III JORNADA INTERAMERICANA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E I SEMINÁRIO NACIONAL DA REDE BRASILEIRA DE PESQUISA EM DIREITOS FUNDAMENTAIS | RBPDF

DIREITOS FUNDAMENTAIS EM DEBATE

COMISSÃO CIENTÍFICA
Profa. Dra. Ana Cândida da Cunha Ferraz (UNIFIEO)
Prof. Dr. Carlos Luiz Strapazzon (UNOESC)
Prof. Dr. Cesar Landa (PUC, Lima – Peru)
Prof. Dr. Cezar Bueno de Lima (PPGDH/PUCPR)
Prof. Dr. Eduardo Biacchi Gomes (UNIBRASIL)
Profa. Dra. Elda Coelho de Azevedo Bussinger (FDV)
Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu (Unifor)
Prof. Dr. Gonzalo Aguillar (Universidade de Talca - Chile)
Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet (PUCRS)
Prof. Dr. Luis Henrique Braga Madalena (ABDCONST)
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva (UFS)
Profa. Dra. Margareth Anne Leister (UNIFIEO)
Profa. Dra. Mônia Clarissa Hennig Leal (UNISC)
Prof. Dr. Narciso Leandro Xavier Baez (UNOESC)
Prof. Dr. Pedro Paulino Grandez Castro (PUC, Lima – Peru)
Prof. Dr. Rubens Beçak (USP-Ribeirão Preto-SP)
Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira (PUCSP)

UNIVERSIDADES E INSTITUIÇÕES PARTICIPANTES
ABDCONST | Academia Brasileira de Direito Constitucional, Curitiba, PR
CONPEDI – Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito - Brasil
FDV | Faculdade de Direito de Vitória, ES, Brasil
IDP | Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília, DF, Brasil
PUCP | Universidade Católica do Perú, Lima, Perú
PUCPR | Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, PR, Brasil
PUCRS | Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, Brasil
RBPDF | Rede Brasileira de Pesquisa em Direitos Fundamentais
Rede Interamericana de Pesquisa em Direitos Fundamentais
UEXTERNADO | Universidade Externado, Colômbia
UFMS | Universidade Federal do Mato Grosso do Sul, Campo Grande, MS, Brasil
UFMT | Universidade Federal do Mato Grosso, Cuiabá, MT, Brasil
UFS |Universidade Federal de Sergipe, Aracaju, SE, Brasil
UNIBRASIL-PR |Centro Universitário Autônomo do Brasil, Curitiba, PR, Brasil
UNIFIEO | Centro Universitário FIEO – São Paulo, SP, Brasil
UNIFOR | Universidade de Fortaleza, Fortaleza, CE, Brasil
UNISC | Universidade de Santa Cruz do Sul, Santa Cruz do Sul, RS, Brasil
UNINOVE | Universidade Nove de Julho, SP, Brasil
UNOESC | Universidade do Oeste de Santa Catarina, Chapecó, SC, Brasil
UPF | Universidade de Passo Fundo, RS, Brasil
USP | Universidade de São Paulo - Ribeirão Preto, SP, Brasil
UTALCA | Universidade de Talca, Chile

D598
Direitos Fundamentais em Debate [Recurso eletrônico on-line] organização Rede Brasileira de Pesquisa em Direitos Fundamentais;

Coordenadores: Ana Cândida da Cunha Ferraz, Eduardo Biacchi Gomes, Gina Vidal Marcilio Pompeu – São Paulo: RBPDF, 2017.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-385-6
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

1. Direito – Estudo e ensino (Graduação e Pós-graduação) – Brasil – Congressos internacionais. 2. Direitos humanos. 3. Direitos fundamentais. 4. Jurisdição constitucional. 5. Direitos Civis. 6. Direitos políticos. 7. Direitos sociais. 8. Direitos econômicos. 9. Direitos culturais. I. III Jornada Interamericana de Direitos Fundamentais e I Seminário Nacional da Rede Brasileira de Pesquisa em Direitos Fundamentais (1:2016 : São Paulo, SP).

CDU: 34

Rede Brasileira de Pesquisa em Direitos Fundamentais

III JORNADA INTERAMERICANA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E I SEMINÁRIO NACIONAL DA REDE BRASILEIRA DE PESQUISA EM DIREITOS FUNDAMENTAIS | RBPDF

DIREITOS FUNDAMENTAIS EM DEBATE

Apresentação

APRESENTAÇÃO

O livro direitos fundamentais em debate, é fruto da III Jornada Interamericana de Direitos Fundamentais e I Jornada Brasileira do Seminário da Rede Brasileira de Pesquisa em Direitos Fundamentais, realizado entre os dias 26 a 28 de outubro do ano de 2016, na cidade de São Paulo, contou com a apresentação de artigos científicos nos Grupos de Trabalho Temáticos que analisaram os mais relevantes temas correlatos e conexos aos direitos fundamentais.

Os trabalhos foram avaliados pela Comissão Científica do Seminário, mediante o processo da dupla avaliação cega por pares, de forma a atender aos critérios Qualis Eventos da CAPES. Na presente publicação, foram selecionados os melhores trabalhos apresentados e que foram criteriosamente selecionados.

Conforme pode ser verificado, os resultados disponibilizados na publicação resultam de temais mais importantes da a Rede Brasileira da Pesquisa em Direitos Fundamentais e da Rede Latino Americana de Pesquisa em Direitos Fundamentais. Naturalmente, como se trata da primeira publicação, existe uma tendência de que as pesquisas venham a se consolidar e que para o próximo Seminário, os resultados possam trazer elementos mais concretos de análise, inclusive em relação ao aumento do fator de impacto dos trabalhos.

Vale destacar que os temas ligados aos direitos fundamentais, direitos sociais, acesso à justiça, tanto no plano interno como internacional, cada vez estão mais presentes em nossa sociedade, principalmente quando vivemos em tempos de reduções e de limitações dos direitos sociais e fundamentais.

Naturalmente debater os temas mais importantes que estão na pauta nacional e mundial são de extrema relevância para que possamos buscar dialogar, cada vez mais, com os meios acadêmicos e produtivo, englobando a própria sociedade civil.

Portanto, os resultados aqui publicados, demonstram parte das pesquisas realizadas dentro da Rede Brasileira de Pesquisa em Direitos Fundamentais e que pretende-se consolidar, cada vez mais, como um espaço de referência e de debate sobre os mais importantes temas que ocupam as agendas nacional e internacional.

São Paulo, 15 de novembro de 2016.

Profa. Dra. Ana Cândida da Cunha Ferraz

Prof. Dr. Eduardo Biacchi Gomes

Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu

O DIREITO À LIBERDADE DE PENSAMENTO E DE EXPRESSÃO E SUAS RESTRIÇÕES NO DIREITO PENAL: UM ESTUDO COMPARADO ENTRE BRASIL E OUTROS ESTADOS LATINOAMERICANOS

THE RIGHT TO FREEDOM OF THOUGHT AND EXPRESSION AND RESTRICTIONS OF CRIMINAL LAW: A COMPARATIVE STUDY BETWEEN BRAZIL AND OTHER LATIN AMERICAN STATES

Ane Elise Brandalise Gonçalves
Eduardo Biacchi Gomes

Resumo

À luz de uma sociedade constitucional democrática do Brasil, o estudo visa verificar o relacionamento entre o direito à liberdade de pensamento e de expressão com suas restrições ilustradas no âmbito criminal. Observando-se que a restrição à liberdade de expressão de forma indevida não é exclusividade do Brasil, realiza-se um estudo comparado. A hipótese ora apresentada é a de que a liberdade de pensamentos e de expressão ainda carece de avanços, mormente quando se discute democracia. O trabalho possui o método teórico-dedutivo, de pesquisa qualitativa, com procedimento de consultas bibliográficas bem como o uso do tripé jurídico "legislação-doutrina-jurisprudência".

Palavras-chave: Liberdade de pensamento e de expressão, Direito penal, Sistema interamericano de proteção aos direitos humanos

Abstract/Resumen/Résumé

Inside of a Brazilian constitutional and democratic approach, this paper intends to study the relationship between the right of freedom of thought and expression and the Criminal Law. Noting that the improperly restriction on freedom of speech is not only unique in Brazil, it holds a comparative study. The hypothesis presented here is that the freedom of thought and expression needs more attention, especially in the democracy discussions. The paper has the theoretical -deductive method, qualitative research, with procedure of bibliographical consultation and the use of legal tripod "law - doctrine – jurisprudence".

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Freedom of thought and expression, Criminal law, Inter-american system of human rights

Sumário: *(1) Introdução; (2) Aporte teórico acerca do direito à liberdade de pensamento e de expressão; (3) Breves noções acerca do uso do Direito Penal como restrição ao direito à liberdade de pensamento e de expressão (4) O embate entre o direito à liberdade de pensamento e de expressão e o Direito Penal na América Latina; (5) Considerações Finais; Referências.*

1. INTRODUÇÃO

À luz de uma sociedade constitucional democrática do Brasil hodierno, sempre na procura de uma tessitura voltada a todos os cidadãos, o presente estudo visa verificar o relacionamento entre o direito à liberdade de pensamento e de expressão, garantido na esfera constitucional brasileira e também em tratados internacionais que integram o ordenamento jurídico interno, com as variadas formas de criminalização de tal liberdade (a exemplo do crime de desacato e de casos de crimes contra a honra – calúnia, difamação e injúria), até hoje presente em legislações como o Código Penal e Código Penal Militar.

Para tanto, observando-se que a restrição à liberdade de pensamento e de expressão de forma indevida não é exclusividade em *terrae brasilis*, realiza-se um estudo comparado entre a situação brasileira com Estados latinoamericanos com experiências muito próximas e que chegaram em sede de discussão por parte do sistema interamericano de proteção aos direitos humanos, notadamente aqui ilustrado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos e Corte Interamericana (espécie de Tribunal Internacional com funções contenciosas e consultivas).

Mais especificamente, em um primeiro momento procura-se elucidar o que se trata do direito à liberdade de pensamento e de expressão, com base na literatura e filosofia jurídica bem como no tripé jurídico "legislação-doutrina-jurisprudência". Apesar do tema ser bastante discutido desde há muito tempo e acompanhar todo um estudo sobre a democracia, o enfoque escolhido foi a análise contemporânea sobre a liberdade de pensamento e de expressão, aqui entendida em sua forma plena e alargada.

No ponto, apesar de no Brasil a liberdade de pensamento e de expressão encontrar ligação com uma série de crimes, colocando em xeque uma gama de problemáticas diversas, parece que por uma série de fatores, estes acabam por ser

olvidado (propositalmente ou não) da discussão da academia e até mesmo das instituições estatais do Brasil.

Assim sendo, dado o aporte teórico acerca da liberdade de pensamento e de expressão, o presente *paper* tece breves noções sobre as principais leis penais existentes no Brasil, sob uma perspectiva não apenas constitucional-legalista, mas como também numa visão sempre correlacionada à filosofia jurídica.

Ultrapassado tais pressupostos inerentes ao trabalho, procura-se realizar um estudo comparativo sobre as formas de restrição à liberdade de pensamento e de expressão em estados latinoamericanos, com enfoque para casos envolvendo o Direito Penal. Os casos tomados como base são situações que impeliram discussão por parte do sistema interamericano de proteção aos direitos humanos, do qual o Brasil também faz parte.

Em realidade, o presente *paper* visa questionar o tratamento brasileiro dado à liberdade de pensamento e de expressão e de pensamento, uma vez que há arestas no ordenamento jurídico interno e que instituições centrais nem sempre parecem dar a resposta que se espera. Assim, por exemplo, o delito de desacato, inscrito tanto no Código Penal e Código Penal Militar brasileiros, é uma dessas arestas, em que pese a aplicação cotidiana por parte do Poder Judiciário. Contudo, um olhar mais acurado a situações parecidas vivenciadas em estados vizinhos podem auxiliar o Brasil a traçar as respostas
esperadas por uma sociedade que se pretenda democrática. Por isso mesmo, aqui se concentra a justificativa do presente trabalho.

A hipótese ora apresentada, que não é causal mas se pretende ver comprovada por meio desse *paper*, é a de que a liberdade de pensamento e de expressão deve ser mais discutida, seja na esfera penal ou mesmo na seara penal castrense, sob pena de futura responsabilização internacional, uma vez que há diversos casos no Direito Penal que se mostram como restrições indevida ao direito à liberdade de pensamento e de expressão.

O trabalho possui o método teórico-dedutivo, de pesquisa qualitativa. O procedimento aplicado foi o de consultas bibliográficas que não apenas circunscritas à área do Direito, bem como o uso do tripé jurídico "legislação-doutrina-jurisprudência". Apesar do presente trabalho utilizar-se de uma linguagem precipuamente normativa procurou-se realizar a análise proposta de forma interdisciplinar. Outrossim, procurou-

se conciliar o trabalho em dois níveis interligados tanto no plano teórico quanto no estudo comparativo, o interno e internacional.

2. APORTE TEÓRICO ACERCA DO DIREITO À LIBERDADE DE PENSAMENTO E DE EXPRESSÃO

Longe de adentrar em todas as raízes históricas do direito à liberdade de pensamento e de expressão e da própria significação do conteúdo jurídico de tal direito, cumpre ressaltar apenas alguns pontos essenciais para compreensão do atual status do direito à liberdade de pensamento e de expressão, assunto tal perene de discussões das mais variadas tessituras (filosóficas, jurídicas, políticas, sociológicas, etc.).

No ponto, note-se aqui que o presente *paper* vale-se do termo "liberdade de pensamento e de expressão" em seu sentido amplo e conforme a nomenclatura que lhe é conferida pela Convenção Americana de Direitos Humanos, em seu artigo 13 e segundo a qual "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"[1].

De forma geral, em relação às suas origens como comumente propaladas, tem-se que o direito à liberdade de expressão adveio do Direito Inglês (English Law), por meio do English Bill of Rights (1689), como um direito, fornecido pelo soberano (no caso pela rainha Maria II e pelo rei Guilherme de Orange), por força do Parlamento Inglês, aos cidadãos britânicos em poder manifestar-se livremente sobre o governo.

Nesse contexto, tal direito seria de tez negativa, como um limite ao poder do Estado, ideia tal que se propalou ao longo do tempo ou, posteriormente, como um direito que impõe ao Estado ser neutro, para não ser um empecilho aos objetivos de cada indivíduo em sua perseguição do bem[2]. Tais ideias eram (e são) tão fortes que, por exemplo, lembra Daniel Sarmento que na experiência norteamericana a jurisprudência local entende que até manifestações mais chocantes, como aquelas abusivas de racismo

---

[1] ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). *Convenção Americana de Direitos Humanos*. 22 nov 1969. Disponível em: <http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 18 ago 2016.
[2] Nesse sentido: RAWLS, J. Uma teoria da justiça. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

(ilustradas especialmente pelo movimento do Ku Klux Klan), são protegidas pela liberdade de expressão[3].

De todo modo, o direito à liberdade de pensamento e de expressão é hoje reconhecido como uma *conditio sine qua non* do Estado Constitucional e Humanista do Direito, compondo o "standard democrático" sem o qual seu pleno desenvolvimento não se realiza[4].

Assim, o direito à liberdade de pensamento e de expressão posteriormente tem ido mais além, com a ideia maior de participação do Estado, assim como com a ideia de que o direito da liberdade de pensamento e de expressão, no plano prático, pode sofrer restrições indevidas não apenas por parte do aparato estatal, tal como propalado pelos liberais clássicos, mas como também por outros agentes particulares[5].

Inseridos nesse plano importantes atores estatais e sociais[6], dentre os quais o Poder Judiciário é talvez hoje o maior exemplo, se sobressaem nessa atividade de mantenança e fomento do direito à liberdade de pensamento e de expressão. Inclusive, para Dworkin questões fundamentais envolvendo o direito à liberdade de pensamento e de expressão e possíveis restrições seria melhor resolvidas pelos juízes[7], ao passo que para autores como John Hart Ely, não cabe ao Poder Judiciário a discussão de opções institucionais feitas pelos demais Poderes[8].

Sem embargos de entendimentos contrários, entende-se aqui, vislumbrando a experiência brasileira, que o Poder Judiciário guarda cada vez maior importância na discussão de questões envolvendo a liberdade de pensamento e de expressão e de parâmetros para limites tanto ao direito em si quanto às restrições a ele impostas.

---

[3] SARMENTO, D. Liberdade de Expressão, pluralismo e o papel promocional do Estado. *Revista Diálogo Jurídico.* Nº 16. Bahia: Brasil, 2007, p. 04.

[4] GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Comentários à convenção americana de direitos humanos:* pacto de San José da Costa Rica - 4.ed. rev., atual.e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 176.

[5] MICHELMAN, F. I. *Brennan and democracy.* Princenton: Princenton University Press, 1999, p. 65.

[6] Como ator pode-se compreender "(...) alguém que representa, que encarna um papel dentro de um enredo, de uma trama de relações. Um determinado indivíduo é um ator social quando ele representa algo para a sociedade (para o grupo, a classe, o país), encarna uma ideia, uma reivindicação, um projeto, uma promessa, uma denúncia. Uma classe social, uma categoria social, um grupo podem ser atores sociais. Mas a ideia de "ator" não se limita somente a pessoas ou grupos sociais, instituições também podem ser atores sociais: um sindicato, partidos políticos, jornais, rádios, emissoras de televisão, igrejas etc.". *In:* SOUZA, Herbert. *Como se faz análise de conjuntura.* 11ª. ed. Petrópolis: Vozes, 1991, p. 54. No mais, durante o trabalho, ao mencionar "ator social" compreenda-se todo ator que não seja o Estado nem organizações intergovernamentais (criadas pelos Estados). Afora a categoria de atores sociais será mencionado atores estatais.

[7] DWORKIN, R. *A justiça de toga.* São Paulo: Martins Fontes, 2010.

[8] ELY, J.H. *Democracia e desconfiança:* uma teoria do controle judicial de constitucionalidade. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

Outrossim, conforme ver-se-á mais adiante, as experiências da Argentina e do Chile também contaram com a participação do Poder Judiciário como importantes para fornecer a resposta esperada pela sociedade.

No ponto, para discutir a liberdade de pensamento e de expressão, mormente em dias atuais (tanto no Brasil quanto mundo afora), faz-se imprescindível que tais atores sociais e estatais estejam cientes que o dissenso, o antagonismo, o embate, podem ser úteis à uma construção própria da democracia de cada sociedade, conforme propugna Chantal Mouffe[9], transformando tais atores em verdadeiros agentes de mudança.

No Brasil, a liberdade de pensamento e de expressão é garantida por força da Constituição da República Federativa de 1988, por meio dos art. 1º, art. 5º, IV, VIII e IX, bem como art. 220. Além disso, encontra previsão e garantia no art. 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos, a qual também é integrante do ordenamento jurídico brasileiro.

Da leitura de tais documentos, é possível observar que tais direitos não são absolutos, mas possuem limites estabelecidos por lei, a exemplo maior da "proibição de 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" (art. 13, item 5 da Convenção Americana de Direitos Humanos).

Contudo, as próprias restrições a direitos como o da liberdade de expressão e de pensamento também possuem limites a serem observados, que podem ser localizados, no Brasil, na própria Constituição da República Federativa de 1988 e na Convenção Americana de Direitos Humanos. No ponto, inserido o Brasil nesse viés constitucionalista que se irradia por todos os ramos jurídicos e que consagra importantes direitos fundamentais como o da liberdade de expressão, passa-se a questionar o cabimento da criminalização de determinados delitos, a exemplo maior do desacato.

Por isso mesmo, o *paper* procura elucidar algumas formas de se criminalizar a liberdade em questão. Após, passa-se ao estudo comparativo, verificando o tratamento para com a criminalização de desacato e para com restrições como o direito à liberdade de pensamento e de expressão e por parte de Estados próximos ao Brasil, com destaque para o estudo da experiência da Argentina e do Chile.

---

[9] MOUFFE, C. *O regresso do político.* Lisboa: Gradiva, 1996.

3. BREVES NOÇÕES ACERCA DO USO DO DIREITO PENAL COMO RESTRIÇÃO AO DIREITO À LIBERDADE DE PENSAMENTO E DE EXPRESSÃO

O direito à liberdade de pensamento e de expressão pode encontrar diversas formas de restrição no Direito Penal. A título exemplificativo, segundo a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (cujos estudos serão adiante aprofundados), em 1999 mais de 16 Estados contavam, à época, com legislações que criminalizavam o desacato[10], sendo que hodiernamente muitos Estados acabaram por retirar o delito dentro de seus ordenamentos jurídicos, mormente devido ao necessário diálogo entre direito interno e direito internacional.

No ponto, no Brasil a figura do desacato ainda continua na legislação doméstica, sendo criminalizada sobretudo por meio do Direito Penal, através da tipificação do crime no artigo 331 do Código Penal (Decreto-lei nº 2.848/40)[11] e Direito Penal Militar, nos artigos 298,299,300 e 341 do Código Penal Militar (Decreto-lei nº 1.001/69)[12].

Por ser um delito que se perfaz por meio de palavras, gestos, agressões, vaias e quaisquer atos ofensivos, o crime de desacato não exige comprovação de materialidade, sendo conhecido como exemplo de um "delito de fato transeunte"[13], e é considerado um tipo aberto, apto a abranger variadas condutas, o que é alvo de críticas[14].

Outrossim, pode-se perceber que ao longo do trabalho se destacam situações não apenas circunscritas ao tipo penal de desacato, mas como também situações que poder-

---

[10] Ainda com base nos ditames do sistema interamericano de direitos humanos, compreenda-se aqui por leis de desacato como "uma classe de legislação que penaliza a expressão que ofende, insulta ou ameaça um funcionário público no desempenho de suas funções oficiais". *In*: ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1994.* Washington D.C.: Organización de los Estados Americanos, 1995

[11] "Art. 331 - Desacatar funcionário público no exercício da função ou em razão dela: Pena - detenção, de seis meses a dois anos, ou multa". *In*: BRASIL. *Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Código Penal. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1940.

[12] "Art. 298. Desacatar superior, ofendendo-lhe a dignidade ou o decôro, ou procurando deprimir-lhe a autoridade: Pena - reclusão, até quatro anos, se o fato não constitui crime mais grave. Parágrafo único. A pena é agravada, se o superior é oficial general ou comandante da unidade a que pertence o agente. Art. 299. Desacatar militar no exercício de função de natureza militar ou em razão dela: Pena - detenção, de seis meses a dois anos, se o fato não constitui outro crime. Art. 300. Desacatar assemelhado ou funcionário civil no exercício de função ou em razão dela, em lugar sujeito à administração militar: Pena - detenção, de seis meses a dois anos, se o fato não constitui outro crime". *In:* BRASIL. *Decreto-lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969.* Código Penal Militar. Brasília: Presidência da República, 1969.

[13] CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal*, volume 1, parte geral (arts. 1º a 120). 5. ed..São Paulo: Saraiva, 2011, p. 293.

[14] CALHAU, Lélio Braga. Crítica garantista à criminalização do desacato. *Boletim do Instituto de Ciências Penais*, v. 3, nº 52, p. 5-7, 2004, p. 05. Disponível em: <http://www.icp.org.br/project/assets/ckfinder/files/n%C2%B0%2052.PDF>. Acesso em: 02 mai 2016.

se-iam se enquadrar em outros tipos penais largamente utilizados, como delitos contra a honra (calúnia, difamação, injúria), delitos especiais contidos na esfera castrense, etc.

Assim, para além do viés legalista e constitucional inerente ao Direito Penal atual, a problemática da criminalização de determinadas condutas, seja na esfera penal ou mesmo na seara castrense, encontra terreno fértil na relação Estado *versus* população, eis que se mostra como mais uma forma de restrição à liberdade de pensamento e de expressão e correlata repressão à toda e qualquer manifestação de pensamentos e opiniões que contrariem o Estado, invertendo-se a premissa de que "os Estados existem para os seres humanos e não vice-versa"[15].

Diante de tal estruturação jurídica e social existente, observa-se que atores como a polícia (sobretudo)[16], o juiz, o agente de atendimento de Unidade de Saúde, ou qualquer outro funcionário público parecem ser a fundamentação maior de autoridade sobre a população, o particular.

Contudo, a atual conjuntura impõe questionar a razão de ser da imanência de determinados crimes até os dias atuais, no qual se vive sob um cariz de sociedade democrática no Brasil, o que pode ser alçado por meio da leitura dos ditames da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, uma vez que o que se tutela deverá ser demonstrado por um indicador constitucional[17].

Com efeito, ao longo da história mundial encontra-se casos emblemáticos da luta contra as regras impostas pelo Estado. Nessa contextualização entre o mundo do dever-ser e o mundo do ser, pode-se aqui aplicar um simples exercício, na mesma linha que Dworkin aplica para se falar na questão moral de cada juiz[18], levando aqui em consideração o caráter estigmatizador de um processo penal, independentemente de haver condenação judicial ou não, no qual o leitor se coloca no lugar do outro e se questiona como se sentiria se ocorresse tais situações em que se é visto como infrator contra o Estado.

---

[15] TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Direito internacional das organizações internacionais* – 5. ed. rev. atual e ampl. – Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. XI.

[16] BOTH, L. G.; GONÇALVES, A. E. B.. O CRIME DE DESACATO E SUA CORRELAÇÃO COM A ATITUDE REPRESSIVA ESTATAL: INCONSTITUCIONALIDADE DO DESACATO E O PORVIR, a ser publicado.

[17] Dessa forma, o presente *paper* filia-se à ideia de que o Direito Penal deve ser visto de forma holística, de forma que a tipicidade em questão há de ser tomada de forma conglobante – conforme famosa expressão conferida por Zaffaroni, ou seja, numa perspectiva em conformidade não apenas com o Código Penal e legislações penais extravagantes, mas como também à Constituição da República Brasileira e ao sistema jurídico como um todo.

[18] DWORKIN, R. *A justiça de toga.* São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 116.

Nesse sentido, imagine-se a situação em que Martin Luther King e outros desobedeceram à ordem judicial que proibia a realização de um protesto social e que culminou na prisão por crime de desobediência dos manifestantes[19].

Não é preciso remeter a lembranças tão longínquas na história. Relembre-se aqui a situação brasileira dos protestos ocorridos em 29 de abril de 2015 e mundialmente divulgados, de caso de mobilização social, ou seja, "ações coletivas e comunicativas, colocando em questão as instituições políticas e demonstrando a indignação brasileira"[20], que foram violentamente rechaçados pelo Governo do Paraná e cujos manifestantes, em certo número, foram enquadrados, no momento da ocorrência do fato, no cometimento de crimes como o de desacato e o de resistência, respondendo a investigações criminais e enfrentando o Judiciário Brasileiro[21].

Na mesma toada, sobre as formas de criminalização e restrição da liberdade de pensamento e de expressão na esfera militar cabe citar o recente fato sobre o soldado fuzileiro naval que ao dar declarações à determinada emissora televisiva, em programa jornalístico, e mencionado que a Marinha estaria utilizando um caminhão pipa de forma indevida (para limpar calçadas e pisos), teria sido denunciado pelo Ministério Público Militar, por conta do cometimento do delito de ofensa às forças armadas, previsto no art. 219 do CPM[22].

Inclusive, ao analisar Estados vizinhos do Brasil, pode-se reparar que foram variados os casos que chegaram em sede de comissão e de corte interamericana de direitos humanos versando sobre a criminalização de condutas como desacato e que culminaram, ao fim, na retirada do ordenamento jurídico do referido delito. É o que será vislumbrado no tópico seguinte e que poderá auxiliar o Brasil para efeitos de se evitar uma possível responsabilização internacional futura.

---

[19] MICHELMAN, F. I. *Brennan and democracy.* Princenton: Princenton University Press, 1999, p. 45.

[20] CASTELLS, Manuel. *Redes de indignação e esperança:* movimentos sociais na era da internet. Trad. Carlos Alberto Medeiros, Rio de Janeiro: Zahar, 2013, posfácio do autor sobre o Brasil.

[21] Mais especificamente, dois casos tramitaram no Juizado Especial Criminal da região de Curitiba, sob a numeração de Autos nº 0013246-59.2015.8.16.018 (caso 1) e Autos nº 0013247-44.2015.8.16.0182 (caso 2). Apenas um deles, o caso 2, envolveu o delito de desacato, sendo que nesta situação o juízo, bem como propugnou o Ministério Público Estadual, entendeu pelo arquivamento do feito por conta da atipicidade.

[22] Nesse sentido, vide: ESTADÃO. Tribunal absolve fuzileiro que denunciou uso de caminhão pipa da Marinha para lavar calçada: Ministro do Superior Tribunal Militar destaca que 'não bastam críticas por este ou por aquele fato' para consumar ofensa ou abalar o crédito das Forças Armadas. *Jornal Estadão*, reportagem de 30 ago 2016. Disponível em: <http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/tribunal-absolve-fuzileiro-que-denunciou-uso-de-caminhao-pipa-da-marinha-para-lavar-calcada/>. Acesso em: 04 set 2016. Aproveite-se a ocasião para colacionar especiais agradecimentos ao professor de Direito Penal Militar Jorge César de Assis, que comentou sobre a reportagem e enviou-me para enriquecer os debates sobre liberdade de expressão.

Sem considerar a tipificação penal e suas nomenclaturas específicas para cada crime, analisando o tema de forma macroscópica, tem-se que o assunto da resistência, e da desobediência (civil, sobretudo) é bastante estudado e considerado um clássico dos temas doutrinários, mas ainda remanescente como atual na análise da relação entre Estado e indivíduos na teoria e práxis jurídica[23].

Nesse diapasão, o que se observa é que a liberdade de pensamento e de expressão sofre ao longo de todo globo, e sobretudo em épocas de repressão política (como períodos ditatoriais), restrições a seu exercício, de modo maior ou menor e cujo tratamento jurídico não se mostra o mais adequado em uma sociedade que se pretenda democrática, uma vez que o direito à liberdade de pensamento e de expressão não apenas auxilia o próprio indivíduo, mas como também possui uma dimensão social plenamente válida, se mostrando favorável até mesmo à própria construção do Estado[24].

De fato, a democracia é um objetivo à sociedade que não se mostra nem um pouco fácil e, quiçá, inalcançável, mormente em uma sociedade plural. É como se não se pudesse dizer em sociedade democrática, mas, ao revés, em uma poliarquia no melhor dos casos, conforme poderia opinar Robert Dahl[25]. Ainda assim, de uma noção de democracia mínima, de tez liberal[26], até uma noção maximalista do que seria democracia[27], a garantia à direitos como o da liberdade de pensamento e de expressão está presente em todos os casos da teoria da democracia, o que indubitavelmente demonstra sua importância para todo e qualquer modelo de democracia que se desenvolva no Estado (ao menos no plano das ideias).

Desta feita, inarredável em dias atuais a discussão acerca da criminalização do desacato no Brasil e na América Latina, conforme já aventado pelo sistema interamericano de direitos humanos por reiteradas vezes. Por consequência, cabível um estudo comparativo entre o tratamento jurídico dado pelo Brasil e os Estados vizinhos, da América Latina.

---

[23] Nesse sentido, vide: SCHMITT, C. O guardião da Constituição. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

[24] SARMENTO, D. Liberdade de Expressão, pluralismo e o papel promocional do Estado. *Revista Diálogo Jurídico*. Nº 16. Bahia: Brasil, 2007.

[25] DAHL, R. A.. *Poliarquia.* São Paulo: Edusp, 1997.

[26] Aqui pode-se citar as ideias de democracia entendidas por autores emblemáticos como Norberto Bobbio, Giovanni Sartori, etc.

[27] Aqui enquadrar-se-iam, numa análise sintetizada, três vertentes da teoria da democracia, quais sejam: (1) teoria participativa, propugnada por autores como Carole Pateman (que justamente possui um livro intitulado "Participation and Democracy", de 1970); (2) teoria deliberativa, tendo como doutrinador emblemático Jurgen Habermas; (3) teoria culturalista, proposta por autores como Robert Putnam.

4. O EMBATE ENTRE DIREITO À LIBERDADE DE PENSAMENTO E DE EXPRESSÃO E O DIREITO PENAL NA EXPERIÊNCIA DA ARGENTINA E DO CHILE

Antes de adentrar no âmbito da América Latina, é reconhecido que o direito à liberdade de pensamento e de expressão, seus limites e suas formas de restrição (por parte tanto do Direito Penal quanto de outras esferas jurídicas) são estudadas por variados autores, inclusive porque o assunto dialoga com temas outros como o de direitos humanos e o de democracia. Por via de consequência, reitere-se que a liberdade de pensamento e de expressão devem ser compreendidas aqui em seu sentido amplo, não apenas como um direito do indivíduo, mas como também como componente dos direitos ligados à cidadania[28].

Ou seja, ao contrário do que se poderia imaginar um liberal propugnar (a exemplo de autores clássicos do liberalismo político e mais atualmente de Robert Nozicki, todos com a ideia de Estado mínimo[29]) ou mesmo o que poderia cogitar um estudioso da liberdade de pensamento e de expressão ao longo da história, que se mostra como direito individual que não caberia a intervenção de outros, se reconhece nestes locais que atualmente o Estado guarda o potencial e pode efetivamente se apresentar como um importante ator que fomenta e incentiva a participação da sociedade em sua história, para que todas as vozes possam ser ouvidas[30].

Não obstante, interessa aqui o estudo do embate entre o direito à liberdade de pensamento e de expressão e o uso do Direito Penal sob o enfoque dos Estados da América Latina e, mais especificamente, dos Estados que fazem parte da Organização dos Estados Americanos (OEA) e que tenham aceito a competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Isso porque é o sistema interamericano de direitos humanos, inserido no contexto de atribuições da OEA, notadamente por meio dos órgãos protetivos inseridos através da Convenção Americana de Direitos Humanos, Comissão e Corte Interamericana, que vem estudando especificamente a questão da liberdade de pensamento e de expressão e sua relação com as diversas formas de criminalização, o que é demonstrado anualmente por meio de relatórios voltados

[28] Nesse sentido, vide: HABERMAS, J. *Between Facts and Norms:* contributions to a discourse theory of law and democracy. Cambridge: The MIT Press, 1998.
[29] Para saber mais, vide: NOZICK, R. *Anarquia, Estado e utopia.* Rio de Janeiro: Zahar, 1991.
[30] FISS, O. M. *A ironia da liberdade de expressão:* Estado, regulação e diversidade na esfera pública. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

justamente ao estudo do tratamento conferido pelos Estados para com o respeito ao direito humano da liberdade de pensamento e de expressão.

Nesse diapasão, a experiência da Argentina é emblemática, haja vista que foi a primeira que chegou ao sistema interamericano de proteção aos direitos humanos no que tange ao tema do desacato, por meio de petição da vítima Horácio Verbitsky, em 05 de maio de 1992[31].

O caso trata de publicação em 06 de março de 1988 de um artigo no El Diário, jornal da Argentina, de autoria de Horacio Verbitsky[32], intitulado "Cicatrizes de duas Guerras" ("Cicatrices de dos Guerras") e no qual se referiu ao Sr. Augusto Belluscio, Ministro da Corte Suprema da Argentina, como "asqueroso" e que rendeu condenação do jornalista Verbitsky (sentença tal confirmada por decisão de Tribunal argentino).

No sistema interamericano de direitos humanos, mais precisamente na Comissão Interamericana de Direitos Humanos, o caso foi solucionado por meio de solução amistosa (nome dado ao acordo conciliatório) entre Verbitsky e Argentina, no qual o Estado, dentre outras medidas, concordou em retirar do seu ordenamento jurídico o delito de desacato.

Outrossim, a Argentina enfrentou novamente o sistema interamericano por outras formas de criminalização da liberdade de pensamento e de expressão. Inclusive, a Argentina já veio a enfrentar novamente Verbitsky, em 1999, por conta de criminalização de opiniões jornalísticas, no caso nº 12.128, Verbitsky y otros vs. Argentina, em que Horácio Verbitsky, junto com a atriz e escritora Julia Nelly Acher e do jornalista e cartunista Tomás Sanz, teria criticado vários funcionários públicos em meios de comunicação como, respectivamente, a obra de Verbitsky intitulada "Roubo para Coroa" ("Robo para la Corona"), esboço humorístico que criticava a Justiça argentina, feito pela atriz Nelly Acher, e publicação feita na revista Humor pelo jornalista Sanz. Nesses casos, os autores teriam sido criminalizados não mais sob o tipo pena de desacato, visto que não mais existente na legislação do país, mas por delito de

---

[31] ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). *INFORME Nº 22/94* - CASO 11.012, ARGENTINA. SOLUCION AMISTOSA, 20 de septiembre de 1994, - Washington D.C: Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Organización de los Estados Americanos, 1995. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/annualrep/94span/cap.III.argentina11.012.htm>. Acesso em: 20 jul 2016.

[32] Horacio Verbitsky é um famoso e polêmico jornalista da Argentina. É autor de diversos livros e artigos sobre a ditadura argentina. Dentre seus episódios polêmicos, talvez o mais famoso seja devido à publicação de um livro, "El silencio – de Paulo VI a Bergoglio – las relaciones secretas de la Iglesia con la ESMA", que versa sobre a relação entre religião e repressão na Argentina e em que teceu duras críticas à Igreja Católica e ao Estado. Inclusive, é de se observar que Verbitsky teria procurado outras vezes o sistema interamericano de direitos humanos que não apenas no caso 11.102.

difamação[33]. A petição feita pelos jornalistas foi admitida pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos em 2004 e está em análise.

A Argentina também é conhecida no sistema interamericano por conta do caso Kimel vs. Argentina, versando mais uma vez sobre liberdade de pensamento e de expressão e criminalização de opiniões publicadas em livros, e que chegou em sede de Corte Interamericana de Direitos Humanos. Em questão, o jornalista Eduardo Kimel teria publicado o livro intitulado "O massacre de São Patrício" ("La massacre de San Patricio"), em que relatava estudos sobre o assassinato de cinco religiosos durante a ditadura militar argentina e a atuação judicial sobre o caso. Um dos juízes mencionados na obra de Kimel, em outubro de1991, teria aforado ação penal em face do escritor, alegando o cometimento do delito de calúnia. Na justiça argentina, Kimmel foi condenado por conta de calúnia, sendo que os recursos restaram infrutíferos[34].

No caso Kimel vs. Argentina, a Corte Interamericana de Direitos Humanos emitiu decisão em 02 de maio de 2008, na qual responsabilizou o Estado e considerou que a Argentina violou uma série de direitos humanos, dentre os quais o direito à liberdade de pensamento e de expressão. Na ocasião, a Corte Interamericana deixou claro a necessidade de rever a criminalização, de forma mais límpida, o delito de calúnia, que se encontraria mal regulamentado no Código Penal argentino. Por isso mesmo, em 2009 houve nova reforma ao Código Penal da Argentina, conferida pela Lei nº 26.551, que despenalizou os crimes de calúnia e de injúria que fossem vinculados com expressões que versassem sobre interesse público.

Como se não bastasse, mais recentemente, tem-se o caso Mémoli vs. Argentina, que também culminou em responsabilização internacional do país e que versou sobre a criminalização do delito de difamação em face de atividades de interesse público. Em tela, a Corte Interamericana, após análise detida dos fatos, decidiu que a Argentina violou uma série de dispositivos da Convenção Americana de Direitos Humanos, com destaque para violações ao direito humano à duração razoável do processo. Contudo,

---

[33] ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). *INFORME Nº 3/04* - CASO 11.012, PETICIÓN 12.128 – ADMISIBILIDAD HORACIO VERBITSKY Y OTROS VS. ARGENTINA. Washington D.C: Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Organización de los Estados Americanos, 2004. Disponível em: <http://www.cidh.oas.org/annualrep/2004sp/Argentina.12128.htm>. Acesso em: 20 jul 2016.

[34] CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Kimel versus Argentina.* Sentencia de 02 de mayo de 2008 (Fondo Reparaciones y Costas), 2008. Disponível em: <www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_177_esp.doc>. Acesso em: 26 jun 2016.

diferentemente do caso Kimel, entendeu a Corte que o Estado não violou o direito à liberdade de pensamento e de expressão e tampouco o princípio da legalidade[35].

No ponto, observe-se que a Corte Interamericana de Direitos Humanos não é contra a criminalização de toda e qualquer conduta que se enquadre como calúnia, difamação ou mesmo injúria. Em realidade, a Corte Interamericana, tanto no caso Kimel quanto no caso Mémoli, propugnou que é contrária à criminalização na forma de delitos contra honra (calúnia, difamação, injúria) sobre atividades que envolvam o interesse da sociedade civil, ainda que possam contrariar o Estado. De outra banda, os Estados possuem o dever de proibição a informações como "a propaganda à guerra ou a apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitação à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência", conforme reza a própria Convenção Americana em seu artigo 13, item 7[36].

Assim sendo é que continua sendo possível penalizar os delitos contra honra feitos cotidianamente por indivíduos, a exemplo do *hate speech*[37], contudo, quando se trata da ficção de uma honra estatal, há outros pressupostos para ser possível se falar em restrição penal a direitos humanos. Como o desacato é todo e qualquer gesto, palavra ou expressão que contrarie o Estado, a honra estatal e funcional, a criminalização dessa conduta, dentro de uma sociedade democrática, não seria possível.

Outro Estado que interessa aos estudos brasileiros, dessa vez versando sobre a esfera castrense e o direito à liberdade de pensamento e de expressão, é o conhecido Palamara Iribarne vs. Chile, que rendeu responsabilização do país perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos em 2005.

Outrossim, o Chile já havia enfrentado tal tribunal internacional, no caso versando sobre a proibição do filme "A última tentação de cristo", do diretor Martin Scorcese, contando com responsabilização por violação à liberdade de pensamento e de expressão [38]. Em tela, o Judiciário chileno teria proibido preventivamente circulação de

---

[35] CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Mémoli vs. Argentina.* Sentencia de 22 de agosto de 2013 (Fondo Reparaciones y Costas), 2013. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_265_esp.pdf>. Acesso em: 26 jul 2016.

[36] ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). *Convenção Americana de Direitos Humanos.* 22 nov 1969. Disponível em: <http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 18 ago 2016.

[37] Para saber mais sobre o tema "limites da liberdade de pensamento e de expressão", sob um viés da filosofia jurídica e não apenas sob o viés latinoamericano, vide: ROSENFELD, M. *A identidade do sujeito constitucional.* Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

[38] CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso "La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile.* Sentencia de 05 de febrero de 2001 (Fondo Reparaciones y Costas),

um filme porque supostamente este iria de encontro com a honra estatal. Nesse sentido, tal caso foi emblemático em termos do direito à liberdade de pensamento e de expressão e a questão da censura, sendo que a Corte firmou posicionamento que a liberdade de pensamento e de expressão não possui apenas uma faceta individual mas como também possui uma faceta social, concernente à extensão das ideias e informações entre as pessoas[39].

No caso Palamara Iribarne vs. Chile, tem-se que Humberto Antônio Palamara Iribarne, aposentado da Marinha chilena (ou seja, militar reformado), teria sido proibido, em 1993, de publicar seu livro, intitulado "Ética e Serviços de Inteligência" ("Ética y Servicios de Inteligencia") em que abordava questões relacionada com a inteligência militar e a necessidade de assegurar a sua conformidade com determinados padrões éticos, por supostamente atentar contra a segurança e defesa nacional, em violação ao art. 89 da Ordenança da Armada (lei pertencente ao direito castrense chileno), segundo o qual é proibido a todo membro das Forças Armas ou pessoa que se encontre a seu serviço de publicar na imprensa artigos que envolvam crítica aos serviços da Armada e de suas instituições, de organismos públicos e do governo[40]. Ainda assim, Palamara teria entregue quatro cópias do livro ao Comandante-Chefe da Terceira Zona Naval de Chile[41].

Palamara teria sido processado por dois crimes de desobediência e, após condenado, teria convocado uma conferência da imprensa em sua residência, ao que teria sido novamente processado e condenado, desta vez por desacato (previsto nos artigos 263 e 264 do Código Penal Chileno), ação tal que teria sido confirmada pela Corte Suprema do Chile[42].

Aqui, anote-se que no caso Palamara Iribarne apesar do delito de desacato não ter sido o assunto principal, o ponto de enfoque da decisão da Corte, o tribunal interamericano não deixou de avaliar a criminalização do desacato na esfera jurídica

---

2001. Disponível em: <http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_73_esp.pdf>. Acesso em: 26 jul 2016.

[39] *Idem, ibidem*.

[40] CHILE. *Ordenanza de la Armada.* Decreto Supremo Nº 487.- 21-IV-1988.República de Chile, Ministério de Defensa Nacional, Subsecretaría de Marina, 1988. Disponível em: <http://transparencia.armada.cl/transparencia_activa/publicaciones/pdf/normativa/9-20-1.pdf>. Acesso em: 22 jul 2016.

[41] GONCALVES, A. E. B.; GOMES, E. B.. O Controle de Convencionalidade no Brasil, a Convenção Americana de Direitos Humanos e o Crime de Desacato. *Revista Jurídica da Presidência*, v. 18, p. 73-96, 2016, p. 84.

[42] *Idem*, *ibidem*.

chilena e, ao fim da decisão, trouxe a obrigação do Chile de retirar o crime de desacato de seu direito doméstico, sob qual *nomen juris* estiver.

No ponto, interessante verificar que um dos argumentos da defesa chilena no caso Palamara Iribarne foi justamente o de que o Estado haveria retirado posteriormente o delito de desacato de seu Código Penal, por meio de reformas a tal lei. Contudo, observou a Corte que em suas reformas o Chile a criminalização do desacato não havia desaparecido por completo, apesar de aparentar não mais estar no Código Penal, pois o Chile apenas passou a tratar o delito sob outro *nomen juris* que não o de "desacato"[43].

Para além dos casos ora elucidados que tramitaram em torno do sistema interamericano de direitos humanos, presentes tanto na Argentina quanto no Chile, outros tantos Estados latinoamericanos poderiam ser estudados em casos variados sobre restrições indevidas à liberdade de pensamento e de expressão. Apenas a título exemplificado, no sistema interamericano de direitos humanos, na Comissão Interamericana ou até na Corte Interamericana, já se observou casos do Paraguai, do Equador e da própria Costa Rica (sede da Corte Interamericana).

O Brasil também é alvo de observações constantes por parte desses sistema protetivo. Segundo se depreende do último Informe Anual para Liberdade de Expressão, o Brasil possui variados casos de criminalização de expressões, especialmente em períodos de manifestações sociais, o que faz com que a Comissão Interamericana de Direitos Humanos veja a questão com preocupação, ainda que reconhecido avanços na área. Mais especificamente, sobre o desacato, choca ver que no Brasil há casos como o do palhaço preso durante apresentação artística que chamou policiais militares de "palhaços"[44]. De outra banda, os avanços citados pela comissão acerca da criminalização do desacato centrar-se-iam em decisões judiciais que realizaram um controle de convencionalidade ou que simplesmente entenderam pela não recepção do delito de desacato por parte da Constituição Brasileira de 1988[45].

Em prol de mudanças, a Defensoria Pública do Estado de São Paulo já protocolizou petição perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos na qual

---

[43] CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Palamara Iribarne versus Chile.* Sentencia de 22 de noviembre de 2005 (Fondo Reparaciones y Costas), 2005. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_135_esp.pdf>. Acesso em: 26 jun 2015.

[44] ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS (OEA), Secretaría General. *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2015,* vol. 2, Dr. Edison Lanza Relator Especial para la Liberdade de Expresión. Washington, D.C: OAS Documentos Oficiales, 2015. Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/informes/anuales/InformeAnual2015RELE.pdf>. Acesso em: 20 mai 2016.

[45] *Idem*.

alega violação do Brasil ao artigo 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos, integrante do direito interno brasileiro, quando na criminalização do desacato em caso concreto. Mais especificamente, o metalúrgico Charles Eduardo Macedo, ao ter sido flagrado com drogas e detido, teria chamado policial militar que realizou sua abordagem de "sem-vergonha, corrupto, ladrão e vagabundo, não ficarei detido para sempre, você vai se ferrar, vai morrer". Por conta das ofensas proferidas, teria respondido, além do crime de tráfico, pelo crime de desacato[46].

De todo modo, diante de todos os casos ora apresentados, pode-se afirmar que em toda América Latina, em maior ou menor grau, há tentativas de restrição da liberdade de pensamento e de expressão, sendo que o diferencial em cada local é a forma como se apresenta tal restrição na legislação interna e, principalmente, a capacidade do Poder Judiciário de melhor interpretar a letra da lei e fornecer a resposta que se espera. São esses itens, com particularidades de cada Estado, que identificarão os valores da sociedade como desejada por todos[47], sendo que a democracia e a liberdade de pensamento e de expressão podem ser tomadas como facetas do que se pode conceber por justiça.

Em tempos de democracia, pois, o Estado não pode restringir o direito de seus cidadãos por meio de censuras e criminalizações de todo e qualquer opinião manifestada, afinal, "o Estado democrático é inviável sem a liberdade de pensamento e de expressão dos participantes políticos envolvidos na determinação dos valores fundamentais para a definição do 'nós', da comunidade política"[48].

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Observa-se que não é incomum a restrição indevida ao direito à liberdade de pensamento e de expressão, ora compreendida em sua análise amplificada e correlata à noção de democracia. Mais especificamente, no Brasil ainda que o direito à liberdade de pensamento e de expressão seja um dos direitos fundamentais corolários na Constituição da República Federativa de 1988, assim como esteja presente em tratados

---

[46] DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO. *Pedido de medida cautelar* – violação dos artigos 7 (2) e 13 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, 2014. Disponível em: <http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/Repositorio/31/Documentos/DEN%C3%9ANCIA_DESACATO_COMISS%C3%83O%20INTERAMERICANA%20DE%20DIREITOS%20HUMANOS%20vers%C3%A3o%20final.pdf>. Acesso em: 10 ago 2016.

[47] FISS, O. M. *The law as it could be.* New York: New York University Press, 2003, p. 53.

[48] CLÈVE, C.M.; LORENZETTO, B. M. Dimensões das liberdades de informação e de expressão: elementos do discurso público. *Revista Espaço Jurídico*, v. 17, n. 1, p. 83-98, jan./abr. 2016, p. 87.

internacionais como o da Convenção Americana de Direitos Humanos, a qual integra o conjunto normativo brasileiro, é aplicável até os dias atuais, salvo raras exceções, o delito de desacato, punido por intermédio do Código Penal e Código Penal Militar.

Por isso mesmo, a questão do presente *paper* centrou-se justamente no estudo da relação entre a forma de utilização do Direito Penal para restringir indevidamente o direito à liberdade de pensamento e de expressão, não só presente no Brasil mas como também em outros Estados latinoamericanos, procurando-se comprovar a hipótese de que não cabe mais aplicar certos dispositivos até hoje presentes na legislação penal brasileira, sob pena do Estado recair em futura responsabilização internacional.

Nessa toada, o estudo comparativo entre a situação brasileira e casos vivenciados por outros estados se fez essencial. A experiência Argentina foi emblemática, haja vista que chegou em discussão no âmbito do sistema interamericano de proteção aos direitos humanos, por meio do caso Verbitsky, e culminou, em solução amistosa, pela *abolitio criminis* do desacato na esfera jurídica argentina. Ainda assim, observou-se que na Argentina não bastou a mera retirada do delito de desacato para mudar o relacionamento entre Estado e cidadão, tanto que outros casos envolvendo a liberdade de pensamento e de expressão e a criminalização por meio de delitos como o de difamação e outros posteriormente chegaram ao sistema interamericano de proteção aos direitos humanos para análise.

Ou seja, verifica-se que a experiência Argentina demonstra que não basta retirar do ordenamento jurídico interno o delito de desacato, mas há de se repensar cotidianamente a relação entre Estado e indivíduo, entre o aparato que existe justamente para os seres humanos e as críticas a seu descontento.

Outrossim, analisou-se a experiência do Chile, conhecido por casos polêmicos que culminaram em responsabilizações do estado por parte de decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos, como o da "Última Tentação de Cristo", versando sobre a censura de filme, e, mais especificamente, o caso Palamara Iribarne vs. Chile, que dentre inúmeros aspectos, discutiu a criminalização do desacato. Neste, dentre as variadas medidas dispostas pela Corte Interamericana estava a retirada do ordenamento jurídico chileno o delito de desacato.

Outras situações poderiam ser citadas no presente trabalho, uma vez que restrições à liberdade de pensamento e de expressão não são de exclusividade do Brasil, da Argentina ou do Chile, tanto assim que todos os anos a Comissão Interamericana de Direitos Humanos observa a questão em seus relatórios sobre a liberdade de

pensamento e de expressão, constatando que já muitos estados não possuem mais o delito de desacato e propugnando sempre que tal delito vai contra os ditames do art. 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos. Não obstante, em razão do espaço e tempo do *paper*, as experiências argentina e chilena dão conta de demonstrar a hipótese central do trabalho.

Ora, o sistema constitucional atual procura consolidar um Estado voltado ao ser humano, tarefa tal que encontra guarida na Constituição da República Federativa Brasileira de 1988 (sobretudo artigo 5º, §§2 e 3º). Outrossim, o direito internacional dos direitos humanos é a seara capaz de trazer ao âmbito interno todos os reflexos daqueles direitos inerentes a todo ser humano, entendidos não como um dado estático, mas como um construído. Nessa perspectiva, destaque-se, ademais, que o crime de desacato deve ser examinado sob um viés diferenciado, em respeito aos direitos humanos e aos ditames do sistema interamericano de proteção aos direitos humanos.

REFERÊNCIAS

BOTH, L. G.; GONÇALVES, A. E. B.. O CRIME DE DESACATO E SUA CORRELAÇÃO COM A ATITUDE REPRESSIVA ESTATAL: INCONSTITUCIONALIDADE DO DESACATO E O PORVIR, a ser publicado.

BRASIL. *Decreto-lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969*. Código Penal Militar. Brasília: Presidência da República, 1969.

BRASIL. *Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Código Penal. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1940.

BRASIL. *Projeto de Lei do Senado nº 236, de 2012 (Novo Código Penal).* Brasília: Senado Federal, 2012. Disponível em: <http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/106404>. Acesso em: 20 mai 2016.

CALHAU, Lélio Braga. Crítica garantista à criminalização do desacato. *Boletim do Instituto de Ciências Penais*, v. 3, nº 52, p. 5-7, 2004, p. 05. Disponível em: <http://www.icp.org.br/project/assets/ckfinder/files/n%C2%B0%2052.PDF>. Acesso em: 02 mai 2016.

CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal*, volume 1, parte geral (arts. 1º a 120). 5. ed..São Paulo: Saraiva, 2011, p. 293.

CHILE. *Ordenanza de la Armada.* Decreto Supremo Nº 487.- 21-IV-1988.República de Chile, Ministério de Defensa Nacional, Subsecretaría de Marina, 1988. Disponível em: <http://transparencia.armada.cl/transparencia_activa/publicaciones/pdf/normativa/9-20-1.pdf>. Acesso em: 22 jul 2016.

CLÈVE, C.M.; LORENZETTO, B. M. Dimensões das liberdades de informação e de expressão: elementos do discurso público. *Revista Espaço Jurídico*, v. 17, n. 1, p. 83-98, jan./abr. 2016.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Kimel versus Argentina.* Sentencia de 02 de mayo de 2008 (Fondo Reparaciones y Costas), 2008. Disponível em: <www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_177_esp.doc>. Acesso em: 26 jun 2016.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso "La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile.* Sentencia de 05 de febrero de 2001 (Fondo Reparaciones y Costas), 2001. Disponível em: <http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_73_esp.pdf>. Acesso em: 26 jul 2016.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Mémoli vs. Argentina.* Sentencia de 22 de agosto de 2013 (Fondo Reparaciones y Costas), 2013. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_265_esp.pdf>. Acesso em: 26 jul 2016.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Palamara Iribarne versus Chile.* Sentencia de 22 de noviembre de 2005 (Fondo Reparaciones y Costas), 2005. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_135_esp.pdf>. Acesso em: 26 jun 2015.

DAHL, R. A.. *Poliarquia.* São Paulo: Edusp, 1997.

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO. *Pedido de medida cautelar* – violação dos artigos 7 (2) e 13 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, 2014. Disponível em: <http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/Repositorio/31/Documentos/DEN%C3%9ANCIA_DESACATO_COMISS%C3%83O%20INTERAMERICANA%20DE%20DIREITOS%20HUMANOS%20vers%C3%A3o%20final.pdf>. Acesso em: 10 ago 2016.

DWORKIN, R. *A justiça de toga.* São Paulo: Martins Fontes, 2010.

ESTADÃO. Tribunal absolve fuzileiro que denunciou uso de caminhão pipa da Marinha para lavar calçada: Ministro do Superior Tribunal Militar destaca que 'não bastam críticas por este ou por aquele fato' para consumar ofensa ou abalar o crédito das Forças Armadas. *Jornal Estadão*, reportagem de 30 ago 2016. Disponível em: <http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/tribunal-absolve-fuzileiro-que-denunciou-uso-de-caminhao-pipa-da-marinha-para-lavar-calcada/>. Acesso em: 04 set 2016.

FISS, O. M. *A ironia da liberdade de expressão:* Estado, regulação e diversidade na esfera pública. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

FISS, O. M. *The law as it could be*. New York: New York University Press, 2003.

GONCALVES, A. E. B.; GOMES, E. B.. O Controle de Convencionalidade no Brasil, a Convenção Americana de Direitos Humanos e o Crime de Desacato. *Revista Jurídica da Presidência*, v. 18, p. 73-96, 2016.

HABERMAS, J. *Between Facts and Norms:* contributions to a discourse theory of law and democracy. Cambridge: The MIT Press, 1998.

MICHELMAN, F. I. *Brennan and democracy.* Princenton: Princenton University Press, 1999.

MOUFFE, C. *O regresso do político.* Lisboa: Gradiva, 1996.

NOZICK, R. *Anarquia, Estado e utopia.* Rio de Janeiro: Zahar, 1991.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). *Convenção Americana de Direitos Humanos.* 22 nov 1969. Disponível em: <http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 18 ago 2016.

ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS (OEA), Secretaría General. *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2015,* vol. 2, Dr. Edison Lanza Relator Especial para la Liberdade de Expresión. Washington, D.C: OAS Documentos Oficiales, 2015. Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/informes/anuales/InformeAnual2015RELE.pdf>. Acesso em: 20 mai 2016.

ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). *INFORME Nº 3/04* - CASO 11.012, PETICIÓN 12.128 – ADMISIBILIDAD HORACIO VERBITSKY Y OTROS VS. ARGENTINA. Washington D.C: Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Organización de los Estados Americanos, 2004. Disponível em: <http://www.cidh.oas.org/annualrep/2004sp/Argentina.12128.htm>. Acesso em: 20 jul 2016.

ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). *INFORME Nº 22/94* - CASO 11.012, ARGENTINA. SOLUCION AMISTOSA, 20 de septiembre de 1994, - Washington D.C: Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Organización de los Estados Americanos, 1995. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/annualrep/94span/cap.III.argentina11.012.htm>. Acesso em: 20 jul 2016.

RAWLS, J. Uma teoria da justiça. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

ROSENFELD, M. *A identidade do sujeito constitucional.* Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

SARMENTO, D. Liberdade de Expressão, pluralismo e o papel promocional do Estado. *Revista Diálogo Jurídico.* Nº 16. Bahia: Brasil, 2007.

SCHMITT, C. *O guardião da Constituição.* Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SOUZA, Herbert. *Como se faz análise de conjuntura.* 11ª. ed. Petrópolis: Vozes, 1991.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ). *Notícias do STJ*, de 07 de maio de 2012. Disponível em: <http://stj.jus.br/portal_stj/objeto/texto/impressao.wsp?tmp.estilo=&tmp.area=398&tmp.texto=105618>. Acesso em: 03 mai 2015.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Direito internacional das organizações internacionais* – 5. ed. rev. atual e ampl. – Belo Horizonte: Del Rey, 2012.