

UNIVERSIDADE NOVE DE JULHO

SILMAR FERNANDES

**O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE E SUA INCIDÊNCIA EM
ÂMBITO PENAL, EM ESPECIAL NO QUE TANGE AO DELITO DE
DESACATO**

São Paulo

2020

SILMAR FERNANDES

O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE E SUA INCIDÊNCIA EM
ÂMBITO PENAL, EM ESPECIAL NO QUE TANGE AO DELITO DE
DESACATO

Dissertação de Mestrado apresentada ao programa de Pós Graduação
em Direito da Universidade Nove de Julho – Uninove, como requisito
parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito Penal.

Orientador: Prof. Dr. José Renato Nalini

São Paulo

2020

Fernandes, Silmar.

O controle de convencionalidade e sua incidência em âmbito penal, em especial no que tange ao delito de desacato. / Silmar Fernandes. 2020.

114 f.

Dissertação (Mestrado) - Universidade Nove de Julho - UNINOVE, São Paulo, 2020.

Orientador (a): Prof. Dr. Renato Nalini.

1. Tratados internacionais. 2. Convencionalidade. 3. Direito internacional penal. 4. Direito penal brasileiro.

I. Nalini, Renato. II. Título.

CDU 34

UNINOVE

Universidade Nove de Julho

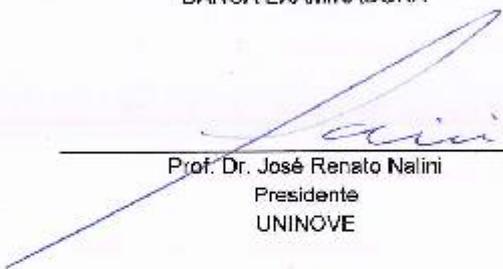
Silmar Fernandes

O Controle De Convencionalidade e Sua Incidência Em Âmbito Penal, Em Especial no que Tange Ao Delito de Desacato

Dissertação de Mestrado, apresentada ao Programa de Mestrado em Direito da Universidade Nove de Julho como parte das exigências para a obtenção do título de Mestre em Direito

São Paulo, 12 de fevereiro de 2020.

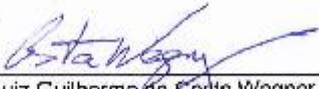
BANCA EXAMINADORA



Prof. Dr. José Renato Nalini
Presidente
UNINOVE



Profa. Dra. Samantha Ribeiro Meyer-Pifug Marques
Examinador Interno
UNINOVE



Prof. Dr. Luiz Guilherme da Costa Wagner Junior
Examinador Externo
MACKENZIE

À minha querida esposa e aos meus filhos Larissa, Tatiana
e Igor, razões de minha existência.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a minha esposa Gislene pela paciência, pelos conselhos, pelo apoio, pelos cuidados com a casa e com a família enquanto eu me dedicava a estudar e, sobretudo, pelo amor incondicional.

Agradeço a meus filhos Larissa, Tatiana e Igor por toda a compreensão durante os períodos em que estive ausente me dedicando a este trabalho, por todo carinho e alegria dispensados todos os dias e que me mantiveram firme em meu propósito.

Agradeço ao Professor Renato Nalini pela orientação irretocável e por servir de exemplo, não apenas para o trabalho acadêmico, mas para toda a vida; pelos conselhos dispensados e por toda a paciência e compreensão que teve comigo.

Por fim, agradeço a Deus. Sem ele, a caminhada não seria possível.

“O começo de todas as ciências é o espanto de as coisas serem o que são”.

(Aristóteles)

RESUMO

Trata o presente trabalho acerca do controle de convencionalidade e de sua importância para o cenário jurídico, especialmente no tocante ao Direito Penal. A eleição do tema deu-se em razão da existência de diversas questões não solucionadas acerca da eficácia dos tratados internacionais sobre a ordem jurídica interna e, principalmente, em razão da insegurança jurídica gerada especialmente na seara penal. Assim, com o desenvolvimento do tema proposto, busca-se solucionar questões como quais os efeitos dos tratados internacionais incorporados ao Brasil, se é necessário e indispensável a realização do controle de convencionalidade pelo julgador, se eventuais decisões adotadas em âmbito internacional vinculam o Brasil e, principalmente, se é possível afastar a incidência de um crime legalmente previsto em razão da incorporação de um tratado internacional. Inicialmente, as hipóteses analisadas no trabalho a ser desenvolvido partirão da ideia de soberania estatal, não obstante a necessidade de integração à comunidade internacional, e de impossibilidade de afastamento da tipificação penal via controle de convencionalidade. Especificamente, objetiva-se demonstrar que a utilização do referido controle, como realizado hoje, na esfera penal, além de insegurança jurídica, gera sérias injustiças e, portanto, violação ao princípio da isonomia. Isto ocorre porque o controle de convencionalidade é efetuado essencialmente de maneira difusa, de modo que um réu pode ter afastada a condenação com base em tal fundamento enquanto o outro não, fato efetivamente verificado no que tange ao delito de desacato. Com efeito, ao argumento de estarem realizando o controle de convencionalidade, alguns julgadores afastaram a tipificação do desacato e, em consequência, absolveram os acusados, enquanto outros, ao argumento de a conduta de desacatar estar plenamente vigente no ordenamento jurídico interno, condenaram os denunciados por tal conduta. Assim, visa o presente trabalho estudar não apenas o controle de convencionalidade, mas principalmente sua aplicabilidade e efeitos no âmbito penal, mormente no que diz respeito à situação específica do desacato.

Palavras-chave: tratados internacionais; convencionalidade; direito internacional penal; direito penal brasileiro.

RESUMEN

Trata el presente trabajo acerca del control de la convencionalidad y de su importancia para el escenario jurídico, especialmente en lo que se refiere al derecho penal. La elección del tema se dio en razón de la existencia de diversas cuestiones no solucionadas acerca de la eficacia de los tratados internacionales sobre el ordenamiento jurídico interno y, principalmente, en razón de la inseguridad jurídica generada especialmente en la segua penal. Así, con el desarrollo del tema propuesto, se busca solucionar cuestiones como cuáles son los efectos de los tratados internacionales incorporados a Brasil, si es necesario e indispensable la realización del control de convencionalidad por el juzgador, si eventuales decisiones adoptadas en ámbito internacional vinculan a Brasil y principalmente, si es posible apartar la incidencia de un crimen legalmente previsto en razón de la incorporación de un tratado internacional. Inicialmente, las hipótesis analizadas en el trabajo a ser desarrollado partirán de la idea de soberanía estatal, no obstante la necesidad de integración a la comunidad internacional, y de imposibilidad de alejamiento de la tipificación penal vía control de convencionalidad. Específicamente, se pretende demostrar que la utilización del referido control, como realizado hoy, en la esfera penal, además de inseguridad jurídica, genera serias injusticias y, por lo tanto, violación al principio de la isonomía. Esto ocurre porque el control de convencionalidad se efectúa esencialmente de manera difusa, de modo que un reo puede haber alejado la condena con base en tal fundamento mientras que el otro no, hecho efectivamente verificado con el delito de desacato. De hecho, alegando que están llevando a cabo el control de la convencionalidad, algunos jueces rechazaron la tipificación del desacato y, en consecuencia, absolvieron al acusado, mientras otros, alegando que la conducta de desacato estaba plenamente vigente en el sistema legal interno, condenaron al reo. Por lo tanto, este trabajo tiene como objetivo estudiar no solo el control de la convencionalidad, sino especialmente su aplicabilidad y sus efectos en la esfera criminal, sobre todo en relación al delito de desacato.

Palabras clave: tratados internacionales; convencionalidad; Derecho internacional penal; derecho penal brasileño.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1. A NORMA SUPRALEGAL: ANÁLISE DA RELAÇÃO HIERÁRQUICO-NORMATIVA ENTRE OS TRATADOS INTERNACIONAIS E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL	13
1.1. O surgimento da norma supralegal	13
1.1.1. Hierarquia supraconstitucional	15
1.1.2. Hierarquia constitucional	16
1.1.3. Hierarquia equivalente à lei ordinária.....	20
1.1.4. Hierarquia supralegal	23
1.2. A criação da norma supralegal pelo Supremo Tribunal Federal	29
1.3. Consequências da criação de uma nova espécie normativa	32
2. CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE.	35
2.1. Conceito	37
2.2. Legitimidade.....	39
2.3. Modo de implementação	42
3. DIREITO PENAL	49
3.1. O Direito Internacional Penal.....	49
3.1.1. O Estatuto de Roma	51
3.1.2. O Tribunal Penal Internacional	53
3.2. O Direito Penal brasileiro.....	55
3.2.1. Conceito	56
3.2.2. Princípios basilares	60
3.2.2.1. Princípio da legalidade	61
3.2.2.2. Princípio da ofensividade	65
3.2.2.3. Princípio da intervenção mínima	65
3.2.2.4. Princípio do “non bis in idem”	66
3.2.2.5. Princípio da culpabilidade.....	67
3.3. Aplicabilidade do controle de convencionalidade ao Direito Penal brasileiro	69
4. O CRIME DE DESACATO	83
4.1. Antecedentes históricos.....	83
4.2. O desacato na atualidade	85
4.3. O entendimento da Comissão Interamericana de Direitos Humanos acerca do crime de desacato	87
4.4. A (não) tipificação do desacato nos países membros da OEA	92

4.5. O desacato e o posicionamento dos Tribunais Superiores brasileiros	94
4.6. Os impactos de eventual descriminalização do desacato para eficiência do Poder Judiciário.....	100
CONCLUSÃO	104
REFERÊNCIAS	109

INTRODUÇÃO

Trata esta dissertação de uma análise do controle de convencionalidade e de sua aplicabilidade ao Direito Penal brasileiro, com ênfase no crime de desacato, análise esta construída a partir do método dedutivo, na medida em que se partiu de argumentos gerais, extraídos essencialmente de uma pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, para argumentos particulares que fundamentaram a conclusão deste trabalho.

Havia uma discussão doutrinária e também jurisprudencial acerca da natureza jurídica dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos internalizados ao ordenamento jurídico pátrio antes da promulgação da Emenda Constitucional 45/2004. Isto porque tal emenda acrescentou o §3º ao artigo 5º da Constituição Federal, dispondo que “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”. Ocorre que já havia tratados de direitos humanos internalizados ao ordenamento sem seguir esse procedimento e, se por um lado, pareceu evidente que eles não possuíam *status* de norma constitucional, por outro, parecia equivocado atribuir-lhes apenas *status* de lei ordinária quando a própria Constituição outorgou à matéria por eles veiculada (direitos humanos) papel de destaque.

Diante disto, o Supremo Tribunal Federal, em 2008, ao discutir a prisão civil do depositário infiel que, embora admitida pela legislação ordinária, era vedada pela Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), internalizada pelo Brasil antes da Emenda Constitucional 45/2004, reconheceu a natureza supralegal dos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que fossem ratificados sem seguir o *quórum* qualificado de emenda, conforme tese capitaneada pelo Ministro Gilmar Mendes¹. Ao assim fazê-lo, entretanto, a Corte Suprema acrescentou mais um degrau à pirâmide normativa, relativo à norma supralegal que estaria abaixo da Constituição, mas acima das demais leis infraconstitucionais.

E como o sistema deve guardar coerência, de modo que não deve haver conflitos reais entre as normas, a solução encontrada, então, foi estabelecer que tais leis infraconstitucionais devem

¹ STF – Tribunal do Pleno – RE 349.703/RS – Relator para Acórdão Ministro Gilmar Mendes, julgado em 03.12.2008.

guardar compatibilidade material também com os tratados e convenções internacionais de direitos humanos não internalizados nos termos do §3º do artigo 5º da Carta Magna (norma supralegal), o que é aferível via controle de convencionalidade, ora objeto de estudo.

De fato, buscou-se compreender em que efetivamente consiste o chamado controle de convencionalidade e, posteriormente, se é possível sua realização no âmbito penal, conhecido pelos seus rigores técnicos e principalmente por ser regido pelo princípio da estrita legalidade.

Para tanto, a primeira parte desta dissertação destinou-se ao estudo e compreensão da norma supralegal criada Colendo Supremo Tribunal Federal e que serve de parâmetro ao controle de convencionalidade, delineado em seguida, com a determinação de seu conceito, legitimidade e modo de implementação.

Superada tal análise, buscou-se, na segunda parte deste trabalho, a contextualização do Direito Penal, seja no ordenamento internacional seja no ordenamento interno, com a descrição de seus princípios e regras.

Estabelecidas tais premissas, o tema desenvolvido referiu-se justamente à possibilidade de aplicação ou não do controle de convencionalidade em âmbito penal, tratando, finalmente, da situação específica do desacato.

Com efeito, ao longo da história da humanidade sempre houve uma preocupação com os agentes públicos, em especial em se assegurar condições para que eles possam exercer de modo eficaz suas funções. Portanto, não é de hoje que se pune a conduta de menosprezar o funcionário público e, por extensão, a própria função pública por ele exercida.

Não obstante, com o decorrer dos anos, a legitimidade da criminalização da conduta de desacato passou a ser questionada. E isto ocorreu porque a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), entidade integrante do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos, em informe anual, concluiu que as leis de desacato são incompatíveis com a Convenção Americana de Direitos Humanos, conhecida por Pacto de São José da Costa Rica, a qual foi ratificada pelo Brasil.

Diante disto, após apresentar os antecedentes históricos e o tratamento atual dado ao crime de desacato, pretende-se demonstrar que, não obstante o entendimento esboçado pela CIDH, o referido delito continua em plena vigência, sendo este o entendimento que tem prevalecido nos Tribunais Superiores, mormente porque as decisões prolatadas pela referida comissão não são vinculantes, não havendo qualquer decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos, órgão judicial do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos, sobre eventual violação ao direito à liberdade de expressão por parte do Brasil.

Por fim, o estudo tratará dos impactos de eventual descriminalização da conduta, os quais, como se demonstrará, seriam negativos, na medida em que afetariam diretamente a eficácia do exercício da função pública, sobretudo no Poder Judiciário.

Neste ponto, deve-se destacar que o tema desenvolvido ao longo desta dissertação enquadra-se na linha de pesquisa “Justiça e Paradigma da Eficiência”, na medida em que discute não só a atuação da Justiça frente à eficácia irradiante dos tratados internacionais no ordenamento pátrio, mas principalmente a ponderação da eficácia das decisões judiciais com outros valores, principalmente, a segurança jurídica.

Em matéria penal, não basta o julgamento célere do caso apresentado, é necessário que a decisão seja efetiva e concretize o poder de punir do Estado e sua função constitucional de garantir a segurança pública. Por outro lado, é necessário também que haja segurança jurídica, ou seja, que os indivíduos não sejam surpreendidos por decisões incoerentes e conflitantes, principalmente quando se trata decidir acerca de sua liberdade de locomoção.

Assim, o tema desenvolvido se encaixa perfeitamente na primeira linha de pesquisa sugerida pela Universidade, a qual se concentra, essencialmente, na sustentabilidade do Sistema de Justiça, sob o paradigma da eficiência.

1. A NORMA SUPRALEGAL: ANÁLISE DA RELAÇÃO HIERÁRQUICO-NORMATIVA ENTRE OS TRATADOS INTERNACIONAIS E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

1.1 O surgimento da norma supralegal

O estudo acerca da supralegalidade perpassa necessariamente o entendimento acerca da relação hierárquico-normativa entre os tratados internacionais e a Constituição.

De fato, desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, discutiu-se qual tratamento deveria ser dispensado aos tratados internacionais. E isto ocorreu porque o artigo 5º, §2º da Carta Magna assim dispôs: “§2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

A discussão acirrou-se, entretanto, com a incorporação da Convenção Americana de Direitos Humanos, mais conhecida por Pacto de São José da Costa Rica, ao Direito Brasileiro, através do Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992².

Isto porque tal Pacto, em seu artigo 7º, número 7º, limitou a prisão civil ao devedor de obrigação alimentar, dispondo que “Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar”³.

Ocorre que o ordenamento jurídico brasileiro há muito permitia a prisão civil não só para a hipótese de obrigação alimentar, mas também para o caso do depositário infiel.

Com efeito, a previsão constitucional que veda a prisão por dívidas existe no Brasil desde a Constituição de 1934, sendo que a Carta de 1946 acrescentou exceções a tal vedação,

² BRASIL. Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm> Acesso em 09.07.2018.

³ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Convenção Americana de Direitos Humanos. Disponível em <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm> Acesso em 09.07.2018.

dispondo que não haveria prisão civil por dívida, multa ou custas, salvo o caso do depositário infiel e o de inadimplemento de obrigação alimentar⁴.

Tal disposição foi repetida na Constituição de 1967 e mantida pela Emenda Constitucional nº 01, de 17 de outubro de 1969, a qual, por registrar um rompimento formal com a ordem constitucional então em vigor, foi considerada pelos constitucionalistas como nova Constituição⁵.

A Constituição Federal promulgada em 1988, igualmente, manteve disposição semelhante, prevendo em seu artigo 5º, inciso LXVII que “não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel”.

Não bastasse, o Código Civil vigente à época da incorporação do Pacto de São José da Costa Rica também admitia a prisão civil do depositário infiel⁶, o que foi repetido pelo Código Civil promulgado em 10 de janeiro de 2002, que dispõe em seu artigo 652 que “seja o depósito voluntário ou necessário, o depositário que não o restituir quando exigido será compelido a fazê-lo mediante prisão não excedente a um ano, e ressarcir os prejuízos”.

Surgiu, portanto, uma aparente contradição no ordenamento interno: a Constituição de 1988 e o Código Civil de 1916 permitiam a prisão do depositário infiel. No entanto, o Pacto de São José da Costa Rica, internalizado ao ordenamento em 1992, não o fazia. E para solucionar tal contradição afigurou-se urgente determinar a hierarquia normativa dos tratados internacionais, ou seja, se eles seriam capazes de revogar lei ordinária ou mesmo norma constitucional.

Esta celeuma deu ensejo a uma enorme discussão doutrinária e jurisprudencial, a qual pode ser sistematizada em 04 (quatro) correntes principais: (a) aquela que reconhece a natureza supraconstitucional dos tratados e convenções em matéria de direitos humanos; (b) a corrente que atribui caráter constitucional a esses diplomas internacionais; (c) a doutrina que

⁴ BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 18 de setembro de 1946). Artigo 141, §32º. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm> Acesso em 09.07.2018.

⁵ BERNARDES, Juliano Taveira; FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. *Direito Constitucional*. Teoria da Constituição. Tomo I. 5ª ed. Salvador/BA: JusPodium, 2015. p. 91.

⁶Art. 1.287. Seja voluntário ou necessário o depósito, o depositário, que o não restituir, quando exigido, será compelido a fazê-lo mediante prisão não excedente a um ano, e a ressarcir os prejuízos (art. 1.273). BRASIL. Lei 3071, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071impressao.htm> Acesso em 09.07.2018.

reconhece o *status* de lei ordinária e (d) finalmente, a interpretação que atribui caráter supralegal aos tratados e convenções de direitos humanos.

1.1.1. Hierarquia Supraconstitucional

Aqueles⁷ que defendem a hierarquia supraconstitucional dos tratados internacionais apoiam-se, sobretudo, na Convenção de Havana sobre Tratados (1928), ratificada pelo Brasil, a qual afirma que “os tratados continuarão a produzir os seus efeitos ainda que se modifique a constituição interna dos contratantes”⁸.

Por todos, destaca-se Celso de Albuquerque Mello (1937/2005), o qual defendeu em seus livros a preponderância dos tratados internacionais, mais especificamente dos tratados acerca de direitos humanos, sobre as normas constitucionais, as quais não teriam, portanto, poderes revocatórios em relação às normas internacionais. Assim, nem mesmo uma emenda constitucional poderia retirar a validade de tratado em tema de direitos humanos⁹.

Tal entendimento, entretanto, encontra enorme dificuldade em ser aplicado no Brasil, cujo sistema é regido pelo princípio da supremacia constitucional, “princípio segundo o qual as normas da constituição têm preponderância em face das demais normas jurídicas pertencentes ao mesmo ordenamento jurídico”¹⁰. Nenhuma espécie normativa, portanto, pode se sobrepor à Constituição Federal do Brasil, nem mesmo contrariá-la. Aliás, é justamente o princípio da supremacia da constituição que fundamenta o controle de constitucionalidade. Com efeito,

“O controle de constitucionalidade tem por fundamento teórico a defesa do *princípio da supremacia constitucional* (...). A partir do momento que se atribuem às normas constitucionais hierarquia normativa superior, é necessário garantir que os atos contrários à constituição não produzam os mesmos efeitos que normalmente produziriam, sob pena de se converter a supremacia da constituição em simples instrumento de retórica”¹¹.

⁷ Neste sentido, vide MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. *Curso de direito internacional público*. Prefácio M. Franchini Netto à 1. ed. 12. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

⁸ *Id. Ibidem.* p. 119.

⁹ _____. O §2º do artigo 5º da Constituição Federal. In: Torres, Ricardo Lobo (Org.). *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 25.

¹⁰ BERNARDES, Juliano Taveira; FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. *Op. cit.* Tomo I. p. 207.

¹¹ *Id. Ibidem.* p. 315.

E se nenhuma norma pode se sobrepor ou contrariar à Constituição, sob pena de serem declaradas nulas¹² mediante controle de constitucionalidade, imperioso admitir que tal regra aplica-se, também, aos tratados e convenções internacionais. Tanto é assim que a Constituição Federal, em seu artigo 102, inciso III, alínea “b”, determina a competência do Supremo Tribunal Federal para julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal.

O próprio Supremo Tribunal Federal já deixou assentado que

“assim como não o afirma em relação às leis, a Constituição não precisou dizer-se sobreposta aos tratados: a hierarquia está ínsita em preceitos inequívocos seus, como os que submetem à aprovação e a promulgação das convenções ao processo legislativo ditado pela Constituição (...) e aquele que, em consequência, explicitamente admite o controle de constitucionalidade dos tratados (CF, art. 102, III, b)”¹³.

Ora, se um tratado pode ser declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal é evidente que não pode se sobrepor à Lei Maior, que lhe confere o próprio fundamento de validade interno. Na hierarquização normativa, portanto, os tratados são inferiores à Constituição, não podendo derrogar ou ab-rogar previsões normativas dessa última.

Assim, a teoria da hierarquia supraconstitucional restou rejeitada pela maioria da doutrina, sob pena de negativa de supremacia da Constituição.

1.1.2. Hierarquia Constitucional

¹² Acerca da aplicação da tese da nulidade no Brasil, confira-se: “Trata-se do regime geral de desvalorização da inconstitucionalidade adotado pelo modelo norte-americano desde o precedente *Marbury vs Madison* (1803), em que a Suprema Corte americana assentou o raciocínio segundo o qual a lei inconstitucional é nula e inválida. A mesma tese é adotada em países como Alemanha, Espanha e Portugal, bem como no Brasil, onde o regime de nulidade é considerado princípio constitucional implícito” (BERNARDES, Juliano Taveira; FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. *Op. cit.* Tomo I. p. 338).

¹³ RHC 79.785/RJ - Relator Ministro Sepúlveda Pertence, DJ de 22.11.2002.

Tendo em vista os inconvenientes de se adotar a tese da hierarquia supraconstitucional, há quem¹⁴ defenda a ideia de que os tratados internacionais de direitos humanos teriam *status* constitucional.

Tal ideia baseia-se na concepção de que o §2º do artigo 5º da Constituição Federal seria uma “*cláusula aberta de recepção* de outros direitos enunciados em tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil. Ao possibilitar a incorporação de direitos por meio de tratados, a Constituição estaria a atribuir a esses diplomas internacionais a hierarquia de norma constitucional”¹⁵. Complementando tal concepção, estaria o §1º do artigo 5º da Constituição que, ao estabelecer que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata, asseguraria às normas constitucionais relativas aos direitos incorporados via tratado aplicabilidade imediata nos planos nacional e internacional.

Cançado Trindade, que propôs à Assembleia Nacional Constituinte, em 1987, a inclusão do §2º do artigo 5º ao texto constitucional, consignou que

“O propósito no disposto nos parágrafos 2 e 1 do artigo 5 da Constituição não é outro que o de assegurar a aplicabilidade direta pelo Poder Judiciário nacional da normativa internacional de proteção, alçada a nível constitucional (...).

Desde a promulgação da atual constituição, a normativa dos tratados e direitos humanos em que o Brasil é parte tem efetivamente nível constitucional e entendimento em contrário requer demonstração. A tese da equiparação dos tratados de direitos humanos à legislação infraconstitucional – tal como ainda seguida por alguns setores em nossa prática judiciária – não só representa um apego sem reflexão a uma tese anacrônica, já abandonada em alguns países, mas também contraria o disposto no artigo (5) 2 da Constituição Federal”¹⁶.

Agora, havendo conflito entre o tratado de direito humano e disposição expressa da Constituição Federal, para essa corrente, deveria ser aplicada a norma mais favorável à vítima, titular do direito, cabendo tal aplicação ao Poder Judiciário. Assim, “Direito interno e

¹⁴ Neste sentido, vide PIOVESAN, Flávia. Reforma do Judiciário e Direitos Humanos. In: TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora (Coord.). *Reforma do Judiciário analisada e comentada*, São Paulo: Método, 2005.

¹⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 804.

¹⁶ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado *apud* MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Op. cit.* p. 805.

Direito Internacional estariam em constante interação na realização do propósito convergente e comum de proteção dos direitos e interesses do ser humano”¹⁷.

Não obstante, a ideia de que os direitos oriundos de tratados internacionais teriam *status* constitucional pareceu esvaziada com a promulgação da Emenda Constitucional 45/2004, a qual acrescentou o §3º ao artigo 5º da Constituição Federal, com a seguinte redação: “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”.

Ora, se os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, para terem *status* de norma constitucional, necessitam de aprovação através de um processo legislativo especial, parece evidente que aqueles que foram ratificados antes da mudança constitucional e sem submissão a tal processo legislativo não têm hierarquia constitucional.

Contudo, não foi este o entendimento dos adeptos desta teoria, que continuaram a defender a natureza constitucional dos tratados de direitos humanos, tenham sido incorporados antes ou depois da Emenda Constitucional 45/2004. Nas palavras de Flávia Piovesan:

“[...] O *quórum* qualificado está tão-somente a reforçar tal natureza constitucional, ao adicionar um lastro formalmente constitucional. Na hermenêutica dos direitos há que imperar uma lógica material e não formal, orientada por valores, a celebrar o valor fundante da prevalência da dignidade humana. Isto porque não seria razoável sustentar que os tratados de direitos humanos adquirissem hierarquia constitucional exclusivamente em virtude de seu *quórum* de aprovação. A título de exemplo, destaque-se que o Brasil é parte da Convenção contra a tortura desde 1989, estando em vias de ratificar seu Protocolo Facultativo. Não haveria qualquer razoabilidade se a este último – tratado complementar e subsidiário ao principal – fosse conferida hierarquia constitucional, enquanto ao instrumento principal fosse conferida hierarquia meramente legal. Tal situação importaria em agudo anacronismo do sistema jurídico”¹⁸.

Para a autora, portanto, todos os tratados internacionais de direitos humanos possuem hierarquia constitucional, ou seja, todos os tratados internacionais de direitos humanos são *materialmente* constitucionais, justamente por força do art. 5º, §2º da Constituição Federal. Já

¹⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Op. cit.* p. 805.

¹⁸ PIOVESAN, Flávia. Reforma do Judiciário e Direitos Humanos. In: TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora (Coord.). *Op. Cit.* p. 72.

os tratados internacionais de direitos humanos aprovados na forma prevista pelo §3º, introduzido no artigo 5º através da EC 45/2004, são *material e formalmente constitucionais*¹⁹.

E tal diferenciação, segundo a autora, resultaria no fato de que, enquanto os tratados materialmente constitucionais poderiam ser denunciados pelo Estado signatário, os tratados material e formalmente constitucionais não poderiam, pois os direitos consagrados nestes tratados seriam resguardados pelo art. 60, §4º, da Constituição Federal, constituindo, portanto, cláusula pétrea²⁰.

Atribuir hierarquia *materialmente* constitucional aos tratados de direitos humanos aprovados nos termos do art. 5º, §2º e hierarquia *material e formalmente* constitucional aos tratados de direitos humanos aprovados nos termos do art. 5º, §3º, ambos da Constituição Federal, entretanto, não parece a melhor solução.

Isto porque a doutrina constitucionalista majoritária²¹ classifica a Carta Magna de 1988 como formal.

Com efeito, no que tange ao conteúdo, as constituições podem ser classificadas em material ou formal. A constituição material é aquela que reúne normas, escritas ou costumeiras, relacionadas com temas considerados essenciais às funções que a constituição deve desempenhar. O conceito de normas materialmente constitucionais leva em conta, portanto, o conteúdo delas e não a fonte normativa em que veiculadas. A constituição formal, ao contrário, refere-se ao conjunto de normas que, independentemente do conteúdo, consideram-se inseridas em ato escrito no qual se encontram os padrões normativos dotados de hierarquia jurídica superior, ou seja, são normas constitucionais aquelas extraídas de documento solene e escrito ao qual se atribui hierarquia superior em relação às demais normas do sistema normativo²².

¹⁹ PIOVESAN, Flávia. Reforma do Judiciário e Direitos Humanos. In: TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora (Coord.). *Op. Cit.* p. 72.

²⁰ *Id. Ibidem.* p. 73.

²¹ Por todos, MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 24. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2009, p. 47.

²² BERNARDES, Juliano Taveira; FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. *Op. cit.* Tomo I. p. 76-77.

Logo, se a constituição brasileira é formal, tem-se que só é constitucional o que nela estiver inserido, seja em razão do trabalho do Poder Constituinte Originário, seja pela introdução de emendas, desde que observadas as regras previstas na própria Carta Magna.

O reconhecimento de que um tratado internacional de direito humano seja materialmente constitucional, portanto, tem apenas aplicação acadêmica, mas não prática. Afinal, ainda que se reconheça que um tratado seja *materialmente* constitucional, mas não *formalmente* constitucional, referido tratado não poderá servir de parâmetro de controle de constitucionalidade de normas.

Com efeito, “a doutrina majoritária só estabelece relações entre o controle de constitucionalidade de atos normativos e a supremacia constitucional do tipo formal. Afirma que somente pode haver controle de constitucionalidade de normas no contexto de constituições rígidas”²³.

Assim, se apenas podem ser parâmetro para o controle de constitucionalidade as normas que integram formalmente a Constituição, resta afastada a hipótese de que os tratados internacionais de direitos humanos não internalizados nos termos do artigo 5º, §3º da Carta Magna de 1988 teriam *status* de norma constitucional.

1.1.3. Hierarquia equivalente à de lei ordinária

Por essa corrente entende-se que os tratados internacionais, independentemente de seu conteúdo, têm hierarquia equivalente à de lei ordinária. A única exceção refere-se aos tratados e convenções internacionais de direitos humanos que sejam aprovados em cada Casa do Congresso Nacional, em 02 (dois) turnos, por 03 (três) quintos dos votos dos respectivos membros, nos termos do §3º do artigo 5º da Carta Magna, os quais terão hierarquia de emenda constitucional.

Tal entendimento baseia-se no fato de que os tratados, em geral, são incorporados mediante ato do Congresso Nacional (Decreto Legislativo), que ratifica tratado celebrado pelo Presidente da República (art. 49, I e 84, VIII, da CF), sendo em seguida editado um Decreto

²³ BERNARDES, Juliano Taveira; FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. *Op. cit.* Tomo I. p. 315.

Presidencial, procedimento bastante semelhante à formulação das leis ordinárias que também emanam da vontade da maioria do Congresso Nacional e devem ser promulgadas pelo Presidente da República.

Ademais, a própria Carta Maior indicaria que os tratados internacionais têm hierarquia infraconstitucional, ao prever, em seu artigo 102, inciso III, alínea ‘b’²⁴, a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal analisar a (in) constitucionalidade das normas contidas nos referidos tratados, ainda que já incorporados ao direito interno. Além disso, atribui ao Superior Tribunal de Justiça, em seu artigo 105, inciso III, alínea “a”²⁵, a competência para julgar a negativa de vigência de tais espécies normativas, equiparando-os, portanto, à lei federal.

Sobre o tema, Juliano Tavares explica que:

“No direito constitucional positivo, a alínea ‘b’ do inciso III do artigo 102 e a alínea ‘a’ do inciso III do artigo 105 põem a hierarquia dos tratados em geral no mesmo patamar que a da simples ‘lei federal’(..)”²⁶.

O próprio Supremo Tribunal Federal durante muito tempo entendeu que os tratados internacionais teriam hierarquia equivalente a lei ordinária, o que se pode perceber desde o remoto julgamento pelo Tribunal do Pleno do Recurso Extraordinário nº 80.004/SE, de relatoria do então Ministro Xavier de Albuquerque, ocorrido em 01 de junho de 1977:

Ementa: Convenção de Genebra, Lei Uniforme sobre letras de câmbio e notas promissórias - Aval aposto a nota promissória não registrada no prazo legal - Impossibilidade de ser o avalista acionado, mesmo pelas vias ordinárias. Validade do decreto-lei nº 427, de 22.01.1969. Embora a Convenção de Genebra que previu uma Lei Uniforme sobre letras de câmbio e notas promissórias tenha aplicabilidade no direito interno brasileiro, não se sobrepõe ela às leis do país, disso decorrendo a constitucionalidade e conseqüente validade do Dec-lei nº 427/69, que institui o registro obrigatório da nota promissória em repartição fazendária, sob pena de nulidade do título. Sendo o aval um instituto do direito

²⁴ Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

(...) III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:

(...) b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;

²⁵ Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

(...) III - julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida:

a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência;

²⁶ BERNARDES, Juliano Taveira; FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. *Op. cit.* Tomo II. p. 494.

cambiário, inexistente será ele se reconhecida a nulidade do título cambial a que foi apostado. Recurso extraordinário conhecido e provido (grifo não original).

Após a promulgação da Constituição Federal de 1988, o Supremo Tribunal Federal voltou a discutir a matéria, mas tendo como foco o problema específico da prisão civil do depositário infiel. Assim, no *Habeas Corpus* nº 72.131, julgado pelo Tribunal do Pleno em 23 de novembro de 1995²⁷, reafirmou-se o entendimento de que os tratados internacionais teriam hierarquia equivalente à de lei ordinária.

Posteriormente, em importante julgamento²⁸, o Ministro Celso de Mello consignou que:

“(…) Os tratados ou convenções internacionais, uma vez regularmente incorporados ao direito interno, situam-se, no sistema jurídico brasileiro, nos mesmos planos de validade, de eficácia e de autoridade em que se posicionam as leis ordinárias, havendo, em consequência, entre estas e os atos de direito internacional público, mera relação de paridade normativa. Precedentes. **No sistema jurídico brasileiro, os atos internacionais não dispõem de primazia hierárquica sobre as normas de direito interno. A eventual precedência dos tratados ou convenções internacionais sobre as regras infraconstitucionais de direito interno somente se justificará quando a situação de antinomia com o ordenamento doméstico impuser, para a solução do conflito, a aplicação do critério cronológico (“*Lex posterior derogat priori*”) ou, quando cabível, do critério da especialidade. Precedentes**” (grifo não original).

Em 2002, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o *Habeas Corpus* nº 81.319/GO, proferiu interessante decisão. Embora tenha mantido a orientação de possibilidade da prisão civil do depositário infiel, vez que confirmou a decisão proferida na ADI-MC 1.480/DF acima descrita, o Tribunal Pleno sinalizou que seria “altamente desejável” que, à semelhança do direito constitucional comparado, o Congresso Nacional viesse a outorgar hierarquia constitucional aos tratados sobre direitos humanos celebrados pelo Estado brasileiro:

OS TRATADOS INTERNACIONAIS, NECESSARIAMENTE SUBORDINADOS À AUTORIDADE DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA, NÃO PODEM LEGITIMAR INTERPRETAÇÕES QUE RESTRINJAM A EFICÁCIA JURÍDICA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS. - A possibilidade jurídica de o Congresso Nacional instituir a prisão civil no caso de infidelidade depositária encontra fundamento na própria Constituição da República (art. 5º, LXVII). A autoridade hierárquico-normativa da Lei Fundamental do Estado,

²⁷ STF – Tribunal do Pleno – HC 72.131 – Rel. para Acórdão Ministro Moreira Alves, julgado em 23.11.1995.

²⁸ STF – Medida Cautelar na ADI 1480-3/DF, julgada em 04.09.1997.

considerada a supremacia absoluta de que se reveste o estatuto político brasileiro, não se expõe, no plano de sua eficácia e aplicabilidade, a restrições ou a mecanismos de limitação fixados em sede de tratados internacionais, como o Pacto de São José da Costa Rica (Convenção Americana sobre Direitos Humanos). - A ordem constitucional vigente no Brasil - que confere ao Poder Legislativo explícita autorização para disciplinar e instituir a prisão civil relativamente ao depositário infiel (art. 5º, LXVII) - não pode sofrer interpretação que conduza ao reconhecimento de que o Estado brasileiro, mediante tratado ou convenção internacional, ter-se-ia interditado a prerrogativa de exercer, no plano interno, a competência institucional que lhe foi outorgada, expressamente, pela própria Constituição da República. **A ESTATURA CONSTITUCIONAL DOS TRATADOS INTERNACIONAIS SOBRE DIREITOS HUMANOS: UMA DESEJÁVEL QUALIFICAÇÃO JURÍDICA A SER ATRIBUÍDA, "DE JURE CONSTITUENDO", A TAIS CONVENÇÕES CELEBRADAS PELO BRASIL. - É irrecusável que os tratados e convenções internacionais não podem transgredir a normatividade subordinante da Constituição da República nem dispõem de força normativa para restringir a eficácia jurídica das cláusulas constitucionais e dos preceitos inscritos no texto da Lei Fundamental (ADI 1.480/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Pleno). - Revela-se altamente desejável, no entanto, "de jure constituendo", que, à semelhança do que se registra no direito constitucional comparado (Constituições da Argentina, do Paraguai, da Federação Russa, do Reino dos Países Baixos e do Peru, v.g.), o Congresso Nacional venha a outorgar hierarquia constitucional aos tratados sobre direitos humanos celebrados pelo Estado brasileiro.** Considerações em torno desse tema. **CONCESSÃO "EX OFFICIO" DA ORDEM DE "HABEAS CORPUS".** - Afastada a questão prejudicial concernente à inconstitucionalidade do art. 4º do Decreto-Lei nº 911/69, cuja validade jurídico-constitucional foi reafirmada pelo Supremo Tribunal Federal, é concedida, "ex officio", ordem de "habeas corpus", para determinar, ao Tribunal de Justiça local, que prossiga no julgamento do "writ" constitucional que perante ele foi impetrado, examinando, em consequência, os demais fundamentos de defesa suscitados pelo réu, ora paciente (grifo não original)²⁹.

Como se observa, o Supremo Tribunal Federal admitia a necessidade de se atribuir hierarquia constitucional ou supralegal aos tratados e convenções de direitos humanos. No entanto, referia ser necessária uma alteração no Texto Constitucional de 1988, através de emenda constitucional.

1.1.4. Hierarquia supralegal

Não obstante a indicação do Supremo Tribunal Federal de que deveria haver uma alteração do Texto Constitucional, disciplinando-se explicitamente a questão dos tratados e convenções

²⁹ STF – Tribunal do Pleno – HC 81.319/GO – Rel. Ministro Celso de Melo, julgado em 24.04.2002.

internacionais de direitos humanos que não houvessem sido incorporados nos termos do artigo 5º, §3º da Carta Magna, fato é que tal alteração nunca existiu e, considerando “a abertura cada vez maior dos Estados constitucionais a ordens jurídicas supranacionais de direitos humanos”³⁰, o entendimento de que tais tratados seriam equiparáveis à lei ordinária pareceu defasado.

De fato, a inserção do §3º ao artigo 5º da Constituição Federal, através da Emenda Constitucional 45/2004, conhecida por Reforma do Judiciário, constituiu-se em uma declaração eloquente de que os tratados ratificados pelo Brasil antes de tal emenda e não submetidos ao processo legislativo especial do Congresso Nacional não poderiam ser comparados às normas constitucionais. Não obstante, constituiu-se, também, em uma afirmação de que os tratados de direitos humanos possuem caráter especial em relação aos demais tipos de tratados pactuados entre os Estados, conferindo-lhe um lugar privilegiado no ordenamento jurídico que, com efeito, não se coadunava com a posição até então vigente de que teriam hierarquia equiparada à de lei ordinária.

Segundo Gilmar Mendes, citando Peter Häberle, vivemos, hodiernamente, em um “Estado Constitucional Cooperativo”, ou seja, em um Estado Constitucional que não mais se apresenta voltado a si mesmo, mas que se disponibiliza como referência para outros Estados Constitucionais membros de uma comunidade, na qual ganha relevo o papel dos direitos humanos e fundamentais. Afinal, a proteção a tais direitos afigura-se como a fórmula mais concreta de que dispõe o sistema constitucional para garantia da própria dignidade da pessoa humana³¹.

Sobre o tema, explicam Vladimir Oliveira e Samantha Ribeiro:

“O Estado Constitucional Cooperativo substitui o conceito tradicional de Estado-Nação, entendido como Estado constitucional democrático internamente, mas não cooperado e não aliado no plano internacional. Frise-se que o Estado Constitucional Cooperativo não deixa de ser um Estado nacional, mas agrega a sua estrutura elementos de abertura, cooperação e integração que o descaracterizariam como unidade fechada, centrada na soberania clássica”³².

³⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Op. Cit.* p. 808.

³¹ *Id. Ibidem.* p. 809.

³² SILVEIRA, Vladimir Oliveira da Silveira; Meyer-PFLUG, S. R.. O Estado Constitucional cooperativo e a prisão do depositário infiel: a evolução jurisprudencial do STF. In: Narciso Leandro Xavier Baez; Rogério Luiz

E mais:

“(...) o próprio Estado Constitucional Cooperativo propõe uma adequação dos ordenamentos jurídicos nacionais aos ditames do direito internacional e dos direitos humanos. Observa-se que não se pode admitir que num Estado Democrático de Direito se interprete a Constituição e as leis à revelia dos direitos humanos. Nesse mesmo sentido também não se pode admitir uma interpretação local para um direito internacional. Em outras palavras, interpretar o direito internacional a luz de uma visão local ou regionalizada do direito”³³.

Tanto é assim que, na realidade europeia, verifica-se que a abertura institucional a ordens supranacionais encontra-se consagrada em diversos textos constitucionais, como o Alemão (Preâmbulo e art. 24, I), o Italiano (art. 11), o Português (art. 8º e 16) e o Espanhol (art. 9º, nº 2, e 96, nº 1)³⁴.

Embora o Brasil, segundo a doutrina³⁵, adote a teoria dualista³⁶, segundo a qual o direito internacional e o direito interno são instâncias jurídicas reciprocamente independentes, vez que são sistemas jurídicos autônomos entre si, de modo que as normas de direito internacional só tem validade no âmbito do direito interno se forem ratificadas por procedimento previsto internamente (no Brasil, os tratados internacionais necessitam de aprovação do Chefe de Estado - art. 84, VIII da CF -, e do Congresso Nacional - artigo 49, I da CF), também se verifica, aqui, essa tendência de abertura.

Segundo Gilmar Mendes, na Constituição de 1988, o artigo 4º, parágrafo único³⁷ e o artigo 5º, §§ 2º, 3º e 4º³⁸, afiguram-se como “disposições que sinalizam para uma maior abertura

Nery da Silva; Guido Smorto. (Org.). *Os desafios dos direitos humanos fundamentais na América Latina e na Europa*. Joaçaba/SC: Editora Unoesc, 2012. p. 154.

³³ SILVEIRA, Vladimir Oliveira da Silveira; Meyer-PFLUG, S. R.. A decisão do STF na ADPF 153 (Lei de Anistia). *Revista de Direito Brasileira*, v. 3, n. 2, 2012. Disponível em <<https://www.indexlaw.org/index.php/rdb/article/view/2672/2566>> Acesso em 10.12.2019.

³⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Op. Cit.* p. 809-810.

³⁵ Neste sentido, vide BERNARDES, Juliano Taveira; FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. *Op. cit.* Tomo II. p. 485.

³⁶ A teoria dualista contrapõe-se a teoria monista, segundo a qual “o sistema jurídico é uno, de maneira que o direito internacional e o direito interno fazem parte de um mesmo complexo normativo” (*Id. Ibidem.* p. 486).

³⁷ Art. 4º (...)

Parágrafo único. A República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações.

³⁸ Art. 5º (...).

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

constitucional ao direito internacional e, na visão de alguns, ao direito supranacional”³⁹. Além disso, destaca que vários países latino-americanos já “avançaram no sentido de sua inserção em contextos supranacionais, reservando aos tratados de direitos humanos lugar especial no ordenamento jurídico”⁴⁰, como ocorre com o Paraguai (art. 9º) e a Argentina (art. 75, inciso 24).

Com efeito, no continente americano, foi possível observar que o regime de responsabilidade do Estado pela violação de tratados internacionais vinha apresentando uma considerável evolução desde a Convenção Americana de Direitos Humanos, também conhecida como Pacto de São José da Costa Rica⁴¹. Havia, pois, uma tendência de se prestigiar as normas internacionais de proteção ao ser humano.

No Brasil, como visto anteriormente, a mudança era lenta e gradual, vez que os tratados internacionais de direitos humanos ainda eram abordados a partir da tese da legalidade, o que, ao fim e ao cabo, permitia que o Estado brasileiro descumprisse unilateralmente um acordo internacional, qual seja o Pacto de São José da Costa Rica, além de ir de encontro aos princípios internacionais fixados pela Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 1969, que determina, em seu artigo 27, que nenhum Estado pactuante “pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado”⁴².

Assim, era necessária uma mudança que permitisse ao Brasil acompanhar as tendências internacionais e cumprir os tratados que havia ratificado.

E a mudança veio através do Supremo Tribunal Federal que, aos 03 de dezembro de 2008, julgou em conjunto, na mesma sessão Plenária, o Recurso Extraordinário nº 466.343/SP, o Recurso Extraordinário nº 349.703/RS e os *Habeas Corpus* nº 87.585/TO e nº 92.566/SP, todos versando sobre a possibilidade de prisão do depositário infiel.

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

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

³⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; Branco, Paulo Gustavo Gonet. *Op. Cit.* p. 810.

⁴⁰ *Id. Ibidem.* p. 810-811.

⁴¹ *Id. Ibidem.* p. 811.

⁴² BRASIL. Decreto 7030 de 14 de dezembro de 2009. Promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969, com reserva aos Artigos 25 e 66. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm> Acesso em 10.07.2018.

Alterando por completo a jurisprudência até então pacífica, o Supremo Tribunal Federal, nos referidos julgados, acolheu a tese de que o art. 7º, item 7, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) teria hierarquia superior à das leis ordinárias internas (supralegal), de modo que a prisão do depositário infiel não mais subsistiria no ordenamento interno.

O Ministro Gilmar Mendes foi o primeiro a analisar o tema sob o enfoque dos tratados internacionais de direitos humanos e, após proferir um dos mais completos e extensos votos acerca da prisão do depositário infiel, invocando exatamente os argumentos acima esboçados, relativos à tendência internacional e à insuficiência da tese da legalidade, posicionou-se pela hierarquia supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos, ficando designado para o Acórdão proferido no Recurso Extraordinário nº 349.703/RS, que restou assim ementado:

“Desde a adesão do Brasil, sem qualquer reserva, ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), ambos no ano de 1992, não há mais base legal para prisão civil do depositário infiel, **pois o caráter especial desses diplomas internacionais sobre direitos humanos lhes reserva lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna.** O *status* normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de adesão” (grifo não original).

Os demais julgados daquela Sessão Plenária contaram com as seguintes ementas:

“PRISÃO CIVIL. Depósito. Depositário infiel. Alienação fiduciária. Decretação da medida coercitiva. Inadmissibilidade absoluta. Insubistência da previsão constitucional e das normas subalternas. Interpretação do art. 5º, inc. LXVII e §§ 1º, 2º e 3º, da CF, à luz do art. 7º, § 7, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica). Recurso improvido. Julgamento conjunto do RE nº 349.703 e dos HCs nº 87.585 e nº 92.566. É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito”⁴³.

“A subscrição pelo Brasil do Pacto de São José da Costa Rica, limitando a prisão civil por dívida ao descumprimento inescusável de prestação alimentícia, implicou a derrogação das normas estritamente legais referentes à prisão do depositário infiel”⁴⁴.

⁴³ Tribunal do Pleno – RE 466.343 – Rel. Ministro Cezar Peluzo, julgado em 03.12.2008.

⁴⁴ Tribunal do Pleno – HC 87585/TO – Rel. Ministro Marco Aurélio, julgado em 03.12.2008.

“Ante o ordenamento jurídico pátrio, a prisão civil somente subsiste no caso de descumprimento inescusável de obrigação alimentícia, e não no de depositário considerada a cédula rural pignoratícia”⁴⁵.

Como se pode ver, o Supremo Tribunal Federal alterou completamente sua orientação e passou a entender que os tratados e convenções de direitos humanos têm caráter supralegal, ou seja, são infraconstitucionais, porém, diante de seu caráter especial, estão acima da legislação ordinária, sendo dotado de um atributo de supralegalidade.

Como explica o Ministro Gilmar Mendes,

“(…) a premente necessidade de se dar efetividade à proteção dos direitos humanos nos planos interno e internacional tornou imperiosa uma mudança de posição quanto ao papel dos tratados internacionais sobre direitos na ordem jurídica nacional.

Era necessário assumir uma posição jurisdicional mais adequada às realidades emergentes em âmbitos supranacionais, voltadas primordialmente à proteção do ser humano (...).

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.

Nesse sentido, é possível concluir que, diante da Supremacia da Constituição sobre os atos normativos internacionais, a previsão constitucional da prisão civil do depositário infiel (art. 5º, LXVII) não foi revogada pela adesão do Brasil ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana de Direitos Humanos- Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), mas deixou de ter aplicabilidade diante do efeito paralisante desses tratados em relação à legislação infraconstitucional que disciplina a matéria, incluídos o art. 1.287 do Código Civil de 1916 e o Decreto-Lei n. 911, de 1º-10-1969.

Tendo em vista o caráter supralegal desses diplomas normativos internacionais, a legislação infraconstitucional posterior que com eles seja conflitante também tem sua eficácia paralisada. É o que ocorre, por exemplo, com o art. 652 no novo Código Civil (Lei 10.406/2002), que reproduz disposição idêntica ao art. 1.287 do Código Civil de 1916”⁴⁶.

Quanto aos tratados e convenções internacionais de direitos humanos internalizados através do procedimento legislativo especial previsto no artigo 5º, §3º da Constituição Federal, estes teriam *status* de emenda constitucional.

⁴⁵ Tribunal do Pleno – HC 92566/SP – Rel. Ministro Marco Aurélio, julgado em 03.12.2008.

⁴⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; Branco, Paulo Gustavo Gonet. *Op. Cit.* p. 818.

1.2. A criação da norma supralegal pelo Supremo Tribunal Federal

Nos últimos anos, o Supremo Tribunal Federal tem desempenhado papel ativo na vida institucional brasileira, sendo protagonista quando se trata de decidir questões extremamente relevantes para a sociedade brasileira. Tal fato, inclusive, fez com que a doutrina constitucionalista passasse a estudar os fenômenos da judicialização e do ativismo judicial.

Conforme Roberto Barroso, judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo. A judicialização envolve, pois, uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade⁴⁷.

Para o autor, existem três causas para a judicialização, quais sejam (i) a redemocratização do país, (ii) a constitucionalização abrangente e (iii) o sistema de controle de constitucionalidade⁴⁸.

Com efeito, com a redemocratização do Brasil, o Poder Judiciário foi fortalecido e aumentou a demanda por justiça social. O Supremo Tribunal Federal passou a poder fazer valer a nova Constituição e o Ministério Público se expandiu e fortaleceu sua autonomia, sem falar na criação das Defensorias Públicas a garantir o acesso ao Judiciário. O novo texto constitucional também se mostrou bastante abrangente, de modo que matérias que anteriormente eram delegadas ao processo político majoritário e à atuação do Poder Executivo passaram a constar da Constituição, possibilitando sua transformação em pretensão jurídica a ser formulada pela via de ação judicial, ou seja, possibilitando o envolvimento do Poder Judiciário. Por fim, e não menos importante, a existência de um sistema de controle de constitucionalidade bastante abrangente permite que diversas questões sejam levadas ao Poder Judiciário, seja por meio do controle difuso seja via controle concentrado.

⁴⁷ BARROSO, Luís Roberto. Ano do STF: Judicialização, ativismo e legitimidade democrática. *Revista Consultor Jurídico*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica> Acesso em 15.07.2018.

⁴⁸ *Id. Ibidem*.

É importante assinalar que a judicialização, no contexto brasileiro acima descrito, “é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou e não um exercício deliberado de vontade política”⁴⁹. Se a matéria é levada ao Judiciário, o Juiz não tem outra opção senão julgar, solucionando a controvérsia.

O ativismo judicial, embora semelhante à judicialização, com ela não se confunde. Segundo Barroso, o ativismo “é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente, ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira específica”⁵⁰.

E foi exatamente o que aconteceu em relação aos tratados e convenções internacionais de direitos humanos não internalizados da forma descrita no artigo 5º, §3º da Constituição Federal.

Ao estabelecer no dispositivo em comento que “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”, o Congresso Nacional reconheceu a importância dos referidos tratados e convenções no ordenamento jurídico brasileiro, mas nada mencionou acerca daqueles que, tratando da mesma temática (direitos humanos), já tivessem sido incorporados pelo Estado brasileiro em datas pretéritas e, portanto, de maneira distinta daquela ali descrita.

Ora, não parecia coerente que o processo legislativo, ou seja, que uma questão formal fosse determinante para a natureza dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos.

Assim, o Supremo Tribunal Federal acenou ao Congresso Nacional a necessidade de se corrigir a incongruência criada no sistema, com alteração constitucional que disciplinasse a hierarquia dos tratados internacionais⁵¹.

⁴⁹ BARROSO, Luís Roberto. Ano do STF: Judicialização, ativismo e legitimidade democrática. *Revista Consultor Jurídico*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica> Acesso em 15.07.2018.

⁵⁰ *Id. Ibidem.*

⁵¹ Cf. STF – Tribunal do Pleno – HC 81.319/GO – Rel. Ministro Celso de Melo, julgado em 24.04.2002.

Não obstante, tal alteração não ocorreu e, ante a inércia do Poder Legislativo, a Corte Suprema, em 2008, reviu sua antiga jurisprudência relativa à possibilidade de prisão do depositário infiel. Diante da circunstância de o Brasil ser signatário do Pacto de São José da Costa Rica, que restringe a prisão por dívida ao descumprimento inescusável da prestação alimentícia, passou a considerar derogadas as leis que previam a prisão do depositário infiel, inclusive nas hipóteses de alienação fiduciária e de depósito judicial. Prevaleceu, como já consignado, a tese do ministro Gilmar Mendes, que sustentou o *status* supralegal, mas infraconstitucional de tais atos.

Ocorre que, ao assim fazê-lo, o Supremo Tribunal Federal não só interpretou a Constituição, como expandiu o seu sentido e alcance, em verdadeira atividade criativa.

De fato, “por meio da jurisprudência constitucional, o STF ‘instituiu’ uma nova norma constitucional acerca das fontes jurídicas, sobreposicionando, em face das demais normas infraconstitucionais, as normas decorrentes de tratados internacionais sobre direitos humanos”⁵².

Com efeito, a partir da decisão em comento, a Corte Suprema criou uma nova instância no ordenamento jurídico brasileiro, composta de uma espécie normativa ainda não existente.

O artigo 59 da Constituição Federal trata das espécies de atos normativos de natureza primária⁵³ que compõem a legislação ordinária, quais sejam as leis complementares, as leis ordinárias, as leis delegadas, as medidas provisórias, os decretos legislativos e as resoluções. Também compõem a legislação ordinária como espécies de atos normativos primários os tratados internacionais que ingressam no ordenamento jurídico por meio de decreto presidencial, mas que estão sujeitos à prévia ratificação pelo Congresso Nacional (art. 49, I da CF), os decretos autônomos (art. 84, VI da CF), os regimentos internos e resoluções dos tribunais – no que dizem respeito ao funcionamento e à competência dos órgãos que os editam (art. 96, I, ‘a’ da CF) e as súmulas vinculantes (art. 103-A da CF)⁵⁴. Acima deles, na pirâmide kelseniana, estariam as normas constitucionais, sejam aquelas elaboradas pelo constituinte originário, sejam as elaboradas pelo constituinte derivado (emendas constitucionais), dentre

⁵² BERNARDES, Juliano Taveira; FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. *Op. cit.* Tomo II. p. 495.

⁵³ “(...) as normas primárias são aquelas cuja validade tem por fundamento direto a própria constituição” (*Id. Ibidem.* p. 438).

⁵⁴ *Id Ibidem.* p. 439.

elas os tratados e convenções internacionais de direitos humanos internalizados na forma do artigo 5º, §3º da Constituição Federal.

Não há qualquer menção, na Carta de 1988, à existência de uma norma supralegal, que consistiria em tratados e convenção internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil, mas não submetidos ao processo legislativo descrito no dispositivo antes mencionado, e tampouco menção de que tal norma estaria acima das normas infraconstitucionais e abaixo das normas constitucionais, ou seja, numa instância hierárquica intermediária.

Portanto, o entendimento proativo do Supremo Tribunal Federal, esboçado no Recurso Extraordinário nº 349.703/RS, criou a norma supralegal e com isso uma nova ordem constitucional, constituída pela Carta Magna, como norma fundamental do sistema; seguida, logo abaixo, pelos tratados e convenções de direitos humanos não ratificados nos termos do artigo 5º, §3º da Constituição Federal; após, pelas normas infraconstitucionais de natureza primária (ex. leis ordinárias, complementares, etc.) e, por último, pelas normas infraconstitucionais de natureza secundária⁵⁵ (ex. regulamentos).

1.3. Consequências da criação de uma nova espécie normativa

A primeira consequência visível ocasionada pela criação da norma supralegal refere-se à possibilidade de se tornar inaplicável um dispositivo constitucional plenamente em vigor.

De fato, quando a Corte Suprema entendeu que os tratados e convenções internacionais de direitos humanos não internalizados de acordo com o §3º do artigo 5º da Carta Magna teriam hierarquia supralegal e, em razão disso, o condão de paralisar a eficácia jurídica de toda e qualquer disciplina normativa, seja anterior ou posterior, com ela conflitante, tornou letra morta o texto do artigo 5º, inciso LXVII da Constituição de 1988, na parte em que permite a prisão do depositário infiel. Afinal, nenhuma legislação ordinária que regule tal hipótese terá eficácia jurídica ante a aplicabilidade, no ordenamento jurídico brasileiro, do Pacto de São José da Costa Rica, considerado norma supralegal.

⁵⁵ “(...) as normas infraconstitucionais de natureza secundária consistem naquelas cujo fundamento de validade radica diretamente em alguma norma infraconstitucional primária, e só indiretamente na constituição” (BERNARDES, Juliano Taveira; FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. *Op. cit.* Tomo II. p. 438).

Vale ressaltar que o Supremo Tribunal Federal em momento algum disse ser inconstitucional o disposto no artigo 5º, inciso LXVII da Carta Magna, até porque não poderia fazê-lo, vez que se trata de norma inscrita pelo constituinte originário⁵⁶.

Assim, o dispositivo constitucional em comento permanece em vigor, porém, sem aplicabilidade, vez que a legislação ordinária, embora submissa à constituição, deve guardar compatibilidade material com a norma supralegal, no caso específico, com o Pacto de São José da Costa Rica, o qual apenas permite a prisão civil no caso do devedor de alimentos.

De tal conclusão, aliás, é possível extrair a segunda consequência advinda da criação da norma supralegal. A partir do entendimento esboçado pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário nº 349.703/RS não basta verificar a compatibilidade de uma lei ordinária com a Constituição Federal, é necessário, também, verificar se tal lei está materialmente de acordo com a norma supralegal, que lhe é superior.

E na hipótese de uma lei ordinária estar em conflito com um tratado de direitos humanos que, embora ratificado pelo Brasil, não foi internalizado conforme o procedimento de emenda constitucional, tem-se que tal lei teria sua eficácia jurídica paralisada. Não obstante, a primeira questão que surge é exatamente quem teria competência para tomar tal providência.

O surgimento da norma supralegal fez com que se começasse a discutir qual seria a forma específica para a solução de conflitos entre normas supraleais e legislação ordinária. Criou-se, então, um sistema de controle de supralegalidade, chamado por “controle de convencionalidade”, que em muito se assemelha ao controle difuso de constitucionalidade, embora o parâmetro de controle seja outro, no caso a norma supralegal.

Observe-se que, no caso da legislação ordinária contrariar a Constituição Federal, há a previsão expressa do controle de constitucionalidade para a solução do conflito, que pode se dar tanto na via difusa (arts. 97, 102, III, ‘a’ a ‘d’ e 105, II ‘a’ e ‘b’, todos da CF/88) quanto na via concreta (arts. 36, III, 102, §1º, 103 da CF/88).

⁵⁶ “Sendo o poder constituinte originário ilimitado e sendo o controle de constitucionalidade exercício atribuído pelo poder constituinte originário a poder por ele criado e que a ele deve referência, não há que se cogitar de fiscalização de legitimidade por parte do Poder Judiciário de preceito por aquele estatuído” (MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 117).

O caso da suprallegalidade, ao revés, por se tratar de criação jurisprudencial, não possui previsão legal, sendo aplicado por todos os juízes do território nacional de maneira difusa, justamente em razão da inexistência de uma lei específica disciplinando eventual controle concentrado, legitimidade, órgão julgador e procedimento a ser seguido.

2. CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE.

Não obstante o estudo e sistematização do controle de convencionalidade sejam recentes na doutrina e jurisprudência brasileira, como se verá adiante, o tema em si não é novo. Seu aparecimento se deu, efetivamente, com a promulgação da Constituição Federal de 1988 que assim dispôs em seu artigo 5º, parágrafo 2º:

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

Como se pode observar, com o dispositivo mencionado, o ordenamento jurídico brasileiro adotou a cláusula da complementariedade, ou seja, o princípio segundo o qual o rol de direitos humanos reconhecidos pelo direito internacional serve de complemento ao catálogo de direitos fundamentais previstos pelo direito interno^{57 58}. E, justamente em razão deste dispositivo, parte da doutrina⁵⁹ passou a sustentar que os direitos humanos enunciados em tratados internacionais teriam o *status* de norma constitucional. Flávia Piovesan assim prelecionava:

“(...) ainda que estes direitos não sejam enunciados sob a forma de normas constitucionais, mas sob a forma de tratados internacionais, a Constituição lhes confere o valor jurídico de norma constitucional, já que preenchem e complementam o catálogo de direitos fundamentais previstos pelo texto constitucional”⁶⁰.

A partir daí, ao menos em tese, era possível se cogitar da necessidade de se aferir a compatibilidade material das leis comuns com os tratados que versassem sobre direitos humanos, em uma espécie de controle que posteriormente se denominou de controle de convencionalidade.

⁵⁷ BERNARDES, Juliano Taveira. FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. *Op. Cit.* Tomo I. p. 639.

⁵⁸ Sobre a utilização das expressões “direitos humanos” e “direitos fundamentais”: “A expressão direitos humanos costuma referir-se a direitos correspondentes ao **gênero humano**, sem importar com a peculiaridades e características das diversas comunidades existentes em cada núcleo estatal (religiões, etnias, sistemas socioeconômicos). Assim, a questão dos direitos humanos é tratada de maneira **supranacional**, no âmbito do **direito público internacional**, sobretudo por organismos multilaterais como a ONU (...). Já os direitos fundamentais são objeto do **direito público interno** de cada Estado, especificamente do direito constitucional. Trata-se de direitos do homem “objectivamente vigentes numa ordem jurídica concreta” (CANOTILHO 1993, p. 517)” (*Id Ibidem.* p. 623).

⁵⁹ Por todos, PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 2 ed. São Paulo: Max Limonad, 1997, p.59.

⁶⁰ *Id. Ibidem.* p. 59.

Entretanto, mesmo após a promulgação da Carta Magna, o Supremo Tribunal Federal continuou a aplicar a tese prevalecente desde o julgamento do Recurso Extraordinário 80.004, julgado em 01.06.1977, segundo a qual os tratados em geral - versassem ou não sobre direitos humanos - se incorporariam ao direito interno no mesmo plano de validade e hierarquia das leis ordinárias⁶¹. Assim, as normas decorrentes dos tratados poderiam afastar a aplicação das normas de direito interno porque posteriores (critério cronológico) e específicas (critério da especialidade), e não porque superiores à legislação ordinária (critério hierárquico). Justamente, por isso, não se falava em aferição de compatibilidade material entre as normas internas e os tratados internacionais.

Posteriormente, com a Emenda Constitucional nº 45 de 2004, foi incluído o §3º ao artigo 5º da Carta Magna, com o seguinte teor:

(...) 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.

Com a inovação mencionada, ficou evidente a importância dos tratados e convenções sobre direitos humanos, os quais, quando aprovados de acordo com o processo legislativo especial previsto no dispositivo em comento terão o *status* de norma constitucional e, portanto, poderão servir de parâmetro ao controle de constitucionalidade.

A partir daí a questão centrou-se naqueles tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que haviam sido internalizados antes da Emenda Constitucional 45/2004 e que, portanto, não seguiram o procedimento legislativo descrito no artigo 5º, §3º da Carta Magna. Se por um lado parecia óbvio que eles não possuíam *status* de norma constitucional, ante a ausência da formalidade relativa ao procedimento, por outro, parecia equivocado atribuir-lhes apenas *status* de lei ordinária quando a própria Constituição outorgou a matéria por eles veiculada (direitos humanos) papel de destaque.

Na doutrina brasileira, quem desenvolveu, pela primeira vez, de maneira sólida e com precisão técnica, a questão da hierarquia dos tratados e a teoria do controle de convencionalidade foi Valério Mazzuoli, em sua tese de doutoramento, sustentada na

⁶¹ Neste sentido, confira-se a ADIn 1.480/DF e o AgRg na Carta Rogatória 8.279, julgados pelo Supremo Tribunal Federal após a promulgação da Constituição Federal.

Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, em 04 de novembro de 2008⁶². O que ali se defendeu foi rapidamente absorvido pela doutrina e jurisprudência brasileira, inclusive pelo Supremo Tribunal Federal que, aos 03 de dezembro daquele ano, julgou em conjunto, na mesma sessão Plenária, o Recurso Extraordinário nº 466.343/SP, o Recurso Extraordinário nº 349.703/RS e os *Habeas Corpus* nº 87.585/TO e nº 92.566/SP, todos versando sobre a possibilidade de prisão do depositário infiel e discutindo a hierarquia normativa dos tratados internacionais.

Naquela oportunidade, a Corte Suprema atribuiu aos tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil, porém, sem seguir o procedimento de emenda constitucional, o *status* de norma supralegal e afirmou que lei ordinária em conflito com tais tratados teria sua eficácia jurídica paralisada. Estabeleceu-se, pois, a possibilidade de um controle chamado de convencionalidade, cujos conceito e características serão a seguir delineados.

2.1. Conceito.

Segundo Valério Mazzuoli, o controle de convencionalidade refere-se à aferição da compatibilidade vertical material das normas de direito interno com as convenções internacionais de direitos humanos em vigor no país. É especialmente o estudo da técnica judicial, seja internacional ou interna, de compatibilização vertical das leis com tais preceitos internacionais⁶³.

A expressão “controle de convencionalidade” refere-se ao fato de que grande parte dos atos internacionais são firmados a partir de convenções, ou seja, atos multilaterais assinados em conferências internacionais e que versam sobre assuntos de interesse geral. São, em verdade, uma espécie de convênio entre dois ou mais países sobre os mais variados temas – questões comerciais, industriais, relativas a direitos humanos⁶⁴.

⁶² Para texto original, v. Mazzuoli, Valério de Oliveira. *Rumo às novas relações entre o direito internacional dos direitos humanos e o direito interno: da exclusão à coexistência, da intransigência ao diálogo das fontes*. Tese de Doutorado em Direito. Porto Alegre: UFRGS/Faculdade de Direito, 2008, publicada sob o título *Tratados internacionais de direitos humanos e direito interno*, São Paulo: Saraiva, 2010.

⁶³ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *O controle jurisdicional da convencionalidade das leis*. 4 ed. ver. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 31.

⁶⁴ GOVERNO DO BRASIL. Atos Internacionais. Disponível em <<http://www.brasil.gov.br/governo/2012/05/atos-internacionais>>. Acesso em 20.05.2019.

Entre nós a obrigação convencional provém da Convenção Americana de Direitos Humanos, mais conhecida por Pacto de São José da Costa Rica, incorporada ao Direito Brasileiro através do Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992⁶⁵.

Com efeito, dispõe a mencionada convenção, em seus artigos 1º e 2º, que os Estados Partes devem respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita a sua jurisdição. Não bastasse, estabelece expressamente em seu artigo 43 que “os Estados Partes obrigam-se a proporcionar à Comissão as informações que esta lhes solicitar sobre a maneira pela qual o seu direito interno assegura a aplicação efetiva de quaisquer disposições desta Convenção”⁶⁶.

Não obstante, a temática do controle de convencionalidade ganhou relevo no continente americano apenas no ano de 2006 quando a Corte Interamericana de Direitos Humanos, ao julgar o caso “Almonacid Arellano e outros Vs. Chile”⁶⁷, assim consignou:

“124. A Corte tem consciência de que os juízes e tribunais internos estão sujeitos ao império da lei e, por isso, são obrigados a aplicar as disposições vigentes no ordenamento jurídico. Mas **quando um Estado ratifica um tratado internacional como a Convenção Americana, seus juízes, como parte do aparato estatal, também estão submetidos a ela, o que os obriga a velar para que os efeitos das disposições da Convenção não se vejam diminuídos pela aplicação de leis contrárias a seu objeto e a seu fim e que, desde o início, carecem de efeitos jurídicos. Em outras palavras, o Poder Judiciário deve exercer uma espécie de “controle de convencionalidade” entre as normas jurídicas internas aplicadas a casos concretos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos.** Nesta tarefa, o Poder Judiciário deve levar em conta não apenas o tratado, mas também a interpretação que a Corte Interamericana, intérprete última da Convenção Americana, fez do mesmo” (grifo não original)⁶⁸.

⁶⁵ BRASIL. Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm> Acesso em 09.05.2019.

⁶⁶ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Convenção Americana Sobre Direitos Humanos. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm> Acesso em 20.05.2019.

⁶⁷ O julgamento do caso teve a participação dos seguintes juízes: Sergio García Ramírez (Presidente), Alirio Abreu Burelli (Vice Presidente), Antônio A. Cançado Trindade (Juiz), Manuel E. Ventura Robles (Juiz) e Diego García-Sayán (Juiz) (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Almonacid Arellano e outros Vs. Chile. Sentença de 26 de setembro de 2006. Disponível em <www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_por.doc> Acesso em 20.05.2019).

⁶⁸ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Almonacid Arellano e outros Vs. Chile. Sentença de 26 de setembro de 2006. Disponível em <www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_por.doc> Acesso em 20.05.2019.

Sobre o tema, explica Juliano Taveira:

“Expressão originalmente criada em voto do jurista mexicano GARCÍA RAMÍREZ, na Corte Interamericana de Direitos Humanos, já se fala também, no Brasil, em controle de convencionalidade. Trata-se de nomenclatura utilizada para se referir ao exame da compatibilidade do direito nacional em face dos tratados e convenções de direitos humanos. Pela teoria do controle de convencionalidade, os juízes nacionais estão habilitados, no caso concreto, a fazer o controle (difuso) da conformidade entre o direito doméstico e as normas decorrentes da incorporação, ao ordenamento jurídico interno, dos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, especialmente a Convenção Interamericana de Direitos Humanos – Pacto de San José”⁶⁹.

Portanto, falar de controle de convencionalidade é falar na aferição da compatibilidade material, o que pressupõe, portanto, a existência de hierarquia, entre as normas do direito interno (inferiores) e os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos (superiores). Essa relação de hierarquia será detalhada adiante. Antes, porém, deve-se estabelecer a quem compete a realização de tal controle.

2.2. Legitimidade.

Preliminarmente, deve-se destacar que os tribunais regionais internacionais exercem o controle de convencionalidade e, quanto a isto, aliás, nunca houve dúvidas. Afinal, trata-se de uma de suas funções essenciais.

Não obstante, a partir de decisão dos próprios tribunais internacionais (vide o caso julgado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos citado no item 2.1), passou-se a entender que os juízes internos também têm a função de aferir a compatibilidade entre as normas domésticas e as normas oriundas de tratados e convenções internacionais que tratem de direitos humanos e que tenham sido ratificados e estejam em vigor no país.

Haveria, portanto, nos dizeres de Valério Mazzuoli, dois modelos de controle de convencionalidade, um realizado de modo coadjuvante e complementar pelas cortes internacionais e outro levado a efeito especialmente, mas não exclusivamente, pelos juízes e tribunais nacionais em primeiro plano⁷⁰. Diz-se não exclusivo porque, assim como no controle

⁶⁹ BERNARDES, Juliano Taveira. FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. *Op. Cit.* Tomo I. p. 341.

⁷⁰ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Op. Cit.* p. 31.

de constitucionalidade em que há a possibilidade de controle preventivo, ou seja, aquele exercido anteriormente à promulgação da norma, pelos Poderes Legislativo e Executivo, também em relação ao controle de convencionalidade deve admitir-se tal hipótese. Afinal, não faria sentido algum permitir que uma norma flagrantemente inconveniente ingressasse no ordenamento jurídico interno. Como explica o professor Ingo Sarlet,

“(...) há que considerar que o controle de convencionalidade (interno) não é um controle exclusivamente jurisdicional e igualmente há de ser sublinhado e talvez possa merecer alguma atenção adicional como hipótese plausível. O Poder Legislativo, quando da apreciação de algum projeto de lei, assim como deveria sempre atentar para a compatibilidade da legislação com a CF, também deveria assumir como parâmetro os tratados internacionais, o que, de resto, não se aplica apenas aos tratados de direitos humanos, mas deveria ser levado ainda mais a sério nesses casos. Não se pode olvidar que a legislação interna incompatível com algum tratado ratificado pelo Brasil e que esteja em vigor na esfera supranacional configura violação do tratado, cabendo ao Poder Legislativo operar de modo preventivo também nessa seara.

Da mesma forma, o Chefe do Executivo poderia vetar lei aprovada pelo Legislativo quando detectar violação de tratado internacional, ainda que não se cuide aqui de um veto justificado pela eventual inconstitucionalidade da lei, a não ser no caso de tratado aprovado pelo rito do artigo 5º, parágrafo 3º, da CF, onde, pelo menos assim o sugerimos, o tratado — mesmo de acordo com o entendimento do STF — integra, ao menos em geral, o bloco de constitucionalidade brasileiro, para além de integrar também um ‘bloco de convencionalidade’”⁷¹.

Por outro lado, diz-se essencialmente porque, assim como no controle de constitucionalidade em que o controle repressivo que visa a declarar a inconstitucionalidade de ato normativo em momento posterior à respectiva promulgação é, em regra, exercido pelo Poder Judiciário, também no controle de convencionalidade o exercício se dará prioritariamente pelos juízes e tribunais.

Não obstante, deve-se destacar que esse controle judicial não deve se dar de forma mecânica, com a simples análise de compatibilidade entre a norma interna e o tratado de direitos humanos ratificado e em vigor no país. Assim como o Juiz, ao julgar a inconstitucionalidade de uma lei, deve analisar, além de sua conformidade com a Constituição Federal, a existência de pronunciamento anterior do Supremo Tribunal Federal sobre o tema⁷², também no controle

⁷¹ SARLET, Ingo. Controle de Convencionalidade dos Tratados Internacionais. Direitos Fundamentais. *Revista Consultor Jurídico*, abril. 2015. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2015-abr-10/direitos-fundamentais-controlado-convencionalidade-tratados-internacionais>> Acesso em 22.05.2019.

⁷² Neste sentido, dispõe o artigo 949, parágrafo único do Código de Processo Civil vigente, *in verbis*: “949. (...) Parágrafo único. Os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário ou ao órgão especial a

de convencionalidade deverá o Magistrado averiguar a existência de pronunciamento anterior da Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre a questão objeto de análise (ou de pronunciamento de outra corte internacional responsável por aplicar e fiscalizar tratado ou convenção ratificado pelo Brasil), sempre aplicando, no caso concreto, a norma que for mais benéfica ou mais protetiva ao ser humano sujeito de direitos (princípio *pro homine* ou *pro persona*).

Neste sentido, consignou a própria Corte, ao julgar o caso “Almonacid Arellano e outros Vs. Chile”, antes descrito, dispondo em seu artigo 124 que “o Poder Judiciário deve levar em conta não apenas o tratado, mas também a interpretação que a Corte Interamericana, intérprete última da Convenção Americana, fez do mesmo”⁷³. Como explica Mazzuoli,

“Há, como se vê, duas técnicas de controle conjugadas: aquela que leva em consideração somente o texto do tratado-paradigma e a que acresce a interpretação (acaso existente) que dele faz a Corte Interamericana, à luz de sua jurisprudência constante e dos padrões internacionais aplicáveis ao respectivo tema. Não havendo interpretação da norma já realizada pela corte regional, deverá o juiz postar-se no lugar de juiz internacional para, à luz dos princípios do direito internacional dos direitos humanos, especialmente do princípio *pro homine* ou *pro persona*, proferir sentença. O juiz doméstico há de ser, assim, *proativo* na implementação (interpretação + aplicação) dos tratados de direitos humanos em vigor no Estado, rechaçando *ex officio* qualquer interpretação – como se juiz internacional fosse – contrária aos objetivos e à finalidade desses tratados; deve, ademais, conhecer o *espírito* do sistema internacional (global e regional) de proteção dos direitos humanos, seus princípios e diretrizes. Tem-se, aqui, como se percebe, relativamente à atividade do juiz convencional, um *desdobramento funcional* de competências, que o mantém na posição de juiz interno ao mesmo que lhe consagra tarefas de juiz internacional. Tudo o que não pode o Poder Judiciário fazer é deixar de aplicar a normativa internacional de proteção a pretexto de não conhecer ou de não ter familiaridade com seus mandamentos”⁷⁴.

Por fim, deve-se destacar que todo juiz nacional pode proceder a análise da compatibilidade das normas domésticas com os tratados e convenções internacionais de direitos humanos ratificados e vigente no Brasil, de ofício e antes da análise do mérito, em preliminares, assim como faz no controle difuso de constitucionalidade. Em verdade, “a sua atuação é direta e não

arguição de inconstitucionalidade quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão.

⁷³ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Almonacid Arellano e outros Vs. Chile. Sentença de 26 de setembro de 2006. Disponível em <www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_por.doc>. Acesso em 20.05.2019.

⁷⁴ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Op. Cit.* p. 41.

requer pedido do interessado, tampouco autorização constitucional ou legislativa para tanto, pois decorrente da jurisprudência vinculante da Corte”⁷⁵.

2.3. Modo de implementação.

Conforme já mencionado, Valério Mazzuoli foi o primeiro a tratar do controle de convencionalidade e, para ele, todos os tratados e convenções internacionais de direitos humanos – frise-se *todos* –, ratificados pelo Brasil e em vigor, têm o *status* de norma constitucional. Não importa se aprovado com o *quórum* estabelecido no artigo 5º, §3º da Constituição Federal, equivalente ao *quórum* exigido para a aprovação de emenda, ou não. Todos os documentos internacionais sobre direitos humanos têm índole constitucional, seja uma hierarquia somente material (a norma teria *status* de norma constitucional por força do §2º do art. 5º da CF), seja uma hierarquia material e formal (nesse caso, a norma teria *status* equivalente à emenda constitucional por força do §3º do dispositivo mencionado).

Para o autor, portanto, o controle de convencionalidade poderia ser implementado tanto pela via difusa quanto pela via concentrada. O tratado ou convenção de direitos humanos ratificado pelo Brasil sem seguir o procedimento equivalente à incorporação de emenda constitucional apenas poderia ser objeto de controle na via difusa, o que seria possível em razão de tal normativa internacional ingressar no ordenamento pátrio com *status* de norma constitucional, por força do artigo 5º, §2º da Constituição Federal. Já o tratado ou convenção sobre a temática dos direitos humanos incorporado ao direito brasileiro nos moldes do §3º do dispositivo em comento, por seguir o procedimento previsto para a aprovação de uma emenda constitucional, a ela equivaleria e, portanto, poderia ser parâmetro de controle de convencionalidade tanto de maneira difusa quanto concentrada, ou seja, poderia ser realizado por todo e qualquer juiz ou tribunal (controle difuso) ou pelo Supremo Tribunal Federal, a partir da propositura de ações do controle abstrato pelos legitimados constitucionais. Neste sentido,

“(…) a produção normativa doméstica conta com um duplo limite vertical material: *a*) a Constituição e os tratados de direitos humanos (1º limite) e *b*) os tratados internacionais comuns (2º limite) em vigor no país. No caso do 1º limite, relativo aos tratados de direitos humanos, estes podem ter sido ou não aprovados com o *quórum* qualificado que o art. 5º, §3º da Constituição prevê. Caso não tenham sido aprovados com essa maioria qualificada, seu

⁷⁵ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Op. Cit.* p. 40.

status será de norma (somente) materialmente constitucional, o que lhes garantem serem paradigma (apenas) do controle difuso de convencionalidade; caso tenham sido aprovados (e entrado em vigor no plano interno, após sua ratificação) pela sistemática do art. 5º, §3º, tais tratados serão material e *formalmente* constitucionais, e assim servirão também de paradigma do controle concentrado (para além, é claro, do difuso) de convencionalidade das leis.

Os tratados de direitos humanos paradigma do controle concentrado autorizam que os legitimados para a propositura das ações do controle abstrato (ADIn, ADECON, ADPF etc.), previsto no art. 103 da Constituição de 1988, proponham tais medidas no STF como meio de retirar a validade de norma interna (ainda que compatível com a Constituição) que viole um tratado internacional de direitos humanos em vigor no país”⁷⁶.

No que tange aos tratados e convenções internacionais comuns, ou seja, aqueles que não tratam de direitos humanos, Mazzuoli entende que eles servem de paradigma ao controle de *supralegalidade*, ou seja, dever-se-ia aferir a compatibilidade das normas infraconstitucionais com tais documentos internacionais. Em suas palavras,

“o sistema brasileiro de controle da produção normativa doméstica também conta (especialmente depois da EC 45/2004) com um controle jurisdicional da convencionalidade das leis (para além do clássico controle constitucionalidade) e ainda com um controle de supralegalidade das normas infraconstitucionais”⁷⁷.

Assim, para Valério Mazzuoli, existe (i) o controle de legalidade, ou seja, a análise de compatibilidade vertical entre normas secundárias, como os decretos regulamentares, e as leis de onde advém sua validade⁷⁸; (ii) o controle de supralegalidade, relativo à compatibilidade vertical entre as normas infraconstitucionais e os tratados internacionais comuns, os quais são superiores e, portanto, servem de paradigma ao referido controle; (iii) o controle de convencionalidade difuso, existente quando o paradigma é tratado ou convenção internacional sobre direitos humanos, internalizado ao ordenamento jurídico brasileiro seguindo ou não o rito estabelecido no artigo 5º, §3º da Constituição Federal; (iv) o controle de convencionalidade concentrado, apenas possível de ocorrer quando se questiona a

⁷⁶ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Op. Cit.* p. 20.

⁷⁷ *Id. Ibidem.* p. 19.

⁷⁸ “No âmbito dos atos normativos infraconstitucionais, contudo, cabe separar as normas primárias das normas secundárias (Kelsen). Nesse sentido, as normas primárias são aquelas cuja validade tem por fundamento direto a própria Constituição. Chamam-se primárias porque não possuem qualquer vínculo de dependência em face de outro tipo de norma que se situaria num nível intermediário entre elas e as normas constitucionais. De outro lado, as normas infraconstitucionais de natureza secundária consistem naquelas cujo fundamento de validade radica diretamente em alguma norma infraconstitucional primária, e só indiretamente na constitucional. É o caso dos atos regulamentares em geral, como os decretos, portarias, instruções normativas, que retiram validade das leis que regulamentam (...)” (BERNARDES, Juliano Taveira. FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. *Op. Cit.* Tomo II. p. 438).

compatibilidade material entre normas infraconstitucionais e tratado ou convenção sobre direitos humanos internalizada nos moldes do dispositivo antes mencionado⁷⁹; e, finalmente, (v) o controle de constitucionalidade, sempre aferível pela via difusa ou concentrada.

Não obstante, não foi este o esquema normativo adotado pelo Supremo Tribunal Federal e tampouco o modo como se implementaria o controle de convencionalidade.

A Corte Suprema, aos 03 de dezembro de 2008, proferiu uma das decisões mais importantes de sua história. Ao julgar em conjunto, na mesma sessão plenária, o Recurso Extraordinário nº 466.343/SP, o Recurso Extraordinário nº 349.703/RS e os *Habeas Corpus* nº 87.585/TO e nº 92.566/SP, todos versando sobre a possibilidade de prisão do depositário infiel, o Supremo Tribunal Federal finalmente reconheceu que os tratados de direitos humanos incorporados ao ordenamento interno sem seguir o procedimento previsto no artigo 5º, §3º da Carta Magna têm hierarquia superior às leis ordinárias. Na ocasião, 02 (duas) correntes estavam em pauta: a do Ministro Gilmar Mendes, que sustentava o valor supralegal desses tratados, nos seguintes termos:

“(...) 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.

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.

(...)

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.

Nesse sentido, é possível concluir que, diante da supremacia da Constituição sobre os atos normativos internacionais, a previsão constitucional da prisão civil do depositário infiel (art. 5º, inciso LXVII) não foi revogada pelo ato de adesão do Brasil ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art.

⁷⁹ A Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência foi o primeiro diploma internacional sobre direitos humanos aprovado nos termos do artigo 5º, §3º da Constituição Federal (Decreto Legislativo nº 186, de 09 de julho de 2008, e Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm> Acesso em 25.05.2019).

11) e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), mas deixou de ter aplicabilidade diante do efeito paralisante desses tratados em relação à legislação infraconstitucional que disciplina a matéria, incluídos o art. 1.287 do Código Civil de 1916 e o Decreto-Lei nº 911, de 1º de outubro de 1969.

Tendo em vista o caráter supralegal desses diplomas normativos internacionais, a legislação infraconstitucional posterior que com eles seja conflitante também tem sua eficácia paralisada. É o que ocorre, por exemplo, com o art. 652 do Novo Código Civil (Lei nº 10.406/2002), que reproduz disposição idêntica ao art. 1.287 do Código Civil de 1916.

Enfim, desde a adesão do Brasil, no ano de 1992, ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), não há base legal para aplicação da parte final do art. 5º, inciso LXVII, da Constituição, ou seja, para a prisão civil do depositário infiel.

De qualquer forma, o legislador constitucional não fica impedido de submeter o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica, além de outros tratados de direitos humanos, ao procedimento especial de aprovação previsto no art. 5º, § 3º, da Constituição, tal como definido pela EC nº 45/2004, conferindo-lhes *status* de emenda constitucional⁸⁰.

E a segunda corrente, capitaneada pelo Ministro Celso de Mello que, a exemplo de Valério Mazzuoli, inclusive citado em seu voto, conferia *status* constitucional a tais tratados:

“Reconheço, no entanto, Senhora Presidente, que há expressivas lições doutrinárias - como aquelas ministradas por ANTÔNIO AUGUSTO CANÇADO TRINDADE ("Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos", vol. 1/513, item n. 13, 2ª ed., 2003, Fabris), FLÁVIA PIOVESAN ("Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional", p. 51/77, 7ª ed., 2006, Saraiva), CELSO LAFER ("A Internacionalização dos Direitos Humanos: Constituição, Racismo e Relações internacionais", p. 16/18, 2005, Manole) e VALERIO DE OLIVEIRA MAZZUOLI ("Curso de Direito Internacional Público", p. 682/702, item n. 8, 2ª ed., 2007, RT), dentre outros eminentes autores - que sustentam, com sólida fundamentação teórica, que os tratados internacionais de direitos humanos assumem, na ordem positiva interna brasileira, qualificação constitucional, acentuando, ainda, que as convenções internacionais em matéria de direitos humanos, celebradas pelo Brasil antes do advento da EC nº 45/2004, como ocorre com o Pacto de São José da Costa Rica, revestem-se de caráter materialmente constitucional, compondo, sob tal perspectiva, a noção conceitual de bloco de constitucionalidade.

(...)

Após muita reflexão sobre esse tema, e não obstante anteriores julgamentos desta Corte de que participei como Relator (RTJ 174/463-465 - RTJ 179/493-496), inclino-me a acolher essa orientação, que atribui natureza constitucional às convenções internacionais de direitos humanos (...)"⁸¹

⁸⁰ Trecho do voto do Ministro Gilmar Mendes, Relator para Acórdão, no RE 349.703, julgado pelo Tribunal de Pleno em 03.12.2008.

⁸¹ Trecho do voto do Ministro Celso de Mello proferido no RE 349.703, julgado pelo Tribunal do Pleno em 03.12.2008.

Por uma votação apertada (5x4) prevaleceu a tese sustentada pelo Ministro Gilmar Mendes, ou seja, de que os tratados internacionais de direitos humanos ratificados e vigentes no Brasil – mas não aprovados com *quórum* qualificado – possuem *status* supralegal: estão abaixo da Constituição Federal, mas acima das demais normas infraconstitucionais, ocupando um nível intermediário. O controle de convencionalidade, portanto, equivale ao controle de supralegalidade e refere-se à análise de compatibilidade entre as normas infraconstitucionais e os tratados internacionais de direitos humanos ratificados e em vigor no país, sem, entretanto, terem seguido o procedimento previsto no artigo 5º, §2º da Constituição Federal. Tais tratados são, neste sentido, paradigma do controle de convencionalidade, o qual apenas pode ser implementado na via difusa, ou seja, perante qualquer juiz ou tribunal, e de modo concreto, vinculado à uma situação singular e analisado em sede de preliminar, antes da análise do mérito.

A partir dessa decisão do Supremo Tribunal Federal, portanto, a conformação normativa do ordenamento jurídico brasileiro passou a ser analisada sob 03 (três) vertentes distintas. Primeiro aquela relativa ao controle de legalidade que, como dito anteriormente, refere-se à necessária compatibilidade vertical e material que deve existir entre as normas infraconstitucionais de natureza secundária e as normas infraconstitucionais primárias que lhes dão fundamento. Segundo aquela relativa ao controle de convencionalidade (ou de supralegalidade) que, conforme definido pelo Supremo Tribunal Federal, refere-se à compatibilidade vertical e material entre as normas infraconstitucionais (inferiores) e os tratados e convenções internacionais de direitos humanos ratificados e em vigor no país, sem, entretanto, aprovação pelo *quórum* qualificado (superiores). Por fim, aquela relativa ao controle de constitucionalidade que tem como parâmetro o bloco de constitucionalidade, ou seja, os padrões normativos com hierarquia equivalente à das normas constitucionais em sentido formal⁸², destacando-se que:

⁸² “(...) B) Constituição formal: conjunto de normas que, independentemente do conteúdo, consideram-se inseridas em ato escrito no qual se encontram padrões normativos dotados de hierarquia jurídica superior. (...) Nessa acepção, configuram *normas formalmente* constitucionais: a) em **sentido estrito**, as normas implícita ou explicitamente extraídas de documento normativo escrito e solene, ao qual se atribui hierarquia superior em relação às demais normas do mesmo sistema normativo (constituição formal); e b) em **sentido amplo**, todas as normas dotadas de hierarquia normativa superior, incluindo as extraídas de fontes diversas da constituição formal propriamente dita, tais como as normas constantes das emendas constitucionais. (...) O controle de constitucionalidade tem por fundamento teórico a defesa do princípio da supremacia constitucional (...). A partir do momento que se atribuem às normas constitucionais hierarquia normativa superior, é necessário garantir que os atos contrários à constituição não produzam os mesmos efeitos que normalmente produziriam, sob pena de converter a supremacia da constituição em simples instrumento de retórica. (...) A doutrina majoritária, contudo, só estabelece relações entre o controle de constitucionalidade de atos normativos e a supremacia constitucional

“nos termos do §3º acrescentado ao art. 5º da Constituição pela Reforma do Judiciário (EC 45/2004), **tratados internacionais sobre direitos humanos** poderão assumir a hierarquia normativa equivalente às emendas constitucionais, caso sejam aprovados pela Câmara e pelo Senado, em dois turnos de votação, por três quintos dos votos dos respectivos membros. Nessa hipótese, tais tratados farão parte também do bloco de constitucionalidade”⁸³.

Sobre a diferença entre o posicionamento de Valério Mazzuoli, precursor na tratativa do tema relativo aos tratados e convenções internacionais de direitos humanos, e do Supremo Tribunal Federal, explica Luiz Flávio Gomes:

“A diferença fundamental, em síntese, entre a tese de Valério Mazzuoli e a posição vencedora (por ora) no STF, está no seguinte: a primeira está um tom acima. Para o STF (tese majoritária, conduzida pelo Min. Gilmar Mendes) os tratados de direitos humanos não aprovados pela maioria qualificada do art. 5º, §3º da Constituição seriam supralegais (Valério discorda e os eleva ao patamar constitucional); para o STF os tratados não relacionados com os direitos humanos possuem valor legal (para Valério, eles são todos supralegais, com fundamento no art. 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969, ratificada pelo Brasil em 25.09.2009 e promulgada pelo Dec. 7.030, de 14.12.2009). Valério Mazzuoli e Celso de Mello estão no tom maior. Gilmar Mendes (e a maioria votante do STF) está no tom menor. A diferença é de tom. De todo modo, todos fazem parte de uma orquestra jurídica espetacular: porque finalmente tornou-se realidade no Brasil a terceira onda (internacionalista) do Direito, do Estado e da Justiça”⁸⁴.

A adoção pelo Supremo Tribunal Federal de entendimento diverso daquele preconizado pela doutrina, entretanto, não restou imune a críticas. Como esclarece Ingo Sarlet:

“Assim, à vista do exposto, enquanto não sobrevenha uma posição uniformizadora, ao que tudo indica, são duas as possibilidades atualmente reconhecidas pelo STF: a) hierarquia (equivalente) de emenda constitucional, no caso dos tratados de direitos humanos incorporados mediante observância do rito estabelecido pelo parágrafo 3º do artigo 5º da CF; b) hierarquia supralegal, aplicável aos tratados de direitos humanos ratificados pelo sistema convencional, por meio de Decreto Legislativo aprovado com maioria simples; Procedendo-se a uma leitura crítica da posição do STF há que enfatizar que a condição de direitos fundamentais é absolutamente incompatível com uma hierarquia normativa infraconstitucional, visto que — de acordo com o que buscamos demonstrar nas colunas anteriores — direitos fundamentais são sempre direitos constitucionais e não podem estar à disposição plena do legislador ordinário.

do tipo formal (BERNARDES, Juliano Taveira. FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. *Op. Cit.* Tomo I. p. 77 e 315).

⁸³ SARLET, Ingo. *Op. Cit.* Tomo I. p. 343.

⁸⁴ GOMES, Luiz Flávio. Prefácio. In: MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Op. Cit.* p. 25-26.

Entendimento diverso, mesmo em que seja em favor de uma hierarquia supralegal dos tratados (posição hoje adotada pelo Supremo Tribunal Federal na matéria!), ainda que tenha representado um considerável avanço em relação ao entendimento antes prevalente (que consagrava a paridade entre lei ordinária e tratado) segue relegando os direitos humanos consagrados nos tratados internacionais a uma posição secundária em face dos direitos fundamentais da Constituição, sendo, de tal sorte, no mínimo questionável, visto que o STF, como bem apontado também por Valerio Mazzuoli, acabou (em matéria de tratados de direitos humanos) criando uma “duplicidade de regimes jurídicos”⁸⁵.

Não obstante os estudos e críticas doutrinárias, fato é que o Supremo Tribunal Federal, ao estabelecer que os tratados e convenções internacionais de direitos humanos ratificados e em vigor no Brasil, porém, internalizados sem seguir o rito previsto no artigo 5º, §3º da Constituição Federal, seriam normas supralegais não só inovou na pirâmide normativa de Kelsen como deu corpo ao controle de convencionalidade (ou de supralegalidade), consistente na aferição de compatibilidade material e vertical entre as normas infraconstitucionais e a norma supralegal, a ser implementado unicamente na via difusa, como preliminar à análise do caso concreto.

⁸⁵ SARLET, Ingo. Integração dos tratados de Direitos Humanos no ordenamento jurídico. Direitos Fundamentais. *Revista Consultor Jurídico*, março. 2015. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2015-mar-27/direitos-fundamentais-integracao-tratados-direitos-humanos-ordenamento-juridico>> Acesso em 29.05.2019.

3. DIREITO PENAL

3.1. O Direito Internacional Penal

Costuma-se atribuir a Jeremy Bentham a expressão “Direito Internacional”, utilizada pela primeira vez em 1820, em seu livro *An Introduction to the Principles of Moral and Legislation*, tendo a função de designar o direito da sociedade internacional em oposição ao direito local (*National Law* e *Municipal Law*). Nesta mesma obra, Bentham introduziu a expressão “Direito Internacional Penal” (*International Criminal Law*), expressão esta que sempre foi alvo de críticas e confusões, dadas as incertezas contidas na denominação⁸⁶.

De fato, a conceituação da expressão “Direito Internacional Penal” não é tarefa fácil e perpassa pela distinção entre a referida expressão e a denominação “Direito Penal Internacional”.

Segundo o autor Antonio Quintano Ripollés⁸⁷, o penalista italiano Constantino Jannacone foi o primeiro a diferenciar “Direito Internacional Penal” de “Direito Penal Internacional”. Entretanto, foi o próprio Ripollés⁸⁸ quem desenvolveu com maior profundidade essa distinção, tratando a primeira expressão mencionada do conjunto de infrações de estrutura puramente internacional e de titularidade da sociedade internacional e a segunda, de infrações previstas apenas pelos ordenamentos jurídicos internos e, portanto, de titularidade do Estado Nacional.

Com efeito, o Direito Penal Internacional refere-se às normas do direito interno que tratam essencialmente dos casos de extraterritorialidade, ou seja, dos casos em que, embora tenha sido cometido no estrangeiro, o crime será investigado e terá sua autoria apurada pelo Estado Nacional, aplicando-se as leis do ordenamento jurídico interno. Entre nós, as hipóteses de extraterritorialidade estão previstas no artigo 7º Código Penal.

⁸⁶ SILVA, Alexandre Pereira da. Direito Internacional Penal (Direito Penal Internacional?): Breve ensaio sobre a relevância e transnacionalidade da disciplina. *Revista da Faculdade de Direito*, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, n. 62, p. 55, jan./jun. 2013. Disponível em <<http://www.direito.ufmg.br/index.php?revista>article>download>> Acesso em 10.12.2019.

⁸⁷ RIPOLLÉS, Antonio Quintano. *Tratado de Derecho Penal Internacional e Internacional Penal*. 1 vol. Madrid: Instituto Francisco de Vitoria, 1955. p. 20.

⁸⁸ *Id. Ibidem*. p. 20 e ss.

O Direito Penal Internacional trata, ainda, de cooperação judiciária internacional em matéria penal, além de englobar casos de extradição, tudo de acordo o ordenamento jurídico interno.

O Direito Internacional Penal, ao revés, refere-se a assuntos criminais na esfera internacional propriamente dita, entre eles jurisdição, competência, processo e julgamento de crimes por órgãos pertencentes à ordem internacional devidamente reconhecida. Trata-se, pois, de ramo do direito internacional público que tem como objeto as normas que preveem as condutas consideradas crimes internacionais, seus elementos constitutivos e circunstâncias excludentes, ou seja, as normas que disciplinam a responsabilidade penal individual no plano internacional.

Neste ponto, cumpre anotar que por muito tempo se negou a existência do Direito Internacional Penal como um ramo jurídico autônomo do Direito Internacional, principalmente porque, como argumentavam alguns⁸⁹, se tratava de uma construção puramente doutrinária, sem alcance prático.

Não obstante, hodiernamente, dois fatores justificam a existência do Direito Internacional Penal, quais sejam a internacionalização do direito penal e a criação de tribunais penais internacionais (primeiro os tribunais *ad hoc* e, posteriormente, o tribunal permanente).

Com efeito, o ofício estatal de julgar pessoas pela prática de condutas penalmente típicas sempre competiu ao Estado Soberano. Entretanto, segundo explica Francisco Rezek⁹⁰, foi após a Segunda Guerra Mundial, principalmente diante do quadro penoso deixado por aquele conflito, que se entendeu que determinados crimes de guerra deveriam ser julgados por uma instância internacional.

De fato, até aquele momento, embora tenham ocorrido outros conflitos tão graves e com consequências tão penosas quanto, não se verificou a efetiva construção de um Direito Internacional Penal como ramo jurídico autônomo e com objeto próprio. Conforme Rezek:

⁸⁹ Neste sentido, a frase de ASÚA de que “*Es fácil construir en el papel un Derecho internacional penal...pero en el papel se queda*” (ASÚA, Luis Jiménez de. *Tratado de Derecho Penal*. Tomo II. Buenos Aires: Losada, 1950. p. 1104).

⁹⁰ REZEK, Francisco. A Internacionalização da Justiça Penal. In. ENCONTRO NACIONAL DOS JUÍZES FEDERAIS, 17, 2001, Brasília. *Anais do 17º Encontro Nacional de Juízes Federais*. Desafios Contemporâneos ao Estado Democrático. Brasília: Ajufe, 2001. p. 94.

“O direito humanitário anterior ao segundo grande conflito mundial não chegava ao requinte técnico de tipificar crimes; determinava o que não era possível fazer em nome de um mínimo de humanidade e decência dentro da guerra, em nome do respeito devido às populações civis, aos combatentes postos fora de combate, às instalações sem valor militar, aos bens culturais e a tantos outros. Mas esse Direito, que começa em 1864, não define, entretanto, os exatos comportamentos humanos capazes de configurar o crime de guerra, esperando, talvez, que legislações nacionais o façam”⁹¹.

O panorama mudou completamente com a Segunda Guerra Mundial.

Após o segundo grande conflito armado, foram criados tribunais de julgamento pelos países aliados que saíram vitoriosos⁹² e, além disso, houve uma grande assimilação do Direito Internacional nas ordens internas, vez que, nos mais variados países, foram tipificados crimes de alcance internacional, como genocídio e tortura⁹³.

No entanto, faltava, ainda, a composição de uma instância que, no plano internacional, se ocupasse desses crimes, sem repetir os erros dos tribunais antes criados (tribunais de exceção, criados pelos vencedores, após o cometimento dos fatos e exclusivamente para julgamento deles, tribunais estes que ignoraram o que existia de mais rudimentar em termos de princípios penais e processuais penais) e possibilitando a efetiva existência e aplicação de um Direito Internacional Penal.

Foi apenas em 1998, com o Estatuto de Roma, tratado que criou o Tribunal Penal Internacional, tribunal permanente e instituído para processar e julgar crimes na ordem internacional, que se tornou inegável a existência de um Direito Internacional Penal. Por sua importância o Estatuto de Roma e o Tribunal Penal Internacional serão tratados a seguir.

3.1.1. O Estatuto de Roma

⁹¹ REZEK, Francisco. *Op. Cit.* p. 95.

⁹² Foram dois os Tribunais criados logo após a Segunda Guerra: Tribunal Militar Internacional organizado pelos países Aliados para julgamentos de lideranças da Alemanha Nazista, julgamentos estes ocorridos em Nuremberg entre 20.11.1945 e 1º.10.1946 e Tribunal Militar Internacional para o Extremo Oriente, também conhecido como Julgamento de Tóquio ou Tribunal de Crimes de Guerra de Tóquio, reunido entre 03.05.1946 e 12.11.1948 para julgar os líderes do Império do Japão por crimes cometidos durante a Segunda Guerra Mundial.

⁹³ REZEK, Francisco. *Op. Cit.* p. 95.

A intensificação das relações internacionais após a Segunda Guerra Mundial e a necessidade de criação de um órgão internacional que aplicasse as normas penais objeto do Direito Internacional Penal e assim coibisse abusos aos direitos humanos culminaram na tentativa de criação um tribunal internacional permanente que não repetisse os erros dos tribunais *ad hoc*.

Foi ao longo da década de 1990 que se discutiu com veemência a criação do Tribunal Internacional Permanente, cuja origem foi resultado da Conferência Diplomática de Plenipotenciários das Nações Unidas sobre o Estabelecimento de um Tribunal Penal Internacional, realizada em Roma de 15 de junho a 17 de julho de 1998.

Com efeito, a criação do Tribunal Penal Internacional ocorreu precisamente no último dia da conferência mencionada, mediante a aprovação do Estatuto de Roma, o qual entrou em vigor no dia 1º de julho de 2002.

No Brasil, a assinatura do tratado internacional relativo ao Estatuto de Roma ocorreu em fevereiro do ano 2000, tendo sido aprovado pelo Parlamento brasileiro por meio do Decreto Legislativo nº 112, em 06 de junho de 2002, e promulgado pelo Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002⁹⁴.

Em seguida, através da Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004, foi incluído ao texto constitucional o §4º ao artigo 5º, com o seguinte teor: “O Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão”.

No tocante à participação do Brasil, Mazzuoli explica que:

“O corpo diplomático brasileiro, que já participava mesmo antes da Conferência de Roma de 1998, de uma Comissão Preparatória para o estabelecimento de um Tribunal Penal Internacional, teve destacada atuação em todo processo de criação deste Tribunal. E isto foi devido, em grande parte, em virtude do mandamento do art. 7º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, da Constituição brasileira de 1988, que assim preceitua: O Brasil propugnará pela formação de um tribunal internacional dos direitos humanos”⁹⁵.

⁹⁴ Vide Decreto 4.388 de 25 de setembro de 2002. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4388.htm> Acesso em 10.12.2019.

⁹⁵ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*. 9 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 834.

O Estatuto de Roma, em seus 128 artigos, trata não só da criação e estabelecimento do Tribunal Penal Internacional, mas também de temas como jurisdição; competência, admissibilidade e direito aplicável; princípios gerais de direito penal; composição e administração do Tribunal; funções do juiz; direitos do acusado; investigação e persecução; julgamento; penas; recurso e revisão da sentença; cooperação internacional e assistência judicial; execução penal; e financiamento.

Conforme ressalta Rezek:

“O Tratado de Roma prevê a observância de todos os princípios que fizeram a luz do Direito Penal em todas as pátrias; não tem ambição de devassar o passado; propõe-se a viger a partir do que aconteça; prevê todos os mecanismos que o moderno Direito, nos países em geral, estabelece para a acusação idônea e para a defesa completa; é primoroso na fixação das penas e do método, a luz do qual elas serão cumpridas, observada a conveniência, sempre que possível, de que o condenado esteja próximo do seu próprio meio, ainda que no cárcere”⁹⁶.

Trata-se, pois, de um complexo documento de Direito Internacional Público, contendo regras de direito penal, processo penal, execução penal e organização judiciária, e que respeita os mais antigos princípios vigentes no Direito Penal, como se verá adiante.

3.1.2. O Tribunal Penal Internacional

O Tribunal Penal Internacional, como dito, foi criado pelo Estatuto de Roma e tem como principal característica ser uma instituição permanente, voltada ao processamento e julgamento de crimes internacionais ocorridos após sua criação.

Sobre o significado da criação de um tribunal com tal característica, ressaltou Kai Ambos:

“A era dos tribunais *ad hoc* terminou. Para a maioria de nós esta é uma boa notícia. A justiça penal internacional *ad hoc* sempre se caracterizou, com diferentes graus, pela violação de um princípio geral de direito, a saber o princípio *nullum crimen sine lege*. (...) A criação *ex post facto* dos tribunais *ad hoc* infringe antes de tudo o elemento temporal do princípio *nullum crimen*, é dizer, a proibição da retroatividade das leis penais. Todos os

⁹⁶ REZEK, Francisco. *Op. Cit.* p. 97.

tribunais *ad hoc* – (...) – foram estabelecidos com posterioridade à comissão dos crimes que eles mesmos iriam julgar”⁹⁷.

De fato, buscando superar todas as críticas existentes sobre os tribunais *ad hoc*, o Tribunal Penal Internacional foi criado como uma instituição permanente que faz parte do Sistema das Nações Unidas, embora não seja um órgão da ONU (Organização das Nações Unidas).

Não bastasse, o Estatuto de Roma adotou expressamente os mais importantes princípios gerais do Direito Penal, quais sejam *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege* e irretroatividade (artigos 22, 23 e 24, respectivamente). Assim, nenhuma pessoa será considerada criminalmente responsável se sua conduta, no momento em que tiver lugar, não constituir um crime de competência do Tribunal Penal Internacional (art. 22); as pessoas condenadas pelo referido Tribunal somente serão punidas em conformidade com as disposições do Estatuto de Roma (art. 23); e ninguém poderá ser criminalmente responsável por uma conduta anterior à entrada em vigor do citado Estatuto (art. 24).

Não menos importante, o princípio do *ne bis in idem* também foi adotado expressamente pelo Estatuto de Roma, o qual dispõe que nenhuma pessoa poderá ser julgada pelo Tribunal Penal Internacional por crimes pelos quais já tenha sido condenado ou absolvido (art. 20, item 1). O dispositivo também impede a criação de tribunais *ad hoc*, na medida em que impossibilita o julgamento de um indivíduo, por outro tribunal, por crime previsto no referido Estatuto e pelo qual já tenha sido absolvido ou condenado pelo Tribunal Penal Internacional.

Com efeito, o Tribunal tem jurisdição sobre indivíduos responsáveis por crimes de maior gravidade e com transcendência internacional, porém, essa jurisdição é complementar às jurisdições penais nacionais. Trata-se da aplicação do princípio da complementariedade, previsto nos artigos 1º e 17, item 1, ‘a’ e ‘b’ do Estatuto de Roma⁹⁸, segundo o qual a

⁹⁷ AMBOS, Kai. El Derecho Penal Internacional en la encrucijada: de la imposición *ad hoc* a un sistema universal basado en un tratado internacional. *Revista de Estudios Criminales*, Porto Alegre, n. 38, v. 10, p. 142, 2010, tradução livre (“La era de los tribunales *ad hoc* terminó. Para la mayoría de nosotros esta es una buena noticia. La justicia penal internacional *ad hoc* siempre se caracterizó, con diferentes grados, por la violación de un principio general de derecho, a saber el principio *nullum crimen sine lege*. (...) La creación *ex post facto* de los tribunales *ad hoc* infringe ante todo el elemento temporal del principio *nullum crimen*, es decir, la prohibición de la retroactividad de las leyes penales. Todos los tribunales *ad hoc* – (...) – fueron establecidos con posterioridad a la comisión de los crímenes que ellos mismos iban a juzgar”).

⁹⁸ Artigo 1º

É criado, pelo presente instrumento, um Tribunal Penal Internacional ("o Tribunal"). O Tribunal será uma instituição permanente, com jurisdição sobre as pessoas responsáveis pelos crimes de maior gravidade com alcance internacional, de acordo com o presente Estatuto, e será complementar às jurisdições penais

competência do Tribunal Penal Internacional apenas surge em relação aos crimes alinhados no próprio Estatuto de Roma e após verificada a incapacidade ou falta de vontade do Estado que seria originalmente competente para o processo e julgamento do ilícito.

Quanto aos crimes, o Estatuto de Roma estabelece que o Tribunal permanente terá competência para julgar os crimes mais graves, quais sejam o crime de genocídio, os crimes contra a humanidade, os crimes de guerra e o crime de agressão (art. 5, item 1).

Entretanto, cumpre ressaltar que essa competência apenas existe em relação aos crimes cometidos **após** a entrada em vigor do Estatuto de Roma que, ao tratar da competência *ratione temporis*, quis afastar o principal vício que maculava os tribunais *ad hoc*, ou seja, o fato de que eram criados como tribunais de exceção para julgar crimes que já haviam sido cometidos.

Além disso, a competência detida pelo Tribunal Penal Internacional refere-se ao processamento e julgamento de pessoas físicas (art. 25) que, na data do crime, já tenham completado 18 (dezoito) anos (art. 26).

Como se observa, o Tribunal Penal Internacional não pretende sobrepor-se ao Estado Soberano e tampouco ser uma última instância de julgamento. Sua atuação está estrita aos casos de maior gravidade e quando não se verifica a atuação da jurisdição interna do Estado. Porém, uma vez verificados os pressupostos de admissibilidade de atuação do Tribunal Penal Internacional, ele atuará nos termos do Estatuto de Roma e, portanto, obedecendo aos princípios mais rudimentares e importantes do Direito Penal.

3.2. O Direito Penal brasileiro

nacionais. A competência e o funcionamento do Tribunal reger-se-ão pelo presente Estatuto. (grifo não original).

Artigo 17

1. Tendo em consideração o décimo parágrafo do preâmbulo e o artigo 1º, o Tribunal decidirá sobre a não admissibilidade de um caso se:

- a) O caso for objeto de inquérito ou de procedimento criminal por parte de um Estado que tenha jurisdição sobre o mesmo, salvo se este não tiver vontade de levar a cabo o inquérito ou o procedimento ou, não tenha capacidade para o fazer;
- b) O caso tiver sido objeto de inquérito por um Estado com jurisdição sobre ele e tal Estado tenha decidido não dar seguimento ao procedimento criminal contra a pessoa em causa, a menos que esta decisão resulte do fato de esse Estado não ter vontade de proceder criminalmente ou da sua incapacidade real para o fazer;

3.2.1. Conceito

A conceituação de uma disciplina tão complexa quanto o Direito Penal não é tarefa fácil. Não obstante, há certa concordância na doutrina brasileira no sentido de que o Direito Penal se presta, por um lado, à proteção dos bens mais caros à sociedade e, por outro, à limitação do poder punitivo do Estado⁹⁹. Neste sentido,

“O Direito Penal (que inclui as medidas de segurança) é um ramo do ordenamento jurídico que se caracteriza por cumprir a função de proteger subsidiariamente bens jurídicos, aplicando as sanções mais graves entre as legalmente admissíveis e incidindo no comportamento humano através da prevenção geral e especial. Supõe a *exteriorização normativa do poder punitivo do Estado (jus puniendi)*, cuja aplicação fica submetida a estritos controles para evitar qualquer tipo de abuso, fundamentalmente os que possam ser provenientes do próprio Estado. O Direito Penal estrutura-se em torno de um conjunto de normas que associam as consequências jurídicas previstas pela lei a um comportamento humano. O que diferencia o Direito Penal é que ele não trata de “qualquer” comportamento humano nem de “qualquer” consequência jurídica. O comportamento é um delito, isto é, uma das condutas que a sociedade rechaça com maior firmeza porque vai de encontro a seus interesses mais essenciais. A consequência jurídica não é outra que a pena (e, como veremos, em alguns casos as *medidas de segurança*), isto é, a sanção mais grave que pode ser imposta a uma conduta considerada intolerável pelo resto da comunidade”¹⁰⁰.

De fato, incumbe a norma penal, assim como a qualquer outra norma jurídica, uma função eminentemente protetora. No caso, compete especificamente ao Direito Penal, conforme aduz a doutrina majoritária¹⁰¹, a proteção de bens jurídicos.

Assim sendo, cabe ao Direito Penal garantir aos cidadãos uma convivência pacífica e harmoniosa, função esta que decorre da própria Constituição e, principalmente, do fato de que o Brasil se constitui em um Estado Democrático de Direito¹⁰². Em verdade, desde o Iluminismo, vigora a ideia de contrato social, ou seja, de que o povo, detentor do poder, constitui um governo estatal e lhe transfere o monopólio desse poder. Entretanto, essa

⁹⁹ Acerca da função de proteção a bens essenciais, cf. GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. 17 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015. p. 33. E sobre a função de limitação do poder punitivo do Estado, cf. NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal: parte geral*. 7 ed. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 67.

¹⁰⁰ OLIVÉ, Juan Carlos Ferré. PAZ, Miguel Ángel Núñez. OLIVEIRA, William Terra de. BRITO, Alexis Couto de. *Direito Penal brasileiro: parte geral: princípios fundamentais e sistema*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 72-73.

¹⁰¹ Por todos, *Id. Ibidem*, p.75.

¹⁰² Neste sentido: Constituição Federal, art. 1º: A República Federativa do Brasil, formada pela União indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em um Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...).

transferência se dá apenas na medida necessária para garantir a liberdade e segurança das pessoas. É em razão disso, por exemplo, que a vedação à liberdade de expressão é considerada abusiva. Afinal, não se afigura necessária à manutenção da segurança ou mesmo da liberdade¹⁰³. Há tempos sustentou Beccaria:

“Foi, portanto, a necessidade que constrangeu os homens a cederem parte da própria liberdade: é certo, pois, que cada um só quer colocar no depósito público a mínima porção possível, apenas a que baste para induzir os outros a defendê-la. A agregação dessas mínimas porções possíveis forma o direito de punir, tudo o mais é abuso e não justiça, é fato, mas não é direito”¹⁰⁴

Por outro lado, as condições essenciais à convivência pacífica e harmoniosa entre as pessoas são exatamente o que se convencionou chamar de “bens jurídicos”, como a vida, a integridade corporal, a autonomia sexual, o patrimônio, e os chamados bens públicos, como a moeda, a administração da justiça, entre outros¹⁰⁵. Sobre o tema, verifica-se na doutrina estrangeira que:

“1. A necessidade da convivência – condensada na ideia freudiana de que a sociedade frustra, mas satisfaz ao mesmo tempo as necessidades humanas individuais – supõe a proteção dessa convivência, pois só nela pode a pessoa individual realizar-se e se desenvolver. A autorrealização humana necessita de uns pressupostos existenciais que, enquanto são de utilidade para o homem, se denominam <<bens>> e, concretamente, enquanto são objeto de proteção pelo Direito, <<bens jurídicos>>. Assim pois, bens jurídicos são aqueles *pressupostos que a pessoa necessita para sua autorrealização e o desenvolvimento de sua personalidade na vida social*”¹⁰⁶.

Cumprido ressaltar que o Direito Penal não protege qualquer bem jurídico, mas apenas aqueles essenciais à convivência humana, ou seja, os mais caros à sociedade. E o faz motivando as pessoas a que não pratiquem os comportamentos tidos como lesivos a tais bens, sob ameaça de pena. Portanto, ao lado da função protetora do Direito Penal encontra-se a função motivadora. De fato,

¹⁰³ ROXIN, Claus. Prólogo. In: OLIVÉ, Juan Carlos Ferré, *et. al. Op. Cit.* p. 51.

¹⁰⁴ BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Tradução de Guiodicini e Alessandro Berti Contessa. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 43.

¹⁰⁵ ROXIN, Claus. Prólogo. In: OLIVÉ, Juan Carlos Ferré, *et. al. Op. Cit.* p. 51.

¹⁰⁶ CONDE, Francisco Muñoz. ARÁN, Mercedes García. *Derecho Penal*. Parte General. 8 ed. revisada y puesta al día. Valencia, España: Tirant lo Blanch, 2010. p. 59, tradução livre (“1. La necesidad de la convivencia – condensada en la idea freudiana de que la sociedad frustra, pero satisface al mismo tiempo las necesidades humanas individuales – supone la protección de esa convivencia, pues sólo en ella puede la persona individual autorrealizarse y desarrollarse. La autorrealización humana necesita de unos presupuestos existenciais que, en tanto son de utilidad para el hombre, se denominan <<bienes>> y, concretamente, en tanto son objeto de protección por el Derecho, <<bienes jurídicos>>. Así pues, bienes jurídicos son aquellos *presupuestos que la persona necesita para su autorrealización y el desarrollo de su personalidad en la vida social*”).

“1. O Direito Penal não é só um instrumento de proteção de bens jurídicos (também o serviço de bombeiros ou a cruz vermelha o são), sim um instrumento de motivação do comportamento humano em sociedade. Para conseguir a proteção de bens jurídicos que a norma penal persegue, se desencadeiam nos indivíduos determinados processos psicológicos que os induzem a respeitar ditos bens jurídicos.

(...) O principal meio de coação jurídica, a pena, serve, pois, para motivar comportamentos nos indivíduos. A norma penal cumpre, portanto, essa função motivadora que assinalávamos a princípio, ameaçando com uma pena a realização de determinados comportamentos, considerados pelas autoridades de uma sociedade como não desejáveis”¹⁰⁷.

Se, por um lado, tem-se que a função protetiva do Direito Penal consiste na proteção dos bens jurídicos essenciais, o que, evidentemente, determina quais comportamentos podem ser tipificados pelo Estado (de fato, o legislador apenas pode tipificar o comportamento que lesione ou, ao menos, exponha a perigo de lesão bens jurídicos tidos por essenciais na sociedade em que atua), por outro, tem-se que a função motivadora se dá a partir da imposição de uma pena. Não obstante, cumpre determinar quais efeitos devem surtir essa pena para que se alcance a missão do Direito Penal.

Como dito, o Brasil se constitui num Estado Democrático de Direito e, nesse modelo de Estado, as leis penais apenas estão justificadas quando tendem à proteção da liberdade individual e à ordem social que está em vigência. Assim, também a pena concreta deve perseguir tais objetivos, o que somente é possível se for considerado o fim preventivo, ou seja, uma perspectiva para o futuro.

Neste ponto, vale destacar que a prevenção geral (em seus aspectos positivo - relativa à ideia de que a norma penal serve para reforçar a consciência jurídica dos cidadãos de que a norma está vigorando e, em consequência, da disposição em cumprir as referidas normas -, e negativo - relativo à ideia de que a norma penal serve para intimidar o sujeito para que se comporte, não cometendo delitos) e a prevenção especial (aqui, tomada apenas em seu aspecto positivo, ou seja, que busca a reintegração ou reinserção social do criminoso) devem

¹⁰⁷ CONDE, Francisco Muñoz. ARÁN, Mercedes García. *Derecho Penal. Op. Cit.* p. 61-62, tradução livre (“1. El Derecho penal no es sólo un instrumento de protección de bienes jurídicos (también el Servicio de Bomberos o la Cruz Roja o son), sino un instrumento de motivación del comportamiento humano en sociedad. Para conseguir la protección de bienes jurídicos que la norma penal persigue, se desencadenan en los individuos determinados procesos psicológicos que les inducen a respetar dichos bienes jurídicos. Estos mecanismos psicológicos no presentan aislados, sino formando parte de un complejo proceso llamado <<motivación>>.(...) El principal medio de *coacción jurídica*, la pena, sirve, pues, para motivar comportamientos en los individuos. La norma penal cumple, por tanto, esa función motivadora que señalábamos al principio, amenazando con una pena la realización de determinados comportamientos considerados por las autoridades de una sociedad como no deseables”).

figurar conjuntamente como fins da pena¹⁰⁸, havendo uma ponderação diferenciada de tais finalidades nos três sucessivos momentos do processo de aplicação do Direito Penal: ameaça (momento legislativo), imposição (momento judicial) e execução (momento executivo).

No momento legislativo, ou seja, de criação da lei (tipos penais e pena *in abstracto*) o legislador deve ter em conta a prevenção geral negativa, pois, com a elaboração da norma penal, comunica-se aos membros da comunidade quais comportamentos são tidos como intoleráveis e como se reagirá ante a sua ocorrência. Há, portanto, uma ameaça concreta de imposição de uma pena, cuja intenção é dissuadir os membros da comunidade de praticarem delitos. Não obstante, também se deve ter em conta a prevenção geral positiva, pois a ameaça de pena cumpre o papel de reforçar a consciência jurídica do cidadão na proteção de bens jurídicos e em sua disposição em cumprir as normas. Por fim, verifica-se, ainda que em segundo plano, a prevenção especial positiva, vez que a ameaça penal não pode ser desmedida a ponto de impossibilitar a reinserção social do acusado.

Já no momento judicial, o Magistrado, ao proferir sentença condenatória e impor a pena, deve observar a prevenção especial positiva que, sem dúvida, é o principal fim da pena neste o momento. O juiz, ao impor a pena, deve - observando os preceitos legais - eleger a pena que melhor se adegue ao caso concreto e fixá-la em patamar adequado à reintegração social do acusado. Não obstante, também se verifica a prevenção geral positiva neste momento, pois, subsidiariamente, com a imposição da pena no caso concreto, deve haver a reafirmação da consciência social da norma, ou seja, a aplicação da pena deve demonstrar à sociedade que a norma continua em vigência, reafirmando os valores da sociedade afrontados com a prática delitiva.

¹⁰⁸ Neste sentido: ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito*. Tomo I. Madrid: Thomson Civitas, 2008. p. 95-98; OLIVÉ, Juan Carlos Ferré, *et. al. Op. cit.* p. 210-214; Em sentido contrário Eugênio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli, para os quais a prevenção especial da pena é o único objetivo da pena, sendo que rechaçam a prevenção geral, sob o argumento de que sua adoção conduziria, em última análise, à aceitação da vingança. Em suas palavras: “A prevenção geral se funda em mecanismos inconscientes: o homem, respeitador do direito sente que reprimiu tendências que o outro não reprimiu; que privou-se do que o outro não se privou, e experimenta inconscientemente como inútil o sacrifício de uma privação a que o outro não se submeteu. Inconscientemente, quem se reprimiu clama por vingança, e daí que o passo da prevenção geral à vingança nunca seja de todo claro e que a prevenção geral sempre encerre um conteúdo vingativo. Para refrear este conteúdo vingativo se sustenta que a pena “justa” é a retributiva”, e por isto, dentro desta linha, deve obedecer à lei do talião: a pena deve importar a mesma quantidade de mal causado pelo delito (“olho por olho, dente por dente”) (*Manual de Direito Penal Brasileiro*. 1 vol. 9 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 99).

Por fim, no momento de execução da pena deve prevalecer a prevenção especial positiva, ou seja, o fim de reintegração do condenado à sociedade. A execução da pena deve pautar-se pela dignidade humana e pelos direitos fundamentais, buscando sempre a reintegração ou reinserção social. Não se descarta, por completo, os fins preventivos gerais, porquanto a imposição da pena, na sentença condenatória, apenas restabelece a confiança social no ordenamento jurídico se referida sentença for realmente executada¹⁰⁹.

Como se pode observar, portanto, a função primordial do Direito Penal é a proteção dos bens jurídicos mais caros à sociedade, o que apenas pode ser levado a cabo através da motivação de todos os cidadãos de que se abstenham de cometer delitos. E essa motivação se dá através da ameaça de imposição de uma pena que, num Estado Democrático de Direito, somente pode ter por finalidade a prevenção de crimes.

Trata-se, em verdade, da exteriorização do poder de punir do Estado, o qual, evidentemente, num modelo democrático, como o adotado pela Carta Magna brasileira, não supõe um emprego arbitrário ou abusivo, mas antes a existência de limites fixados com grande precisão. E é justamente por isso que se diz que o Direito Penal se presta não só à proteção dos bens mais caros à sociedade, mas também à limitação do poder punitivo do Estado, o que o faz através de princípios valorativos, como se verá a seguir.

3.2.2. Princípios basilares.

Como visto anteriormente, o poder punitivo do Estado deve estar submetido a controles e restrições que impeçam arbitrariedades, abusos e até mesmo erros judiciais. Tratando o Direito Penal de um instrumento de controle social através do qual se exterioriza o *jus puniendi* estatal, tem-se que este controle deve ser realizado nos limites necessários à garantia de uma convivência pacífica e harmoniosa aos cidadãos, ou seja, na exata medida exigida para a proteção de bens jurídicos. Todo o mais será considerado abuso, excesso, a acarretar a responsabilização dos agentes públicos que assim atuarem.

¹⁰⁹ OLIVÉ, Juan Carlos Ferré. *et. al. Op. Cit.* p. 212-214.

Os limites materiais ao exercício do poder punitivo do Estado se constituem em princípios valorativos que norteiam todo o sistema penal. São eles o princípio da legalidade, o princípio da ofensividade, o princípio da intervenção mínima, o princípio do *non bis idem* e o princípio da culpabilidade, a seguir delineados.

3.2.2.1. Princípio da legalidade.

O princípio da legalidade refere-se à máxima latina *nullum crimen, nulla poena sine lege*, ou seja, à ideia de que não se pode sancionar com uma pena uma conduta que não esteja previamente proibida por lei.

A origem do princípio remonta à Carta Magna Inglesa de 1215, segundo a qual nenhum homem livre poderia ser preso ou privado de sua propriedade, a não ser pela Lei da Terra¹¹⁰. Não obstante, foi com o Iluminismo que o postulado ganhou corpo e validade. Nas palavras de Beccaria, “só as leis podem decretar as penas dos delitos, e esta autoridade só pode residir no legislador, que representa toda a sociedade unida por um contrato social”^{111 112}.

Inspirada nos pensamentos iluministas e resultado da Revolução Francesa, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 incorporou o princípio da legalidade em seu artigo 8º, dispondo que “a lei apenas deve estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias e ninguém pode ser punido senão por força de uma lei estabelecida e promulgada antes do delito e legalmente aplicada”¹¹³.

O postulado da legalidade também consta na Declaração Universal dos Direitos Humanos das Nações Unidas de 1948 (art. 11.2)¹¹⁴ e na Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969 (Pacto de São José da Costa Rica, art. 9º)¹¹⁵.

¹¹⁰ JUNQUEIRA, Gustavo. VANZOLINI, Patrícia. *Manual de Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 2013. p 32.

¹¹¹ BECCARIA, Cesare. *Op. cit.* p. 44.

¹¹² O livro “Dos delitos e das penas” foi publicado originalmente na cidade italiana de Milão em 1764. A obra é uma das inauguradoras do humanismo iluminista do século XVIII.

¹¹³ BIBLIOTECA VIRTUAL DE DIREITOS HUMANOS DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO – USP: banco de dados. Disponível em <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>>. Acesso em 13.06.2019.

¹¹⁴ Artigo 11.2. Ninguém poderá ser culpado por qualquer ação ou omissão que, no momento, não constituíam delito perante o direito nacional ou internacional. Também não será imposta pena mais forte do que aquela que,

No Brasil, o Código Penal, cuja parte geral foi dada pela Lei 7.209/1984, estabelece logo em seu artigo 1º que não há crime sem lei anterior que o defina e que não há pena sem prévia cominação legal. A Constituição Federal de 1988, por sua vez, utilizando os mesmos termos, consagra o princípio da legalidade em seu artigo 5º, inciso XXXIX.

Trata-se, como explicam Xavier de Aquino e Renato Nalini, de expressa limitação do poder de punir do Estado:

“A limitar o exercício do *jus puniendi* está o princípio *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*, postulado também chamado da reserva legal, hoje inserido na ordem constitucional de todo o Estado de Direito e significando não existir crime nem sanção sem a sua previsão anteriormente definida em lei”¹¹⁶.

Em verdade, o princípio da legalidade encerra 02 (duas) máximas. A primeira refere-se à impossibilidade de haver delito sem lei anterior. Segundo Roxin, por mais que uma conduta seja em alto grau socialmente nociva e reveladora de necessidade de pena, o Estado só poderá tomá-la como motivo para a imposição de uma sanção jurídico penal se antes tiver advertido expressamente na lei que tal conduta era proibida¹¹⁷.

A segunda máxima refere-se à impossibilidade de haver uma pena sem lei. Conforme explica o autor mencionado, além da circunstância de que uma determinada conduta esteja prevista na lei como punível, também a classe de pena que poderá ser imposta e sua possível quantia devem estar legalmente fixadas antes do fato¹¹⁸.

O princípio da legalidade, portanto, afigura-se como pedra angular do Direito Penal, sendo imprescindível não só para o Estado, como limitadora de seu poder de punir, mas também aos cidadãos, destinatários das normas incriminadoras. Agora, não basta a existência formal da

no momento da prática, era aplicável ao ato delituoso (NAÇÕES UNIDAS. Brasil. Disponível em <<https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>> Acesso 15.10.2019).

¹¹⁵ Artigo 9. Ninguém pode ser condenado por ações ou omissões que, no momento em que forem cometidas, não sejam delituosas, de acordo com o direito aplicável. Tampouco se pode impor pena mais grave que a aplicável no momento da perpetração do delito. Se depois da perpetração do delito a lei dispuser a imposição de pena mais leve, o delinquente será por isso beneficiado (BRASIL. Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm> Acesso em 09.05.2019).

¹¹⁶ AQUINO, José Carlos Xavier de. NALINI, José Renato. *Manual de Processo Penal*. 4 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 29.

¹¹⁷ ROXIN, Claus. *Op. Cit.* Tomo I. p. 137.

¹¹⁸ *Id. Ibidem.* p. 138.

lei, até porque muitos regimes autoritários contavam com a existência de leis escritas. Além da promulgação formal da lei, deve-se atentar ao conteúdo do princípio da legalidade, o qual, tradicionalmente, apresenta quatro repercussões: a proibição da analogia, a proibição do direito consuetudinário para fundamentar e agravar a pena, a proibição da retroatividade e a proibição de leis penais indeterminadas ou imprecisas, sendo as duas primeiras dirigidas ao juiz e as duas últimas ao legislador¹¹⁹.

A proibição da analogia refere-se à máxima *nullum crimen, nulla poena sine lege stricta* e refere-se à impossibilidade de se aplicar a analogia para ampliar os limites do Direito Penal. Com efeito, a analogia configura forma de integração do ordenamento jurídico, consistente na aplicação de uma norma existente a um caso semelhante, em relação ao qual haja uma lacuna legal. Divide-se em analogia *in malam partem*, quando agrava a situação do acusado, e analogia *in bonam partem*, quando de qualquer forma beneficia ou favorece o agente¹²⁰. A ideia de que deve existir lei prévia, a fim de possibilitar que todos tenham conhecimento de quais comportamentos são proibidos, sob ameaça de pena, impede a aplicação da analogia para prejudicar o réu. Não obstante, por razões de equidade, nada impede sua aplicação em benefício do agente.

Quanto à proibição do direito consuetudinário para fundamentar e para agravar a pena, verifica-se que tal desdobramento se refere à máxima *nullum crimen, nullum poena sine lege scripta*, ou seja, à ideia de reserva legal. Somente a lei escrita pode criar delitos e penas. O direito consuetudinário, isto é, baseado em costumes, no direito não escrito, não se presta a fundamentar ou agravar a punibilidade, a qual apenas poderá ser determinada legalmente. A esse respeito Gustavo Junqueira e Patrícia Vanzolini acrescentam:

“O costume não pode ser fonte geradora de direito repressivo, cumprindo, entretanto, distinguir entre costume *extra* ou *ultra legem* e costume integrativo, subsidiário ou elucidativo da norma penal (costume *“intra legem”*). Neste último caso, o costume intervém, mas sem afetar o dogma de que a única fonte do direito penal é a lei. Exemplifica-se: quando a lei penal emprega termos como “ato obsceno” (art. 233 do CP) e “fato ofensivo a sua reputação” (art. 139 do CP), reporta-se a um costume social, isto é, à moralidade coletiva em torno dos fatos da vida sexual, ou à honra objetiva, ficando subordinada, portanto, à variabilidade, no tempo e no espaço, desse costume (Nelson Hungria, *Comentários ao Código Penal*, p. 94)”¹²¹.

¹¹⁹ ROXIN, Claus. *Op. Cit.* Tomo I. p. 140.

¹²⁰ JUNQUEIRA, Gustavo. VANZOLINI, Patrícia. *Op. Cit.* p. 35.

¹²¹ *Id Ibidem.* p. 34.

A proibição da retroatividade (*nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*) é outro dos desdobramentos do princípio da legalidade. Exige-se a existência de uma lei prévia para se poder aplicar a pena. As leis penais não são criadas para alcançarem fatos passados, mas tão somente para atingir o futuro. Ademais, o princípio da irretroatividade, como também é conhecido, permite a vigência da função motivadora do Direito Penal, pois não é possível motivar o sujeito se ele não conhece a norma. Em verdade, a norma precisa existir para exercer seu papel de motivação.

Cumprе ressaltar, ainda, que se proíbe apenas a retroatividade que for desfavorável ao réu. Assim, a Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso XL, dispõe que “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”. No mesmo sentido, dispõe o Código Penal, em seu artigo 2º, que “ninguém pode ser punido por fato que lei posterior deixa de considerar crime, cessando em virtude dela a execução e os efeitos penais da sentença condenatória”, acrescentando, no parágrafo único, que “a lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado”.

Por fim, quanto à proibição de leis penais indeterminadas ou imprecisas, tem-se a aplicação da máxima *nullum crimen, nulla poena sine lege certa*, também conhecida como princípio da taxatividade, o qual, por um lado, exige uma formulação precisa dos preceitos penais e, por outro, proíbe incriminações vagas e indeterminadas. Como explica Olivé,

“A boa técnica legislativa será a que descrever integralmente a conduta proibida recorrendo à abstração e escapando ao excessivo casuísmo, deverá empregar para isso elementos descritivos, ainda que também, com muita frequência poderá recorrer a elementos normativos ou valorativos, cada vez mais necessários para tipificar agressões relevantes a bens jurídicos fundamentais”¹²².

De fato, haveria sério comprometimento da garantia exercida pelo princípio da legalidade se as normas não dispusessem de clareza em seus elementos, sendo inteligíveis a todos os cidadãos.

¹²² OLIVÉ, Juan Carlos Ferré. *et. al. Op Cit.* p. 88.

3.2.2.2. Princípio da ofensividade.

Como demonstrado ao longo deste ensaio, a função primordial do Direito Penal é a proteção dos bens jurídicos mais valiosos à sociedade. Assim sendo, somente será possível a imposição de uma pena se constatada ofensa ou perigo de ofensa a um bem jurídico penalmente protegido.

Com efeito, o princípio da ofensividade, também conhecido por princípio da lesividade (*nullum crimen sine injuria*), impede que ataques desprovidos de qualquer idoneidade lesiva, mesmo que dirigidos a importantes bens jurídicos, sejam penalmente sancionados (por exemplo, o crime impossível - art. 17, CP).

A teoria do bem jurídico, portanto, manifesta um fundamento à intervenção penal, pois todo delito requer, para sua configuração, a lesão ou colocação em perigo de um bem jurídico¹²³.

3.2.2.3. Princípio da intervenção mínima.

Também conhecido como princípio da subsidiariedade ou *ultima ratio*, o princípio em comento diz respeito à possibilidade de proteção dos bens jurídicos por meios menos gravosos que a sanção penal. Com efeito, o Direito Penal deixa de ser necessário se a proteção que dele se espera puder ser conseguida por outros meios menos lesivos aos direitos individuais. Neste sentido,

“O poder punitivo do Estado deve estar regido e limitado pelo *princípio da intervenção mínima*. Com isto quero dizer que o Direito penal só deve intervir nos casos de ataques muito graves aos bens jurídicos mais importantes (...). As perturbações mais leves da ordem jurídica são objeto de outros ramos do direito. Daí que se diga também que o Direito penal tem carácter <<subsidiário>> frente aos demais ramos do Ordenamento jurídico”¹²⁴.

¹²³ OLIVÉ, Juan Carlos Ferré. *et. al. Op Cit.* p. 93.

¹²⁴ CONDE, Francisco Muñoz. ARÁN, Mercedes García. *Derecho Penal. Op. Cit.* p. 72, tradução livre (“El poder punitivo del Estado debe estar regido y limitado por el *principio de intervención mínima*. Con esto quiero decir que el Derecho penal sólo debe intervenir en los casos de ataques muy graves a los bienes jurídicos más importantes (...). Las perturbaciones más leves del orden jurídico son objeto de otras ramas del Derecho. De ahí que se diga también que el Derecho penal tiene carácter <<subsidiario>> frente a las demás ramas del Ordenamiento jurídico”).

Como desdobramento do princípio da intervenção mínima, encontra-se o princípio da fragmentariedade. De fato, uma vez decidido que determinado bem jurídico necessita de proteção do Direito Penal, terá de se decidir em quais hipóteses terá de ser acionado tal mecanismo de controle. Somente as agressões mais intoleráveis ao bem jurídico devem ser proibidas. Em alguns casos, por exemplo, bastará a proibição da conduta dolosa. Em outros, entretanto, sancionam-se comportamentos dolosos e culposos¹²⁵.

Assim, nem todas as ações que atacam bens jurídicos são proibidas pelo Direito penal, nem mesmo todos os bens jurídicos são protegidos por ele. O Direito Penal limita-se a punir tão somente as ações mais graves contra os bens jurídicos mais importantes, estando, neste ponto, seu caráter fragmentário.

3.2.2.4. Princípio do “non bis in idem”.

O princípio do *non bis in idem* refere-se à impossibilidade de se punir 02 (duas) vezes a mesma pessoa pela prática do mesmo fato.

Conforme consta no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas, “ninguém poderá ser processado ou punido por um delito pelo qual já foi absolvido ou condenado por sentença passada em julgado, em conformidade com a lei e os procedimentos penais de cada país” (artigo 14, item 7)¹²⁶. No mesmo sentido, dispõe o Pacto de São José da Costa Rica ao consignar que “o acusado absolvido por sentença passada em julgado não poderá se submetido a novo processo pelos mesmos fatos” (artigo 8º, item 4)¹²⁷.

Como se pode observar, o princípio em comento apresenta um aspecto substantivo, que significa justamente que ninguém pode ser castigado mais de uma vez pela prática da mesma conduta, e um aspecto processual, que impede que a pessoa seja processada e julgada mais de uma vez pelo mesmo fato.

¹²⁵ OLIVÉ, Juan Carlos Ferré. *et. al. Op Cit.* p. 95.

¹²⁶ BRASIL. Decreto nº 592, de 06 de julho de 1992. Promulga o Pacto internacional sobre Direitos Civis e Políticos, de 16 de setembro de 1966. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm> Acesso em 10.06.2019.

¹²⁷ BRASIL. Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm> Acesso em 09.05.2019.

Ademais, para que haja a incidência do princípio do *non bis in idem*, explica a doutrina¹²⁸, é necessário que se trate da mesma pessoa (identidade pessoal – *eadem persona*), do mesmo objeto (*eadem res*) e de idêntica causa de persecução (*eadem causa petendi*).

Por outro lado, cumpre consignar que o princípio do *non bis in idem* está intrinsecamente relacionado ao princípio da legalidade. Em verdade,

“(…) com isso se aponta a um dos maiores problemas da decisão sobre se infringe ou não o <<non bis in idem>>, posto que nem sempre aparece de maneira tão clara quando nos encontramos realmente ante *um só fato* que pode ser considerado definido por duas normas distintas. Esta é problemática do concurso de leis ou de normas, cujo estudo corresponde a outras lições do programa, e que se resolve decidindo qual das normas aparentemente concorrentes deve prevalecer sobre a outra; esta é a razão pela qual o princípio <<non bis in idem>> se contém no princípio da legalidade: em definitivo, trata-se de decidir que norma se ajusta com maior exatidão ao fato ajuizado, o que conduz a excluir a aplicação de outras que se ajustam só a alguns aspectos do mesmo fato”¹²⁹.

E, justamente por se relacionar com o princípio da legalidade, tanto este quanto o princípio do *non bis in idem* estão expressamente previstos no Estatuto de Roma¹³⁰.

3.2.2.5. Princípio da culpabilidade.

O princípio da culpabilidade refere-se à máxima *nulla poena sine culpa* e é entendido pela doutrina¹³¹ sob três aspectos distintos.

¹²⁸ OLIVÉ, Juan Carlos Ferré. *et. al. Op Cit.* p. 96.

¹²⁹ CONDE, Francisco Muñoz. ARÁN, Mercedes García. *Derecho Penal. Op. Cit.* p. 109, tradução livre (“(…), con ello, se apunta a uno de los mayores problemas de la decisión sobre si se infringe o no el <<non bis in idem>>, puesto que no siempre aparece de manera clara cuándo nos encontramos realmente ante *un solo hecho* que pueda considerarse definido por dos normas distintas. Ésta es la problemática del denominado concurso de leyes o de normas, cuyo estudio corresponde a otras lecciones del programa, y que se resuelve decidiendo cuál de las normas aparentemente concurrentes debe prevalecer sobre la otra; ésta es la razón por la que el principio <<non bis in idem>> se contiene en el principio de legalidad: en definitiva, se trata de decidir qué norma se ajusta con mayor exactitud al supuesto enjuiciado, lo que conduce a excluir la aplicación de otras que recogen sólo algunos aspectos de mismo”).

¹³⁰ Artigos 20 e 22 do Estatuto de Roma. Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002. Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4388.htm> Acesso 30.11.2019.

¹³¹ Neste sentido, CONDE, Francisco Muñoz. ARÁN, Mercedes García. *Derecho Penal. Op. Cit.* p. 92-93 e JUNQUEIRA, Gustavo. VANZOLINI. Patrícia. *Op cit.* p 69-70.

O primeiro refere-se ao que se convencionou chamar de princípio de responsabilidade subjetiva, ou seja, a ideia de que para haver responsabilização penal é necessário que a pessoa tenha agido com dolo ou, no mínimo, com culpa. Repudia-se, portanto, a responsabilidade objetiva, que deriva unicamente da associação causal entre uma conduta e um resultado, ou seja, sem que haja um nexó subjetivo.

O segundo aspecto versa sobre a culpabilidade como elemento da teoria do delito. Aqui, a culpabilidade serve de fundamento à pena, porquanto apenas será possível reprovar o sujeito, impondo-lhe uma pena, caso pudesse ter agido de outro modo. Em outras palavras, se busca saber se é possível impor uma pena ao sujeito que praticou fato típico e antijurídico ou se ele agiu acobertado por alguma excludente de culpabilidade (ex. inimputabilidade, inexigência de conduta diversa, etc.).

O terceiro e último enfoque diz respeito à culpabilidade como elemento de determinação e medição da pena. Refere-se à deliberação da espécie e quantidade de pena e até mesmo do regime prisional. No ordenamento jurídico brasileiro, tal acepção da culpabilidade encontra-se expressa no Código Penal, por exemplo, no artigo 33, §3º, ao tratar do regime prisional a ser fixado em concreto; no artigo 44, inciso III, ao estabelecer os requisitos necessários para a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos; no artigo 59, ao disciplinar os critérios de fixação da pena base; e no artigo 77, inciso II, ao discorrer sobre os requisitos necessários para a suspensão da execução da pena carcerária. A culpabilidade é, pois, forma de se limitar, ou melhor, de se adequar a pena imposta ao caso concreto.

Por fim, há ainda quem apresente o princípio da personalidade (ou intranscendência) das penas como vertente do princípio da culpabilidade. Neste aspecto, verifica-se que a responsabilidade penal deve ficar restrita aos autores e partícipes do delito, não podendo transpassar à família, por exemplo.

Neste sentido, inclusive, dispõe o Pacto de São José da Costa Rica que “a pena não pode passar da pessoa do delinquentes” (art. 5º, 3). Na mesma linha, estabelece a Carta Magna de 1988, em seu artigo 5º, inciso XLV, ou seja, como garantia fundamental, que “nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido”.

3.3. Aplicabilidade do controle de convencionalidade ao Direito Penal brasileiro

Resta claro que o controle de convencionalidade (ou de supralegalidade), nos termos definidos pelo Supremo Tribunal Federal, refere-se ao mecanismo destinado a solucionar eventual antinomia entre tratados e convenções internacionais de direitos humanos ratificados e em vigor no país, porém, sem seguir o rito previsto no artigo 5º, §3º da Constituição Federal e algum ato normativo que lhe seja desconforme.

Em verdade, deve o julgador, antes de adentrar ao mérito, analisar a compatibilidade entre a lei ordinária mencionada nos autos, por exemplo, e a norma supralegal, no caso o tratado ou convenção internacional sobre direitos humanos em vigor no país, porém sem ter sido aprovado conforme *quórum* qualificado estabelecido no artigo acima mencionado, afastando o primeiro ato normativo se incompatível com o segundo (eficácia paralisante do tratado em relação à legislação infraconstitucional que disciplina a matéria).

O controle de convencionalidade, conforme o Excelso Pretório, é implementado na via difusa, ou seja, por qualquer juiz e como matéria preliminar. Em outras palavras, todo juiz tem competência para aferir a convencionalidade de uma lei, inclusive se tal lei veicular matéria penal.

Neste ponto, cumpre consignar que após as atrocidades cometidas durante as 02 (duas) grandes guerras mundiais, a comunidade internacional buscou impor diretrizes e normas aos mais diversos países, no sentido de garantir a dignidade humana, classificando-a como valor supremo de todas as nações. Neste sentido, por exemplo, destaca-se o Estatuto de Roma, o qual, como visto anteriormente, criou uma corte penal internacional permanente, com jurisdição sobre as pessoas responsáveis por crimes internacionais de maior gravidade, tendo sido especificados esses como sendo os de genocídio, contra a humanidade, de guerra e agressão. Não bastasse, há uma farta gama de convenções que buscam, sobretudo, proteger os grupos historicamente reconhecidos como vulneráveis, como os negros, deficientes físicos e mentais, mulheres e presos. Em verdade, em se tratando de Direito Penal, há uma variedade de tratados abordando os mais diversos temas, na tentativa de se conter os abusos cometidos principalmente em estados autoritários e também contra os grupos vulneráveis.

Não obstante, o Código Penal pátrio data de 1940, sendo a parte geral, fruto de reforma operada em 1984. Por outro lado, a legislação internacional é bem mais recente e, em muitos aspectos, mais moderna e preocupada em garantir direitos não só individuais e também coletivos, o que, evidentemente, pode conflitar com o ordenamento interno.

Ocorre que o Direito Penal, justamente por se tratar de um instrumento de controle social através do qual se exterioriza o *jus puniendi* estatal, está cercado de limites. Com efeito, o controle realizado pelo Direito Penal encontra-se limitado ao necessário à garantia de uma convivência pacífica e harmoniosa aos cidadãos, ou seja, ao necessário à proteção dos bens jurídicos mais caros à sociedade. E isto ocorre porque o Direito Penal impõe as sanções mais duras aos comportamentos mais gravosos praticados pelo homem. Através do Direito Penal, o cidadão pode perder sua liberdade de locomoção, direito fundamental previsto na Carta Magna (art. 5º, *caput* e inciso XI) e por ela protegido com a previsão do *habeas corpus* (art. 5º, LXVIII).

Assim, por um lado, se existe a possibilidade de haver conflitos entre o Código Penal brasileiro e tratados e convenções internacionais (o Código Penal foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988 com o *status* de lei ordinária e, portanto, pode ser objeto do controle de convencionalidade), por outro, deve-se reconhecer que o Direito Penal, ao mesmo tempo que exterioriza o poder punitivo do Estado, também o limita, fazendo-o através de princípios valorativos que regem todo o sistema penal, seja em âmbito internacional, seja internamente.

O que se pretende demonstrar é que o controle de convencionalidade não pode resultar, por exemplo, na incriminação de um cidadão, porquanto o sistema penal brasileiro é regido pelo princípio da estrita legalidade. Também não pode resultar em aplicação retroativa de lei que prejudique o acusado. Aliás, tanto no caso do princípio da legalidade quanto no da irretroatividade da lei penal mais gravosa, verifica-se a previsão de tais postulados na Constituição Federal de 1988 e, como já mencionado neste ensaio, o controle de convencionalidade tem como parâmetro a norma supralegal que, conforme assentou o Supremo Tribunal Federal, encontra-se abaixo da Carta Magna e acima das normas infraconstitucionais, numa posição intermediária.

Em verdade, todos os princípios que fundamentam o sistema penal podem ser extraídos da Constituição Federal, seja diretamente, através da existência de norma constitucional expressa, seja indiretamente, através de uma interpretação teleológica.

Com efeito, a interpretação que mais se coaduna com o Estado Democrático de Direito é aquela que entende o Direito Penal como limitador do *jus puniendi* estatal, ou seja, que entende que o Direito Penal deve estar de acordo com a Carta Magna vigente e com os ideias democráticos que dela advém.

Neste sentido, inclusive, decidiu o Supremo Tribunal Federal ao julgar o Pedido de Extradicação 1362, em 09 de novembro de 2016. Tratava-se, na espécie, de pedido formulado pelo Governo da Argentina de extradição do Sr. Salvador Siciliano, sob o argumento de que o extraditando teria praticado delitos equivalentes ao de associação criminosa (art. 288 do Código Penal), durante os anos de 1973 a 1975, e, no ano de 1974, crimes equivalentes aos de sequestro qualificado (art. 148, § 2º, do Código Penal) e de homicídio qualificado (art. 121, § 2º, do Código Penal). Argumentava o requerente que os delitos não estariam prescritos por se tratarem de crimes de "lesa-humanidade" (também chamados de crimes contra a humanidade).

A definição dos crimes de lesa-humanidade encontra-se no Estatuto de Roma, o qual foi incorporado ao ordenamento brasileiro no ano de 2002¹³², nos seguintes termos:

1. Para os efeitos do presente Estatuto, entende-se por "crime contra a humanidade", qualquer um dos atos seguintes, quando cometido no quadro de um ataque, generalizado ou sistemático, contra qualquer população civil, havendo conhecimento desse ataque:
 - a) Homicídio;
 - b) Extermínio;
 - c) Escravidão;
 - d) Deportação ou transferência forçada de uma população;
 - e) Prisão ou outra forma de privação da liberdade física grave, em violação das normas fundamentais de direito internacional;
 - f) Tortura;
 - g) Agressão sexual, escravatura sexual, prostituição forçada, gravidez forçada, esterilização forçada ou qualquer outra forma de violência no campo sexual de gravidade comparável;
 - h) Perseguição de um grupo ou coletividade que possa ser identificado, por motivos políticos, raciais, nacionais, étnicos, culturais, religiosos ou de

¹³² BRASIL. Decreto nº 4388, de 25 de setembro de 2002. Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, de 17 de julho de 1998. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4388.htm> Acesso em 09.05.2019.

gênero, tal como definido no parágrafo 3º, ou em função de outros critérios universalmente reconhecidos como inaceitáveis no direito internacional, relacionados com qualquer ato referido neste parágrafo ou com qualquer crime da competência do Tribunal;

i) Desaparecimento forçado de pessoas;

j) Crime de *apartheid*;

k) Outros atos desumanos de caráter semelhante, que causem intencionalmente grande sofrimento, ou afetem gravemente a integridade física ou a saúde física ou mental.

Ademais, o próprio Estatuto de Roma, em seu artigo 29, dispõe que os crimes de competência daquele Tribunal não prescrevem.

Ocorre que o requisito básico para que haja a extradição é a existência de dupla-punibilidade¹³³, ou seja, que a conduta que será punida no exterior também seja considerada crime no Brasil e possa aqui ser punida. E justamente em razão disso era necessário saber, naquele caso, se os crimes imputados pelo Governo Argentino ao extraditando estavam ou não prescritos (pelo ordenamento jurídico interno, estavam¹³⁴; pelo Estatuto de Roma, não¹³⁵).

Em votação apertada (6x5), prevaleceu o voto do Ministro Teori Zavascki, designado para redigir o acórdão, o qual entendeu que a circunstância de o Estado requerente ter qualificado os delitos imputados ao extraditando como de lesa-humanidade não afasta a orientação de que, no Brasil, não se aplica a tese de imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade. E o Ministro assim procedeu baseando-se em dois argumentos.

O primeiro refere-se ao fato de que o Brasil não subscreveu a Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade, nem aderiu a ela. Com efeito, a referida convenção, adotada pela Resolução 2391 da ONU, prevê que os delitos de lesa-humanidade devem ser submetidos à jurisdição universal e declarados imprescritíveis. Por força desta Resolução, nos termos de seu artigo 3º, os Estados Membros obrigam-se a adotar todas as medidas internas, de ordem legislativa ou outra, que sejam necessárias a fim de permitir a extradição. Ocorre que esta resolução não foi ratificada pelo Estado brasileiro.

¹³³ Conforme pacífica jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, “a satisfação da exigência concernente à dupla punibilidade constitui requisito essencial ao deferimento do pedido extradicional” (Ext 683, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, Dje de 21.11.2008).

¹³⁴ Todos os delitos encontravam-se prescritos, porquanto, desde a consumação havia transcorrido tempo muito superior ao prazo prescricional máximo previsto no Código Penal, equivalente a 20 (vinte) anos (art. 109, I). Não constava dos autos, ademais, a existência de qualquer das causas interruptivas da prescrição.

¹³⁵ Pelo Estatuto de Roma, os crimes imputados ao extraditando são considerados imprescritíveis.

Poder-se-ia argumentar, entretanto, que a Corte Interamericana de Direitos Humanos já decidiu, em diversas oportunidades¹³⁶, que os Estados integrantes do sistema interamericano de direitos humanos (dentre eles, o Brasil) deverão reconhecer a imprescritibilidade dos crimes de lesa-humanidade e punir os suspeitos de sua prática. Não obstante, as decisões da Corte, que tem função jurisdicional, só têm força vinculante entre as partes e nenhuma das referidas decisões tinha o Brasil como parte. Já a CIDH, que possui o mesmo entendimento da Corte, não possui função jurisdicional e, portanto, suas recomendações não possuem força vinculante¹³⁷. Assim, tem-se que o Brasil não se obrigou juridicamente a reconhecer a imprescritibilidade dos crimes de lesa-humanidade, quer em sua esfera doméstica, quer no plano internacional.

O segundo argumento refere-se justamente ao fato de que a prescrição é instituto de direito material¹³⁸ e, portanto, submete-se ao princípio constitucional da legalidade. De fato, apenas lei interna pode dispor sobre prescritibilidade ou imprescritibilidade da pretensão estatal de punir. Sobre o tema, explicou o Ministro Teoria Zavascki, reportando-se a trecho do voto do Ministro Celso de Mello exarado por ocasião do julgamento da ADPF 153, que:

“Ninguém pode ignorar que, em matéria penal, prevalece, sempre, o postulado da reserva constitucional de lei em sentido formal. Esse princípio, além de consagrado em nosso ordenamento positivo (CF, art. 5º, XXXIX), também encontra expresso reconhecimento na Convenção Americana de Direitos Humanos (Artigo 9º) e no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (Artigo 15), que representam atos de direito internacional público a que o Brasil efetivamente aderiu. (...) Isso significa, portanto, que somente lei interna (e não convenção internacional, muito menos aquela sequer subscrita pelo Brasil) pode qualificar-se, constitucionalmente, como a única fonte formal direta, legitimadora da regulação normativa concernente à prescritibilidade ou à imprescritibilidade da pretensão estatal de punir, ressalvadas, por óbvio, cláusulas constitucionais em sentido diverso, como aquelas inscritas nos incisos XLII e XLIV do art. 5º de nossa Lei Fundamental”.

¹³⁶ Nesse sentido: Caso Barrios Altos versus Peru, mérito, sentença de 14 de março de 2001, par. 41; Caso La Cantuta, mérito, sentença de 29 de novembro de 2006, par. 152; e Caso Do Massacre de Las Dos Erres, sentença de 24 de novembro de 2009, par. 129 (CAVALCANTE, Márcio André Lopes. Informativo comentado: Informativo 888 do STF. *Dizer o Direito*. Disponível em <<https://dizerodireitodotnet.files.wordpress.com/2018/01/info-888-stf.pdf>> Acesso em 10.05.2019).

¹³⁷ Neste sentido: “(...) as funções da Comissão Interamericana de Direitos Humanos são quase judiciais. A maior 'punição' consiste na publicação de suas opiniões e conclusões sobre as questões a ela submetidas na forma de relatório (Artigo 51, parágrafo 3º) (...). Ela não proleta sentenças. A função jurisdicional dentro do sistema interamericano cabe, para os Estados que a aceitam, à Corte Interamericana de Direitos Humanos, tratada no Capítulo Oitavo do Pacto de São José” (ALVES, J. A. Lindgren. *A arquitetura internacional dos Direitos humanos*. São Paulo: FTD, 1997. p. 281-282).

¹³⁸ Neste sentido, cf. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. Parte Geral. 1 vol. 21 ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 889.

Assim, ainda que houvesse norma de direito internacional de caráter cogente ou ratificada pelo Brasil que estabelecesse a imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade, tal norma não encontraria aplicabilidade no ordenamento jurídico brasileiro. Isso porque, para que aqui pudesse valer, seria necessário que houvesse uma lei interna em sentido formal, em atenção ao postulado constitucional da legalidade.

Não bastasse, o Ministro Teori Zavascki fez questão de esclarecer que “ainda que considerado o Estatuto de Roma como norma supralegal, ou mesmo de estatura constitucional, ele não elidiria a força normativa do art. 5º, XV, da Constituição da República, segundo o qual ‘a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu’”¹³⁹. Afinal, os delitos informados pelo Governo Argentino datam da década de 1970 e o Estatuto de Roma é posterior, não podendo, portanto, retroagir para prejudicar o réu.

Como se pode observar, o controle de convencionalidade (ou supralegalidade) não pode resultar em inobservância dos princípios fundamentais do Direito Penal, justamente por serem limitadores do *jus puniendi*. No caso antes descrito, o Plenário do Supremo Tribunal Federal acabou por negar a extradição pleiteada, não obstante ter o Brasil incorporado ao ordenamento interno o Estatuto de Roma, justamente por faltar o requisito da dupla punibilidade. Embora puníveis na Argentina, os crimes imputados não o eram no Brasil porque fulminados pela prescrição que, por tratar-se de instituto de direito material, submetesse aos princípios fundantes do Direito Penal. O acórdão restou assim ementado:

1. Conforme pacífica jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, “a satisfação da exigência concernente à dupla punibilidade constitui requisito essencial ao deferimento do pedido extraditacional” (Ext 683, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, Dje de 21.11.2008). Nessa linha, tanto o Estatuto do Estrangeiro (art. 77, VI), quanto o próprio tratado de extradição firmado entre o Brasil e o Estado requerente (art. III, c), vedam categoricamente a extradição quando extinta a punibilidade pela prescrição, à luz do ordenamento jurídico brasileiro ou do Estado requerente.
2. O Estado requerente imputa ao extraditando a prática de delito equivalente ao de associação criminosa (art. 288 do Código Penal), durante os anos de 1973 a 1975, e, no ano de 1974, de crimes equivalentes aos de sequestro qualificado (art. 148, § 2º, do Código Penal) e de homicídio qualificado (art. 121, § 2º, do Código Penal). Evidentemente, todos esses delitos encontram-se prescritos, porquanto, desde sua consumação, transcorreu tempo muito superior ao prazo prescricional máximo previsto no Código Penal,

¹³⁹ Trecho do voto do Ministro Teori Zavascki, Relator para acórdão do Pedido de Extradição 1362/DF, j. 09.11.2016, p- 93-94.

equivalente a 20 (vinte) anos (art. 109, I). Não consta dos autos, ademais, que se tenha configurado qualquer das causas interruptivas da prescrição.

3. A circunstância de o Estado requerente ter qualificado os delitos imputados ao extraditando como de lesa-humanidade não afasta a sua prescrição, porquanto (a) o Brasil não subscreveu a Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade, nem aderiu a ela; e (b) apenas lei interna pode dispor sobre prescritibilidade ou imprescritibilidade da pretensão estatal de punir (cf. ADPF 153, Relator(a): Min. EROS GRAU, voto do Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, Dje de 6.8.2010). 4. O indeferimento da extradição com base nesses fundamentos não ofende o art. 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (Decreto 7.030/2009), uma vez que não se trata, no presente caso, de invocação de limitações de direito interno para justificar o inadimplemento do tratado de extradição firmado entre o Brasil e a Argentina, mas sim de simples incidência de limitação veiculada pelo próprio tratado, o qual veda a concessão da extradição “quando a ação ou a pena já estiver prescrita, segundo as leis do Estado requerente ou requerido” (art. III, c). 5. Pedido de extradição indeferido¹⁴⁰.

Por outro lado, tratando-se de matéria processual ou mesmo de matéria de direito material penal, porém, sem infringência aos princípios limitadores do poder punitivo estatal, é perfeitamente possível o controle de convencionalidade nos termos delineados pelo Supremo Tribunal Federal.

Em relação ao Direito Processual Penal, um bom exemplo é a audiência de custódia, expressão mencionada pela primeira vez em 1966 no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, que em seu artigo 9º, item 3, assim estabelece:

“3. Qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais e terá o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade. A prisão preventiva de pessoas que aguardam julgamento não deverá constituir a regra geral, mas a soltura poderá estar condicionada a garantias que assegurem o comparecimento da pessoa em questão à audiência, a todos os atos do processo e, se necessário for, para a execução da sentença (grifo não original)”¹⁴¹.

No mesmo sentido, dispôs a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, (Pacto de São Jose da Costa Rica), em seu artigo 7º, item 5:

¹⁴⁰ Pedido de Extradicação 1362/DF, j. 09.11.2016.

¹⁴¹ BRASIL. Decreto nº 592, de 06 de julho de 1992. Promulga o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, de 19 de novembro de 1966. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm> Acesso em 09.05.2019.

“5. Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo”¹⁴².

Ocorre que o Código de Processo Penal não dispõe sobre a apresentação do preso à autoridade judicial logo após a sua prisão, mas tão somente sobre a comunicação da referida prisão. Neste sentido, confira-se o teor do artigo 306 do referido código, cuja redação foi dada pela Lei nº 12.403/2011:

Art. 306. A prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente, ao Ministério Público e à família do preso ou à pessoa por ele indicada.

§ 1º Em até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, será encaminhado ao juiz competente o auto de prisão em flagrante e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral para a Defensoria Pública.

§ 2º No mesmo prazo, será entregue ao preso, mediante recibo, a nota de culpa, assinada pela autoridade, com o motivo da prisão, o nome do condutor e os das testemunhas.

Diante desta evidente antinomia entre a lei processual penal brasileira e as convenções internacionais sobre direitos humanos acima mencionadas, ratificadas e em vigor no país, porém, sem seguir o rito previsto no artigo 5º, §3º da Constituição Federal, alguns juízes e tribunais passaram a realizar o controle de convencionalidade e, em consequência, determinar a realização da audiência de custódia. Neste sentido, decidiu a Egrégia Corte do Estado do Paraná:

1. Dispõe o artigo 7º, item 5, da Convenção Americana de Direitos Humanos que "Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais (...)". No mesmo sentido assegura o artigo 9º, item 3, do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos que "Qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais (...)".

2. **"Isto porque os direitos humanos são extraídos dos tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil, e, por isso, não se exige da jurisdição apenas um controle de constitucionalidade, com vistas a efetivar os direitos previstos na Constituição, mas também um controle de**

¹⁴² BRASIL. Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm> Acesso em 09.05.2019.

convencionalidade, com o objetivo de efetivar os direitos humanos previstos na ordem internacional".

3. "Nesse contexto, o controle de convencionalidade das leis pela jurisdição contribui para que os direitos humanos previstos nos tratados internacionais sejam incorporados às decisões judiciais, permitindo a interiorização deste consenso por meio das decisões judiciais. Deste modo, a jurisdição constitucional funciona como instrumento potencializador da efetividade dos direitos humanos, na medida em que, a partir da compreensão crítica da realidade, sob o prisma direitos humanos, aplica este consenso no âmbito interno, operando, assim, como ferramenta de transformação social" (grifos não originais)¹⁴³.

O primeiro estado da federação que buscou implementar a diretriz internacional, em atenção às convenções ratificadas pelo Brasil e ao entendimento exarado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento conjunto efetuado pelo Plenário do Recurso Extraordinário nº 466.343/SP, do Recurso Extraordinário nº 349.703/RS e dos *Habeas Corpus* nº 87.585/TO e nº 92.566/SP, relativo à norma supralegal, foi o Estado de São Paulo.

Com efeito, em 22 de janeiro de 2015, o Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo conjuntamente com o Corregedor Geral da Corregedoria Geral da Justiça assinou o Provimento Conjunto nº 03/2015 que previa e regulamentava os primeiros passos para a efetivação das audiências de custódia no Estado de São Paulo. Em 06 de fevereiro daquele mesmo ano, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) lançou oficialmente o Projeto Audiência de Custódia em parceria com o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e iniciou, em nível experimental, as primeiras audiências de custódia no país. Na sequência, em 09 de abril do mesmo ano, o CNJ, o Ministério da Justiça e o Instituto de Defesa do Direito de Defesa (IDDD) assinaram três acordos que tinham por objetivo incentivar a difusão do projeto Audiências de Custódia no Brasil.

É bom ressaltar, entretanto, que o entendimento acerca da supralegalidade foi exarado pela Corte Suprema em recursos comuns, não dotados de efeito vinculante¹⁴⁴, razão pela qual houve quem continuou a entender que os tratados e convenções de direitos humanos

¹⁴³ TJPR - 5ª Câmara Criminal - Processo: 1358323-2 - Acórdão: 31282 - Relator Desembargador José Laurindo de Souza Netto, j. 23.04.2015.

¹⁴⁴ A supralegalidade dos tratados e convenções de direitos humanos ratificados pelo Brasil sem seguir o quórum qualificado previsto no artigo 5º, §3º da CF/88 foi assentada no julgamento conjunto do RE 466.343/SP, RE 349.703/RS, HC 87.585/TO e HC 92.566/SP, que tratava da questão da prisão do depositário infiel, realizado em 03.12.2008. O efeito de tais recursos estende-se somente às partes e, justamente por isso, em 23.12.2009 foi publicada a Súmula Vinculante 25 que assim dispõe: "é ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito" (Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s=25.NUME.%20E%20S.FLSV.&base=baseSumulasVinculantes>> Acesso em 01.05.2019).

ratificados e em vigor no Brasil sem seguir o rito previsto no artigo 5º, §3º da Constituição Federal possuem *status* de norma ordinária e quem, sem adentrar em tal celeuma, simplesmente afastou a necessidade da audiência de custódia pela ausência de previsão legal no ordenamento jurídico interno, confira-se:

“Não obstante o Pacto de San José da Costa Rica assegure o direito à audiência de custódia, nosso Código de Processo Penal não a prevê especificamente, não se podendo falar em nulidade se não existe norma cogente nesse sentido.

(...) Considerando que referido Decreto não ingressou para a legislação brasileira nos termos previstos pela Constituição Federal, em seu art. 5º, § 3º, onde ingressam como Emendas Constitucionais quando se tratar de matéria atinente a direitos humanos, desde que em cada Casa do Congresso Nacional tenha ocorrido em dois turnos sua aprovação, por 3/5 dos votos dos respectivos membros, anotando-se que referida modificação foi acrescida pela EC nº 45/2004, não tem aplicação à hipótese referido parágrafo.

Dessa forma, tendo ingressado como Decreto, na Pirâmide de Kelsen da hierarquia das leis, se encontra na mesma posição que as leis ordinárias. Se o Código de Processo Penal não previu apresentação imediata do preso fisicamente ao juiz, referida apresentação não pode ser criada por ato do Conselho Nacional de Justiça ou do Tribunal de Justiça de São Paulo, já que se trata de matéria processual que só pode ser objeto de deliberação pelo Poder Legislativo Federal.

Sem qualquer razão, portanto, o argumento do impetrante de que estar-se-ia a frente a eventual nulidade pela não apresentação do preso ao juiz.

Na nossa legislação houve previsão expressa da comunicação do flagrante em 24 horas ao Magistrado e ao Ministério Público, bem como à Defensoria Pública caso decline o preso não possuir defensor.

Tendo recebido a cópia do auto de prisão em flagrante lavrado pela autoridade policial, que gera de imediato a constrição de liberdade, não existe qualquer irregularidade em se pretender que o preso de imediato seja apresentado à autoridade judiciária, já que todos os documentos e depoimentos atinentes à prisão passam a ser de pleno conhecimento do Poder Judiciário para que possa deliberar sobre a regularidade ou não do ato. Pretender-se o contrário, por mais interessante que possa ser a proposta, criar situação não prevista em lei, não aplicada em todo território nacional como prevê a Constituição Federal em seu art. 22, onde coloca que:

"Compete privativamente à União legislar sobre:

I- direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho;"

O procedimento adotado no presente caso e na nossa legislação se revela constitucional e atende aos ditames do referido Pacto, ainda que por outra forma prevista”¹⁴⁵ (grifos não originais).

“Além disso, os Tribunais Superiores têm sido enfáticos ao reconhecer a ausência de previsão legal da denominada ‘audiência de custódia’: **‘O indeferimento do pedido de realização de audiência de custódia não consubstancia constrangimento ilegal, ante a ausência de previsão legal**

¹⁴⁵ TJSP – 5ª Câmara de Direito Criminal - Habeas Corpus nº 2090769-98.2015.8.26.0000 – Rel. Desembargador José Damião Pinheiro Machado Cogan, j. 06.08.2015.

sobre o assunto. Precedente' - STJ, RHC 55861/RR, 19/10/2015. E, no mesmo sentido, STJ, RHC 62325/RS, 18/09/2015" (grifo não original)¹⁴⁶.

Ocorre que, em 15 de dezembro de 2015, foi assinada pelo Conselho Nacional de Justiça a Resolução 213, que traz de maneira pormenorizada as diretrizes e previsões acerca da audiência de custódia para sua aplicação no território nacional. Desde então, ainda que sem legislação específica tratando do tema, vários outros Tribunais de Justiça lançaram diversos projetos objetivando o cumprimento das determinações impostas e, atualmente, as audiências de custódia se encontram em diferentes graus de aplicação em cada estado da federação¹⁴⁷.

Em relação à aplicabilidade do controle de convencionalidade ao Direito Material Penal, o primeiro caso de grande expressão refere-se à sentença prolatada pelo MM Juiz de Direito Alexandre Moraes da Rosa, no julgamento dos autos n. 0067370-64.2012.8.26.0023, da Comarca de Florianópolis, Santa Catarina, na qual, utilizando o mecanismo referido, reconheceu a inexistência do crime de desacato em um ambiente democrático, nos seguintes termos:

“(…) No que concerne especificamente ao chamado controle de convencionalidade das leis, inarredável a menção ao julgamento do Recurso Extraordinário 466.343, da relatoria do Ministro Gilmar Mendes, no qual ficou estabelecido o atual entendimento do Supremo Tribunal Federal no que diz respeito à hierarquia das normas jurídicas no direito brasileiro. Assentou o STF que os tratados internacionais que versem sobre matéria relacionada a Direitos Humanos têm natureza infraconstitucional e suprallegal – à exceção dos tratados aprovados em dois turnos de votação por três quintos dos membros de cada uma das casas do Congresso Nacional, os quais, a teor do art. 5º, §3º, CR, os quais possuem natureza constitucional.

(…) Por conseguinte, cumpre ao julgador afastar a aplicação de normas jurídicas de caráter legal que contrariem tratados internacionais versando sobre Direitos Humanos, destacando-se, em especial, a Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969 (Pacto de São José da Costa Rica), o Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos de 1966 e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966 (PIDESC), bem como as orientações expedidas pelos denominados "treaty bodies" – Comissão Interamericana de Direitos Humanos e Conselho de

¹⁴⁶ TJSP – 4ª Câmara de Direito Criminal - Habeas Corpus nº 2195505-70.2015.8.26.0000 – Rel. Desembargador Euvaldo Chaib, j. 10.11.2015.

¹⁴⁷ Dados do Conselho Nacional de Justiça do ano de outubro de 2019 mostram que o Brasil alcançou 550 mil audiências de custódias realizadas em todo território nacional, o que evidentemente demonstra a consolidação do instituto ao longo dos anos (ZAMPIER, Débora. *Audiências de custódia chegam a 550 mil registros em todo território nacional*. Conselho Nacional de Justiça, Brasília, 30 de outubro de 2019. Disponível em <<https://www.cnj.jus.br/audiencias-de-custodia-chegam-a-550-mil-registros-em-todo-o-pais/>> Acesso em 05.12.2019).

Direitos Humanos das Nações Unidas, dentre outros – e a jurisprudência das instâncias judiciárias internacionais de âmbito americano e global – Corte Interamericana de Direitos Humanos e Tribunal Internacional de Justiça da Organização das Nações Unidas, respectivamente.

Nesse sentido, destaque-se que no âmbito da Comissão Interamericana de Direitos Humanos foi aprovada, no ano 2000, a Declaração de Princípios sobre a Liberdade de Expressão, tendo tal documento como uma de suas finalidades a de contribuir para a definição da abrangência do garantia da liberdade de expressão assegurada no art. 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos. E, dentre os princípios consagrados na declaração, estabeleceu-se, em seu item "11", que "as leis que punem a expressão ofensiva contra funcionários públicos, geralmente conhecidas como 'leis de desacato', atentam contra a liberdade de expressão e o direito à informação." Considerada, portanto, a prevalência do art. 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos sobre os dispositivos do Código Penal, é inarredável a conclusão de Galvão de que "a condenação de alguém pelo Poder Judiciário brasileiro pelo crime de desacato viola o artigo 13 da Convenção Americana sobre os Direitos Humanos, consoante a interpretação que lhe deu a Comissão Interamericana de Direitos Humanos".

Em que pese reconhecer-se a inexistência, a priori, de caráter vinculante na interpretação do tratado operada pela referida instituição internacional, filio-me ao entendimento apresentado, considerando, antes de tudo, os princípios da fragmentariedade e da interferência mínima, os quais impõem que as condutas de que deve dar conta o Direito Penal são essencialmente aquelas que violam bens jurídicos fundamentais, que não possam ser adequadamente protegidos por outro ramo do Direito. Nesse prisma, tenho que a manifestação pública de desprezo proferida por particular, perante agente no exercício da atividade Administrativa, por mais infundada ou indecorosa que seja, certamente não se consubstancia em ato cuja lesividade seja da alçada da tutela penal. Trata-se de previsão jurídica nitidamente autoritária – principalmente em se considerando que, em um primeiro momento, caberá à própria autoridade ofendida (ou pretensamente ofendida) definir o limiar entre a crítica responsável e respeitosa ao exercício atividade administrativa e a crítica que ofende à dignidade da função pública, a qual deve ser criminalizada. A experiência bem demonstra que, na dúvida quanto ao teor da manifestação (ou mesmo na certeza quanto à sua lidimidade), a tendência é de que se conclua que o particular esteja desrespeitando o agente público – e ninguém olvida que esta situação, reiterada no cotidiano social, representa infração à garantia constitucional da liberdade de expressão”¹⁴⁸.

Após isto, vieram outras decisões no mesmo sentido até que houvesse posicionamento dos Tribunais Superiores na tentativa de pacificar a questão. Não obstante, o tema será analisado com maior profundidade no capítulo 04 desta dissertação.

Por ora, basta consignar que é plenamente possível a realização de controle de convencionalidade no âmbito penal. Tendo sido o Código Penal e o Código de Processo Penal recepcionados pela Constituição Federal como leis ordinárias é perfeitamente possível a

¹⁴⁸ Desacato não é crime, diz juiz em controle de convencionalidade. *Empório do Direito*, São Paulo, 21 março 2015. Disponível em <<https://emporiiododireito.com.br/leitura/desacato-nao-e-crime-diz-juiz-em-controle-de-convencionalidade>> Acesso em 10.05.2019.

aferição da compatibilidade de tais códigos e das demais leis que tratam de matéria penal com a norma supralegal, no caso tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos internalizados conforme artigo 5º, §2º da Constituição Federal, ou seja, sem seguir o procedimento previsto no §3º do referido dispositivo constitucional.

Requer-se, entretanto, a observação dos princípios fundamentais em matéria penal, sob pena de desvirtuamento dos próprios ideais do Estado Democrático de Direito. O controle de convencionalidade, portanto, não pode resultar em violação ao princípio da legalidade, da intervenção mínima, da ofensividade, do *non bis in idem* e da culpabilidade.

Outra questão bastante relevante refere-se à segurança jurídica. Conforme delineado pelo Excelso Pretório, o controle de convencionalidade deve ocorrer pela via difusa que, tradicionalmente, surte efeitos não vinculantes e apenas entre as partes¹⁴⁹. O problema é que o Direito Penal lida com um dos bens mais caros do ser humano, qual seja a liberdade e, permitir a realização do controle de convencionalidade por qualquer juiz, acaba por trazer decisões conflitantes, como demonstrado acima, em que alguns foram absolvidos da acusação de terem praticado o delito de desacato e outros, condenados. Prejudica-se a segurança jurídica e, simultaneamente, fere-se o princípio da isonomia.

Sobre a segurança jurídica, explica Humberto Ávila:

“O princípio da segurança jurídica determina a busca dos ideais de cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade no direito. (...) Como o princípio da segurança jurídica delimita os contornos daquilo que é indispensável para que o cidadão possa, de acordo com o direito, plasmar o seu presente e planejar, livre e autonomamente, sem engano ou injustificada surpresa, o seu futuro, inquiri-lo é, a um só tempo, investigar, de um lado, os direitos de liberdade, de igualdade e de dignidade, e de outro, os princípios relativos à atuação estatal. Mais do que isso: os ideais que o integram revelam, indiretamente, o tipo de sociedade que se visa a constituir, pelos tipos de Estado e de cidadão que resultam da sua configuração. A exigência de cognoscibilidade permite que o cidadão possa ‘saber’ aquilo que ‘pode ou não fazer’ de acordo com o direito. Essa exigência, dentro de um estado de

¹⁴⁹ Diz-se tradicionalmente porque o Supremo Tribunal Federal, em julgamento ocorrido aos 29 de novembro de 2017, passou a adotar a teoria da abstrativização do controle difuso de constitucionalidade. Assim, se o Plenário do STF decidir a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo, ainda que em controle difuso, essa decisão terá os mesmos efeitos do controle concentrado, ou seja, eficácia erga omnes e vinculante (STF. Plenário. ADI 3406/RJ e ADI 3470/RJ, Rel. Min. Rosa Weber, julgados em 29/11/2017). Não obstante, ainda não houve nenhuma manifestação no sentido de que o controle de convencionalidade, realizado de maneira difusa, tenha passado a surtir efeitos *erga omnes*, de modo que, em relação a este tipo de controle, permanece os efeitos tradicionais, quais sejam *inter partes* e não vinculante.

confiabilidade e de calculabilidade, capacita-o a, com autonomia e com liberdade, ‘fazer ou não fazer’, de modo que possa ‘ser ou não ser’ aquilo que deseja e que tem condições de ser. A segurança jurídica, em outras palavras, é um instrumento para que o cidadão possa saber, antes, e com seriedade, o que pode fazer, de modo que possa melhor ser o que pode e quer ser”¹⁵⁰.

Portanto, ainda que possível o controle de convencionalidade em âmbito penal, é necessário que a legislação discipline tal instituto ou mesmo que os Tribunais Superiores assentem critérios mais rígidos para sua utilização, preservando-se os princípios que fundamentam o sistema penal e garantindo a segurança jurídica e a isonomia.

¹⁵⁰ ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 95

4. O CRIME DE DESACATO

4.1. Antecedentes históricos

A ideia de que é necessário garantir a autoridade dos agentes públicos não é nova. Embora sem o caráter genérico com que hodiernamente se apresenta, remonta à antiguidade romana o interesse em se proteger a integridade moral dos funcionários públicos.

Com efeito, o direito romano reprimia as ofensas irrogadas contra os magistrados, as quais, inclusive, eram consideradas injúrias gravíssimas (denominava-se “*injuria atrox*”), tanto que punidas com as penas mais severas da época, quais sejam a deportação e a morte¹⁵¹. Como explica Soler¹⁵²,

“A origem da figura do desacato encontra-se na qualificação que recebiam as injúrias pelo fato de estarem dirigidas contra uma categoria especial de pessoas e em uma ocasião determinada. O princípio do direito romano era simplesmente de que a injúria é mais grave quando é inferida ao magistrado”¹⁵³.

Na idade média seguiu-se o mesmo critério, porém, a ofensa dirigida a sacerdotes também passou a ser considerada *injuria atrox*. Ademais, surgiu entre os práticos uma controvérsia: eles questionavam se a tutela penal deveria abranger também os magistrados que não estivessem no exercício de suas funções ou mesmo os casos em que a ofensa não tivesse relação com o exercício funcional¹⁵⁴. A questão nunca encontrou solução uniforme, vez que dentre os códigos vigentes que, em geral, ampliaram a proteção a todos os funcionários públicos, uns exigem que o funcionário esteja no ato do exercício de suas funções, seja ou não o ultraje proferido em razão do ofício, enquanto outros exigem que haja conexão entre a

¹⁵¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. Parte especial: Crimes contra a Administração Pública e crimes praticados por prefeitos. 12 ed. rev. e atual. 5 vol. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 216. No mesmo sentido, HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. Arts. 250 a 361. IX vol. Rio de Janeiro: Forense, 1958. p. 419.

¹⁵² SOLER, Sebastian. *Derecho Penal Argentino*. Buenos Aires: TEA, 1951. p. 133.

¹⁵³ “Los orígenes de la figura del desacato se encuentran en la cualificación que recibían las injurias por el echo de estar dirigidas contra una categoría especial de personas y en una ocasión determinada. El principio del derecho romano era simplemente el de que la injuria es más grave cuando es inferida al magistrado” (Trad. Livre).

¹⁵⁴ PRADO, Luís Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. 4 vol. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 532.

ofensa e a função, ainda que a referida ofensa não seja contemporânea ao exercício de tal função¹⁵⁵.

De fato, a partir dos Códigos Penais franceses de 1791 e 1810, já na era da codificação, ampliou-se, de modo geral, essa figura delituosa para alcançar a todos os funcionários públicos, sem distinção de classe ou hierarquia, além de torná-la um crime autônomo, “com a denominação de *outrage*”¹⁵⁶. A criminalização específica de tal conduta foi fundamentada na necessidade de assegurar aos agentes públicos meios para que pudessem exercer eficazmente suas funções e, assim, atingir os objetivos da Administração Pública.

Diversos países passaram a publicar seus códigos, uns considerando o ultraje aos funcionários públicos como uma forma agravada de injúria, segundo a tradição romana, como foi o caso do código alemão, outros como um crime autônomo, à imitação do modelo francês, como aconteceu mais tardiamente no Brasil.

No início da colonização portuguesa, vigorava entre nós as Ordenações Filipinas que puniam especialmente as injúrias feitas aos julgadores e seus oficiais (Livro V, título 50)¹⁵⁷. O Código Criminal de 1830, seguindo a tendência mundial, ampliou o sujeito passivo do crime, embora mantivesse a formulação nos moldes romanos, vez que considerava agravadas as calúnias e as injúrias quando fossem cometidas “contra qualquer depositário ou agente da autoridade pública, em razão de seu ofício” (arts. 231/237)¹⁵⁸. O Código Penal de 1890, por sua vez, recepcionou a infração penal autônoma, atribuindo-lhe o *nomen juris* de desacato e punindo a conduta de “desacatar qualquer autoridade, ou funcionário público, em exercício de suas funções, ofendendo-o diretamente por palavras ou atos, ou faltando à consideração devida e à obediência hierárquica”¹⁵⁹, crime que tinha a pena aumentada de terça parte se o desacato fosse praticado em sessão pública de câmaras legislativas ou administrativas, de juízes ou tribunais, de qualquer corporação docente ou dentro de alguma repartição pública (art. 134)¹⁶⁰.

¹⁵⁵ HUNGRIA, Nelson. *Op cit.* p. 419.

¹⁵⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Op. cit.* p. 216.

¹⁵⁷ *Id. Ibidem.* p. 216.

¹⁵⁸ BRASIL. Lei de 16 de dezembro de 1830. Manda executar o Código Criminal. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM-16-12-1830.htm> Acesso em 10.12.2018.

¹⁵⁹ Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890. Promulga o Código Penal. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/decreto/1851-1899/D847.htm> Acesso em 10.12.2018.

¹⁶⁰ *Id. Ibidem.* Acesso em 10.12.2018.

O atual Código Penal, cuja parte especial data de 1940, manteve a criminalização do desacato, porém, ampliou o alcance da tipificação para abranger não só as ofensas proferidas contra funcionários públicos no exercício da função, mas também em razão dela. Conforme explica a exposição de motivos formulada pelo então Ministro Francisco Campos, “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*”¹⁶¹.

4.2. O desacato na atualidade

Como visto, o Código Penal em vigor no Brasil criminaliza a conduta de desrespeitar, desprestigiar, ofender ou humilhar o funcionário público que estiver no exercício da função ou em razão dela de maneira autônoma. O desacato está previsto no artigo 331, nos seguintes termos: “*Art. 331 - Desacatar funcionário público no exercício da função ou em razão dela*”¹⁶².

Conforme Noronha, “o bem jurídico considerado é a dignidade, o prestígio, o respeito devido à função pública. É o Estado diretamente interessado em que aquele seja protegido e tutelado, por ser indispensável à atividade e à dinâmica da administração pública”¹⁶³. Em outras palavras, o bem jurídico protegido é a própria Administração Pública, no que tange à probidade e à moralidade. Protege-se a probidade da função pública, sua respeitabilidade, bem como a integridade de seus funcionários.

Qualquer pessoa pode desacatar um funcionário público em razão de sua função ou mesmo que esteja no exercício dela. Parte da doutrina admite, inclusive, que o sujeito ativo seja outro funcionário público, que exerça ou não a mesma função do ofendido, tenha ou não a mesma hierarquia, desde que não se encontre no exercício de suas funções nem em razão dela¹⁶⁴, afinal, o desacato está inserido no capítulo que trata dos crimes praticados por particular

¹⁶¹ Portal de Legislação. Decreto-lei nº 2848 de 07/12/1940/PE - Poder Executivo Federal (D.O.U. 08/12/1940). Exposição de motivos da parte especial do Código Penal. Disponível em <<https://www.diariodasleis.com.br/busca/exibmlink.php?numlink=1-96-15-1940-12-07-2848-CP>> Acesso em 10.12.2018.

¹⁶² Decreto-lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm> Acesso em 10.12.2018.

¹⁶³ NORONHA, Magalhães. *Direito Penal*. 4º vol. São Paulo: Saraiva, 1962. p. 317.

¹⁶⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Op. cit.* p. 217.

contra a administração em geral, o que exige um *extraneus*, a este se equiparando o funcionário despido dessa qualidade, fora da sua função^{165 166}.

O sujeito passivo, por sua vez, é o Estado (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) e, de modo secundário, o funcionário que sofre o desacato.

A ação tipificada consiste em desacatar, o que, segundo Hungria, significa “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 e caluniosas, vias de fato, agressão física, ameaça (...)”¹⁶⁷.

Não obstante, cumpre destacar que o desacato não se confunde com o vocábulo apenas grosseiro que, desacompanhado do fim de ultrajar, pode significar tão somente falta de educação ou de nível cultural. Igualmente, não se confunde com o crime de resistência (art. 329, CP), porquanto nesta a violência ou ameaça endereçadas ao funcionário público objetivam a não realização do ato legal, enquanto naquela eventual violência ou ameaça tem a finalidade de desprestigiar o funcionário.

Por outro lado, deve-se registrar que a presença do funcionário ofendido é condição essencial para a configuração do desacato. Ainda nas palavras de Hungria, tem-se que “mesmo no caso de ofensa *verbis*, cumpre que o funcionário seja atingido diretamente. Não é necessário, porém, que a ofensa seja irrogada *face ad faciem*, bastando que, próximo o ofendido, seja por este percebida”¹⁶⁸, como, por exemplo, no caso em que o ofendido não vê o ofensor, mas ouve a ofensa, dela tomando conhecimento direta e imediatamente. Diante disto, o desacato não pode ser cometido por telefone, e-mail, fax, carta ou telegrama, hipóteses em que se poderia cogitar da ocorrência de crime contra a honra.

¹⁶⁵ HUNGRIA, Nelson. *Op cit.* p. 419.

¹⁶⁶ No mesmo sentido, na jurisprudência: “O funcionário público também pode ser sujeito ativo de desacato, desde que despido dessa qualidade ou fora de sua própria função (JTACrim, 70/372)” (ANDREUCCI, Ricardo Antônio. Desacato. *Manual de Direito Penal*. Caderno especial: resumo de toda a matéria. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 524). Entendendo de forma mais abrangente, no sentido de que o crime pode ser praticado por funcionário público em qualquer circunstância, confira-se: “Em se tratando de crime de desacato, o fato de o agente também ser funcionário público como a vítima não é capaz de retirar a tipicidade de sua conduta, pois o objeto jurídico protegido pela norma incriminadora do art. 331 do CP é a dignidade, o respeito pela função pública, pouco importando a capitulação, sendo certo que há delito mesmo que o acusado não seja subordinado da vítima (TACrim – RJD, 41/78)” (ANDREUCCI, Ricardo Antônio. *Op. cit.* p. 525).

¹⁶⁷ HUNGRIA, Nelson. *Op cit.* p. 421.

¹⁶⁸ *Id. Ibidem.* p. 421.

Além disso, a ofensa deve ser dirigida a funcionário público que esteja no exercício da função (a conduta ocorre no momento em que o funcionário, investido da função, é ofendido) ou em razão dela (o desacato refere-se ao exercício da função, embora o ofendido não a esteja exercendo naquele momento). É necessário, portanto, que haja um nexo de causalidade entre a conduta e o exercício da função, o chamado nexo funcional¹⁶⁹.

O crime de desacato é doloso e pressupõe o conhecimento, pelo sujeito ativo, da qualidade de funcionário público do sujeito passivo. Também é um crime formal, na medida em que basta que a conduta agrida a honra profissional do funcionário, sendo irrelevante o fato dele sentir-se ofendido ou não. Assim, consuma-se com o efetivo ato de ofensa, admitindo, em tese, a tentativa.

Em termos processuais, verifica-se que o delito em análise é processado mediante ação pública incondicionada e considerado de menor potencial ofensivo, porquanto possui pena máxima de dois anos de detenção (art. 331, CP), encaixando-se, portanto, no critério contido no artigo 61 da Lei 9.099/1995.

Como se vê, o crime de desacato não só está em plena vigência, como é estudado e detalhado por toda doutrina. Não obstante, nos últimos anos, tem-se questionado a legitimidade da criminalização da conduta relativa ao desacato, mormente ante a posição da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH).

4.3. O entendimento da Comissão Interamericana de Direitos Humanos acerca do desacato

No informe anual publicado em 1994, mais precisamente em seu capítulo V, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) da Organização dos Estados Americanos (OEA) tratou sobre a compatibilidade das leis de desacato e a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica). Segundo constou no referido informe¹⁷⁰,

¹⁶⁹ ANDREUCCI, Ricardo Antônio. *Op. cit.* p. 526.

¹⁷⁰ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Informe anual de la comisión interamericana de derechos humanos 1994. Capítulo 5. p. 1. Disponível em <https://www.cidh.oas.org/annualrep/94span/cap.V.htm#_ftn14> Acesso em 11.12.2018.

“Neste capítulo, a Comissão passará a analisar a compatibilidade de leis que penalizam a expressão ofensiva dirigida a funcionários públicos, as denominadas leis de desacato, com o direito de liberdade de expressão e pensamento consagrado na Declaração Americana sobre os Direitos e Deveres do Homem, assim como a Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Como disse a Corte Interamericana de Direitos Humanos, a Comissão é competente para qualificar qualquer norma de direito interno de um Estado Parte como violadora das obrigações que assumiram ao ratificar a Convenção ou aderir a ela. Como consequência dessa faculdade de qualificar as normas internas, a Comissão poderá recomendar ao Estado a derrogação ou reforma da norma violadora e para isso é suficiente que tal norma haja chegado por qualquer meio ao seu conhecimento, haja sido ou não aplicada em um caso concreto”¹⁷¹.

Com efeito, buscou a CIDH, a partir daquele estudo, determinar se a restrição à liberdade de expressão imposta com a criminalização do desacato, ou seja, com o fim de defender os funcionários públicos e o governo em geral de críticas, era legítima ante o disposto no artigo 13 da Convenção Americana¹⁷², o qual dispõe:

Artigo 13. Liberdade de pensamento e de expressão

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

¹⁷¹ “En este capítulo, la Comisión pasará a analizar la compatibilidad de leyes que penalizan la expresión ofensiva dirigida a los funcionarios públicos, las denominadas leyes de desacato, con el derecho de libertad de expresión y pensamiento consagrado en la Declaración Americana sobre los Derechos y Deberes del Hombre, así como la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Como ha dicho la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Comisión es competente para calificar cualquier norma de derecho interno de un Estado Parte como violatoria de las obligaciones que ha asumido al ratificar la Convención o adherir a ella. Como consecuencia de esta facultad de calificar las normas internas, la Comisión podrá recomendar al Estado la derogación o reforma de la norma violatoria y para ello es suficiente que tal norma haya llegado por cualquier medio a su conocimiento, haya sido o no aplicada en un caso concreto” (Trad. Livre).

¹⁷² COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Convenção Americana de Direitos Humanos. Disponível em <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm> Acesso em 11.12.2018.

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

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

Não obstante tenha reconhecido a inexistência de direitos absolutos, a CIDH consignou que as restrições à liberdade de expressão apenas são legítimas se incorporarem as exigências justas de uma sociedade democrática. Assim, explicou que qualquer censura prévia é absolutamente proibida e que as restrições legítimas são apenas aquelas que se exercem mediante a responsabilidade ulterior no caso em que se abuse do direito à liberdade de expressão.

Entretanto, tal responsabilidade deve satisfazer concomitantemente a quatro exigências para que se seja considerada compatível com o artigo 13 antes descrito: (1) os fundamentos para estabelecer a responsabilidade devem fixar-se previamente; (2) os fundamentos devem estar expressos com precisão dentro do marco legal; (3) os fins que se perseguem devem ser legítimos; e (4) os fundamentos para estabelecer a responsabilidade devem ser necessários para assegurar ao fim legítimo que se procura¹⁷³.

A evidência, as leis que tratam do desacato são fixadas previamente e são expressas e precisas, vez que constam da maior parte dos Códigos Penais vigentes nos Estados Partes. Não obstante, buscou a CIDH analisar se tais leis preenchiam os requisitos 3 e 4 e, portanto, se eram compatíveis com o artigo 13 do Pacto de São José da Costa Rica que trata do direito à liberdade de pensamento e de expressão. E a conclusão foi negativa.

Segundo a CIDH, a criação das leis de desacato para proteger a honra dos funcionários públicos que atuam em caráter oficial outorga injustificadamente um direito à proteção de que não dispõem os demais integrantes da sociedade, fato que inverte completamente o princípio fundamental de um sistema democrático de que o governo é objeto de controle, entre eles, o escrutínio dos cidadãos, como forma de prevenir ou controlar o abuso de poder. Em verdade, se os funcionários públicos que atuam em caráter oficial são considerados, para todos os efeitos, o próprio governo, é então direito dos indivíduos criticar as ações e atitudes desses funcionários no que diz respeito à função pública. O debate político gerará inevitavelmente

¹⁷³ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Informe anual de la comisión interamericana de derechos humanos 1994. Capítulo 5. Disponível em <https://www.cidh.oas.org/annualrep/94span/cap.V.htm#_ftn14> Acesso em 11.12.2018.

certos discursos críticos ou inclusive ofensivos para quem ocupa cargo público ou está intimamente vinculado à formulação de políticas públicas, de modo que a lei que ataque o discurso que se considera crítico da administração pública na pessoa do funcionário objeto dessa expressão afeta não só a essência, mas também o conteúdo da liberdade de expressão¹⁷⁴.

A CIDH aduz, ainda, que as leis de desacato não são legítimas porque também restringem indiretamente a liberdade de expressão, na medida em que trazem consigo a ameaça de prisão ou de multa para quem insulta ou ofende um funcionário público, sendo certo que tal restrição não se vê diminuída no caso de a lei prever a possibilidade de exceção da verdade como defesa, afinal, tal previsão também inibe o fluxo de ideias ao transferir o ônus de prova a quem emite suas opiniões¹⁷⁵.

Por fim, a CIDH entende que as leis de desacato não são necessárias para assegurar a ordem pública em uma sociedade democrática. Segundo a comissão, para que uma limitação seja necessária, deve-se demonstrar que o fim legítimo que se persegue não pode ser alcançado por meios menos restritivos da liberdade de expressão. Ademais, as limitações devem ser proporcionais e ajustadas estritamente ao alcance do objetivo governamental proposto. E não é isso que se verifica no caso das leis de desacato. Afinal, a proteção especial conferida por tais leis aos funcionários públicos contra uma linguagem insultante ou ofensiva é incongruente com o objetivo principal de uma sociedade democrática, qual seja fomentar o debate público, principalmente se considerado o fato de que o governo dispõe de meios menos gravosos à liberdade de expressão para responder aos ataques injustificados. O governo conta com todo o aparato público e com acesso a todos os meios de comunicação para responder a críticas infundadas e, não bastasse, há a possibilidade de ações civis individuais de difamação ou calúnia quando o funcionário se sentir atacado em sua própria honra, ou seja, quando o ataque extrapolar os limites do cargo¹⁷⁶.

¹⁷⁴ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Informe anual de la comisión interamericana de derechos humanos 1994. Capítulo 5. p. 5. Disponível em <https://www.cidh.oas.org/annualrep/94span/cap.V.htm#_ftn14> Acesso em 11.12.2018.

¹⁷⁵ *Id. Ibidem.* p. 5.

¹⁷⁶ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Informe anual de la comisión interamericana de derechos humanos 1994. Capítulo 5. p. 6. Disponível em <https://www.cidh.oas.org/annualrep/94span/cap.V.htm#_ftn14> Acesso em 11.12.2018.

Como se pode observar, a CIDH concluiu pela incompatibilidade entre as leis de desacato e a Convenção Americana de Direitos Humanos, em razão das referidas leis configurarem indevida restrição ao direito fundamental à liberdade de pensamento e de expressão.

Ocorre que referida Convenção (Pacto de São José da Costa Rica), como já demonstrado neste trabalho, foi incorporada ao Direito Brasileiro através do Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992¹⁷⁷, sendo que o Supremo Tribunal Federal, ao se debruçar sobre a possibilidade de prisão do depositário infiel, analisou a hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos, concluindo os referidos tratados e convenções internalizados sem a observância do procedimento legislativo especial previsto no artigo 5º, §3º da Constituição Federal¹⁷⁸ têm caráter supralegal, ou seja, são infraconstitucionais, porém, diante de seu caráter especial, estão acima da legislação ordinária, sendo dotados de um atributo de supralegalidade. Já os tratados e convenções de direitos humanos internalizados conforme o rito estabelecido no dispositivo mencionado têm *status* de emenda constitucional.

Assim, na hipótese de uma lei ordinária estar em conflito com um tratado ou convenção de direitos humanos com caráter supralegal, tem-se que tal lei, a partir do que a doutrina chamou de controle de convencionalidade, teria sua eficácia jurídica paralisada. Exatamente o que ocorreu com a questão da prisão do depositário infiel que, não obstante fosse prevista no Código Civil de 2002 (art. 652) e até mesmo na Constituição Federal (art. 5º, LXVII), foi considerada inadmissível por ser contrária ao Pacto de São José da Costa Rica¹⁷⁹.

Por outro lado, na hipótese de uma lei contrariar um tratado ou convenção de direitos humanos internalizado conforme o artigo 5º, §3º da Carta Magna, então, haverá o clássico controle de constitucionalidade, vez que tal tratado conta com o *status* de emenda constitucional.

¹⁷⁷ BRASIL. Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm> Acesso em 09.12.2018.

¹⁷⁸ Art. 5 (...)

§ 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 (Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em 10.12.2018).

¹⁷⁹ Neste sentido, confira-se: STF, RE nº 466.343/SP, RE nº 349.703/RS, HC nº 87.585/TO e HC nº 92.566/SP (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: banco de jurisprudência. Disponível em <www.stf.jus.br> Acesso em 11.12.2018).

Pois bem. É justamente nesse ponto que se insere a questão do desacato. Ora, cotejando o Código Penal e o Pacto de São José da Costa Rica, é possível concluir pela incompatibilidade da lei brasileira? Como visto, a conclusão da CIDH é de que a disposição contida no Código Penal é sim incompatível com o referido Pacto e, considerado seu caráter supralegal, seria o caso de considerar o crime de desacato inadmissível. Esta, entretanto, não parece ser a melhor solução.

Neste ponto, anoto que, antes de analisar o cenário jurídico brasileiro, afigura-se imperiosa a verificação de como a questão acerca da compatibilidade entre as leis de desacato e o Pacto de São José da Costa Rica tem sido resolvida nos demais Estados membros da Organização dos Estados Americanos (OEA).

4.4. A (não) tipificação do desacato nos países membros da OEA

Como visto, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), nos idos de 1994, já proclamava, em seu informe atual, a incompatibilidade entre as leis de desacato e a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica).

Em verdade, o informe em comento foi resultado de um acordo formulado nos autos do caso *Argentina vs. Horacio Verbisky*. Em 05 de maio de 1992, a CIDH recebeu uma denúncia formulada pelo Sr. Horacio contra a Argentina, vez que ele, jornalista, havia sido condenado por desacato ao supostamente injuriar o Sr. Augusto César Belluscio, Ministro da Suprema Corte. As autoridades argentinas haviam considerado que a publicação de um artigo no qual o jornalista se referia ao Ministro como “asqueroso” configuraria o delito de desacato, previsto no artigo 244 do Código Penal argentino¹⁸⁰.

O Sr. Horacio Verbisky informou que, em 06 de março de 1988, publicou um artigo intitulado “Cicatrizes de duas Guerras”, no qual, ao se referir ao Ministro Belluscio, utilizou o termo “asqueroso”, fazendo referência a uma entrevista dada pelo próprio Ministro em que ele, entre outras coisas, afirmou que um projeto de reforma para ampliar a Suprema Corte com dois

¹⁸⁰ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Informe nº 22/94. Caso 11.012. Argentina. Solucion Amistosa. 20 de septiembre de 1994. Disponível em <<http://www.cidh.oas.org/annualrep/94span/cap.III.argentina11.012.htm>> Acesso em 01.12.2019.

ministros adicionais lhe “deu asco”. Assim, o termo asqueroso foi empregado no sentido de “aquele que tem asco”. Ocorre que o Ministro iniciou uma ação privada de injúria contra o Sr. Horacio e a Juíza do caso, entendendo que a expressão utilizada pelo jornalista excedia os limites da honra do funcionário e constituía uma agressão ao Ministro em razão do exercício de sua função, invocou o princípio *iuria novit curis* e converteu a referida ação privada em ação pública de desacato, condenando Horacio. Os recursos interpostos pelo jornalista, inclusive aquele dirigido a Corte Suprema sob o argumento de que a condenação feria a garantia constitucional relativa à liberdade de imprensa, restaram infrutíferos, o que o motivou a provocar a CIDH¹⁸¹.

Instado a se manifestar perante a CIDH sobre a denúncia, o Governo Argentino, após solicitar prorrogação de prazo, informou que em 15 de julho de 1992, portanto, após a formulação da denúncia pelo jornalista, o Poder Executivo apresentou ao Congresso Nacional um projeto de lei que revogaria o artigo do Código Penal relativo ao desacato. Diante disto, em setembro daquele mesmo ano, quando o reclamante, Sr. Horacio, e os representantes do Governo Argentino se reuniram, surgiu a conveniência de se iniciar um processo de solução amistosa, que culminou num acordo em que: (1) o reclamante solicitou o compromisso do Estado Argentino em derrogar o artigo 244 de seu Código Penal, a revogação da sentença condenatória proferida em seu desfavor e todos os seus efeitos, bem como a reparação dos prejuízos materiais sofridos em razão das ações judiciais, além de ter renunciado a eventual indenização por danos morais; (2) as partes solicitaram à CIDH que, quando redigisse o Informe sobre o artigo 49 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, se manifestasse sobre a compatibilidade ou não da figura penal do desacato com as normas do Pacto de São José da Costa Rica¹⁸².

O acordo foi inteiramente cumprido e, assim, a Argentina, ao aprovar a Lei 24.198 de 1993, derrogou o artigo de lei que tipificava o desacato. Na sequência, no ano de 1994, a CIDH divulgou seu informe anual tratando das leis de desacato e concluindo por sua incompatibilidade com a Convenção Americana de Direitos Humanos.

¹⁸¹ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Informe nº 22/94. Caso 11.012. Argentina. Solucion Amistosa. 20 de septiembre de 1994. Disponível em <<http://www.cidh.oas.org/annualrep/94span/cap.III.argentina11.012.htm>> Acesso em 01.12.2019.

¹⁸² *Id. Ibidem.*

Assim como a Argentina, Paraguai (1997), Costa Rica (2002), Peru (2003), Panamá (2007), Nicarágua (2007), Uruguai (2009) e Equador (2014) derrogaram o crime de desacato, sendo que o Chile o fez de forma progressiva entre os anos de 2001 e 2005¹⁸³. Por sua vez, Honduras (2005), Guatemala (2006) e Bolívia (2012) reconheceram a inconstitucionalidade do delito de desacato por suas respectivas cortes superiores de Justiça¹⁸⁴.

Por outro lado, Cuba, Venezuela, El Salvador e República Dominicana ainda mantêm em sua legislação a criminalização do desacato. O Brasil, como se verá a seguir, também considera crime a conduta de desacatar funcionário público¹⁸⁵.

4.5. O desacato e posicionamento dos Tribunais Superiores brasileiros

A primeira manifestação acerca do assunto ocorreu em 15 de dezembro de 2016 quando a 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, ao julgar Recurso Especial 1.640.084/SP, apresentado pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo, realizou controle de convencionalidade e concluiu que o tipo penal descrito no artigo 331 do Código Penal, que trata do desacato, é incompatível com a Convenção Americana de Direitos Humanos.

O Ministro Relator do recurso, Ribeiro Dantas, na oportunidade, ressaltou a decisão do Supremo Tribunal Federal no sentido de que os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil sem a observância do procedimento previsto no artigo 5º, §3º da Constituição Federal têm caráter supralegal, bem como o fato do Brasil ser signatário do Pacto de São José da Costa Rica. Ademais, após se referir expressamente à possibilidade de controle de convencionalidade em sede difusa, concluiu que a criminalização do desacato fere a liberdade de expressão, sendo certo que eventuais excessos podem ser punidos por outras figuras típicas menos restritivas, como a calúnia, injúria e difamação, confira-se:

¹⁸³ EKLUND, Luis Alejandro Gutierrez. SANCHEZ, Ian Miranda. MOLINA, Carlos Andres Peredo. BALDIVIESO, Camila Calvi. Las Leyes de desacato y la difamación criminal en America Latina. *Revista Internacional de Derechos Humanos*. Mendoza, Argentina, n. 6, p. 125/127, 2016.

¹⁸⁴ BORGES, Felipe Dezorzi. Nova ótica do STJ sobre crime de desacato contraria Constituição e convenções. *Revista Consultor Jurídico*. 14 de outubro de 2017. São Paulo. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2017-out-14/felipe-borges-otica-stj-desacato-contraria-convencoes>> Acesso em 01.12.2019.

¹⁸⁵ *Id. Ibidem*.

“(…) DESACATO. INCOMPATIBILIDADE DO TIPO PENAL COM A CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE. (...) 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. (...). 7. A adequação das normas legais aos tratados e convenções internacionais adotados pelo Direito Pátrio configura controle de constitucionalidade, o qual, 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 (...) 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, e nessa extensão, parcialmente provido para afastar a condenação do recorrente pelo crime de desacato (art. 331 do CP)” (grifos não originais)¹⁸⁶.

O voto do Ministro Relator foi acompanhado pelos demais Ministros que compunham a sessão e, na ocasião, a Turma julgou por unanimidade parcialmente procedente o recurso especial para declarar a incompatibilidade do crime de desacato com a Convenção Americana

¹⁸⁶ STJ – 5ª Turma – Resp 1640084/SP – rel. Ministro Ribeiro Dantas, j. 15.12.2016.

de Direitos Humanos, tese defendida pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo desde o ano de 2012¹⁸⁷.

Ocorre que, após a decisão acima descrita, proferida pela 5ª Turma, o colegiado afetou um *habeas corpus* para que a Terceira Seção, que reúne as 02 (duas) Turmas que julgam Direito Penal no Superior Tribunal de Justiça (5ª e 6ª Turmas), pacificasse a questão.

No julgamento ocorrido em 24 de maio de 2017, prevaleceu o entendimento do Ministro Antônio Saldanha Palheiro, designado para lavratura do Acórdão, no sentido de que o crime de desacato previsto no artigo 331 do Código Penal é compatível com o Pacto de São José da Costa Rica. O Ministro, após consignar que a CIDH não possui função jurisdicional e que suas recomendações não possuem força vinculante¹⁸⁸, ressaltou que não existe direito absoluto e que a própria Convenção Americana de Direitos Humanos apresenta, em seu artigo 13.2, já transcrito neste artigo, as condições indispensáveis para que se admita eventual restrição à liberdade de expressão, as quais foram preenchidas pelo dispositivo que trata do desacato no Brasil. Nas palavras do Ministro:

“(...) 6. Com efeito, as recomendações expedidas pela CIDH não possuem força vinculante, mas tão somente "poder de embaraço" ou "mobilização da vergonha". 7. Embora a Comissão Interamericana de Direitos Humanos já tenha se pronunciado sobre o tema "leis de desacato", não há precedente da Corte relacionada ao crime de desacato atrelado ao Brasil. 8. Ademais, **a Corte Interamericana de Direitos Humanos se posicionou acerca da liberdade de expressão, rechaçando tratar-se de direito absoluto**, como demonstrado no Marco Jurídico Interamericano sobre o Direito à Liberdade de Expressão. 9. **Teste tripartite. Exige-se o preenchimento cumulativo de específicas condições emanadas do art. 13.2. da CADH, para que se admita eventual restrição do direito à liberdade de expressão. Em se tratando de limitação oriunda da norma penal, soma-se a este rol a estrita observância do princípio da legalidade.** 10. Os vetores de hermenêutica dos Direitos tutelados na CADH encontram assento no art. 29 do Pacto de São José da Costa Rica, ao passo que o alcance das restrições se situa no dispositivo subsequente. Sob o prisma de ambos instrumentos de interpretação, não se vislumbra qualquer transgressão do Direito à Liberdade de Expressão pelo teor do art. 331 do Código Penal. 11. **Norma que**

¹⁸⁷ Desacato a autoridade não pode ser considerado crime, decide 5ª Turma do STJ. *Revista Consultor Jurídico*, 16 de dezembro de 2016. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2016-dez-16/turma-stj-afasta-aplicacao-crime-desacato-autoridade>> Acesso em 13.12.2018.

¹⁸⁸ Neste sentido: “(...) as funções da Comissão Interamericana de Direitos Humanos são quase judiciais. A maior 'punição' consiste na publicação de suas opiniões e conclusões sobre as questões a ela submetidas na forma de relatório (Artigo 51, parágrafo 3º) (...). Ela não prolata sentenças. A função jurisdicional dentro do sistema interamericano cabe, para os Estados que a aceitam, à Corte Interamericana de Direitos Humanos, tratada no Capítulo Oitavo do Pacto de São José” (ALVES, J. A. Lindgren. *A arquitetura internacional dos Direitos humanos*. São Paulo: FTD, 1997. p. 281-282).

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 de 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**" (grifos não originais)¹⁸⁹.

O Ministro Saldanha destacou, ainda, que o servidor público tem a obrigação legal de dispensar tratamento diferenciado ao particular, atuando com urbanidade, com presteza e outros múnus decorrentes da função que derivam do bom trato que lhe é exigido no seu desempenho, submetendo-se, caso contrário, a procedimento disciplinar que pode vir a resultar em severas sanções. Ademais, não se deve olvidar, que o tratamento destinado às condutas ilícitas praticadas pelo servidor é deveras rigoroso, pois tais condutas desafiam punições muito mais severas do que aquelas impostas ao particular (pune-se o peculato com penas maiores que o furto, por exemplo), atraindo, portanto, a simetria em sua proteção quando no exercício da função pública. Para o Ministro, "alcança-se a conclusão de que o processo de circunspeção evolutiva da norma penal teve por fim seu efetivo e concreto ajuste

¹⁸⁹ STJ – Terceira Seção – HC 379269/MS – Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca – Relator para Acórdão Ministro Antônio Saldanha Palheiro, j. 24.05.2017.

à proteção da condição de funcionário público e, por via reflexa, em seu maior espectro, a honra *lato sensu* da Administração Pública”¹⁹⁰.

É bom ressaltar, por outro lado, que o julgamento se deu por maioria. O Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, relator original do caso, votou no sentido de ser reconhecida a incompatibilidade do desacato com o Pacto de São José da Costa Rica, reportando-se, para tanto, ao entendimento da CIDH e à decisão anteriormente proferida pela 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça. No mesmo sentido, foi o voto do Ministro Ribeiro Dantas. Todos os demais, entretanto, acompanharam a divergência aberta pelo Ministro Antônio Saldanha que, como dito, ficou designado para o acórdão.

Mais recentemente, a questão foi analisada pelo Supremo Tribunal Federal. Em julgamento proferido pela Segunda Turma, em 13 de março de 2018, nos autos do *Habeas Corpus* 141949/DF, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, ficou consignado que a criminalização do desacato se mostra compatível com o Estado Democrático de Direito. Nas palavras do Ministro,

“O direito de se comunicar livremente é inerente à sociabilidade, que é próprio da natureza humana. E deve ser ampla a liberdade do discurso político, do debate livre, impedindo-se possíveis interferências do poder. O Estado de Direito democrático não desconhece esse valor universal. Entretanto, a repressão do excesso não é incompatível com a democracia. O veto à censura prévia não proíbe a censura *a posteriori*, permitindo-se a intervenção contra manifestações não protegidas jurídico constitucionalmente, o que ocorre quando transbordam dos limites do art. 5º, inciso X, da Constituição Federal, que trata, em contraposição à liberdade de manifestação, da invulnerabilidade da honra. (...) De conseguinte, **a figura penal do desacato não tolhe o direito à liberdade de expressão, não retirando da cidadania o direito à livre manifestação, desde que exercida nos limites de marcos civilizatórios bem definidos, punindo-se os excessos.** A Constituição Federal, em seu artigo 37, impõe à Administração Pública a observância dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, podendo-se deduzir daí a compatibilidade entre a defesa da honra e intimidade do funcionário público e a liberdade de expressão. Anote-se, pois, a dúplici função desse preceptivo constitucional: serve de vetor na atuação do agente público, ao mesmo tempo em que, atuando no leito condutor de tais princípios constitucionais, deve estar protegido de investidas de terceiros. O agente público, em razão dos rigorosos deveres a que está sujeito, está submetido a um regime de responsabilidade bastante gravoso, superior àquele imposto ao particular. A improbidade administrativa estabelecida pelo § 4º do aludido artigo 37 é mostra desse rigor legal que paira sobre a conduta do

¹⁹⁰ STJ – Terceira Seção – HC 379269/MS – Voto vencedor, fls. 22.

funcionalismo público em geral. Não se está, pois, diante de privilégio a colocação do agente público sob especial proteção legal. Reprimir o Estado ataques ao funcionalismo está no âmbito de abrangência do espectro democrático. O que não se tolera, no Estado Democrático de Direito, é colocar sob a proteção da lei uma classe de profissionais ou categoria de pessoas, deixando-se de punir seus desvios, tornando-os imunes à *persecutio criminis*. Não é isso o que ocorre em nosso sistema. **Portanto, o desacato não é incompatível com a democracia desde que, em contrapartida, haja lei que puna os abusos de autoridade. O Estado de Direito democrático deve possuir mecanismos de salvaguarda do cidadão contra abusos do poder, ao mesmo tempo em que deve colocar o agente público também a salvo do exercício abusivo de direitos conferidos aos demais membros da sociedade**” (grifos não originais).

O Ministro Gilmar Mendes, na mesma linha da decisão proferida pela Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, afirmou que, em controle de convencionalidade, não se verifica qualquer afronta ao Pacto de São José da Costa Rica, vez que o item 2, letra a, do artigo 13 do referido Pacto dispõe claramente que o exercício do direito à liberdade de pensamento e de expressão, embora não sujeito à censura prévia, deve assumir responsabilidades ulteriores, expressamente fixadas em lei, para assegurar o respeito aos direitos ou à reputação das demais pessoas. Para ele, o direito à liberdade de expressão deve harmonizar-se com os demais direitos envolvidos (honra, intimidade e dignidade), não eliminá-los. O desacato, portanto, constitui importante instrumento de preservação da lisura da função pública e, indiretamente, da própria dignidade de quem a exerce.

Por fim, é bom ressaltar que tramita, no Supremo Tribunal Federal, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 496/DF, na qual se questiona a compatibilidade do artigo 331 do Código Penal com o artigo 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos.

Não obstante a ação esteja em andamento, destaca-se que Procurador Geral da República já apresentou parecer, manifestando-se pela recepção do tipo penal em comento pela Constituição Federal de 1988, sendo certo que o crime de desacato, na visão ali esboçada, coaduna-se perfeitamente com os princípios republicano, da igualdade, da livre manifestação do pensamento e da legalidade, além de ser compatível com o Pacto de São José da Costa Rica¹⁹¹.

¹⁹¹ Parecer da procuradoria Geral da República. ADPF 496. Supremo Tribunal Federal. Brasília. 23 de setembro de 2019. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15341255293&ext=.pdf>> Acesso em 05.01.2020.

4.6. Os impactos de eventual descriminalização do desacato para eficiência do Poder Judiciário

Como se observa, a atual posição dos Tribunais Superiores é no sentido de que o desacato continua a ser crime, estando em plena vigência o tipo descrito no artigo 331 do Código Penal. E este, aliás, parece mesmo ser o melhor entendimento.

De fato, eventual descriminalização da conduta de desacato traria sérios impactos negativos para a eficácia do exercício da função pública. Isto porque, segundo a doutrina especializada, a criminalização do desacato sempre foi fundamentada na necessidade de assegurar aos agentes públicos meios para que pudessem exercer eficazmente suas funções. Como explicou Magalhães Noronha, sem o devido respeito, os agentes públicos não poderiam exercer, de modo eficaz, suas funções, por via das quais é atingida a finalidade superior, de caráter eminentemente social, que a Administração busca ¹⁹².

No mesmo sentido, ponderou Jorge Beltrão ¹⁹³:

"É difícil o exercício da função pública e mais difícil ainda seria se não houvesse a proteção legal para os atos do funcionário no exercício amplo de suas funções. Pois a ofensa pode ser real ou moral, por atos ou palavras, mas com o objetivo precípua de aviltamento da autoridade do agente que executa a ordem judicial ou administrativa."

Na literatura estrangeira, também se verifica menção à criminalização do desacato e sua importância no que tange à eficiência do exercício da função pública. Nas palavras de Antônio Pagliaro:

"A honra do funcionário é tutelada, mercê do desacato, de modo muito mais rigoroso do que a honra do particular. Tal se dá porque o funcionário é portador de um interesse público, desempenhando posto de particular relevo no ordenamento do Estado. Diversas as razões dessa particular tutela. De um lado, se uma pessoa física age por conta da administração pública, é lógico que o Estado, que dela solicitou que agisse em seu nome, assumira a tarefa de tutelá-la das ofensas que ela venha a padecer no exercício ou por causa de suas funções. De outro lado, a turbação psicológica que poderá apossar-se do funcionário quando ofendido em suas funções ou em razão delas eventualmente alterará seu processo decisório, fazendo-o assumir decisões errôneas ou tornando sua ação hesitante ou incerta. Em suma, a ofensa à

¹⁹² NORONHA, Magalhães. *Direito Penal*. 4 vol. São Paulo: Saraiva, 1962. p. 317.

¹⁹³ BELTRÃO, Jorge. *Desacato, Resistência e Desobediência*. São Paulo: Juriscredi, 1971. p. 55-56.

honra do funcionário poderá acarretar dano ao bom andamento da Administração Pública. Por derradeiro, a ofensa ao funcionário atinge o prestígio da Administração Pública. E o prestígio é um dos elementos com os quais a Administração deverá contar se pretende operar com eficácia"¹⁹⁴

No Brasil, a questão afigura-se ainda mais sensível, na medida em que os crimes de desacato, em sua maioria, ocorrem em situações de abordagem policial, de prisão em flagrante, de cumprimento de mandato por oficial de justiça, de entreveros ocorridos em audiências públicas, ou seja, estão intimamente ligados ao exercício do serviço público por policiais e funcionários do Poder Judiciário¹⁹⁵.

Portanto, ao contrário de outros países em que se verificou a utilização do crime de desacato para cercear o direito de opinião de escritores e jornalistas, a justificar a condenação pela Corte Interamericana de Direitos Humanos¹⁹⁶, no Brasil tal crime tem se prestado a proteger o funcionário público que no exercício de suas funções ou em razão dela tenha sido atacado, desrespeitado ou humilhado, a fim de que possa exercer seu mister sem medo e sem que haja qualquer tipo de coação.

Neste ponto, destaca-se que a descriminalização do desacato afetaria sobremaneira a eficiência dos serviços prestados pelo Poder Judiciário, na medida em que seus funcionários, no cumprimento de ordens judiciais, muitas vezes têm de tomar medidas contrárias ao interesse do particular (ex. penhora de bens, apreensão de objetos, prisão de pessoas, etc.) e só o fazem porque protegidos pela legislação em vigor. E tal proteção, é bom que se diga, não é para a pessoa do funcionário público. No desacato, o bem jurídico não é a honra pessoal do servidor público, mas o respeito devido à função por ele desempenhada.

E nem se diga que haveria outras formas de se proteger o funcionário público, sendo desnecessária a criminalização do desacato.

¹⁹⁴ PAGLIARO, Antônio. Oltraggio a um pubblico ufficiale. *Enciclopédia giuridica*. v. 21, Roma, 1990. p. 2

¹⁹⁵ Neste sentido foi a conclusão do Ministro Rogério Schietti Cruz no julgamento do HC 379.269 ocorrido em 24.05.2017.

¹⁹⁶ Neste sentido, confira-se: CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso kimel vs. Argentina. Sentença de 2 de maio de 2008. Disponível em <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_177_esp.pdf> Acesso em 15.12.2018. No mesmo sentido, CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Palamara Iribarne Vs. Chile. Sentença de 22 de novembro de 2005. Disponível em <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_135_esp.pdf> Acesso em 15.12.2018.

Primeiro porque os crimes contra a honra praticados contra servidores, em razão de suas funções, são processados mediante ação pública condicionada, exigindo representação do funcionário público para a postulação de seu direito (art. 145, parágrafo único do Código Penal), ou mediante ação penal de iniciativa privada, conforme admitido pelo Supremo Tribunal Federal na súmula 714¹⁹⁷, exigindo, portanto, a contratação de advogado para a propositura de queixa-crime.

Segundo porque existem situações que não se encaixam na tipificação dos crimes contra a honra, ou seja, existem condutas e comportamentos que não se dirigem, necessariamente, contra a honra da pessoa e, portanto, que deixariam de ser punidos com a descriminalização do desacato. Como bem ilustrou o Ministro Rogério Schietti Cruz, no julgamento do *Habeas Corpus* nº 379.269, no caso de um oficial de justiça que, ao cumprir um mandado de intimação, é confrontado pelo destinatário, que pega aquele mandado e rasga, jogando-o no rosto do servidor público e esbravejando: “essa justiça para mim não vale nada! Eu não a respeito e não respeito você!”, verifica-se uma situação em que não há ofensa a ponto de configurar crime contra a honra subjetiva do servidor público, mas é evidente o ultraje à função pública. Tal ofensa não permite apenas a responsabilização cível do ofensor porque, em tal hipótese, o que está em risco é a própria autoridade e o bom andamento dos serviços prestados pelo Poder Judiciário, a justificarem a existência de mecanismos expeditos e eficazes para restaurar a ordem jurídica violada.

Como se pode observar, a descriminalização do desacato criaria um vazio legislativo, um desamparo normativo que poderia afetar diretamente a eficácia do exercício da função pública, sobretudo a eficiência dos serviços prestados pelo Poder Judiciário. O funcionário ficaria desestimulado e até mesmo acomodado, na medida em que, amedrontado ante a ausência de proteção para o exercício de sua função, poderia deixar de cumpri-la a contento. E, ainda que assim não fosse, o funcionário que, exercendo seu mister fosse atacado, ofendido e humilhado, poderia, sabendo da ausência de proteção específica, querer se vingar por outros meios. Não se pode perder de vista que o Direito Penal tem por pressuposto o monopólio do

¹⁹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula n. 714. É concorrente a legitimidade do ofendido, mediante queixa, e do Ministério Público, condicionada à representação do ofendido, para a ação penal por crime contra a honra de servidor público em razão do exercício de suas funções. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_701_800> Acesso em 13.12.2018.

poder punitivo pelo Estado, ou seja, sua existência evita a vingança privada. Nas palavras de Luigi Ferrajoli:

“Existe, entretanto, um outro tipo de objetivo, no qual o princípio da pena mínima pode ser comissurado: trata-se da prevenção, mas do que dos delitos, de um outro tipo de mal, antitético ao delito, que normalmente é negligenciado tanto pelas doutrinas justificacionistas como pelas abolicionistas. Este outro mal é a maior reação – informal, selvagem, espontânea, arbitrária, punitiva mas não penal – que, na ausência das penas, poderia advir da parte do ofendido ou de forças sociais ou institucionais solidárias a ele. É o impedimento deste mal, do qual seria vítima o réu, ou, pior ainda, pessoas solidárias ao mesmo, que representa, eu acredito, o segundo e fundamental objetivo justificante do direito penal. Quero dizer que a pena não serve apenas para prevenir os delitos injustos, mas, igualmente, as injustas punições”¹⁹⁸.

E completa o autor:

“(…) monopolizando a força, delimitando-lhe os pressupostos e as modalidades e precluindo-lhe o exercício arbitrário por parte dos sujeitos não autorizados, a proibição e a ameaça penal protegem os possíveis ofendidos contra os delitos, ao passo que o julgamento e a imposição da pena protegem, por mais paradoxal que pareça, os réus (e os inocentes suspeitos de sê-lo) contra as vinganças e outras reações mais severas”.

Portanto, a existência do crime de desacato possibilita o exercício das funções públicas, principalmente pelas polícias e por funcionários do Poder Judiciário, além de impedir a reação inadequada de agentes públicos em casos de ofensas que, se ainda assim ocorrer, será punida com o rigor da lei (nos termos da Lei de Abuso de Autoridade, por exemplo).

Neste ponto, aliás, deve-se destacar que os funcionários públicos, ao agirem nessa qualidade, possuem uma diversidade de deveres funcionais e responsabilidades que os oneram sobremodo em relação ao particular. Assim, a criminalização do desacato não se afigura simplesmente como a outorga de um direito a proteção de que não dispõem os demais integrantes da sociedade, mas sim de uma proteção à própria função pública e, secundariamente, daqueles que a exercem. Não se trata de um privilégio, mas sim de conferir tratamento desigual a situações desiguais.

¹⁹⁸ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*. Teoria do garantismo penal. Tradução coletiva. São Paulo: RT, 2002. p. 268.

CONCLUSÃO

Tratou a presente dissertação acerca do controle de convencionalidade e sua incidência em âmbito penal, especialmente no que tange ao delito de desacato.

Inicialmente, foi possível observar a evolução do tratamento dispensado aos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos pela doutrina e jurisprudência, destacando-se a atuação do Supremo Tribunal Federal principalmente no que tange a considerá-los, a partir de meados de 2008, como norma supralegal.

Com efeito, a partir da introdução, via emenda constitucional, do §3º ao artigo 5º da Constituição Federal, dispondo que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que fossem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, seriam equivalentes às emendas constitucionais, ficou evidente a importância dos tratados e convenções dessa natureza. Assim, quando aprovados de acordo com o processo legislativo especial previsto no dispositivo em comento, terão o *status* de norma constitucional.

A questão, entretanto, centrou-se naqueles tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que haviam sido internalizados antes da Emenda Constitucional 45/2004 e que, portanto, não seguiram o procedimento legislativo descrito no artigo 5º, §3º da Carta Magna. Se por um lado parecia óbvio que eles não possuíam *status* de norma constitucional, ante a ausência da formalidade relativa ao procedimento, por outro parecia equivocada atribuir-lhes apenas *status* de lei ordinária quando a própria Constituição outorgou a matéria por eles veiculada (direitos humanos) papel de destaque.

Diante desta celeuma, o Supremo Tribunal Federal, que já havia acenado ao Congresso Nacional a necessidade de disciplinar a matéria, viu-se compelido a solucionar a questão, ante a quantidade de casos relativos à prisão civil do depositário infiel que chegava à Corte. A prisão, embora admitida pela legislação ordinária, era vedada pela Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), internalizada pelo Brasil antes da Emenda Constitucional 45/2004.

Assim, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 349.703/RS, o Supremo Tribunal Federal, através do Pleno, reconheceu a natureza supralegal dos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que sejam internalizados sem seguir o rito especial previsto no §3º do artigo 5º da Carta Magna, conforme tese capitaneada pelo Ministro Gilmar Mendes.

A partir de então, passou-se a entender que os tratados e convenções de direitos humanos ratificados pelo Brasil sem seguir o rito de aprovação referente ao *quórum* qualificado de emenda seriam considerados normas supralegais, estando abaixo da Constituição Federal e acima das leis infraconstitucionais, numa posição intermediária.

O surgimento da norma supralegal acrescentou mais um degrau à pirâmide normativa e, em consequência, fez com que a doutrina questionasse como solucionar eventual conflito entre uma norma infraconstitucional e uma norma supralegal.

Diante disto, criou-se o chamado controle de convencionalidade, ou seja, um mecanismo de aferição da compatibilidade material das leis infraconstitucionais com os diplomas internacionais daquela natureza que lhe são superiores.

Logo, no ordenamento jurídico brasileiro, passou a ser possível o controle de constitucionalidade, cujo parâmetro são as normas integrantes do bloco de constitucionalidade (ADCT, normas constitucionais e tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos internalizados nos termos do art. 5º, §3º da CF); o controle de convencionalidade, cujo parâmetro são os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos internalizados sem observância ao rito estabelecido no artigo 5º, §3º da Constituição Federal (ex. Pacto de São José da Costa Rica) e o controle de legalidade, cujo parâmetro são as leis infraconstitucionais (aqui, analisa-se, por exemplo, a compatibilidade entre o decreto regulamentador e lei a ser regulamentada).

Quanto ao controle de convencionalidade, após uma análise minuciosa do Direito Penal, seja em âmbito internacional, seja internamente, com destaque para seus princípios fundamentais, foi possível concluir que, observados alguns limites (no caso, a prevalência dos princípios fundamentais) é possível sim o controle de convencionalidade em âmbito penal, mormente porque as normas penais são veiculadas por meio de leis ordinárias e, portanto, devem ser compatíveis com os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos

internalizados sem seguir o *quórum* qualificado de aprovação previsto no artigo 5º, §3º da Carta Magna.

E tanto é possível o controle de convencionalidade na seara penal que, conforme demonstrado neste trabalho, já vem sendo feito pelos juízes e tribunais brasileiros.

Ocorre que, da maneira como pensado pelo Excelso Pretório, o controle de convencionalidade apenas pode ser realizado de maneira difusa, o que tem gerado bastante insegurança jurídica, dado o surgimento de decisões absolutamente distintas para casos idênticos, como ocorreu com a conduta relativa ao desacato, ora considerado fato atípico, ora considerado crime.

Com efeito, deste a antiguidade o homem se preocupa em proteger os agentes públicos, a fim de que eles possam exercer regularmente suas funções. Inicialmente, segundo a tradição romana, punia-se mais gravemente as injúrias praticadas contra magistrados. Com o passar do tempo, a proteção estendeu-se a todas as espécies de funcionários públicos e, a partir da era da codificação, alguns países passaram a criminalizar a conduta em questão de maneira autônoma, surgindo, assim, o delito de desacato.

No Brasil, a preocupação com a função pública e com quem a exerce sempre existiu. Desde a colonização portuguesa, há no ordenamento especial proteção ao funcionário público. No entanto, foi o Código Penal de 1890 que recepcionou a figura autônoma do desacato que, desde então, permanece em vigor na legislação pátria, ainda que com algumas modificações (o Código de 1940 ampliou o tipo para possibilitar a punição daqueles que cometem desacato contra funcionário fora da função, mas em razão dela).

Não obstante, nos últimos anos a legitimidade da criminalização do desacato passou a ser questionada, principalmente porque a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), entidade integrante do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos, em informe anual, concluiu que as leis de desacato são incompatíveis com a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), incorporada pelo Brasil.

Após a análise dos argumentos esboçados pela CIDH e do posicionamento dos Tribunais Superiores do país, entretanto, foi possível perceber não só que o crime de desacato previsto no artigo 331 do Código Penal é compatível com a Convenção Americana, mas também que

sua descriminalização traria sérios impactos negativos para o exercício da função pública, mormente no âmbito das polícias e do Poder Judiciário.

Com efeito, verifica-se no informe apresentado pela CIDH que a incompatibilidade das leis de desacato com a Convenção Americana resultaria do fato de tais leis violarem o artigo 13 de tal convenção, o qual define o direito à liberdade de pensamento e de expressão. Não obstante, a partir de uma rápida leitura do inciso 2 do dispositivo mencionado¹⁹⁹, resulta evidente que é possível a criação de tipos penais que busquem proteger tanto a honra subjetiva da pessoa, quanto o respeito à ordem e a moral públicas, de que devem ser destinatários os serviços prestados pelo Estado ao público em geral. Em verdade, qualquer funcionário público, no exercício de sua função, merece essa proteção, não tanto por sua honra subjetiva, cuja proteção já encontra guarida nos crimes contra a honra, mas para garantir o respeito que se deve conferir àqueles que apresentam o Estado nos mais variados tipos de serviços que são prestados à sociedade.

Neste ponto, cumpre ressaltar a possibilidade de o Estado-parte chegar a conclusão distinta da CIDH, vez que referida Comissão, ao contrário da Corte Interamericana de Direitos Humanos, não possui natureza jurisdicional e suas decisões não têm caráter vinculante.

No caso do Brasil, aliás, impõe-se uma conclusão distinta daquela alcançada pela CIDH porque eventual descriminalização do desacato, aqui, traria sérios impactos à eficácia do exercício da função pública, mormente no que tange aos serviços prestados pelo Poder Judiciário.

Ao contrário dos países cujas legislações já foram analisadas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, porque condenações pelo crime de desacato eram utilizadas como forma de cercear o direito à liberdade de expressão de jornalistas e escritores, no Brasil, verifica-se a imputação e condenação pela prática do referido delito em situações de abordagem policial, cumprimento de mandados por oficiais de justiça e policiais, entreveros em audiências e

¹⁹⁹ 13. (...) 2. O exercício do direito previsto no inciso precedente não pode estar sujeito a censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente fixadas pela lei e ser necessárias para assegurar:
a. o respeito aos direitos ou à reputação das demais pessoas; ou
b. a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas (COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Convenção Americana de Direitos Humanos. Disponível em <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm> Acesso em 11.12.2018).

situações similares. A descriminalização do desacato, portanto, dificultaria sobremaneira a atuação desses funcionários públicos, afetando diretamente a eficácia dos serviços prestados.

De fato, sem a previsão do crime de desacato, a proteção à função pública e àquele que a exerce seria deficiente, na medida em que os funcionários públicos contariam apenas com a previsão dos delitos contra a honra, crimes que se processam mediante representação ou queixa crime (art. 145, parágrafo único do CP e Súmula 714 do STF) e cuja tipificação deixaria de abarcar diversas situações envolvendo o ultraje ao exercício da função que, passaria, então, a ficar impune.

Assim, percebe-se a importância do crime de desacato no ordenamento jurídico brasileiro, cuja previsão tem por fim a proteção à condição de funcionário público e, por via reflexa, a honra *lato sensu* da Administração Pública. O agente público, em razão dos rigorosos deveres a que está sujeito, submete-se a um regime de responsabilidades bastante gravoso, bem superior àquele imposto ao particular. Protegê-lo, portanto, enquanto está no exercício de suas funções, nada mais é do que conferir tratamento distinto a situações desiguais.

REFERÊNCIAS

ALVES, J. A. Lindgren. *A arquitetura internacional dos Direitos humanos*. São Paulo: FTD, 1997.

AMBOS, Kai. El Derecho Penal Internacional en la encrucijada: de la imposición *ad hoc* a un sistema universal basado en un tratado internacional. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, n. 38, v. 10, p. 141-174, 2010.

ANDREUCCI, Ricardo Antônio. Desacato. *Manual de Direito Penal*. Caderno especial: resumo de toda a matéria. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

AQUINO, José Carlos Xavier de. NALINI, José Renato. *Manual de Processo Penal*. 4 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

ASÚA, Luis Jiménez de. *Tratado de Derecho Penal*. Tomo II. Buenos Aires: Losada, 1950.

ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. Ano do STF: Judicialização, ativismo e legitimidade democrática. *Revista Consultor Jurídico*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica>.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Tradução de Guiodicini e Alessandro Berti Contessa. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

BELTRÃO, Jorge. *Desacato, Resistência e Desobediência*. São Paulo: Juriscredi, 1971.

BERNARDES, Juliano Taveira. FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. *Direito Constitucional*. Teoria da Constituição. Tomo I. 5 ed. rev, ampl e atual. Bahia, JusPODIVM, 2015.

_____. _____. Tomo II. 5 ed. rev, ampl e atual. Bahia, JusPODIVM, 2015.

BIBLIOTECA VIRTUAL DE DIREITOS HUMANOS DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO – USP: banco de dados. Disponível em <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade->

das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. Parte geral. 1 vol. 21 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. *Tratado de Direito Penal*. Parte especial: Crimes contra a Administração Pública e crimes praticados por prefeitos. 12 ed. rev. e atual. 5 vol. São Paulo: Saraiva, 2018.

BORGES, Felipe Dezorzi. Nova ótica do STJ sobre crime de desacato contraria Constituição e convenções. *Revista Consultor Jurídico*. 14 de outubro de 2017. São Paulo. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2017-out-14/felipe-borges-otica-stj-desacato-contraria-convencoes>>.

BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 18 de setembro de 1946). Artigo 141, §32º. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>.

_____. Decreto nº 592, de 06 de julho de 1992. Promulga o Pacto internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos, de 16 de setembro de 1966. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>.

_____. Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm>.

_____. Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890. Promulga o Código Penal. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/decreto/1851-1899/D847.htmimpresao.htm>.

_____. Decreto-lei nº 2848 de 07/12/1940/PE. Poder Executivo Federal (D.O.U. 08/12/1940). Exposição de motivos da parte especial do Código Penal. Disponível em <<https://www.diariodasleis.com.br/busca/exibelink.php?numlink=1-96-15-1940-12-07-2848-CP>>.

_____. Decreto-lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>.

_____. Decreto nº 4388, de 25 de setembro de 2002. Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, de 17 de julho de 1998. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4388.htm>.

_____. Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, de 30 de março de 2007. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm>.

_____. Decreto 7030 de 14 de dezembro de 2009. Promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969, com reserva aos Artigos 25 e 66. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm>.

_____. Lei 3071, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071impresao.htm>.

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

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. Informativo comentado: Informativo 888 do STF. *Dizer o Direito*. Disponível em <<https://dizerodireitodotnet.files.wordpress.com/2018/01/info-888-stf.pdf>>.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Informe anual de la comisión interamericana de derechos humanos 1994. Disponível em <https://www.cidh.oas.org/annualrep/94span/cap.V.htm#_ftn14>.

_____. Informe nº 22/94. Caso 11.012. Argentina. Solucion Amistosa. 20 de septiembre de 1994. Disponível em <<http://www.cidh.oas.org/annualrep/94span/cap.III.argentina11.012.htm>>.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Convenção Americana Sobre Direitos Humanos. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>.

CONDE, Francisco Muñoz. ARÁN, Mercedes García. *Derecho Penal*. Parte General. 8 ed. revisada y puesta al día. Valencia, España: Tirant lo Blanch, 2010.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Almonacid Arellano e outros Vs. Chile. Sentença de 26 de setembro de 2006. Disponível em <www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_por.doc>.

_____. Caso kimel vs. Argentina. Sentença de 2 de maio de 2008. Disponível em <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_177_esp.pdf>.

_____. Caso Palamara Iribarne Vs. Chile. Sentença de 22 de novembro de 2005. Disponível em <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_135_esp.pdf>.

Desacato não é crime, diz juiz em controle de convencionalidade. *Empório do Direito*, São Paulo, 21 março 2015. Disponível em <<https://emporiiododireito.com.br/leitura/desacato-nao-e-crime-diz-juiz-em-controle-de-convencionalidade>>.

EKLUND, Luis Alejandro Gutierrez, SANCHEZ, Ian Miranda, MOLINA, Carlos Andres Peredo, BALDIVIESO, Camila Calvi. Las Leyes de desacato y la difamación criminal en America Latina. *Revista Internacional de Derechos Humanos*. Mendoza, Argentina, n.6, p. 125/127, 2016.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*. Teoria do garantismo penal. Tradução coletiva. São Paulo: RT, 2002.

GOVERNO DO BRASIL. Atos Internacionais. Disponível em <<http://www.brasil.gov.br/governo/2012/05/atos-internacionais>>.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. 17 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015.

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. Arts. 250 a 361. IX vol. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

JUNQUEIRA, Gustavo. VANZOLINI, Patrícia. *Manual de Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 2013.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*. 9 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

_____. *O controle jurisdicional da convencionalidade das leis*. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. *Curso de direito internacional público*. Prefácio M. Franchini Netto à 1. ed., 12. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

_____. O §2º do artigo 5º da Constituição Federal. In: Torres, Ricardo Lobo (Org.). *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 25.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MEZZAROBA, Orides; MONTEIRO, Claudia Servilha. *Manual de Metodologia da Pesquisa no Direito*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 24 ed. atual. São Paulo: Atlas, 2009.

NAÇÕES UNIDAS. Brasil. *Declaração Universal dos Direitos Humanos das Nações Unidas*. Disponível em <<https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>>.

NORONHA, Magalhães. *Direito Penal*. 4 vol. São Paulo: Saraiva, 1962.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal: parte geral*. 7 ed. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

OLIVÉ, Juan Carlos Ferré. PAZ, Miguel Ángel Núñez. OLIVEIRA, William Terra de. BRITO, Alexis Couto de. *Direito Penal brasileiro: parte geral: princípios fundamentais e sistema*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

PAGLIARO, Antônio. Oltraggio a um pubblico ufficiale. *Enciclopédia giuridica*. v. 21, Roma, 1990.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 2 ed. São Paulo: Max Limonad, 1997.

_____. Reforma do judiciário e direitos humanos. In: TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora (Coord.). *Reforma do Judiciário analisada e comentada*, São Paulo: Método, 2005.

PRADO, Luís Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. 4 vol. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

RAMOS, Beatriz Drague. Por que descriminalizar o desacato? *Carta Capital*. Disponível em: <<http://www.cartacapital.com.br/sociedade/por-que-descriminalizar-o-desacato>>.

REZEK, Francisco. A Internacionalização da Justiça Penal. In. ENCONTRO NACIONAL DOS JUÍZES FEDERAIS, 17, 2001, Brasília. *Anais do 17º Encontro Nacional de Juízes Federais*. Desafios Contemporâneos ao Estado Democrático. Brasília: Ajufe, 2001.

RIPOLLÉS, Antonio Quintano. *Tratado de Derecho Penal Internacional e Internacional Penal*. 1 vol. Madrid: Instituto Francisco de Vitoria, 1955.

ROXIN, Claus. *Derecho Penal*. Parte General. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito. Tomo I. Madrid: Thomson Civitas, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang, Controle de Convencionalidade dos Tratados Internacionais. Direitos Fundamentais. *Revista Consultor Jurídico*, abril. 2015. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2015-abr-10/direitos-fundamentais-controle-convencionalidade-tratados-internacionais>>.

_____. Integração dos tratados de Direitos Humanos no ordenamento jurídico. Direitos Fundamentais. *Revista Consultor Jurídico*, março. 2015. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2015-mar-27/direitos-fundamentais-integracao-tratados-direitos-humanos-ordenamento-juridico>>.

SILVA, Alexandre Pereira da. Direito Internacional Penal (Direito Penal Internacional?): Breve ensaio sobre a relevância e transnacionalidade da disciplina. *Revista da Faculdade de Direito*, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, n. 62, p. 55-83, jan./jun. 2013. Disponível em <<http://www.direito.ufmg.br/index.php/revista/article/download>>.

SILVEIRA, Vladmir Oliveira da Silveira; Meyer-PFLUG, S. R. O Estado Constitucional cooperativo e a prisão do depositário infiel: a evolução jurisprudencial do STF. In: Narciso Leandro Xavier Baez; Rogério Luiz Nery da Silva; Guido Smorto. (Org.). *Os desafios dos direitos humanos fundamentais na América Latina e na Europa*. Joaçaba/SC: Editora Unoesc, 2012.

SILVEIRA, Vladmir Oliveira da Silveira; Meyer-PFLUG, S. R.. A decisão do STF na ADPF 153 (Lei de Anistia). *Revista de Direito Brasileira*, v. 3, n. 2, 2012. Disponível em <<https://www.indexlaw.org/index.php/rdb/article/view/2672/2566>>.

SOLER, Sebastian. *Derecho Penal Argentino*. Buenos Aires: TEA, 1951.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA: banco de jurisprudência. Disponível em <www.stj.jus.br>.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: banco de jurisprudência. Disponível em <www.stf.jus.br>.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PARANÁ: banco de jurisprudência. Disponível em <www.tjpr.jus.br>.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO: banco de jurisprudência. Disponível em <www.tjsp.jus.br>.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl, PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro*. 1 vol. 9 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

ZAMPIER, Débora. *Audiências de custódia chegam a 550 mil registros em todo território nacional*. Conselho Nacional de Justiça, Brasília, 30 de outubro de 2019. Disponível em <<https://www.cnj.jus.br/audiencias-de-custodia-chegam-a-550-mil-registros-em-todo-o-pais/>>.