ, que reúne as 02 (duas) Turmas de Direito Penal daquele Tribunal, no julgamento do Habeas Corpus 379.269/MS, revisou a jurisprudência da Corte e decidiu que a conduta típica do desacato continua sendo crime.

O caso em apreço, analisado através do julgamento do mencionado HC, diz respeito a denúncia que foi formulada contra Magno Leandro Santos Angélico, na qual estava sendo acusado pelos delitos de direção de veículo automotor sob a influência de álcool, desobediência e desacato.

A defesa do acusado pugnou pelo reconhecimento da absorção do crime de desacato pelo crime de desobediência, tese esta que foi acatada pelo magistrado de 1º grau, mas que foi afastada pelo Tribunal de Justiça, após a interposição de recurso pelo Ministério Público.

No dia 16 de Novembro de 2016, quando o Recurso chegou ao STJ, o Ministro Relator indeferiu o pedido liminar de aplicação do princípio da consunção, sob o fundamento de que não havia urgência para que fosse concedida a liminar.

Com efeito, posto que a 5ª Turma do STJ, havia decidido recentemente pela descriminalização do delito de desacato, os Ministros da 3ª Seção do STJ entenderam que se mostrava mais prudente, para evitar que uma Turma proferisse decisão diversa da outra, conduzir o julgamento do HC 379.269/MS para a 3ª seção, posto que ela compreende as 02 (duas) turmas de Direito Penal do Superior Tribunal de Justiça, sendo que 06 ministros votaram pela continuação da figura do desacato no ordenamento jurídico pátrio, e 02 (dois) votaram pela descriminalização do delito.

Segue abaixo ementa do que decidiu a 3ª Seção do STJ quando do julgamento do HC 379.269/MS:

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

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

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

2. Quanto à natureza jurídica das regras decorrentes de tratados de direitos humanos, firmou-se o entendimento de que, ao serem incorporadas antes da Emenda Constitucional n. 45/2004, portanto, sem a observância do rito estabelecido pelo art. 5º, § 3º, da CRFB, exprimem status de norma supralegal, o que, a rigor, produz efeito paralisante sobre as demais normas que compõem o ordenamento jurídico, à Documento: 73399234 - EMENTA / ACORDÃO - Site certificado - DJe: 30/06/2017 Página 1 de 4 Superior Tribunal de Justiça exceção da Magna Carta. Precedentes.

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

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

5. As deliberações internacionais de direitos humanos decorrentes dos processos de responsabilidade internacional do Estado podem resultar em: recomendação; decisões quase judiciais e decisão judicial. A primeira revela-se ausente de qualquer caráter vinculante, ostentando mero caráter "moral", podendo resultar dos mais diversos órgãos internacionais. Os demais institutos, porém, situam-se no âmbito do controle, propriamente dito, da observância dos direitos humanos.

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

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

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

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

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

à Liberdade de Expressão pelo teor do art. 331 do Código Penal. Documento: 73399234 - EMENTA / ACORDÃO - Site certificado - DJe: 30/06/2017 Página 2 de 4 Superior Tribunal de Justiça

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

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

13. Controle de convencionalidade, que, na espécie, revela-se difuso, tendo por finalidade, de acordo com a doutrina, "compatibilizar verticalmente as normas domésticas (as espécies de leis, lato sensu, vigentes no país) com os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Estado e em vigor no território nacional."

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

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

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

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

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

19. Voltando-se às nuances que deram ensejo à impetração, Documento: 73399234 - EMENTA / ACORDÃO - Site certificado - DJe: 30/06/2017 Página 3 de 4 Superior Tribunal de Justiça deve ser mantido o acórdão vergastado em sua integralidade, visto que inaplicável o princípio da consunção tão logo quando do recebimento da denúncia, considerando que os delitos apontados foram, primo *ictu oculi*, violadores de tipos penais distintos e originários de condutas autônomas.

20. Habeas Corpus não conhecido.

Neste julgamento, a 3ª Seção do STJ, decidiu que a conduta de desacato continua a ser tipificada como crime, pois é uma proteção adicional, a qual não impede a liberdade de expressão, desde que esta seja exercida sem exageros.

No mais, quando do julgamento do HC N. 379.269-MS, a 3ª Seção do STJ entendeu que as recomendações não possuem força vinculante, e que de acordo com a ótica doutrinária possuem tão somente "poder de embaraço" ou "mobilização de

vergonha”, bem como de que não houve nenhuma deliberação pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, sobre eventual violação ao direito de liberdade de expressão por parte do Brasil, sendo que houveram apenas pronunciamentos proferidos pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

Por fim, o STJ, aduziu que a própria Corte Interamericana de Direitos Humanos já se posicionou afirmando que a liberdade de expressão não seria direito absoluto, e em razão disso o desacato não se mostra incompatível com as normas internacionais.

Além do mais, extirpar o delito de desacato do ordenamento jurídico pátrio, não traria mudanças significativas no que diz respeito ao exercício da liberdade de expressão, uma vez que o exagero do agente poderia vir a ser tipificado e apenado como injúria.

9 CONCLUSÃO

No presente trabalho buscou-se fazer um estudo do delito de desacato à luz da Convenção Americana de Direitos Humanos, mais especificamente no que diz respeito ao entendimento do sistema interamericano de direitos humanos sobre a incompatibilidade do delito de desacato com a Convenção Americana de Direitos

Humanos, por violar o artigo 13 da Convenção, ou seja, por violar a liberdade de expressão.

Inicialmente, foi apresentado um estudo sobre os princípios constitucionais da Administração, de modo que foram apresentados os princípios previstos no artigo 37 da Constituição Federal, bem como os supra princípios do direito administrativo, os quais Celso Antonio Bandeira de Mello elencou como pedras de toque do regime jurídico administrativo, com o estudo dos princípios foi possível verificar que a Administração possui regras próprias, as quais a diferencia das regras aplicadas aos particulares.

Posteriormente, foram apresentados aspectos relativos ao crime de desacato, tais como o seu surgimento, além das particularidades do crime, tais como sujeito ativo, sujeito passivo, consumação, objeto jurídico e ação penal.

De forma sucinta foi estudado a hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos, e toda a discussão que envolve o tema ao longo dos anos. No mais, foi estudado o sistema interamericano de direitos humanos, fazendo-se uma breve apresentação dos órgãos principais do sistema, ou seja, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, e a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Após foi apresentada o entendimento encampado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, qual seja: de que o desacato é incompatível com Convenção Interamericana de Direitos Humanos, por violar o disposto no artigo 13 da Convenção, artigo que prevê a liberdade de expressão e pensamento.

Foi ainda feita uma abordagem sobre o controle de convencionalidade, abrangendo os aspectos gerais do controle, bem como foi realizado um estudo sobre o controle de convencionalidade no Brasil.

E por fim, foi apresentado um estudo sobre as recentes decisões do STJ, primeiramente a decisão proferida nos autos do Recurso Especial 1640084/SP, na qual a 5ª Turma do STJ entendeu pela “descriminalização” do desacato por ser este delito incompatível com a Convenção Americana de Direitos Humanos, tratado internacional ratificado pelo Brasil e, depois foi realizado um estudo sobre a decisão proferida pela 3ª Seção do STJ no julgamento do HC nº 379.269/MS, o qual entendeu que o desacato deveria continuar sendo punido.

Diante de tudo o que foi estudado com o presente trabalho, bem como em face dos princípios que norteiam a Administração, é que se entende que o desacato não deve ser extirpado do ordenamento jurídico, uma vez que, como foi apresentado, o bem jurídico que se tutela no mencionado delito é a Administração Pública, a qual goza de prerrogativas e obrigações diferentes das que são conferidas aos particulares.

10 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 5. Ed. São Paulo: Malheiros, 2008

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 14. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 6. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2004.

BRASIL. **Código Penal**. Brasília, DF, Senado, 1941.

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

CADH. **Convenção Americana de Direitos Humanos**, (Assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969. Disponível em: Acesso em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.Convencao_Americana.htm> Acesso em: 09 Mar. 2018.

CIDH. **Comissão Interamericana de Direitos Humanos, mandato e funções, O que é a CIDH, 1959**. Disponível em: <http://www.oas.org/pt/cidh/mandato/que.asp>. Acesso em: 09 mar. 2018.

_____. **Informe anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión: Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, vol.2 / Edison Lanza, Relator Especial para la Libertad de Expresión, 2015**. Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/informes/anuales/InformeAnual2015RELE.pdf> Acesso em: 08 mar. 2018.

_____. **Nota Técnica de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos; 2013**. Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/Otros/Nota_tecnica_Brasil_2013.pdf>. Acesso em: 08 mar. 2018.

_____. **Relatoria Especial para a Liberdade de Expressão, origens**. Disponível em: <<http://www.oas.org/pt/cidh/expressao/showarticle.asp?artID=52&IID=4>>. Acesso em: 10 mar. 2018.

_____. **Relatório anual da Relatoria Especial para Liberdade de Expressão 2002**. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/annualrep/2002port/vol.3i.htm>. Acesso em: 10 mar. 2018.

_____. **Relatório sobre a compatibilidade entre as leis de desacato e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, OEA/Ser. L/V/II.88, doc. 9 rev., 1995**.

_____. **Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.640.084 - SP (2016/0032106- 0), 5ª Turma de Direito Criminal, Relator: Ministro Ribeiro Dantas, Brasília, DF, data de julgamento: 15 dez. 2016; data de publicação: DJe 01 fev.**

2017. Disponível em:

<http://www.stj.jus.br/static_files/STJ/Midias/arquivos/Noticias/RECURSO%20ESPECIAL%20N%C2%BA%201640084.pdf> . Acesso em: 10 mar. 2018.

_____**Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº - HC: 379269 MS 2016/0303542-3, Relator: Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Data de Julgamento: 24/05/2017, S3 - TERCEIRA SEÇÃO, Data de Publicação: DJe 30/06/2017.** Disponível em:<
<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/474450253/habeas-corpus-hc-379269-ms-2016-0303542-3/inteiro-teor-474450262.>>. Acesso em: 10 mar. 2018.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional: Teoria da Constituição.** 6. Ed. Coimbra: Almeida, 2002.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo.** 31 ed. São Paulo: Atlas, 2017.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal Parte Especial. V. 3.** 9.ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

CARVALHO, Matheus. **Manual de Direito Administrativo.** 4 ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de 39 septiembre de 2006. Serie C N. 154.** Disponível em: . Acesso em: 10 mar. 2018.

COSTA, Judith Martins. **A Boa-Fé no Direito Privado.** 1ª edição, 2ª tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal.** Parte Especial. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2015

DESTRO, Carla Roberta Ferreira. **As Convenções Internacionais de Direitos Humanos e o Controle de Convencionalidade no Brasil.** Disponível em: <
<http://siacrid.com.br/repositorio/2017/hermeneutica-constitucional.pdf>>. Acesso em: 10 mar. 2018.

DI PIETRO, Maria Silvia Zanella. **Direito Administrativo.** 26. ed. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2013.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 2. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de Princípios Constitucionais**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

ESTEFAM, André. **Direito Penal. Parte Especial**. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

FIGUEIREDO, Marcelo. **O controle de Constitucionalidade e de Convencionalidade no Brasil**. São Paulo: Malheiros, 2016.

FRAGOSO, Heleno Claudio. **Lições de Direito Penal**. São Paulo: José Bushatsky, Editor, 1959.

GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Comentários a Convenção Americana Sobre Direitos Humanos Pacto de San José da Costa Rica**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

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

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal. Parte Especial**. 6ª ed. Editora Impetus, 2010.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1958.

JESUS, Damásio de. **Direito Penal. Dos crimes contra a Fé Pública a Dos Crimes contra a Administração Pública**. 16. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

MARINELLA, Fernanda. **Direito Administrativo**. 6. ed. Editora Impetus, 2012.

MAZZA, Alexandre. **Manual de Direito Administrativo**. 4. Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **O Controle Jurisdicional da Convencionalidade das Leis**. 2.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 28. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2010.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**. 28. ed. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2014.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Gen Forense, 2011.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Penal. Vol. 3**. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de Direito Administrativo**. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.

PAZZAGLINI FILHO, Marino. **Lei de Improbidade Administrativa Comentada**. 4.ed. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2009.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 13. ed., rev. e atual. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro. Parte Especial – arts. 250 a 359 – H, vol. 3**. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

REZEK, José Francisco. **Direito Internacional Público:Curso Elementar**. 11.ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

VIEIRA, Evelise Pedrosa Teixeira Prado. **Direito administrativo**. São Paulo: Verbatim, 2011.