

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARÁ
INSTITUTO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO ACADÊMICO EM DIREITO

MARIA EDUARDA DIAS FONSECA

**A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E O CRIME DE DESACATO NO BRASIL À
LUZ DO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS**

BELEM - PA

2023

MARIA EDUARDA DIAS FONSECA

**A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E O CRIME DE DESACATO NO BRASIL À
LUZ DO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS**

Dissertação apresentada à Banca de Mestrado do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Pará, como requisito necessário para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Linha de Pesquisa: Constitucionalismo, Políticas Públicas e Direitos Humanos.

Orientadora: Prof^ª. Dra. Cristina Figueiredo Terezo Ribeiro.

BELEM - PA

2023

**Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP) de acordo com ISBD
Sistema de Bibliotecas da Universidade Federal do Pará
Gerada automaticamente pelo módulo Ficat, mediante os dados
fornecidos pelo(a) autor(a)**

F676l Fonseca, Maria Eduarda Dias.
A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E O CRIME DE
DESACATO NO BRASIL À LUZ DO SISTEMA
INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS /
Maria Eduarda Dias Fonseca. — 2023.
85 f.

Orientador(a): Prof^ª. Dra. Cristina Figueiredo Terezo
Ribeiro.

Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal do Pará,
Instituto de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-
Graduação em Direito, Belém, 2023.

1. Corte Interamericana; Comissão Interamericana;
Liberdade de Expressão; Supremo Tribunal Federal;
ADPF496/2020. . I. Título.

CDD 323.443

RESUMO

Considerando a importância do direito à liberdade de expressão para a consolidação de uma sociedade democrática, sobretudo no que diz respeito ao controle democrático das atividades estatais, tem-se a necessidade de discutir acerca dos entendimentos relativos a este direito e as formas de sua restrição. Neste sentido, a proposta da presente dissertação é estudar o conteúdo do direito à liberdade de expressão à luz do Sistema Interamericano de Direitos Humanos. A partir disso, pretende-se observar os entendimentos da Corte Interamericana de Direitos Humanos e da Comissão Interamericana de Direitos Humanos no que diz respeito à liberdade de expressão, definindo seu conteúdo e os critérios elencados para que sua restrição não configure uma violação de Direitos Humanos, visando entender os pontos em que os entendimentos desses órgãos são convergentes ou divergentes, o que pode ser melhor observado quando se trata do uso da via penal como uma forma de restrição da liberdade de expressão. Em seguida, pretende-se analisar se o delito de desacato tipificado na legislação brasileira é compatível com a proteção da liberdade de expressão. Para observar de que forma as disposições internacionais sobre o tema são aplicadas no direito interno, serão estudados os argumentos utilizados pelo Supremo Tribunal Federal na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 496, que versa sobre a convencionalidade do delito de desacato, a fim de analisar se aqueles são condizentes com a proteção da liberdade de expressão e com o entendimento do Sistema Interamericano. Desse modo, pretende-se responder ao seguinte problema de pesquisa: qual o posicionamento dos órgãos do Sistema Interamericano de Direitos Humanos sobre o direito à liberdade de expressão e o uso da via penal e de que forma o Supremo Tribunal Federal se utiliza deste entendimento para decidir sobre a convencionalidade do desacato na ADPF 496/2020? O que será realizado por meio de uma pesquisa bibliográfica, a fim de auxiliar na definição de conceitos, e documental, sobretudo por meio da análise de documentos do Sistema Interamericano, dando enfoque às sentenças da Corte que versam sobre a proteção da liberdade de expressão e os respectivos relatórios de mérito da Comissão.

Palavras-chave: Corte Interamericana; Comissão Interamericana; Liberdade de Expressão; Supremo Tribunal Federal; ADPF 496/2020.

ABSTRACT

Considering the importance of the right to freedom of expression for the consolidation of a democratic society, especially regarding the democratic control of state activities, there is a need to discuss the understandings concerning this right and the ways in which it can be restricted. In this sense, the purpose of this research is to study the content of the right to freedom of expression in light of the Inter-American System of Human Rights. On this basis, the aim is to observe the understandings of the Inter-American Court of Human Rights and the Inter-American Commission of Human Rights regarding freedom of expression, defining its content and the criteria listed so that its restriction does not constitute a violation of human rights, seeking to understand the points in which the understandings of these bodies converge or diverge, which can be better observed when it comes to the use of criminal means as a way to restrict freedom of expression. . . Subsequently, the aim is to analyze whether the crime of contempt as typified in Brazilian law is compatible with the protection of freedom of expression. In order to observe how the international provisions on the subject are applied in domestic law, the arguments used by the Federal Supreme Court in ADPF 496/2020, which deals with the conventionality of the offense of contempt, will be studied in order to analyze whether they are consistent with the protection of freedom of expression and with the understanding of the Inter-American System. Thus, this study aims to answer the following research problem: what is the position of the bodies of the Inter-American System of Human Rights on the right to freedom of expression and the use of criminal means and how does the Federal Supreme Court use this understanding to decide on the conventionality of contempt in ADPF 496/2020? This will be done by using bibliographic research, in order to help define the concepts, and documental, especially through the analysis of documents from the Inter-American System, focusing on the Court sentences that deal with the protection of freedom of expression and the respective merit reports from the Commission.

Keywords: Inter-American Court; Inter-American Commission; Freedom of Expression; Federal Supreme Court; ADPF 496/2020.

LISTA DE ABREVIATURAS

ADPF	Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental
CADH	Convenção Americana de Direitos Humanos
CIDH	Comissão Interamericana de Direitos Humanos
CorteIDH	Corte Interamericana de Direitos Humanos
RELE	Relatoria Especial para a Liberdade de Expressão
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TEDH	Tribunal Europeu de Direitos Humanos

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	7
2. O DIREITO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO SOB A ÓTICA DO SISTEMA INTERAMERICANO	13
2.1. O CONTEÚDO DO DIREITO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO	13
2.2. RESTRIÇÕES À LIBERDADE DE EXPRESSÃO	17
2.3. A RELATORIA ESPECIAL PARA A LIBERDADE DE EXPRESSÃO	24
3. CORTE E COMISSÃO: DIFERENÇAS NO ENTENDIMENTO SOBRE A PROTEÇÃO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO	29
3.1 O DIREITO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO E SUA IMPORTÂNCIA SEGUNDO OS ÓRGÃOS DO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS	30
3.2 POSSIBILIDADES DE RESTRIÇÃO DO DIREITO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO	34
3.3 A PROTEÇÃO DA HONRA DOS FUNCIONÁRIOS PÚBLICOS <i>VERSUS</i> O CARÁTER DE INTERESSE PÚBLICO DAS MANIFESTAÇÕES	38
3.4 A APLICAÇÃO DE RESPONSABILIDADES POSTERIORES PELA VIA PENAL....	45
4. A ANÁLISE DA ADPF 496/2020 E A RELAÇÃO ENTRE A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E O DELITO DE DESACATO TIPIFICADO NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA	54
4.1 CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE.....	54
4.2 ANÁLISE DA ADPF 496/2020 ACERCA DO DELITO DE DESACATO E SUA COMPATIBILIDADE COM A PROTEÇÃO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO	58
4.3 A RELAÇÃO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO COM O DELITO DE DESACATO TIPIFICADO NO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO.....	65
CONSIDERAÇÕES FINAIS	75
REFERÊNCIAS	79

1. INTRODUÇÃO

Os Direitos Humanos surgem a partir da oposição à arbitrariedade, opressão e humilhação¹. Assim, observa-se a importância da liberdade de expressão para fazer frente a situações de abusos de autoridade ou que ensejem a responsabilidade do Estado.

A liberdade de expressão é um direito por meio do qual se permite a livre difusão de ideias e informações, sendo sua proteção de grande importância em uma sociedade democrática, pois é por meio do exercício deste direito que a população tem a oportunidade de se manifestar acerca dos acontecimentos que influenciam a vida em sociedade; assim, pode-se dizer que este direito é uma consequência do sistema democrático, visto que contribui para a formação da opinião pública acerca de debates públicos².

Em um Estado democrático defende-se o conteúdo essencial da manifestação da liberdade, que é assegurado tanto sob o aspecto positivo, ou seja, a proteção da exteriorização da opinião, como sob o aspecto negativo, referente à proibição da censura³.

Portanto, deve-se considerar a importância da liberdade de expressão e do acesso à informação para o funcionamento da democracia, para a transparência e para a gestão pública, além do fato de que os cidadãos exercem seus direitos constitucionais por meio de uma ampla liberdade de expressão e de um livre acesso à informação⁴. Desse modo, tem-se a garantia da participação do povo no processo de autodeterminação democrática⁵.

A discussão acerca da proteção deste direito e da observância das disposições internacionais acerca do tema se mostra essencial, a partir do momento em que fica clara sua necessidade para a concretização de uma sociedade verdadeiramente democrática, visto que são componentes fundamentais do exercício da democracia a transparência das atividades governamentais, a probidade, a responsabilidade dos governos na gestão pública e o respeito pelos direitos sociais⁶.

¹ HABERMAS, Jürgen. *O conceito de dignidade humana e a utopia realista dos direitos humanos*. Sobre a Constituição da Europa. Trad. de Denilson Werle et al. São Paulo: UNESP, 2012, p. 11.

² CHEUQUER, Cláudio. *A Liberdade de Expressão como Direito Fundamental Prima Facie: análise crítica e proposta de revisão ao padrão jurisprudencial brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

³ MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. 32 ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 46.

⁴ CorteIDH. *Caso Claude Reyes Vs. Chile*. Mérito, reparações e custas. Sentença de 19 de setembro de 2006, §84.

⁵ MACHADO, Jónatas. *Liberdade de Expressão. Dimensões Constitucionais da Esfera Pública no Sistema Social*. Coimbra: Coimbra, 2002.

⁶ CorteIDH. *Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 02 de julho de 2004, §115.

Neste sentido, têm-se a relação estrutural da liberdade de expressão com a democracia, que tem sido qualificada, tanto pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (CorteIDH ou Corte) quanto pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH ou Comissão) como estreita, indissolúvel, indivisível e fundamental⁷. No mesmo viés, Flávia Piovesan entende que não há direitos humanos sem democracia, tampouco democracia sem Direitos Humanos⁸.

Apesar de sua importância, o direito à liberdade de expressão não é absoluto⁹. As possibilidades para sua restrição estão previstas na própria Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) em seu artigo 13.2 e na jurisprudência da CorteIDH. Desse modo, é possível a restrição do referido direito, desde que observados os requisitos previamente estabelecidos para tanto.

No momento de definir se há uma restrição desse direito, além dos requisitos estabelecidos pela Convenção Americana, deve-se observar o interesse público da manifestação e os danos que sua restrição irá gerar para a democracia. Esta é uma discussão feita tanto pela Corte Interamericana quanto pela Comissão Interamericana. Entretanto, os dois órgãos dos Sistema Interamericano nem sempre estão alinhados quando se trata da restrição do direito à liberdade de expressão, sobretudo quando a limitação ocorre por meio do uso da via penal.

A Comissão Interamericana tem manifestado de forma reiterada o entendimento de que as leis de desacato são incompatíveis com a Convenção Americana por diversas razões, entre elas o fato do Direito Penal ser um meio mais severo para determinar a responsabilidade pela prática de condutas ilícitas. Para a CIDH, as sanções penais não deveriam ser utilizadas como um recurso para sufocar o debate público sobre questões de interesse geral ou para limitar a crítica a funcionários no exercício de sua função, ao Estado ou suas instituições¹⁰.

⁷CorteIDH. *La Colegiación Obligatoria de Periodistas*. Opinião Consultiva OC-5/85 de 13 de novembro de 1985; CorteIDH. *Caso Ricardo Canese Vs. Paraguai*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 31 de agosto de 2004, §82; CorteIDH. *Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 02 de julho de 2004, §112; OEA. *Marco Jurídico Interamericano Sobre el Derecho a la Libertad de Expresión*. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Relatoria Especial para a Liberdade de Expressão. 30 de dezembro de 2009.

⁸ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e Justiça Internacional*. 6 ed. rev., ampl., e atual. São Paulo: Saraiva. 2015, p. 50.

⁹ CorteIDH. *Caso Fontevecchia e D'Amico Vs. Argentina*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 29 de novembro de 2011, §43; CorteIDH. *Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 02 de julho de 2004, §120; CIDH. *Relatório de Mérito: "La Nación" Mauricio Herrera Ulloa e Fernán Vargas Rohrmoser*. Caso 12. 367, 2002, §47.

¹⁰ CIDH. *Relatório de Mérito: "La Nación" Mauricio Herrera Ulloa e Fernán Vargas Rohrmoser*. Caso 12. 367, 2002, §73.

Apesar da Corte Interamericana também desenvolver um entendimento similar em relação à importância da liberdade de expressão para que a população exerça um controle democrático das atividades estatais e sobre o limite diferenciado de proteção para assuntos de interesse público, quando se trata das leis de desacato, a CorteIDH não se manifesta expressamente sobre o assunto, mesmo quando provocada, como ocorre no caso *Álvarez Ramos Vs. Venezuela* (2019), em que ela decide não se pronunciar sobre o impacto do uso da via penal no momento da restrição da liberdade de expressão¹¹. Desse modo, resta analisar se o entendimento construído pela Corte sobre o referido direito permite concluir acerca da inconveniência da punição imposta pelo delito de desacato, ou se o problema seria sua tipificação.

É nesse contexto que surge a discussão acerca da compatibilidade da tipificação do delito de desacato com a proteção do direito à liberdade de expressão, visto que essa se apresenta como uma restrição ao exercício do referido direito, sobretudo no que diz respeito às manifestações concernentes a questões de interesse público e daquelas relacionadas aos que estão no exercício da função pública.

Todavia, é preciso discutir se a punição imposta pela prática do delito geraria o efeito inibidor e restringiria além do necessário o direito à liberdade de expressão, ou se a mera tipificação do delito de desacato já constituiria uma violação do direito à liberdade de expressão, nos moldes do que entende a Comissão, a qual afirma que a proteção da honra deve se dar em sede civil e não penal.

Outrossim, segundo a jurisprudência da Corte, o Poder Judiciário deve levar em consideração o contexto em que se realizam as expressões em assuntos de interesse público, bem como ponderar entre o respeito aos direitos ou a reputação dos demais e o valor que tem em uma sociedade democrática o debate aberto sobre temas de interesse ou preocupação pública¹².

A relação desta temática com o crime de desacato e com o uso do entendimento do Sistema Interamericano pelos tribunais internos, se encontra no fato de que o uso da via penal neste caso se apresenta como uma restrição ao direito à liberdade de expressão,

¹¹ CorteIDH. *Caso Álvarez Ramos Vs. Venezuela*. Exceção Preliminar, mérito, reparações e custas. Sentença de 30 de agosto de 2019, §209.

¹² CorteIDH. *Caso Fontevecchia e D'Amico Vs. Argentina*. Mérito, Reparaciones e Custas. Sentença de 29 de novembro de 2011, §66; CorteIDH. *Caso Ricardo Canese Vs. Paraguai*. Mérito, Reparaciones e Custas. Sentença de 31 de agosto de 2004, §105; CorteIDH *Caso Tristán Donoso Vs. Panamá*. Mérito, Reparaciones e Custas. Sentença de 27 de janeiro de 2009, §123.

por isso, é importante questionar e analisar se os requisitos para esta restrição estão sendo aplicados de maneira adequada à proteção da liberdade de expressão.

Neste contexto, observa-se a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 496/2020), julgada pelo Supremo Tribunal Federal (STF), que versa sobre a compatibilidade do crime de desacato com a Convenção Americana de Direitos Humanos e, em cujo acórdão, o STF analisa as disposições da Corte IDH.

A jurisprudência da Corte Interamericana deve ser considerada para a implementação de políticas públicas, na formulação legislativa e na atuação judicial¹³. Desse modo, tem-se a importância de observar como os tribunais se utilizam dos entendimentos dos sistemas internacionais sobre Direitos Humanos, neste caso do Sistema Interamericano, para realizar o controle de convencionalidade.

Nesse sentido, considerando que o direito à liberdade de expressão é amplamente discutido pelos órgãos do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, que nem sempre possuem entendimentos similares sobre o assunto. Considerando também que o delito de desacato é uma forma de restrição do direito à liberdade de expressão, sobretudo no que concerne às manifestações de interesse público, importantes para a sociedade democrática e que o Supremo Tribunal Federal analisou a convencionalidade do delito na ADPF 496/2020 se utilizando dos argumentos da Corte Interamericana;

A presente dissertação tem como hipótese que: os tribunais internos não buscam se utilizar dos parâmetros internacionais estabelecidos para a proteção dos Direitos Humanos – neste caso a liberdade de expressão – ou o fazem sem se aprofundar ou discutir os argumentos desenvolvidos pelos sistemas internacionais de proteção. Por este motivo, considerando a importância do referido direito para a democracia, é de grande relevância o estudo e a observância das disposições acerca das restrições à liberdade de expressão, sobretudo no que se refere aos entendimentos do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, para que seja possível analisar se as disposições internas e o uso deste entendimento por um tribunal interno estão de acordo com os padrões internacionais de proteção de Direitos Humanos.

Assim, pretende-se responder ao seguinte problema de pesquisa: qual o posicionamento dos órgãos do Sistema Interamericano de Direitos Humanos sobre o direito à liberdade de expressão e o uso da via penal e de que forma o Supremo Tribunal

¹³ CAZETTA, Ubiratan. *Direitos Humanos e Federalismo: o incidente de deslocamento de competência*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 59.

Federal se utiliza deste entendimento para decidir sobre a convencionalidade do desacato na ADPF 496/2020?

Para isso, a dissertação objetiva analisar as disposições da Corte e da Comissão Interamericana acerca do direito à liberdade de expressão, de suas restrições e da forma que isto se aplica ao delito de desacato tipificado na legislação brasileira, para que seja possível examinar as diferenças no posicionamento dos órgãos do Sistema Interamericano, bem como averiguar a compatibilidade do desacato com a proteção do direito à liberdade de expressão, além de propor um estudo da ADPF 496/2020 em que o Supremo Tribunal Federal interpreta os argumentos do Sistema Interamericano para decidir acerca da convencionalidade do delito de desacato.

Nesse intuito, foi realizada uma pesquisa bibliográfica para a definição de conceitos e documental, por meio do estudo de documentos internacionais sobre Direitos Humanos e das sentenças da Corte Interamericana que versam sobre o direito à liberdade de expressão. Para isso, foram selecionados os casos listados pela Relatoria Especial para a Liberdade de Expressão de 2001 a 2019 – uma vez que em 2001 teve-se a primeira sentença da Corte sobre liberdade de expressão e sendo 2019 o ano em que as sentenças foram selecionadas para análise – e realizada a leitura do mérito das sentenças da Corte, a fim de identificar os principais argumentos desenvolvidos acerca da temática. No total, foram lidas vinte e três sentenças da Corte IDH, sendo selecionadas onze para um estudo mais aprofundado, uma vez que tratavam de temas pertinentes à presente dissertação, e sete relatórios de mérito da CIDH.

Foram selecionados os casos que versam sobre o direito à liberdade de expressão, sua relação com a democracia, a importância dos assuntos de interesse público e a restrição da liberdade de expressão pelo uso da via penal devido a delitos contra a honra, elementos necessários para se discutir sobre o delito de desacato, para a análise mais aprofundada das sentenças da Corte dos respectivos relatórios de mérito da CIDH.

Durante a leitura das sentenças e dos relatórios de mérito foi dado enfoque aos argumentos desenvolvidos no mérito, sendo realizados resumos destacando os pontos mais importantes discutidos por cada órgão, para posterior comparação entre os entendimentos da Corte e da Comissão.

Além disso, foi realizada uma análise da ADPF 496/2020 julgada pelo Supremo Tribunal Federal, que versa sobre a convencionalidade do delito de desacato e sua compatibilidade com o direito à liberdade de expressão. No estudo da ADPF 496 foi

realizada a leitura e resumo do inteiro teor do Acórdão proferido pelo Tribunal, com maior enfoque à forma que este interpretou as disposições do Sistema Interamericano.

Portanto, o trabalho será dividido em três seções. A primeira irá tratar do conteúdo do direito à liberdade de expressão e dos requisitos necessários para que sua restrição seja permitida. A segunda seção visará realizar um estudo comparativo entre o entendimento da Corte Interamericana e o entendimento apresentado pela Comissão Interamericana em seus relatórios de mérito sobre as respectivas sentenças da Corte, com o propósito de verificar os pontos de aproximação e divergência entre os órgãos do Sistema Interamericano. A terceira seção visa discutir brevemente acerca do controle de convencionalidade, dando enfoque ao estudo da ADPF 496/2020 julgada pelo STF e a relação dos entendimentos desenvolvidos pelo SIDH com o delito de desacato tipificado na legislação brasileira.

2. O DIREITO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO SOB A ÓTICA DO SISTEMA INTERAMERICANO

Para iniciar a discussão acerca da proteção do direito à liberdade de expressão, o presente capítulo visa discorrer sobre o conteúdo do direito à liberdade de expressão e suas formas de restrição à luz do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, abordando ainda, de forma breve, como a preocupação com a proteção deste direito motivou a criação da Relatoria Especial para a Liberdade de Expressão (RELE) da Comissão Interamericana.

Para isso, além da análise bibliográfica sobre o conteúdo da liberdade de expressão e de sua relação com a democracia, será dado enfoque à jurisprudência do SIDH por meio da análise do mérito das sentenças da Corte Interamericana e dos relatórios de mérito da Comissão que versam sobre o direito à liberdade de expressão, elencados enquanto jurisprudência do Sistema Interamericano pela RELE.

2.1. O CONTEÚDO DO DIREITO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Tanto a Comissão Interamericana como a Corte sublinharam, em várias ocasiões, a dupla dimensão do direito à liberdade de expressão, seja na sua perspectiva individual como social, dando assim uma interpretação extensiva ao exercício deste direito¹⁴.

A Convenção Americana define em seu artigo 13 que:

Art. 13.

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.

Desde o julgamento do seu primeiro caso contencioso sobre o tema¹⁵, a Corte entende que a liberdade de expressão possui uma dimensão individual e uma social. Ou seja, a proteção da liberdade de expressão requer que ninguém seja arbitrariamente impedido de manifestar seu próprio pensamento, o que se refere a dimensão individual,

¹⁴ CIDH. *Relatório de Mérito: Francisco Usón Ramirez*. Caso 12.554, 2008, §89.

¹⁵ CorteIDH. *Caso “A Última Tentação de Cristo” Vs. Chile*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 05 de fevereiro de 2001.

assim como o direito coletivo de receber qualquer informação e de conhecer a expressão do pensamento alheio, referente à dimensão social¹⁶. Ressalta-se que ambas as dimensões possuem igual importância e devem ser garantidas de forma simultânea para total efetividade ao direito à liberdade de expressão¹⁷.

A dimensão individual não se esgota no reconhecimento teórico do direito a falar ou escrever, mas compreende, além disso, inseparavelmente, o direito a utilizar qualquer meio apropriado para difundir o pensamento e fazê-lo chegar ao maior número de destinatários. Nesse sentido, a expressão e a difusão do pensamento e da informação são indivisíveis, de modo que uma restrição das possibilidades de divulgação representa, diretamente e na mesma medida, um limite ao direito de se expressar livremente¹⁸.

Em relação à dimensão social, a liberdade de expressão é um meio para o intercâmbio de ideias e informações entre as pessoas. Ela compreende o direito de comunicar a outros seus pontos de vista e implica também o direito de conhecer opiniões, relatos e notícias. Segundo a CorteIDH, para o “cidadão comum” tem tanta importância o conhecimento da opinião alheia ou da informação de que dispõem os outros como o direito a difundir a própria¹⁹.

Este tem sido o posicionamento da Corte desde a Opinião Consultiva n. 05/1985 e de seu primeiro caso contencioso sobre liberdade de expressão – A última Tentação de Cristo Vs. Chile (2001). Em seu relatório de mérito acerca do referido caso, a Comissão não faz referência à dupla dimensão de forma expressa, mas afirma que o artigo 13 da CADH reflete uma concepção ampla de liberdade de expressão e autonomia, sendo seu objetivo proteger e fomentar o acesso a informações, ideias e expressões artísticas de toda índole, de modo a fortalecer o funcionamento da democracia pluralista²⁰.

Tanto a Corte quanto a Comissão reconhecem que ambas as dimensões possuem igual importância e devem ser garantidas de forma simultânea para dar efetividade total

¹⁶ CorteIDH. *Caso “A Última Tentação de Cristo” Vs. Chile*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 05 de fevereiro de 2001, §64; CorteIDH. *La Colegiación Obligatoria de Periodistas*. Opinião Consultiva OC-5/85 de 13 de novembro de 1985, §30; CIDH. *Relatório de Mérito: Jorge Fontevicchia e Héctor D’Amico*. Informe n. 82/10, Caso 12.524, 2010, §87.

¹⁷ CorteIDH. *Caso Ivcher Bronstein e outros Vs. Peru*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 06 de fevereiro de 2001, §149; CorteIDH. *Caso “A Última Tentação de Cristo” Vs. Chile*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 05 de fevereiro de 2001, §67.

¹⁸ CorteIDH. *Caso “A Última Tentação de Cristo” Vs. Chile*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 05 de fevereiro de 2001, §65.

¹⁹ CorteIDH. *Caso “A Última Tentação de Cristo” Vs. Chile*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 05 de fevereiro de 2001, §66.

²⁰ CIDH. *Relatório de Mérito: Juan Pablo Olmedo Bustos e outros*. Caso nº 11.803, 1999, p. 11.

ao direito à liberdade de pensamento e de expressão, nos termos previstos no artigo 13 da Convenção²¹.

No mesmo sentido, complementa Spinoza ao afirmar que em um Estado livre está permitido que cada um pense o que quer e diga o que pense (devendo-se atentar para os limites permitidos), ao passo que os governos autoritários adotam medidas para sufocar ou limitar a manifestação do pensamento²². Assim, é inegável a vinculação entre a democracia e a liberdade de expressão²³.

De acordo com Guillermo O'Donnell, um sistema legal é democrático em três sentidos. Primeiro, o de que ele preserva as liberdades e garantias políticas da poliarquia (democracia enquanto sistema político). Segundo, o de que preserva os direitos civis de toda a população. E terceiro, de que estabelece redes de responsabilidade e *accountability*, que impõem que todos os agentes privados e públicos estão sujeitos a controles apropriados, legalmente estabelecidos. Na medida que preencha essas três condições, tem-se um Estado Democrático de Direito²⁴. Assim, a democracia não é só um regime político (poliárquico), mas também um modo particular de relacionamento, entre Estado e cidadãos e entre os próprios cidadãos, sob um tipo de princípio da lei que, além da cidadania política, preserva a cidadania civil e uma rede completa de *accountabilities*²⁵.

Segundo Scott Mainwaring, Guillermo O'Donnell e J. Samuel Valenzuela, a democracia precisa satisfazer critérios procedimentais básicos: 1) eleições competitivas devem ser o caminho para o governo e precisam oferecer a possibilidade de alternância no poder; 2) deve ser assegurada ampla cidadania. Democracias precisam proteger os direitos das minorias e assegurar respeito às liberdades civis fundamentais. Essa dimensão é importante, porque, ainda que um regime garanta eleições competitivas, com ampla participação, se se abster de garantir liberdades civis, não pode ser considerado uma

²¹ CorteIDH. *Caso Ivcher Bronstein e outros Vs. Peru*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 06 de fevereiro de 2001, §149; CorteIDH. *Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 02 de julho de 2004, §111; CIDH. *Relatório de Mérito: "La Nación" Mauricio Herrera Ulloa e Fernán Vargas Rohmoser*. Caso 12. 367, 2002, §46.

²² SPINOZA, Baruch de. *Tratado Teológico-Político*. Tradução de Atilano Dmínguez. Altaya, 1997. p. 408.

²³ Idem; GUREVITCH, Michael; BLUMLER, Jay G. *Political Communications Systems and Democratic Values. Democracy and the Mass Media*. Cambridge, Mass., 1990 apud MACHADO, Jónatas. *Liberdade de Expressão. Dimensões Constitucionais da Esfera Pública no Sistema Social*. Coimbra: Coimbra, 2002. p. 260.

²⁴ O'DONNELL, Guillermo. *Poliarquias e a (in)efetividade da lei na América Latina*. In *The rule of law and the unprivileged in Latin America*. Notre Dame: University of Notre Dame Press, 1998, p. 50.

²⁵ *Ibid*, p. 52.

plena democracia²⁶. Isso pois, juntamente com as liberdades políticas, os direitos civis são o principal sustentáculo do pluralismo e da diversidade da sociedade²⁷. Entre essas liberdades podemos incluir a liberdade de expressão.

Para Natalia Ramos Nabuco de Araújo, o principal instrumento para o processo democrático é aquele que possibilita que o cidadão se inteire dos assuntos de interesse público²⁸. No mesmo sentido, Isabel Ferin afirma que:

A democracia supõe a existência de uma esfera pública onde se pressupõe a existência de um debate permanente sobre a *res publica* e a tomada de decisões que levem à sua gestão em benefício de todos. Um dos fatores estruturantes da esfera pública é a liberdade de expressão²⁹.

A liberdade de expressão é, portanto, uma pedra angular na própria existência de uma sociedade democrática³⁰, visto que é indispensável para a formação da opinião pública e para que a comunidade esteja bem-informada no momento de tomar suas decisões. É também uma condição *sine qua non* para o desenvolvimento de partidos políticos, sindicatos, sociedades científicas e culturais. Em suma, representa a forma de permitir à comunidade, no exercício das suas escolhas, estar suficientemente informada³¹.

Desse modo, é possível afirmar que uma sociedade que não está bem-informada não é plenamente livre³². Isto porque é por meio do exercício do referido direito que se pode garantir a transparência das atividades governamentais, a probidade, a responsabilidade dos governos na gestão pública e o respeito pelos direitos sociais, que são componentes fundamentais do exercício da democracia³³, assim como ficou definido no artigo 4 da Carta Democrática Interamericana³⁴.

²⁶ MAINWARING, Scott; O'DONNELL, Guillermo; VALENZUELA, J. Samuel. *Issues in democratic consolidation: the new south American democracies in comparative perspective*. Notre Dame: University of Notre Dame Press, 1992, p. 298.

²⁷ ²⁷ O'DONNELL, Guillermo. Op. Cit., p. 54.

²⁸ ARAUJO, Natalia Ramos Nabuco de. *Liberdade de Expressão e Discurso de Ódio*. Curitiba: Juruá, 2018. p. 23.

²⁹ FERIN, Isabel. *Diálogos sobre Censura e Liberdade de Expressão*. Brasil e Portugal/organização Maria Cristina Castilho Costa. São Paulo: ECA/USP, 2014, p. 11.

³⁰ CIDH. *Relatório de Mérito: "La Nación" Mauricio Herrera Ulloa e Fernán Vargas Rohrmoser*. Caso 12. 367, 2002, §44.

³¹ CIDH. *Relatório de Mérito: "La Nación" Mauricio Herrera Ulloa e Fernán Vargas Rohrmoser*. Caso 12. 367, 2002, §44; CorteIDH. *La Colegiación Obligatoria de Periodistas*. Opinião Consultiva OC-5/85 de 13 de novembro de 1985, §70.

³² CorteIDH. *Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 02 de julho de 2004, §112.

³³ OEA. *Carta Democrática Interamericana*. 11 de setembro de 2001; CorteIDH. *Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 02 de julho de 2004, §115.

³⁴ Artigo 4 - São componentes fundamentais do exercício da democracia a transparência das atividades governamentais, a probidade, a responsabilidade dos governos na gestão pública, o respeito dos direitos sociais e a liberdade de expressão e de imprensa. A subordinação constitucional de todas as instituições do Estado à autoridade civil legalmente constituída e o respeito ao Estado de Direito por todas as instituições e setores da sociedade são igualmente fundamentais para a democracia.

Segundo a Comissão Interamericana, o direito à liberdade de expressão e informação é um dos principais mecanismos que a sociedade possui para exercer um controle democrático sobre as pessoas que lidam com assuntos de interesse público. Quando se impede ou limita o controle da cidadania sobre as atividades desempenhadas por agentes do Estado no exercício de suas funções, ou de pessoas privadas envolvidas em assuntos públicos, transforma-se a democracia em um sistema onde o autoritarismo encontra um terreno fértil para se impor sobre a vontade da sociedade, podendo produzir uma suspensão radical da liberdade de expressão³⁵.

Entretanto, este não é um direito absoluto³⁶, ao passo que a liberdade de cada um tem por limites a liberdade e o direito dos outros³⁷. Para o Sistema Interamericano, este direito é passível de restrições, desde que observados os requisitos previamente estabelecidos para tanto. Desta forma, a liberdade de expressão é a regra e a restrição é a exceção³⁸, estando sujeita ao princípio da excepcionalidade e da ponderação proporcional de direitos e interesses constitucionalmente protegidos³⁹.

É pela análise destas restrições que se pode definir se o crime de desacato está de acordo com o entendimento da Corte acerca da liberdade de expressão, visto que a CorteIDH, admitindo que a liberdade de expressão não é um direito absoluto, define critérios para estabelecer se a limitação deste direito é permitida e compatível com a Convenção Americana.

2.2 RESTRIÇÕES À LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Apesar de sua importância, o direito à liberdade de expressão não é absoluto⁴⁰, sendo passível de restrições por meio da aplicação de responsabilidades posteriores pelo

³⁵ CIDH. *Relatório de Mérito: “La Nación” Mauricio Herrera Ulloa e Fernán Vargas Rohrmoser*. Caso 12. 367, 2002, §51.

³⁶ CorteIDH. *Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 02 de julho de 2004, §120; CIDH. *Relatório de Mérito: “La Nación” Mauricio Herrera Ulloa e Fernán Vargas Rohrmoser*. Caso 12. 367, 2002, §47.

³⁷ ARAUJO, Op. cit. p. 34.

³⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes; MACHADO, Jónatas. *Reality Shows e Liberdade de Propagação*. Coimbra: Coimbra, 2003, p. 12.

³⁹ MACHADO, Jónatas; BRITO, Iolanda Rodrigues de. *Bibliografia Não Autorizada versus Liberdade de Expressão*. Curitiba: Juruá, 2014, p. 32.

⁴⁰ CorteIDH. *Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 02 de julho de 2004, §120; ⁴⁰ CIDH. *Relatório de Mérito: “La Nación” Mauricio Herrera Ulloa e Fernán Vargas Rohrmoser*. Caso 12. 367, 2002, §47; CorteIDH. *Caso Fontevicchia e D’Amico Vs. Argentina*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 29 de novembro de 2011, §43.

exercício abusivo do direito⁴¹. Essas restrições têm caráter excepcional e não devem limitar além do estritamente necessário o pleno exercício da liberdade de expressão, sob pena de se converterem em um mecanismo direto ou indireto de censura prévia⁴². Assim, segundo a Comissão, o direito à liberdade de expressão, diferente de outros direitos consagrados na Convenção, possui uma regulação detalhada de suas possíveis limitações⁴³.

As possibilidades de restrição estão previstas na própria Convenção Americana, em seu artigo 13.2. Nesse sentido:

Art. 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 públicas⁴⁴.

O caso *Herrera Ulloa Vs. Costa Rica* (2004) foi primeiro caso contencioso em que a Corte abordou a questão da restrição da liberdade de expressão e analisou seus requisitos. Tanto para a Corte Interamericana quanto para a Comissão, a determinação das responsabilidades ulteriores deve seguir certos requisitos: devem estar expressamente fixadas em lei; devem estar destinadas a proteger o direito à reputação, a segurança nacional, a ordem pública, a saúde ou a moral pública; e devem ser necessárias em uma sociedade democrática⁴⁵.

Além disso, a CorteIDH afirma que a necessidade e a legalidade das restrições dependerão de que estejam orientadas a satisfazer um interesse público imperativo⁴⁶. Para sustentar este argumento, a Corte se utiliza do entendimento do Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH), que versa sobre a liberdade de expressão. Nesse sentido:

A necessidade e a legalidade das restrições da liberdade de expressão fundadas sobre o artigo 13.2 da Convenção Americana dependerá de que estejam orientadas a satisfazer um interesse público imperativo. Entre várias opções

⁴¹ CorteIDH. *Caso Palamara Iribarne Vs. Chile*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 22 de novembro de 2005, §79.

⁴² CIDH. *Relatório de Mérito: Jorge Fontevecchia e Héctor D'Amico*. Informe n. 82/10, Caso 12.524, 2010, §89; CIDH. *Informe Anual da Relatoria Especial para a Liberdade de Expressão*. 2009, § 68 e 69; CorteIDH. *Caso Kimel Vs. Argentina*. Mérito, reparações e custas. Sentença de 02 de maio de 2008.

⁴³ CIDH. *Relatório de Mérito: Jorge Fontevecchia e Héctor D'Amico*. Informe n. 82/10, Caso 12.524, 2010, §89.

⁴⁴ CorteIDH. *Caso Ricardo Canese Vs. Paraguai*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 31 de agosto de 2004, §75.

⁴⁵ CorteIDH. *Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 02 de julho de 2004, §120; CorteIDH. *Caso Usón Ramírez Vs. Venezuela*. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 20 de novembro de 2009; CorteIDH. *Caso Ricardo Canese Vs. Paraguai*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 31 de agosto de 2004, §75; CIDH. *Relatório de Mérito: Francisco Usón Ramírez*. Caso 12.554, 2008, §93.

⁴⁶ CorteIDH. *Caso Ricardo Canese Vs. Paraguai*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 31 de agosto de 2004, §96.

para alcançar este objetivo, deve-se escolher aquela que restrinja em menor escala o direito protegido⁴⁷.

A Corte incorporou em suas sentenças as disposições adotadas na Opinião Consultiva nº 5/85, no sentido de que não é suficiente demonstrar, por exemplo, que a lei cumpre um propósito útil ou oportuno. Para que sejam compatíveis com a Convenção, as restrições devem se justificar segundo objetivos coletivos que, por sua importância, preponderem claramente sobre a necessidade social do pleno gozo do direito que o artigo 13 garante e não limitem mais do que o estritamente necessário o direito proclamado neste artigo. Isto é, a restrição deve ser proporcional ao interesse que a justifica e deve se ajustar estritamente ao alcance desse objetivo legítimo⁴⁸.

Isso quer dizer que é necessário observar se o objetivo da restrição é relevante a ponto de gerar uma restrição à liberdade de expressão ou se irá gerar danos à sociedade democrática. Por exemplo, a censura prévia de espetáculos públicos, a fim de resguardar a moral pública no que concerne a crianças e adolescentes é permitida⁴⁹ e seu fim visa um objetivo coletivo que é relevante para justificar a restrição, que é proporcional neste caso, visto que não restringe o direito além daquilo que é necessário.

Além disso, para a CIDH, o requisito da expressa fixação em lei é entendido no sentido de que as leis devem ser promulgadas por razões de interesse geral, ou seja, devem ser adotadas visando o "bem comum", conceito que deve ser interpretado como um elemento integrante da ordem pública do Estado Democrático⁵⁰.

É possível entender o bem comum, dentro do contexto da Convenção, como um conceito referente às condições da vida social que permite aos integrantes da sociedade alcançar o maior grau de desenvolvimento pessoal e a maior vigência dos valores democráticos. Nesse sentido, é possível considerar como um imperativo do bem comum, a organização da vida social de forma que se fortaleça o funcionamento das instituições democráticas e se preserve e promova a plena realização dos direitos da pessoa humana⁵¹.

⁴⁷ CorteIDH. *Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 02 de julho de 2004, §121 e 123; TEDH. *Case of The Sunday Times Vs. United Kingdom*, 1979, §59; TEDH. *Case of Barthold Vs. Germany*, 1985, §59.

⁴⁸ CorteIDH. *La Colegiación Obligatoria de Periodistas*. Opinião Consultiva OC-5/85 de 13 de novembro de 1985, §46; CorteIDH. *Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 02 de julho de 2004, §121; CIDH. *Relatório de Mérito: Francisco Usón Ramirez*. Caso 12.554, 2008, §96.

⁴⁹ CorteIDH. *Caso "A última tentação de Cristo" (Olmedo e outros) Vs. Chile*. Sentença de 05 de fevereiro de 2001, §70.

⁵⁰ CIDH. *Relatório de Mérito: Francisco Usón Ramirez*. Caso 12.554, 2008, §95.

⁵¹ CorteIDH. *La Colegiación Obligatoria de Periodistas*. Opinião Consultiva OC-5/85 de 13 de novembro de 1985, §66.

Em relação ao requisito da necessidade, essa precisa ser interpretada no marco de uma sociedade democrática⁵², que requer um debate amplo de ideias. Por tanto, para a Comissão, as leis que estabelecem as responsabilidades ulteriores, devem ser estabelecidas quando não seja possível proteger o direito legítimo à reputação por outro meio menos restritivo e levando em consideração o critério de proporcionalidade, sob pena de se converter em um mecanismo indireto que tende impedir a circulação de ideias e opiniões⁵³.

Outro elemento que deve ser observado no momento de analisar a restrição da liberdade de expressão é o caráter de interesse público das manifestações. Para a Corte, a sociedade possui um interesse legítimo de se manter informada, sobretudo acerca situações que afetem direitos ou interesses gerais⁵⁴. Assim, os assuntos de interesse público gozam de uma maior esfera de proteção, devendo haver maior margem de tolerância frente a afirmações e apreciações feitas no curso dos debates políticos ou sobre questões de interesse público, pois este debate fomenta a construção da opinião pública e a informação da população, promovendo a responsabilidade do Estado e dos funcionários sobre sua gestão pública⁵⁵.

No mesmo sentido, Flávia Piovesan afirma que o pleno exercício dos direitos políticos é capaz de implicar o “empoderamento” da população, aumentando sua capacidade de pressão, articulação e mobilização política⁵⁶. Para Amartya Sen, os direitos políticos, o que inclui a liberdade de expressão e de discussão, são fundamentais não apenas para demandar respostas políticas, mas centrais para a própria formulação destas necessidades⁵⁷.

De acordo com a CIDH, o controle efetivo, por parte da cidadania, de atos de interesse público perpetrados por funcionários públicos ou particulares envolvidos voluntariamente em assuntos públicos, requer que o Estado não só se abstenha de censurar a informação difundida, mas também uma ação positiva para proporcionar esta informação aos cidadãos, com o objetivo de robustecer o debate sobre assuntos de

⁵² CorteIDH. *La Colegiación Obligatoria de Periodistas*. Opinião Consultiva OC-5/85 de 13 de novembro de 1985, §46.

⁵³ CIDH. *Informe Sobre as Leis de Desacato e Difamação Criminal*. 2004, §8.

⁵⁴ CorteIDH. *Caso Fontevecchia e D'Amico Vs. Argentina*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 29 de novembro de 2011, §61.

⁵⁵ CorteIDH. *Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 02 de julho de 2004, §127.

⁵⁶ PIOVESAN, Flávia. Op. Cit., 2015, p. 63.

⁵⁷ SEN, Amartya. Prefácio ao livro *Pathologies of Power*, de Paul Farmer.

interesse público e promover a transparência⁵⁸. Assim, para a Comissão, a proteção da honra e da privacidade dos funcionários públicos, devido à natureza de suas funções, possui um limite diferente do conferido ao particular⁵⁹.

Além destes requisitos, para analisar a compatibilidade do delito de desacato com a Convenção e com as disposições do Sistema Interamericano, deve-se observar outros critérios que são estabelecidos quando se trata do uso da via penal como meio de restrição da liberdade de expressão, para que a lei penal não se converta em um mecanismo intimidador que vise censurar a livre expressão do pensamento.

Para a Corte Interamericana, o Direito Penal é um meio mais restritivo e severo para se estabelecer a responsabilidade a respeito de uma conduta ilícita. Por isso, deve-se observar o princípio da intervenção mínima⁶⁰, em razão da natureza do Direito Penal como *última ratio*⁶¹. Em se tratando da restrição da liberdade de expressão isto pode ser posto em maior evidência, visto que a aplicação das punições penais, quando não sejam necessárias, adequadas ou proporcionais, podem se converter em um mecanismo de censura prévia, pois por medo de sofrer uma punição desproporcional o cidadão pode ser silenciado, o que representa um prejuízo à democracia e ao controle democrático das atividades estatais.

Quando a restrição se dá por meio da via penal, é preciso que se observem os requisitos para que a tipificação esteja de acordo com o princípio da legalidade⁶². Desse modo, o tipo penal deve contar com termos específicos e inequívocos, evitando dúvidas acerca das condutas puníveis, para que não haja discricionariedade sem limites no momento da aplicação. Assim, o tipo penal deve se formular de forma expressa, precisa e taxativa⁶³, pois a ambiguidade pode gerar dúvidas e abrir espaço para o arbítrio da

⁵⁸ CIDH. *Relatório de Mérito: "La Nación" Mauricio Herrera Ulloa e Fernán Vargas Rohrmoser*. Caso 12.367, 2002, §59.

⁵⁹ CIDH. *Relatório de Mérito: "La Nación" Mauricio Herrera Ulloa e Fernán Vargas Rohrmoser*. Caso 12.367, 2002, §60.

⁶⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. *A intervenção mínima no âmbito penal e o Estado Democrático de Direito*. Guilherme Nucci, 2014. Disponível em: <http://www.guilhermenucci.com.br/artigo/intervencao-minima-ambito-penal-e-o-estado-democratico-de-direito-2>.

⁶¹ CorteIDH. *Caso Ricardo Canese Vs. Paraguai*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 31 de agosto de 2004, §104; CorteIDH. *Caso Usón Ramírez Vs. Venezuela*. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 20 de novembro de 2009, §73.

⁶² CorteIDH. *Caso Usón Ramírez Vs. Venezuela*. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 20 de novembro de 2009, §55; CorteIDH. *Caso Kimel Vs. Argentina*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 02 de maio de 2008, §63.

⁶³ CIDH. *Relatório de Mérito: Francisco Usón Ramirez*. Caso 12.554, 2008, §116; CorteIDH. *Caso Usón Ramírez Vs. Venezuela*. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 20 de novembro de 2009, §55; CorteIDH. *Caso Kimel Vs. Argentina*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 02 de maio de 2008, §63.

autoridade, o que não é desejável quando se visa estabelecer a responsabilidade penal de um indivíduo e estabelecer uma pena que afeta sua liberdade⁶⁴. Estes requisitos servem para auferir a idoneidade da via penal.

Além disso, deve ser analisada a necessidade da via penal para tutelar bens jurídicos fundamentais frente a condutas que impliquem em graves violações a estes bens. Em outras palavras, deve-se analisar: a gravidade da conduta praticada pelo emissor das manifestações; o dolo com que este atuou; as características do dano injustamente causado; e outros dados que demonstrem a absoluta necessidade de utilizar a via penal⁶⁵. Isto é, ao se analisar o delito de desacato, deve-se considerar se o dano causado, neste caso à honra, é suficiente para justificar a restrição de manifestações relevantes ao interesse público e à garantia da democracia.

Também deve ser analisada a proporcionalidade da medida penal empregada, de modo que o sacrifício resultante dela não seja desmedido frente às vantagens obtidas pela limitação⁶⁶, ou seja, se o objetivo que a restrição visa atingir não implica em um sacrifício desproporcional do direito que está sendo restringido.

Ressalta-se que a Corte não considera contrária à Convenção Americana qualquer medida penal que restrinja a expressão de informações ou opiniões, pois isto iria de encontro com o estabelecido no artigo 13.2 e com a aplicação das responsabilidades posteriores, que também objetivam a proteção de direitos⁶⁷.

Por outro lado, a Comissão Interamericana tem manifestado de forma reiterada o entendimento de que as leis de desacato em geral são incompatíveis com a Convenção Americana por diversas razões, entre elas o fato do Direito Penal ser um meio mais severo para determinar a responsabilidade pela prática de condutas ilícitas. Para a CIDH, as sanções penais nunca deveriam ser utilizadas como um recurso para sufocar o debate público sobre questões de interesse geral ou para limitar a crítica a funcionários no exercício de sua função, ao Estado ou suas instituições⁶⁸.

⁶⁴ CorteIDH. *Caso Usón Ramírez Vs. Venezuela*. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 20 de novembro de 2009, §56.

⁶⁵ CorteIDH. *Caso Kimel Vs. Argentina*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 02 de maio de 2008, §78; CorteIDH. *Caso Usón Ramírez Vs. Venezuela*. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 20 de novembro de 2009, §74.

⁶⁶ CorteIDH. *Caso Usón Ramírez Vs. Venezuela*. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 20 de novembro de 2009, §79.

⁶⁷ ⁶⁷ CorteIDH. *Caso Kimel Vs. Argentina*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 02 de maio de 2008, §78.

⁶⁸ CIDH. *Relatório de Mérito: Francisco Usón Ramirez*. Caso 12.554, 2008, §123.

Como exemplo desta restrição por meio da via penal pode-se destacar o caso *Palamara Iribarne Vs. Chile* (2005), que trata da proibição de publicação do livro *Ética y Servicios de Inteligencia* e, posterior condenação do senhor Palamara pelo delito de desacato.

Neste caso, a Corte analisou os requisitos da restrição à liberdade de expressão, bem como a maior proteção à manifestações que influem em questões de interesse público, concluindo que o uso da via penal foi desproporcional e não atendeu ao requisito de ser necessário em uma sociedade democrática, pois o senhor Palamara Iribarne foi privado do seu direito à liberdade de pensamento e expressão devido a opiniões críticas acerca de assuntos que se relacionavam diretamente com a forma com que as autoridades militares cumpriam suas funções.

Devido à reforma legislativa ocorrida no Chile, adequando sua legislação, a Corte não aprofundou seu entendimento acerca do delito de desacato, apenas ressaltou que os Estados, assim como estabelece o artigo 2 da CADH, devem adotar as medidas necessárias para garantir os direitos protegidos pela Convenção, o que implica na supressão tanto das medidas legislativas quanto práticas que impliquem na violação de tais direitos.

No mesmo caso, a Comissão Interamericana entendeu que os atos praticados pelo Estado constituem censura prévia e que a punição por meio do delito de desacato constitui a aplicação de responsabilidades posteriores que não são necessárias, tanto de acordo com a Convenção Americana quanto com a jurisprudência da Corte⁶⁹. Assim, concluiu que a condenação do senhor Palamara pelo delito de desacato, baseada em suas expressões críticas ao comportamento de funcionários públicos, constitui uma aplicação de responsabilidades posteriores desnecessárias em uma sociedade democrática e, portanto, viola o artigo 13 da Convenção.

Após o estudo acerca da liberdade de expressão, das possibilidades de restrição desse direito, o que inclui a análise do uso da via penal como forma de restrição, é preciso observar de que forma os órgãos do Sistema Interamericano interpretam essas questões, identificando seus postos de convergência e divergência para, em seguida, analisar de que forma esse entendimento foi utilizado para decidir acerca da convencionalidade do delito de desacato no Brasil.

⁶⁹ CIDH. *Relatório e Mérito: Humberto Antonio Palamara Iribarne*. Caso 11.571, 2004, §51.

2.3. A RELATORIA ESPECIAL PARA A LIBERDADE DE EXPRESSÃO

No intuito de compreender as diferenças de posicionamento entre os órgãos do Sistema Interamericano, é importante destacar de que forma a Comissão Interamericana e a Corte tratam o direito à liberdade de expressão. O Sistema Interamericano tem como principal instrumento a Convenção Americana de Direitos Humanos (1969)⁷⁰ que estabelece a Comissão Interamericana e a Corte Interamericana como parte de seu aparato de monitoramento e implementação dos direitos que enuncia⁷¹.

A competência da CIDH alcança todos os Estados-partes da Convenção Americana e sua principal função é promover a observância e a proteção dos Direitos Humanos na América, cabendo a ela fazer recomendações aos Estados, bem como preparar relatórios que se mostrem necessários⁷² e, entre outras funções, examinar as comunicações que contenham denúncias de violação de direitos consagrados na Convenção e elaborar relatório contendo as conclusões da Comissão, indicando se o Estado violou ou não a Convenção Americana⁷³, podendo encaminhar o caso à Corte IDH.

Além disso, a Comissão também possui as Relatorias Especiais, que estão reguladas pelo artigo 15 do Regulamento da CIDH, e são um mecanismo de trabalho da Comissão para o estudo de temáticas de interesse e relevância regional. Elas são confiadas, a princípio, a um dos membros da Comissão, sendo seus titulares designados pela maioria absoluta dos membros, salvo a de liberdade de expressão, produto de uma iniciativa na Cúpula das Américas, realizada em Santiago em 1998⁷⁴, cujo relator não é membro da Comissão.

Isso ocorre, pois, as relatorias especiais, como é o caso da RELE, podem ser conduzidas por alguém designado pela CIDH. Desde sua criação, a Relatoria Especial para a Liberdade de Expressão é conduzida por um especialista independente, exercendo uma função *ad honorem*, permitindo que o estudo de determinado tema seja feito com mais profundidade, visto que não acumula outros mandatos⁷⁵.

⁷⁰ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 18 ed. Ver. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2018, p. 351.

⁷¹ *Ibid*, p. 359.

⁷² *Ibid*, p. 360.

⁷³ BUERGENTHAL, Thomas; NORRIS, Robert. *Human Rights: the inter-american system*. Nova York: Oceana Publications, 1982, p. 459.

⁷⁴ CHAVARRÍA, Ana Belem García. *Los Procedimientos Ante La Comisión Interamericana de Derechos Humanos*. Comisión Nacional de Los Derechos Humanos, México, 2011, p. 23.

⁷⁵ TEREZO, Cristina Figueiredo. *Sistema Interamericano de Direitos Humanos: pela defesa dos direitos econômicos, sociais e culturais*. 1 ed. Curitiba: Appris, 2014, p. 206-207.

A liberdade de expressão é um direito por meio do qual se permite a livre difusão de ideias e informações, sendo sua proteção de grande importância em uma sociedade democrática, visto que é por meio do exercício deste direito, que a população tem a oportunidade de se manifestar acerca dos acontecimentos que influenciam a vida em sociedade, assim pode-se dizer que este direito é uma consequência do sistema democrático, pois contribui para a formação da opinião pública acerca de debates públicos⁷⁶. Desse modo, tem-se a garantia da participação do povo no processo de autodeterminação democrática⁷⁷.

Dada sua importância, o alcance e o conteúdo do direito à liberdade de expressão foram amplamente desenvolvidos no âmbito do Sistema Interamericano. Em 1997, pensando na defesa desse direito, durante seu 97º período de sessões, a Comissão Interamericana criou a Relatoria Especial para a Liberdade de Expressão (RELE), com o objetivo de fortalecer a capacidade da CIDH de promover e proteger a plena vigência desse direito nas Américas e contribuir para o seu desenvolvimento⁷⁸.

A Relatoria Especial para a Liberdade de Expressão foi criada como um escritório de caráter independente⁷⁹ com independência funcional, sob o mandato de estimular a consciência pelo pleno respeito à liberdade de expressão no hemisfério, considerando o papel fundamental que ela desempenha na consolidação e desenvolvimento do sistema democrático⁸⁰.

Em seu informe de 1998⁸¹, a RELE destacou as mudanças políticas que ocorriam no hemisfério, com a passagem de regimes autoritários para regimes mais abertos e eleitos através de processos eleitorais, destacando a importância de uma liberdade de expressão baseada no livre acesso à informação para alcançar um desenvolvimento democrático participativo e estável⁸². O Relator Especial destacou que, em várias democracias latino-americanas, há uma debilidade nas instituições públicas encarregadas do controle das autoridades e é a imprensa que se transforma no principal instrumento de controle,

⁷⁶ CHEUQUER, Cláudio. *A Liberdade de Expressão como Direito Fundamental Prima Facie: análise crítica e proposta de revisão ao padrão jurisprudencial brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

⁷⁷ MACHADO, Jónatas. Op. cit.

⁷⁸ CIDH. *DIRECTIVA 1/19: Directiva Sobre el Desempeño de Las Actividades Y de Las Funciones Previstas en los Mandatos de Las Relatorías Especiales de La CIDH*. 30 de setembro de 2019, §3.

⁷⁹ Idem.

⁸⁰ Ibid, §4.

⁸¹ CIDH. *Informe Especial del Relator Sobre La Libertad de Expresión 1998*.

⁸² Idem, p. 4.

trazendo ao debate público fatos ilegais ou abusivos que tenham se evadido aos mecanismos de controle⁸³.

Nesse sentido, observa-se que no momento da criação da Relatoria Especial para a Liberdade de Expressão, a preocupação era a relação entre o direito à liberdade de expressão e a consolidação do regime democrático, preocupação que posteriormente continua permeando a jurisprudência do SIDH. Além disso, a RELE desenvolveu outros temas, como o da compatibilidade das leis de desacato com a Convenção Americana, que permeou seus informes temáticos entre 1998 e 2004.

A CIDH possui quatro relatórios sobre leis de desacato e difamação criminal (1998, 2000, 2002 e 2004), em que aborda a incompatibilidade de leis que criminalizam discursos ofensivos dirigidos a funcionários públicos, conhecidas como "leis desacato", com a liberdade de expressão⁸⁴, ressaltando sua preocupação com a restrição indireta deste direito por meio das leis de desacato⁸⁵.

Além disso, em declaração conjunta, o Relator Especial da Organização dos Estados Americanos (OEA) para a Liberdade de Expressão e o Relator Especial da Organização das Nações Unidas (ONU) sobre Liberdade de Opinião e de Expressão consideraram que os Estados membros devem rever sua legislação sobre difamação para que não restrinja o direito à liberdade de expressão e seja compatível com suas obrigações internacionais, além de derrogar as leis que confirmam proteção especial a figuras públicas, como as leis de desacato⁸⁶. Em outra declaração conjunta, a RELE estabeleceu que a difamação penal não é uma restrição justificável à liberdade de expressão, devendo derrogar-se a legislação penal sobre difamação e substituí-la, conforme seja necessário, por leis civis de difamação⁸⁷.

Desse modo, nota-se que a CIDH demonstra preocupação com a proteção do direito à liberdade de expressão e vem desenvolvendo informes relacionados à temática desde a criação da RELE, abordando temas como a relação entre a liberdade de expressão e a democracia, uma vez que, como afirma Flávia Piovesan, o Sistema Interamericano

⁸³ Idem, p. 5.

⁸⁴ CIDH. *Informe Sobre Desacato e Difamação Criminal*. 1998, p.36.

⁸⁵ Idem, p.37.

⁸⁶ OEA. *Declaración Conjunta Del Relator Especial de las Naciones Unidas sobre Libertad de Opinión y Expresión, el Representante de la OSCE sobre Libertad de los Medios y el Relator Especial de la OEA para la Libertad de Expresión*. 2000.

⁸⁷ OEA. *Declaración Conjunta del Relator Especial de la ONU sobre la Libertad de Opinión y Expresión, el Representante de la OSCE sobre la Libertad de Prensa y el Relator Especial de la OEA sobre Libertad de Expresión*. 2002.

nasce em um contexto regional marcado por regimes ditatoriais e se fortalece como ator regional democratizante⁸⁸.

Ademais, desde sua criação em 1998, a RELE também vem abordando questões relacionadas à compatibilidade das leis de desacato com a proteção do direito à liberdade de expressão, fazendo-o não apenas em suas declarações conjuntas e relatórios temáticos, mas nas análises de casos concretos, como será possível observar posteriormente nos estudos sobre os relatórios de mérito dos casos sobre liberdade de expressão no SIDH.

Outro ponto a ser observado é o papel desempenhado pela Corte Interamericana, não apenas em sua competência contenciosa, mas em sua competência consultiva, que, segundo Cristina Figueiredo Terezo, tem por finalidade a interpretação da Convenção e tratados que estão relacionados à proteção dos Direitos Humanos nas Américas⁸⁹. Para a Corte, as Opiniões Consultivas oferecem um método judicial diferente de caráter consultivo, destinado a ajudar os Estados a cumprir e aplicar tratados em matéria de Direitos Humanos⁹⁰.

No plano consultivo, qualquer membro da OEA pode solicitar parecer da Corte em relação à interpretação da Convenção⁹¹. Uma Opinião consultiva da Corte IDH que merece destaque é a OC nº 06/1986, que trata sobre o alcance da expressão leis empregada pelo artigo 30 da CADH⁹². Para a Corte, os critérios do artigo 30 são aplicáveis a todos os casos em que a expressão “lei”, ou locução equivalente, é empregada pela Convenção para tratar das restrições que ela mesma autoriza⁹³. Ou seja, a Convenção faz referência às condições particulares nas quais é possível restringir um direito consagrado por ela.

Desse modo, o significado do termo “leis” deve ser considerado como um termo incluído em um tratado internacional, não se tratando de significado substantivo de leis no direito interno de um Estado Parte⁹⁴. A proteção dos Direitos Humanos reconhecidos pela Convenção parte da afirmação da existência de certos atributos invioláveis da pessoa humana que não podem ser legitimamente prejudicados pelo exercício do poder público. Assim pode-se ressaltar a necessidade dos Estados em realizar o controle de

⁸⁸ PIOVESAN, Flávia. Op. Cit, 2018, p. 398.

⁸⁹ TEREZO, Cristina Figueiredo. Op. Cit., p. 231.

⁹⁰ Idem.

⁹¹ PIOVESAN, Flávia. Op. Cit, 2018, p. 368.

⁹² Artigo 30 - As restrições permitidas, de acordo com esta Convenção, ao gozo e exercício dos direitos e liberdades nela reconhecidos, não podem ser aplicadas senão de acordo com leis que forem promulgadas por motivo de interesse geral e com o propósito para o qual houverem sido estabelecidas.

⁹³ Corte IDH. *La Expresión "Leyes" En el Artículo 30 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos*. Opinião Consultiva nº 06/1986 de 09 de maio de 1986, §17.

⁹⁴ Ibid, § 19.

convencionalidade e adequar sua normativa interna à proteção dos Direitos Humanos prevista pela Convenção Americana.

Em relação à temática da liberdade de expressão, merece destaque o parecer emitido pela Corte sobre a filiação obrigatória de jornalistas, por solicitação da Costa Rica (Opinião Consultiva n. 5 de 1985)⁹⁵. Nessa Opinião Consultiva, a Corte desenvolve a base de seu entendimento sobre o direito à liberdade de expressão, analisando seu alcance e conteúdo, assim como suas formas de restrição. Essas considerações são resgatadas e desenvolvidas pela Corte em sua jurisprudência e pela Comissão Interamericana ao analisar o direito à liberdade de expressão, como será analisado a seguir.

⁹⁵ Ibid, p. 370.

3. CORTE E COMISSÃO: DIFERENÇAS NO ENTENDIMENTO SOBRE A PROTEÇÃO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Após analisar o conteúdo e o alcance do direito à liberdade de expressão, é possível observar que existem algumas diferenças nos posicionamentos dos órgãos do Sistema Interamericano de Direitos Humanos no que diz respeito às restrições permitidas ao direito de se expressar livremente, sobretudo quando se trata de uma restrição realizada por meio do uso da via penal.

Desse modo, o intuito deste capítulo é realizar uma comparação entre o posicionamento da CorteIDH e da Comissão Interamericana quanto à proteção do direito em questão. Para isso serão estudados os relatórios da Comissão Interamericana sobre as leis de desacato⁹⁶, a Opinião Consultiva n.º 5/85 da CorteIDH e o posicionamento dos órgãos do Sistema Interamericano em casos que tratam sobre o tema da liberdade de expressão.

Para isso, serão analisados os relatórios de mérito da Comissão Interamericana e as respectivas sentenças da Corte Interamericana. Os casos selecionados se encontram no site da Comissão Interamericana, indicados como jurisprudência do SIDH pela Relatoria Especial para a Liberdade de Expressão. Do conjunto de casos analisados de 2001 a 2020, sendo 2001 o primeiro caso contencioso da Corte sobre liberdade de expressão e 2020 o ano em que as sentenças foram selecionadas para análise, será dado enfoque aos casos: *Herrera Ulloa Vs. Costa Rica (2004)*; *Ricardo Canese Vs. Paraguai (2004)*; *Palamara Iribarne Vs. Chile (2005)*; *Caso Kimel vs. Argentina (2008)*; *Usón Ramirez Vs. Venezuela (2009)*; *Fontevecchia e D'Amico Vs. Argentina (2011)*; *Álvarez Ramos Vs. Venezuela (2019)*. Eles foram escolhidos, pois tratam do direito à liberdade de expressão, de sua relação com a democracia, da importância dos assuntos de interesse público e da restrição da liberdade de expressão pelo uso da via penal devido a delitos contra a honra, elementos necessários para se discutir sobre o delito de desacato.

Pelo estudo das sentenças e dos relatórios de mérito foi possível perceber temas recorrentes que foram analisados tanto pela Corte quanto pela Comissão segundo suas óticas, sendo eles: o conteúdo do direito à liberdade de expressão, as possibilidades de restrição do direito à liberdade de expressão, o conflito entre a proteção da honra de

⁹⁶CIDH. *Informe Sobre Desacato e Difamação Criminal*. 1998; CIDH. *Informe Sobre Desacato e Difamação Criminal*. 2000; CIDH. *Informe Sobre Desacato e Difamação Criminal*. 2002; CIDH. *Informe sobre las Leyes de Desacato y Difamación Criminal*. 2004.

funcionário público e o caráter de interesse público das manifestações e a aplicação de responsabilidades posteriores pela via penal, os quais serão abordados a seguir.

3.1 O DIREITO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO E SUA IMPORTÂNCIA SEGUNDO OS ÓRGÃOS DO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS

Desde sua Opinião Consultiva n.º 5/85, a Corte já esclarecia a dupla dimensão do direito à liberdade de expressão, entendimento que foi reiterado em suas sentenças e que foi reforçado pela CIDH em seus relatórios de mérito. Nesse sentido:

O artigo 13 afirma que a liberdade de pensamento e de expressão 'compreende a liberdade de buscar, receber e difundir informações e ideias de toda natureza...'. Estes termos estabelecem literalmente que quem está sob a proteção da Convenção tem não apenas o direito e a liberdade de expressar seu próprio pensamento, mas também o direito e a liberdade de buscar, receber e difundir informações e ideias de toda natureza. Portanto, quando se restringe ilegalmente a liberdade de expressão de um indivíduo, não é apenas o direito desse indivíduo que está sendo violado, mas também o direito de todos a "receber" informações e ideias, do que resulta que o direito protegido pelo artigo 13 tem um alcance e um caráter especiais. Põem-se assim de manifesto as duas dimensões da liberdade de expressão. De fato, esta requer, por um lado, que ninguém seja arbitrariamente prejudicado ou impedido de manifestar seu próprio pensamento e representa, portanto, um direito de cada indivíduo; mas implica também, por outro lado, um direito coletivo a receber qualquer informação e a conhecer a expressão do pensamento alheio⁹⁷.

Para a Comissão, o direito de buscar, receber e difundir informação contém as duas dimensões individual e social, assim como o direito da sociedade de estar bem-informada e contar com uma pluralidade de fontes de informação, podendo decidir quais fontes deseja ler, escutar ou ver⁹⁸.

Segundo Corte Interamericana, a proteção da liberdade de expressão requer que ninguém seja arbitrariamente impedido de manifestar seu próprio pensamento, o que se refere a dimensão individual, assim como o direito coletivo de receber qualquer informação e de conhecer a expressão do pensamento alheio, referente à dimensão

⁹⁷ CorteIDH. *La Colegiación Obligatoria de Periodistas*. Opinião Consultiva OC-5/85 de 13 de novembro de 1985, §30.

⁹⁸ CIDH. *Relatório e Mérito: Eduardo Kimel*. Caso 12.450, 2007, §69.

social⁹⁹. Além disso, a CorteIDH ressalta que ambas as dimensões têm igual importância e devem ser garantidas simultaneamente¹⁰⁰.

Desse modo, não seria admissível que, com base no direito a difundir informações e ideias, fossem formados monopólios públicos ou privados sobre os meios de comunicação para tentar moldar a opinião pública de acordo com um único ponto de vista¹⁰¹. Assim, ressalta-se mais uma vez a importância da opinião pública e do conhecimento do pensamento alheio para o exercício da liberdade de expressão.

Segundo Carlos Bentivenga, a liberdade de comunicação é a faculdade da pessoa de desenvolver as atividades relacionadas com o ato ou efeito de emitir, transmitir e receber mensagens por meio de métodos ou processos convencionados e, entre as garantias fundamentais para a efetividade de tais direitos, destacam-se as relativas à divulgação e à crítica, pois estas seriam garantias inerentes e impreteríveis ao exercício da atividade¹⁰².

Outro ponto muito destacado por ambos os órgãos do SIDH é a relação entre a democracia e a liberdade de expressão. Segundo a Comissão Interamericana, o direito à liberdade de expressão e informação é um dos principais mecanismos que a sociedade possui para exercer o controle democrático sobre as pessoas que estão encarregadas de assuntos de interesse público. Portanto, quando se limita o controle dos cidadãos sobre as atividades desenvolvidas por agentes do Estado no exercício de suas funções, ou de pessoas envolvidas em assuntos de interesse público, a democracia se transforma em um sistema, onde o autoritarismo encontra terreno fértil para se impor sobre a vontade da sociedade, o que por sua vez pode levar a uma suspensão radical da liberdade de expressão¹⁰³.

Além disso, em uma sociedade democrática é indispensável que aqueles que se encontram sob a jurisdição do Estado possam criticar livremente ao próprio Estado e aos funcionários públicos no exercício de suas funções, sem o temor de uma

⁹⁹ CorteIDH. *Caso “A Última Tentação de Cristo” Vs. Chile*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 05 de fevereiro de 2001, §64; CorteIDH. *La Colegiación Obligatoria de Periodistas*. Opinião Consultiva OC-5/85 de 13 de novembro de 1985, §30; CIDH. *Relatório de Mérito: Jorge Fontevicchia e Héctor D’Amico*. Informe n. 82/10, Caso 12.524, 2010, §87.

¹⁰⁰ CorteIDH. *Caso Ricardo Canese Vs. Paraguai*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 31 de agosto de 2004, §80.

¹⁰¹ CorteIDH. *La Colegiación Obligatoria de Periodistas*. Opinião Consultiva OC-5/85 de 13 de novembro de 1985, §33.

¹⁰² BENTIVENGA, Carlos Frederico Barbosa. *Liberdade de Expressão, Honra Imagem e Privacidade: os limites entre o lícito e o ilícito*. Editora Manole Ltda., São Paulo, 2020, p. 84.

¹⁰³ CIDH. *Relatório de Mérito: “La Nación” Mauricio Herrera Ulloa e Fernán Vargas Rohmoser*. Caso 12. 367, 2002, §51; CIDH. *Terceiro Informe sobre a Situação dos Direitos Humanos no Paraguai*, §35.

responsabilização cível ou penal, caso contrário, a democracia se debilita e as opiniões se silenciam¹⁰⁴. Em seu relatório de mérito sobre o Caso Kimel Vs. Argentina (2008), a CIDH considera que em uma sociedade que viveu uma ditadura militar, a liberdade de pensamento e de expressão adquire importância fundamental para a formação da opinião pública e se manifesta na possibilidade de qualquer pessoa poder expressar suas opiniões¹⁰⁵.

Para a Corte Interamericana, a liberdade de expressão se insere na ordem pública primária e radical da democracia, que não é concebível sem o debate livre e sem que a dissidência tenha pleno direito de se manifestar¹⁰⁶. Ela é uma condição, para que a sociedade esteja suficientemente informada ao exercer suas escolhas. Portanto, é possível dizer que uma sociedade que não está bem-informada não é plenamente livre¹⁰⁷. Para reforçar seu argumento, a Corte se utiliza de disposições do Tribunal Europeu de Direitos Humanos nos casos *Perna v. Italy* (2003) e *The Sunday Times v. United Kingdom* (1979), nesse sentido:

A liberdade de expressão é um dos pilares essenciais de uma sociedade democrática e uma condição fundamental para seu progresso e para o desenvolvimento pessoal de cada indivíduo. Tal liberdade deve ser garantida não apenas com relação à divulgação de informações ou ideias que sejam favoravelmente recebidas ou consideradas inofensivas ou indiferentes, mas também com relação às que ofendem ou perturbam o Estado ou qualquer setor da população. Estas são as exigências do pluralismo, da tolerância e da transparência, sem as quais não existe uma sociedade democrática. Isso significa que [...] qualquer formalidade, condição, restrição ou sanção imposta na matéria deve ser proporcional ao objetivo legítimo perseguido¹⁰⁸. (tradução nossa)

Em sua sentença do caso *Ricardo Canese Vs. Paraguai* (2004), a Corte teve a oportunidade de se manifestar acerca da importância do direito à liberdade de expressão no âmbito de uma campanha eleitoral. Ela entendeu que a liberdade de expressão em suas duas dimensões é fundamental para o debate durante um processo eleitoral, uma vez que se transforma em uma ferramenta essencial para a formação da opinião pública dos

¹⁰⁴ CIDH. *Relatório e Mérito: Eduardo Kimel*. Caso 12.450, 2007, §72.

¹⁰⁵ *Ibid*, §96.

¹⁰⁶ CorteIDH. *La Colegiación Obligatoria de Periodistas. Opinião Consultiva OC-5/85* de 13 de novembro de 1985, §69.

¹⁰⁷ CorteIDH. *Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 02 de julho de 2004, § 112; CorteIDH. *La Colegiación Obligatoria de Periodistas*. Opinião Consultiva OC-5/85 de 13 de novembro de 1985, §70.

¹⁰⁸ CorteIDH. *Caso “A Última Tentação de Cristo” Vs. Chile*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 05 de fevereiro de 2001, §69; TEDH. *Case of Perna v. Italy*, Sentença de 06 de maio de 2003, §39; TEDH. *Case of The Sunday Times v. United Kingdom*. Sentença de 29 março de 1979, § 65.

eleitores, fortalece a disputa política entre os candidatos e permite uma maior transparência e fiscalização das futuras autoridades e de suas gestões¹⁰⁹.

O debate democrático implica na livre circulação de ideias e informações a respeito dos candidatos e seus partidos políticos, por isso, é preciso que todos possam questionar a capacidade e idoneidade dos candidatos, de forma que os eleitores possam estabelecer seus critérios para votar. Assim, a Corte entende que o exercício dos direitos políticos e a liberdade de pensamento e de expressão estão intimamente ligados¹¹⁰.

Sendo a democracia um sistema político no qual os cidadãos decidem, diretamente ou por meio de seus representantes, os assuntos da coletividade, e no qual as autoridades públicas prestam contas das suas ações, o papel da liberdade de expressão consiste em permitir aos participantes da vida pública expressar-se, questionar, argumentar, criticar e contestar livremente¹¹¹.

Segundo Alexandre Sankievicz, de acordo com a Constituição Federal de 1988, a função da liberdade de expressão não é apenas assegurar um âmbito de liberdade moral para a livre expressão do pensamento, ideologia ou religião, mas também criar uma sociedade efetivamente pluralista, onde seja respeitado o igual direito de efetiva participação política de todos os membros da comunidade no sistema de construção de direitos. É a garantia constitucional de que o cidadão brasileiro, nos discursos realizados nos principais fóruns de discussão da democracia contemporânea, tem um papel maior do que o de mero espectador¹¹².

Para a Corte Interamericana existe uma coincidência nos diferentes sistemas regionais de proteção dos Direitos Humanos e no sistema universal, no que diz respeito ao papel essencial desempenhado pela liberdade de expressão na consolidação e na dinâmica de uma sociedade democrática, pois sem uma liberdade de expressão efetiva, materializada em todos seus termos, a democracia desvanece, o pluralismo e a tolerância começam a degradar-se, os mecanismos de controle e denúncia dos cidadãos começam a tornar-se inoperantes, criando um terreno fértil para os sistemas autoritários se enraizarem

¹⁰⁹ CorteIDH. *Caso Ricardo Canese Vs. Paraguai*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 31 de agosto de 2004, §88.

¹¹⁰ *Ibid*, §90.

¹¹¹ BENTO, Leonardo Valles. Parâmetros internacionais do direito à liberdade de expressão. *Revista de informação legislativa: RIL*, v. 53, n. 210, p. 93-115, abr./jun. 2016. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/53/210/ril_v53_n210_p93>.

¹¹² SANKIEVICZ, Alexandre. *Liberdade de Expressão e Pluralismo: perspectivas de regulação*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 48.

na sociedade¹¹³. Desse modo, observa-se que a Corte se posiciona no mesmo sentido em que a Comissão Interamericana ao ressaltar a importância do direito à liberdade de expressão para a democracia.

3.2 POSSIBILIDADES DE RESTRIÇÃO DO DIREITO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Em relação às restrições da liberdade de expressão, a Comissão afirma que apesar de sua importância, como já se demonstrou anteriormente, este não é um direito absoluto, uma vez que o próprio artigo 13 da CADH permite limitações de caráter excepcional¹¹⁴, pois diferente de outros direitos consagrados na Convenção, a liberdade de expressão tem uma regulação detalhada de suas possíveis limitações¹¹⁵. Além disso, ao interpretar o artigo 13.2 da CADH¹¹⁶, a CIDH entende que as possibilidades de restrição dispostas no referido artigo são taxativas¹¹⁷. Desse modo, tem-se que para a Comissão as restrições permitidas à liberdade de expressão possuem caráter excepcional e estão dispostas no artigo 13 de forma taxativa.

Para a Comissão Interamericana, a possibilidade de restrição deste direito se dá pela aplicação de responsabilidades posteriores ao exercício abusivo do direito à liberdade de expressão, ressaltando-se que a obrigação do Estado de respeitar o direito em comento supõe a obrigação de não impor limitações que não estejam amparadas pelo artigo 13.2 da Convenção Americana¹¹⁸.

É importante destacar que o indivíduo tem o direito de se manifestar livremente, contudo, segundo Carlos Bentivenga, isso não implica na imunidade de seu titular em relação à resposta por eventual agravo a terceiros que o abuso deste direito venha a causar¹¹⁹. Para o autor, a liberdade de expressão deve ser plenamente usada e livre de

¹¹³ CorteIDH. *Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 02 de julho de 2004, § 116.

¹¹⁴ CIDH. *Relatório de Mérito: "La Nación" Mauricio Herrera Ulloa e Fernán Vargas Rohrmoser*. Caso 12. 367, 2002, §47.

¹¹⁵ CIDH. *Relatório de Mérito: Jorge Fontevecchia e Héctor D'Amico*. Informe n. 82/10, Caso 12.524, 2010, §89.

¹¹⁶ Artigo 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.

¹¹⁷ CIDH. *Relatório de Mérito: "La Nación" Mauricio Herrera Ulloa e Fernán Vargas Rohrmoser*. Caso 12. 367, 2002, §47.

¹¹⁸ CIDH. *Relatório de Mérito: Francisco Usón Ramirez*. Caso 12.554, 2008, §92.

¹¹⁹ BENTIVENGA, Carlos Frederico Barbosa. Op. Cit., p. 94.

qualquer espécie de censura, dando margem *a posteriori* ao recurso de quem atingido por eventual abuso, ao direito de resposta ou à indenização dos danos materiais e mitigação dos danos morais dele decorrentes¹²⁰. Isto é, pela aplicação de responsabilidades posteriores.

Além disso, a CIDH observa que entre os requisitos necessários, para que a limitação da liberdade de expressão possa ocorrer, o da “necessidade” é o que provocou maior desenvolvimento jurisprudencial¹²¹. Para robustecer seu argumento, a Comissão relembra o entendimento desenvolvido na Opinião Consultiva n.º 5/85 da CorteIDH acerca da necessidade social imperiosa da restrição, que deve estar orientada a satisfazer um interesse público imperativo e se adequar a um objetivo legítimo da Convenção¹²².

O discurso livre e o debate político são essenciais para a consolidação da vida democrática de uma sociedade. Portanto, as justificativas para que o Estado possa restringir a liberdade de expressão, nesse sentido, são muito mais limitadas¹²³. Consequentemente, se a responsabilidade posterior for desproporcional ou não estiver de acordo com o interesse que a justifica, gera uma clara violação do artigo 13 da CADH¹²⁴.

Ademais, a CIDH destaca que os meios indiretos de restrição previstos na CADH são exemplificativos¹²⁵, podendo existir outros meios, como as sanções penais, que, em alguns casos, podem ser consideradas meios indiretos de restrição, uma vez que o efeito inibidor da sanção penal pode gerar uma autocensura em quem deseja se manifestar¹²⁶.

Por exemplo, em seu relatório de mérito sobre o caso Ricardo Canese Vs. Argentina (2004), a CIDH entendeu que as manifestações proferidas pelo senhor Ricardo Canese ocorreram no âmbito de uma campanha eleitoral, assim, não restam dúvidas acerca do interesse público envolvido. Desse modo, a condenação imposta buscou ter um efeito amedrontador sobre todo debate que envolve pessoas públicas e sobre assuntos de interesse público, convertendo-se em um meio indireto de limitação da liberdade de expressão¹²⁷.

¹²⁰ *Idem*.

¹²¹ CIDH. *Relatório de Mérito: Ricardo Canese*. Caso 12. 032, 2002, §37.

¹²² CIDH. *Relatório de Mérito: Ricardo Canese*. Caso 12. 032, 2002, §39; CorteIDH. *La Colegiación Obligatoria de Periodistas*. Opinião Consultiva OC-5/85 de 13 de novembro de 1985, §46.

¹²³ CIDH. *Relatório de Mérito: Ricardo Canese*. Caso 12.032, 2002, §40.

¹²⁴ *Ibid*, §41.

¹²⁵ *Ibid*, §42.

¹²⁶ *Ibid*, §44.

¹²⁷ *Ibid*, §56.

A Comissão sugere que, a fim de não violar os limites convencionais, em alguns casos a ação não deveria ser punível. Isto é, em casos de manifestações realizadas no âmbito de questões de interesse público, deveria se estabelecer a não punibilidade¹²⁸.

Por sua vez, a Corte Interamericana também afirma ser importante notar que o direito à liberdade de expressão não é um direito absoluto, estando sujeito a restrições, que se dão por meio da aplicação de responsabilidades posteriores ao exercício abusivo do direito, sem que se limite além do estritamente necessário o alcance da liberdade de expressão, sob pena de se converter em um mecanismo direto ou indireto de censura prévia¹²⁹. Observa-se que a Corte faz menção à restrição indireta da liberdade de expressão, porém sem especificar como ela se daria.

Em sua sentença do caso *Herrera Ulloa Vs. Costa Rica* (2004), primeiro caso em que a Corte aborda as restrições da liberdade de expressão, ela enumera os requisitos que devem ser observados no momento de se estabelecer a restrição, sendo eles: devem estar expressamente fixadas em lei; devem estar destinadas a proteger o direito à reputação, a segurança nacional, a ordem pública, a saúde ou a moral pública; e devem ser necessárias em uma sociedade democrática¹³⁰. Estes requisitos estão dispostos no próprio artigo 13.2 da CADH, mas a CorteIDH ressalta, ainda, que deve ser observada a necessidade e a legalidade das medidas adotadas, entendimento adotado desde sua Opinião Consultiva n.º 5/85¹³¹.

Em relação à “necessidade”, a CorteIDH se utiliza de uma interpretação feita pela Corte Europeia a qual conclui que a expressão “necessárias” não é sinônimo de “indispensáveis”, isto é, deve haver uma necessidade social imperiosa e, para que uma restrição seja “necessária”, não é suficiente que seja útil, razoável ou oportuna¹³². Ou seja, a restrição da liberdade de expressão pode ser útil ou razoável, mas deve-se analisar se ela é ou não necessária para a sociedade democrática.

Assim, para que sejam compatíveis com a Convenção, as restrições devem se justificar segundo objetivos coletivos que, por sua importância, preponderem claramente

¹²⁸ Ibid, §53.

¹²⁹ CorteIDH. *Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 02 de julho de 2004, § 120; CorteIDH. *Caso Ricardo Canese Vs. Paraguai*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 31 de agosto de 2004, §95.

¹³⁰ CorteIDH. *Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 02 de julho de 2004, §120.

¹³¹ CorteIDH. *La Colegiación Obligatoria de Periodistas*. Opinião Consultiva OC-5/85 de 13 de novembro de 1985, §46.

¹³² CorteIDH. *Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 02 de julho de 2004, §122; TEDH. *Case of The Sunday Times v. United Kingdom*. Sentença de 29 março de 1979, § 59.

sobre a necessidade social do pleno gozo do direito que o artigo 13 da CADH garante e não limitem mais do que o estritamente necessário o direito proclamado neste artigo. Isto é, a restrição deve ser proporcional ao interesse que a justifica e deve se ajustar estritamente ao alcance desse objetivo legítimo¹³³.

Portanto, as restrições autorizadas à liberdade de expressão devem ser aquelas "necessárias para assegurar" a obtenção de certos fins legítimos, ou seja, não basta que a restrição seja útil para a obtenção desse fim, isto é, que se possa alcançar por meio dela, mas deve ser necessária, ou seja, que não possa ser alcançada razoavelmente por outro meio menos restritivo¹³⁴.

Ao tratar sobre os requisitos da restrição da liberdade de expressão, em sua Opinião Consultiva, a Corte deixa claro que todos os requisitos devem ser observados para que se dê cumprimento total ao artigo 13.2¹³⁵.

Em relação à proibição da censura prévia, a Corte define que, respeitada a exceção do artigo 13.4 da CADH¹³⁶, toda medida preventiva significa, inevitavelmente, o prejuízo da liberdade garantida pela Convenção¹³⁷. Assim, o abuso da liberdade de expressão não pode ser objeto de medidas de controle preventivo, mas fundamento de responsabilidade para quem o tenha cometido¹³⁸.

Analisando o entendimento dos órgãos do SIDH sobre o assunto, observa-se que a Comissão faz questão de ressaltar que as possibilidades de restrição estão presentes no artigo 13 da CADH de forma taxativa, além de destacar a existência de meios indiretos de restrição, como seria o caso do Direito Penal. Por outro lado, a Corte não discorre sobre as restrições indiretas e não afirma de forma expressa que as restrições estão dispostas de forma taxativa no artigo 13, mas considera que o artigo 13.2 elenca os requisitos que devem ser observados no momento de se estabelecer uma restrição. A compatibilidade dessa restrição com a CADH é analisada pela Corte caso a caso.

¹³³ CorteIDH. *Caso Ricardo Canese Vs. Paraguai*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 31 de agosto de 2004, §96.

¹³⁴ CorteIDH. *La Colegiación Obligatoria de Periodistas*. Opinião Consultiva OC-5/85 de 13 de novembro de 1985, §79.

¹³⁵ *Ibid*, §39.

¹³⁶ Artigo 13.4 - 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.

¹³⁷ CorteIDH. *La Colegiación Obligatoria de Periodistas*. Opinião Consultiva OC-5/85 de 13 de novembro de 1985, §38.

¹³⁸ *Ibid*, §39.

3.3 A PROTEÇÃO DA HONRA DOS FUNCIONÁRIOS PÚBLICOS *VERSUS* O CARÁTER DE INTERESSE PÚBLICO DAS MANIFESTAÇÕES

De acordo com Paulo Gustavo Gonet Branco, a garantia da liberdade de expressão tutela, ao menos enquanto não houver colisão com outros direitos fundamentais e com outros valores constitucionalmente estabelecidos, “toda opinião, convicção, comentário, avaliação ou julgamento sobre qualquer assunto ou sobre qualquer pessoa, envolvendo tema de interesse público, ou não, de importância e de valor, ou não”¹³⁹. Entretanto, existem momentos que o exercício do direito à liberdade de expressão irá se chocar com outros direitos, como a honra.

Nesse caso, o primeiro direito subjetivo tutelado seria o da liberdade de expressão, que em nada influi no direito subjetivo igualmente reconhecido àquele que, porventura possa ter sido agravado em sua honra, imagem, intimidade ou vida privada em face dessa utilização – ou abuso. O outro dos direitos envolvidos, é o daquele que se sentiu agravado, portanto, de (i) exigir o direito de resposta e (ii) provar judicialmente a abusividade do exercício do direito do outro e, com isso, obter reparação dos danos que tenha experimentado¹⁴⁰.

A Convenção Americana prevê a proteção do direito à honra em seu artigo 11, nesse sentido:

Artigo 11 – Proteção da honra e da dignidade

1. Toda pessoa tem direito ao respeito de sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade.
2. Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, na de sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação.
3. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais ingerências ou tais ofensas.

Segundo a CorteIDH, quando há um conflito entre o direito à liberdade de expressão e o direito à honra, é necessário garantir o exercício de ambos. Nesse sentido, a prevalência de algum deles dependerá da ponderação feita por meio de um juízo de proporcionalidade¹⁴¹. Nesse sentido:

A necessidade de proteger os direitos à honra e à reputação, assim como outros direitos que possam ser afetados pelo exercício abusivo da liberdade de expressão, requer a devida observância dos limites fixados pela própria Convenção. Esses devem atender a um critério de estrita proporcionalidade¹⁴².

¹³⁹ MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 11.ed. São Paulo: Saraiva. 2016. p. 264.

¹⁴⁰ BENTIVENGA, Carlos Frederico Barbosa. *Op. Cit.*, p. 94.

¹⁴¹ CorteIDH. *Caso Kimel Vs. Argentina*. Mérito, reparações e custas, sentença de 02 de maio de 2008, §51.

¹⁴² *Ibid*, §56.

Pode-se dizer que embora todas as pessoas tenham o direito de proteção à honra e à vida privada, o nível de proteção é diferente a depender da relevância pública que tenham os atos dessa pessoa. Nesse sentido, a condição de funcionário público se converte em um dado relevante para diferenciar o nível de proteção¹⁴³.

Para Alcides Leopoldo e Silva Junior, pessoa pública seria aquela que se dedica à vida pública ou que a ela está ligada, ou que exerça cargos políticos, ou cuja atuação dependa do sufrágio popular ou do reconhecimento das pessoas ou a elas é voltado¹⁴⁴. Bentivenga entende como pessoa submetida à mitigação da proteção de seus direitos de imagem e de privacidade aquelas que se expõem ao escrutínio público¹⁴⁵.

No caso do conflito entre a proteção da honra de um funcionário público e o direito à liberdade de expressão, em primeiro lugar, é preciso entender que no momento de se estabelecer se a restrição da liberdade de expressão é compatível com a Convenção Americana o caráter de interesse público das manifestações é um importante elemento a ser observado. A Comissão Interamericana considera que o controle efetivo do cidadão sobre atos de interesse público realizados por funcionários públicos, ou por indivíduos voluntariamente envolvidos em assuntos públicos, não só exige que o Estado se abstenha de censurar as informações divulgadas, mas também exige uma ação positiva por parte do Estado para fornecer tais informações aos cidadãos com o objetivo de fortalecer o debate¹⁴⁶.

Em uma sociedade democrática é indispensável que aqueles que se encontram sob a jurisdição do Estado possam criticar livremente ao próprio Estado e aos funcionários públicos no exercício de suas funções, sem o temor de uma responsabilização cível ou penal, caso contrário, a democracia se debilita e as opiniões se silenciam¹⁴⁷.

Desse modo, no momento de ponderar a liberdade de expressão e a honra dos funcionários públicos, tal ponderação não pode se dar pela supervalorização dos bens jurídicos institucionais, o que daria margem para que o autoritarismo prospere, uma vez que está em jogo um dos elementos essenciais para o funcionamento da democracia: a liberdade das pessoas de se expressarem e o direito de criticar¹⁴⁸.

¹⁴³ Ibid, §100.

¹⁴⁴ SILVA JUNIOR, Alcides Leopoldo e. *A pessoa pública e o seu direito de imagem*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002. p. 88.

¹⁴⁵ BENTIVENGA, Carlos Frederico Barbosa. Op. Cit., p. 222.

¹⁴⁶ CIDH. *Relatório de Mérito: "La Nación" Mauricio Herrera Ulloa e Fernán Vargas Rohmoser*. Caso 12. 367, 2002, §59.

¹⁴⁷ CIDH. *Relatório e Mérito: Eduardo Kimel*. Caso 12.450, 2007, §72.

¹⁴⁸ CIDH. *Relatório e Mérito: Eduardo Kimel*. Caso 12.450, 2007, §74.

Para fundamentar sua argumentação, a CIDH traz o entendimento que desenvolveu em seu relatório sobre a compatibilidade das leis de desacato com a Convenção Americana e afirma que os funcionários públicos que, pela natureza de suas funções, estão sujeitos ao escrutínio do público, devem demonstrar maior tolerância às críticas, o que implica uma proteção de privacidade e reputação diferente daquela concedida a um indivíduo particular¹⁴⁹.

Nesse sentido, ressalta-se a importância de se distinguir entre a pessoa privada e a pessoa pública:

A proteção oferecida àqueles que lidam com assuntos de interesse público é diferente daquela oferecida a um particular. Enquanto é verdade que a honra dos funcionários públicos é um bem a ser protegido legalmente, também é certo que a natureza pública de suas funções exige que a extensão do dano a sua honra, para fins de acarretar a responsabilidade civil, seja maior do que a que é exigida quando o destinatário da crítica é um indivíduo particular¹⁵⁰.

Por estes motivos, a Comissão considera que as manifestações ou informações emitidas ou distribuídas em relação a assuntos de interesse público não deveriam ser consideradas fatos puníveis¹⁵¹. Por exemplo, no caso *Herrera Ulloa Vs. Costa Rica* (2004), a CIDH ressalta que a sanção penal imposta inibe a vítima de propagar livremente informações sobre os atos de funcionários públicos devido ao risco de enfrentar outras condenações penais e de ser tratado como um criminoso¹⁵². Por isso, a sanção imposta seria contrária à Convenção, já que existiriam outras medidas menos restritivas para proteger a reputação do diplomata, por exemplo, as sanções civis ou o direito de réplica¹⁵³.

Embora um dos fins que pode ser alegado para justificar uma eventual restrição à liberdade de expressão seja a proteção da vida privada¹⁵⁴, uma vez que o artigo 11.2 da CADH proíbe a ingerência arbitrária ou abusiva na vida privada das pessoas, protegendo o direito à privacidade e à imagem¹⁵⁵, a Comissão ressalta que quando há um consentimento expresso ou tácito do titular do direito, levanta-se o véu de intimidade e a informação deixa de estar protegida. O mesmo ocorre quando uma pessoa decide,

¹⁴⁹ CIDH. *Relatório de Mérito: “La Nación” Mauricio Herrera Ulloa e Fernán Vargas Rohrmoser*. Caso 12. 367, 2002, §60; CIDH. *Informe sobre la compatibilidad entre las leyes de desacato y la Convención Americana de Derechos Humanos*. 17 de dezembro de 1995.

¹⁵⁰ CIDH. *Relatório de Mérito: “La Nación” Mauricio Herrera Ulloa e Fernán Vargas Rohrmoser*. Caso 12. 367, 2002, §61.

¹⁵¹ *Ibid*, §64.

¹⁵² *Ibid*, §67.

¹⁵³ *Ibid*, §69.

¹⁵⁴ CIDH. *Relatório de Mérito: Jorge Fontevicchia e Héctor D’Amico*. Informe n. 82/10, Caso 12.524, 2010, §91.

¹⁵⁵ *Ibid*, §92.

voluntariamente, ingressar no serviço público, devendo saber que suas atuações relacionadas à prestação desse serviço são, em princípio, públicas¹⁵⁶.

Além disso, a Comissão destaca que não há expectativa legítima de privacidade sobre uma informação que já faz parte do domínio público¹⁵⁷. Contudo, quando o titular da informação tem uma legítima expectativa de privacidade, o conflito com a liberdade de expressão deve ser resolvido atendendo ao interesse público que possa revestir a informação¹⁵⁸. Sobre o tema:

Um dos critérios mais importantes para identificar se uma informação é de relevância pública é se a mesma é útil para promover um debate relacionado ao processo político. Toda informação que, de qualquer maneira, conduza a ilustrar a opinião pública sobre assuntos necessários para o exercício do controle político das instituições, para auxiliar na tomada de decisões públicas, ou para exercer os direitos políticos é, em princípio, de grande relevância pública¹⁵⁹. (tradução nossa)

Segundo Bentivenga:

O exame do caso concreto será determinante para separar o real interesse público da curiosidade popular. [...] A motivação para que se permita, num processo de ponderação entre a tutela da privacidade alheia e a liberdade de expressão, afastar a prerrogativa que têm as pessoas de manter-se no absoluto controle sobre os aspectos de sua vida que pretendam sejam descortinados ao público em geral deve, obrigatoriamente, **demonstrar um interesse realmente social, vale dizer, público** naquela informação ou dado¹⁶⁰. (grifo nosso)

A Comissão entendeu que uma interpretação harmônica dos artigos 11.2 e 13.2 da Convenção conduz a sustentar que para identificar se a publicação de uma informação constitui uma ingerência arbitrária na vida privada de uma pessoa, é necessário identificar se os requisitos para a imposição de responsabilidades posteriores foram atendidos¹⁶¹, devendo ser considerada, ainda, a relevância pública das informações, isso é, sua capacidade de contribuir para um debate de interesse geral¹⁶².

Assim, embora a Convenção permita a restrição por meio da aplicação de responsabilidades posteriores, nem toda responsabilidade posterior é legítima, ainda que se invoque a proteção da honra, uma vez que em certos casos a penalização pode ser

¹⁵⁶ Ibid, §97.

¹⁵⁷ Ibid, §97.

¹⁵⁸ Ibid, §98.

¹⁵⁹ Ibid, §99.

¹⁶⁰ BENTIVENGA, Carlos Frederico Barbosa. Op. Cit., p. 230.

¹⁶¹ CIDH. *Relatório de Mérito: Jorge Fontevicchia e Héctor D'Amico*. Informe n. 82/10, Caso 12.524, 2010, §108.

¹⁶² Ibid, §111.

desproporcional e desnecessária em uma sociedade democrática, como ocorre nos casos em que se penaliza a crítica à atuação dos funcionários públicos¹⁶³.

Além disso, deve-se observar que existem outros meios para estabelecer a responsabilidade posterior menos restritivos e estigmatizantes que a via penal¹⁶⁴. Assim, a Comissão considera que o Estado tem alternativas para a proteção da honra, mediante ações civis que respeitem os padrões internacionais e promulgando leis que garantem o direito de retificação ou resposta¹⁶⁵. Para a Comissão, é evidente que os juízos de valor, de opinião e a crítica sobre como os funcionários públicos exercem suas funções em uma sociedade democrática estão fora do poder sancionador do Estado¹⁶⁶.

Essa temática foi abordada pela Comissão nos Princípios 10 e 11 da Declaração de Princípios Sobre Liberdade de Expressão (2000)¹⁶⁷, em que ela considera que nos casos em que a pessoa ofendida for um funcionário público ou uma pessoa que tenha se envolvido voluntariamente em assuntos de interesse público, a proteção de sua honra e reputação deve se dar somente por meio de ações civis¹⁶⁸. No mesmo sentido, a Comissão ressalta:

A difusão de informações ou expressões relacionadas com temas de interesse público só poderia acarretar uma responsabilidade civil quando for provado que as informações ou expressões são falsas, e que foram realizadas com o pleno conhecimento acerca de sua falsidade, ou que aquele que as difundiu agiu com manifesta negligência na busca da verdade e teve a intenção de infligir dano ao outro¹⁶⁹ (tradução nossa).

A CorteIDH também faz observações acerca da necessidade da diferença de proteção quando se está diante de uma pessoa pública ou de um particular. Para isso, a Corte se utiliza de argumentos provenientes do Tribunal Europeu de Direitos Humanos ao interpretar o artigo 10 da Convenção Europeia, que versa sobre liberdade de expressão:

Os limites de crítica aceitáveis são mais amplos para um político do que para um indivíduo particular. Ao contrário deste último, um político, inevitável e

¹⁶³ CIDH. *Relatório e Mérito: Eduardo Kimel*. Caso 12.450, 2007, §80; CIDH. *Relatório de Mérito: Ricardo Canese*. Caso 12.032, 2002, §41.

¹⁶⁴ CIDH. *Relatório e Mérito: Eduardo Kimel*. Caso 12.450, 2007, §81.

¹⁶⁵ *Ibid*, §91.

¹⁶⁶ *Ibid*, §92.

¹⁶⁷ Princípio 10 - As leis de privacidade não devem inibir nem restringir a investigação e a difusão de informação de interesse público. A proteção à reputação deve estar garantida somente através de sanções civis, nos casos em que a pessoa ofendida seja um funcionário público ou uma pessoa pública ou particular que se tenha envolvido voluntariamente em assuntos de interesse público. Ademais, nesses casos, deve-se provar que, na divulgação de notícias, o comunicador teve intenção de infligir dano ou que estava plenamente consciente de estar divulgando notícias falsas, ou se comportou com manifesta negligência na busca da verdade ou falsidade das mesmas; Princípio 11 - Os funcionários públicos estão sujeitos a maior escrutínio da sociedade. As leis que punem a expressão ofensiva contra funcionários públicos, geralmente conhecidas como “leis de desacato”, atentam contra a liberdade de expressão e o direito à informação.

¹⁶⁸ CIDH. *Relatório de Mérito: Francisco Usón Ramirez*. Caso 12.554, 2008, §130.

¹⁶⁹ *Ibid*, §131.

conscientemente se expõe a um escrutínio mais rigoroso e, conseqüentemente, deve demonstrar maior tolerância. Sem dúvida, o artigo 10.2 permite a proteção da reputação, o que também abrange os políticos, mesmo que não estejam atuando em caráter particular, mas nesses casos, os requisitos de proteção devem ser ponderados contra os interesses de um debate aberto sobre os assuntos políticos¹⁷⁰.

Desse modo, a CorteIDH entende ser lógico e apropriado que as expressões concernentes a funcionários públicos, ou pessoas que exerçam funções de natureza pública, devem gozar de maior abertura para um debate amplo a respeito de assuntos de interesse público, o que é essencial para o funcionamento de um sistema verdadeiramente democrático¹⁷¹.

Isso não significa que a honra no funcionário público não deva ser protegida, mas que esta proteção deve ocorrer de acordo com os princípios do pluralismo democrático, uma vez que o limite diferenciado de proteção não está na qualidade do sujeito, mas no caráter de interesse público de suas atividades¹⁷². Segundo a Corte, as pessoas que influem em assuntos públicos se expuseram voluntariamente a um escrutínio público mais exigente, estando mais expostas às críticas, uma vez que suas atividades saem da esfera privada e se inserem na esfera do debate público¹⁷³.

Nesse sentido, quando se trata do conflito entre a proteção da honra e o direito à liberdade de expressão, existem dois critérios importantes de se observar: a diferença de proteção em relação aos funcionários públicos e o interesse público das ações que realizam¹⁷⁴.

Por exemplo, no caso *Usón Ramirez Vs. Venezuela* (2009), que trata da condenação do senhor Francisco Usón Ramirez pelo delito de injúria contra as forças armadas como consequência de declarações proferidas em um programa de televisão. A Comissão entendeu que, ao condenar o senhor Usón Ramirez, não foram considerados os critérios acerca da proteção diferenciada às expressões relacionadas a assuntos de interesse público, sobre a maior tolerância a críticas por parte do Estado de suas

¹⁷⁰ CorteIDH. *Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 02 de julho de 2004, §122; TEDH. *Case of Dichand and others v. Austria*. Sentença de 26 de fevereiro de 2002, §39.

¹⁷¹ CorteIDH. *Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 02 de julho de 2004, §128.

¹⁷² CorteIDH. *Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 02 de julho de 2004, §128 e 129; CorteIDH. *Caso Ricardo Canese Vs. Paraguai*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 31 de agosto de 2004, §100.

¹⁷³ CorteIDH. *Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 02 de julho de 2004, §129.

¹⁷⁴ CorteIDH. *Caso Fontevicchia e D'Amico Vs. Argentina*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 29 de novembro de 2011, §59.

instituições, e sobre a aplicação de meios menos restritivos¹⁷⁵. Ademais, ressaltou que no caso em questão não se pode afirmar que a crítica às Forças Armadas colocou em risco a segurança nacional, motivos pelos quais o Estado violou o artigo 13 da Convenção¹⁷⁶.

Em sua sentença, a CorteIDH ressaltou que deveria ser realizada uma ponderação entre o direito à honra e reputação das Forças Armadas e o direito à liberdade de expressão¹⁷⁷, devendo ser considerado que as expressões concernentes ao exercício de funções das instituições do Estado gozam de maior proteção¹⁷⁸. No caso em comento, as manifestações do senhor Usón Ramirez se relacionavam a temas de notório interesse público, sendo condenado sem que se levasse em consideração a maior tolerância que exigem as afirmações feitas pelos cidadãos no exercício do controle democrático¹⁷⁹.

Além disso, apesar das alegações do Estado ao afirmar que o senhor Usón Ramirez teria emitido opiniões que não eram de interesse público, a Corte ressaltou que opiniões não podem ser consideradas nem verdadeiras nem falsas, não podendo ser objeto de sanções. Assim, a vítima não possui o dolo específico de injuriar, ofender ou menosprezar¹⁸⁰.

Desse modo, a Corte, apesar de afirmar que não pretende substituir a autoridade nacional na individualização das sanções penais, entende que não foi respeitado o requisito de proporcionalidade¹⁸¹. Nesse sentido, o Estado teria violado os artigos 9, referente ao princípio da legalidade, e 13, em relação às obrigações gerais previstas nos artigos 1.1 e 2 da Convenção. Por isso, a Corte determinou que o Estado modificasse a legislação penal militar discutida no caso.

Sobre o assunto, tanto a Corte quanto a Comissão se pronunciaram no sentido de dar ampla proteção a expressão concernente a funcionários públicos ou pessoas que exercem funções de natureza pública¹⁸², pois teriam se exposto voluntariamente a um escrutínio público mais exigente¹⁸³. Ou seja, apesar da honra das pessoas públicas ser um direito que também deve ser protegido, para os órgãos do SIDH, o ponto chave a ser

¹⁷⁵ CIDH. *Relatório de Mérito: Francisco Usón Ramirez*. Caso 12.554, 2008, §147.

¹⁷⁶ CIDH. *Relatório de Mérito: Francisco Usón Ramirez*. Caso 12.554, 2008, §148.

¹⁷⁷ CorteIDH. *Caso Usón Ramirez Vs. Venezuela*. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 20 de novembro de 2009, §80.

¹⁷⁸ *Ibid*, §83.

¹⁷⁹ *Ibid*, §84.

¹⁸⁰ *Ibid*, §86.

¹⁸¹ *Ibid*, §87.

¹⁸² CIDH. *Relatório e Mérito: Eduardo Kimel*. Caso 12.450, 2007, §86.

¹⁸³ *Ibid*, §87.

observado no momento de decidir se a proteção da honra justificaria a restrição da liberdade de expressão, é o interesse público envolto nas manifestações.

3.4 A APLICAÇÃO DE RESPONSABILIDADES POSTERIORES PELA VIA PENAL

Segundo a Comissão Interamericana, o Direito Penal é meio mais restritivo e severo para estabelecer responsabilidades frente a uma conduta ilícita¹⁸⁴, assim, a ameaça da sanção penal exerce um efeito inibidor na liberdade de expressão¹⁸⁵. Dessa forma, as sanções penais nunca deveriam ser utilizadas como recurso para sufocar o debate público sobre questões de interesse geral, ou para limitar a crítica à funcionários públicos, ao Estado ou suas instituições¹⁸⁶.

Além disso, para satisfazer o princípio da legalidade, quando a restrição se dá por meio da via penal, devem ser observados certos requisitos, como a utilização de termos estritos e inequívocos que delimitem claramente a conduta punível¹⁸⁷. Para a CIDH, as normas que limitam a liberdade de expressão devem estar redigidas com tal clareza que seja desnecessário qualquer esforço de interpretação¹⁸⁸.

Nesse contexto, se inserem as chamadas leis de desacato, as quais proporcionam maior nível de proteção aos funcionários públicos e às instituições do Estado, em direta contravenção ao princípio fundamental do sistema democrático que sujeita os governos a controles, como o escrutínio público¹⁸⁹. Dessa forma, essas leis dão espaço ao abuso de poder como meio para silenciar ideias e opiniões incômodas ao Estado¹⁹⁰.

Esse assunto é discutido de forma reiterada pela CIDH em seus relatórios de mérito e em seus relatórios sobre as leis de desacato. Nesses últimos (1998, 2000, 2002 e 2004), a Comissão analisou a incompatibilidade de leis que criminalizam discursos ofensivos dirigidos a funcionários públicos, conhecidas como "leis desacato", com a liberdade de expressão. Ela concluiu que o uso de tais poderes para limitar a expressão de ideias se apresenta como um abuso, como uma medida para calar ideias e opiniões

¹⁸⁴ CIDH. *Relatório de Mérito: Francisco Usón Ramirez*. Caso 12.554, 2008, §126.

¹⁸⁵ *Ibid*, §127.

¹⁸⁶ *Ibid*, §127.

¹⁸⁷ CIDH. *Relatório de mérito: Tulio Alberto Álvarez*. Caso 12.663, 2017, §65.

¹⁸⁸ *Ibid*, §66.

¹⁸⁹ CIDH. *Relatório de Mérito: Francisco Usón Ramirez*. Caso 12.554, 2008, §128.

¹⁹⁰ *Ibid*, §129.

impopulares, restringindo um debate fundamental para o funcionamento das instituições democráticas¹⁹¹. Nesse sentido:

A aplicação das leis de desacato para proteger a honra dos funcionários públicos lhes confere, injustificadamente, um direito de proteção que não é concedido aos demais integrantes da sociedade. Esta distinção reverte diretamente o princípio fundamental de um sistema democrático que sujeita o governo a controles, entre eles o escrutínio da sociedade, para prevenir ou controlar o abuso de poder¹⁹².

A proteção especial proporcionada pelas leis de desacato aos funcionários públicos é inconsistente com o objetivo de uma sociedade democrática de incentivar o debate público¹⁹³.

Além disso, para a Comissão, as “leis de desacato” restringem indiretamente a liberdade de expressão, pois trazem consigo a ameaça da prisão ou de multas e, apesar de isso não impedir que o indivíduo se expresse, o temor das sanções penais desencoraja os cidadãos a emitirem suas opiniões sobre questões de interesse público¹⁹⁴. A ameaça de responsabilidade criminal por desonrar a reputação de um funcionário público, inclusive como expressão de um juízo de valor ou uma opinião, pode ser usado como um método para suprimir críticas, ou estabelecer uma estrutura que, em última instância, proteja o próprio governo de críticas¹⁹⁵.

Nesse viés, a obrigação do Estado de proteger os direitos dos demais seria cumprida ao proporcionar proteção legal contra os ataques intencionais à honra e reputação por meio de ações civis e promulgando leis que garantem o direito de retificação ou resposta¹⁹⁶ e não pela via penal.

A Comissão vai além ao afirmar que a responsabilidade por ofensas contra funcionários públicos só deveria ocorrer em casos de "real malícia", que significa que o autor da informação sabia de sua inverdade ou atuou com conhecimento negligente da verdade da informação¹⁹⁷. Nesse sentido:

As leis de privacidade não devem inibir ou restringir divulgação de informações de interesse público. A proteção da reputação deve ser garantida somente através de sanções civis, nos casos em que a pessoa ofendida seja um funcionário público ou pessoa privada que tenha se envolvido voluntariamente em assuntos de interesse público. Além disso, nesses casos, deve ser provado que, ao divulgar a notícia, o comunicador tinha a intenção de infligir danos ou o pleno conhecimento de que estava difundindo notícias falsas ou agiu com manifesta negligência no buscar a verdade ou a falsidade das informações¹⁹⁸.

¹⁹¹ CIDH. *Informe Sobre Desacato e Difamação Criminal*. 1998, p.36.

¹⁹² *Idem*.

¹⁹³ *Ibid*, p.37.

¹⁹⁴ *Idem*.

¹⁹⁵ *Idem*.

¹⁹⁶ *Ibid*, p.38; CIDH. *Relatório e Mérito: Humberto Antonio Palamara Iribarne*. Caso 11.571, 2004, §73.

¹⁹⁷ CIDH. *Informe Sobre Desacato e Difamação Criminal*. 2000, §8.

¹⁹⁸ *Ibid*, §10.

A CIDH também demonstrou sua preocupação com o fato dos “delitos contra a honra”, como calúnia e injúria, serem usados com o mesmo propósito do delito de desacato, motivo pelo qual a Comissão sugere uma reinterpretação judicial quanto a sua aplicação¹⁹⁹.

Ademais, segundo o entendimento da Comissão, o reconhecimento de que os funcionários públicos estão sujeitos a um menor, e não maior, grau de proteção frente ao escrutínio público, significa que a distinção entre pessoas públicas e privadas também deve ser feita no âmbito das leis de difamação, injúria e calúnia, uma vez que a possibilidade de abuso destas leis, por parte dos funcionários públicos, para silenciar opiniões críticas é tão grande quanto em relação as leis de desacato²⁰⁰.

Por exemplo, em seu relatório de mérito do caso Ricardo Canese Vs. Paraguai, a CIDH ressaltou que o senhor Canese foi punido pelos delitos de injúria e difamação. A respeito dessas sanções penais, a Comissão ressalta que esses tipos penais que têm por objetivo a proteção da honra não violam a Convenção, uma vez que protegem direitos garantidos pela própria CADH. Entretanto, quando se punem expressões relacionadas a questões de interesse público, viola-se o direito consagrado no artigo 13 da CADH, seja porque não existe um interesse social imperativo que justifique a restrição, ou porque se trata de uma restrição indireta²⁰¹.

Nesse sentido, a Comissão entende que para assegurar a proteção adequada da liberdade de expressão, os Estados devem adequar suas leis sobre difamação, injúria e calúnia de modo que nos casos de ofensas contra funcionários públicos só possam ser aplicadas sanções civis²⁰². Além disso, as leis de desacato não podem se justificar pelo propósito de “defender a ordem pública”, uma vez existem outros meios menos restritivos mediante os quais o governo pode defender sua reputação, como réplicas mediante meios de difusão ou ações civis²⁰³.

A incompatibilidade das leis de desacato com o artigo 13 da Convenção se evidencia pelo fato de que a potencial aplicação de uma sanção penal pela crítica a um funcionário público produz, ou pode produzir, um efeito amedrontador²⁰⁴, fazendo com

¹⁹⁹ CIDH. *Informe Sobre Desacato e Difamação Criminal*. 2002, §4.

²⁰⁰ *Ibid*, §17.

²⁰¹ CIDH. *Relatório de Mérito: Ricardo Canese*. Caso 12. 032, 2002, §52.

²⁰² CIDH. *Informe Sobre Desacato e Difamação Criminal*. 2002, §18.

²⁰³ CIDH. *Relatório e Mérito: Humberto Antonio Palamara Iribarne*. Caso 11.571, 2004, §65.

²⁰⁴ *Ibid*, §76.

que os indivíduos se autocensurem, limitando o debate aberto, essencial nas sociedades democráticas. Isso ocorre, pois, as acusações penais trazem custos altos ao acusado, como tempo e dinheiro para enfrentar um processo penal²⁰⁵.

Ressalta-se que não são em todos os casos que a sanção penal vai significar uma violação da liberdade de expressão, isso acontece em um limitado número de casos, como aqueles nos quais se limita as expressões relacionadas com o interesse público²⁰⁶. Isto ocorre porque a liberdade de expressão é um dos principais mecanismos que a sociedade possui para exercer o controle democrático sobre as pessoas que lidam com assuntos de interesse público²⁰⁷.

Por sua vez, a Corte Interamericana ressalta que o Direito Penal é um meio mais restritivo e severo para estabelecer responsabilidades por uma conduta ilícita. A tipificação ampla de delitos de calúnia e injúrias pode resultar contrária ao princípio da intervenção mínima e de *última ratio* do Direito Penal, pois em uma sociedade democrática, o poder punitivo só deve ser exercido na medida do estritamente necessário para proteger bens jurídicos de ataques graves. O contrário conduziria ao exercício abusivo do poder punitivo do Estado²⁰⁸.

De acordo com o princípio da intervenção mínima, o Direito Penal deve constituir o braço estatal derradeiro para a solução dos conflitos emergentes em sociedade, por isso, denomina-se como a última opção (*ultima ratio*)²⁰⁹. Para Miguel Reale Júnior, o Direito Penal constitui uma espécie de controle social de ação ameaçadora e repressiva, de caráter formal e residual, pois só atua diante do fracasso dos instrumentos informais de controle²¹⁰.

Cabe evidenciar que a Corte não considera que são contrárias à CADH toda medida penal, mas a possibilidade de sua aplicação deve levar em consideração a extrema gravidade da conduta empregada, o dolo, as características do dano injustamente causado, e outros elementos que evidenciem a absoluta necessidade de utilizar, de forma verdadeiramente excepcional, as medidas penais²¹¹.

Além disso, a restrição deve ser proporcional e necessária. Para se analisar o critério da estrita proporcionalidade, é preciso necessário observar: o grau de afetação de

²⁰⁵ Ibid, §78.

²⁰⁶ CIDH. *Relatório de Mérito: Ricardo Canese*. Caso 12. 032, 2002, §46.

²⁰⁷ Ibid, §47.

²⁰⁸ CorteIDH. *Caso Kimel Vs. Argentina*. Mérito, reparações e custas, sentença de 02 de maio de 2008, §76.

²⁰⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. Op. Cit.

²¹⁰ REALE JUNIOR, Miguel. *Fundamentos de Direito Penal*. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 02.

²¹¹ CorteIDH. *Caso Kimel Vs. Argentina*. Mérito, reparações e custas, sentença de 02 de maio de 2008, §78.

um dos bens jurídicos; a importância da satisfação do bem contrário; se a satisfação de um justifica a restrição do outro²¹². Segundo Miguel Reale Júnior, a intervenção penal em um Estado de Direito Democrático deve estar revestida de proporcionalidade, em uma relação de correspondência de grau entre o mal causado pelo crime e o mal que se causa por via da pena²¹³.

Sobre o critério da necessidade, a Corte entende que o uso da via penal deve ser analisado de acordo com as particularidades do caso, sendo necessário observar o bem que se pretende proteger, a gravidade da conduta empregada, o dolo, as características do dano injustamente causado e outros elementos que evidenciem a absoluta necessidade de utilizar, de forma verdadeiramente excepcional, as medidas penais²¹⁴.

No caso *Palamara Iribarne vs. Chile* (2005), a Corte considerou que a perseguição penal fora utilizada de forma desproporcional e desnecessária e que a legislação sobre desacato aplicada no caso estabelecia sanções desproporcionais pelas críticas sobre o funcionamento de instituições estatais, suprimindo um debate essencial para o funcionamento de um sistema verdadeiramente democrático e restringindo desnecessariamente o direito à liberdade de expressão²¹⁵.

Porém, como o delito de desacato foi derogado do Código Penal do Chile, a CorteIDH optou por não se aprofundar acerca do assunto, limitando-se a declarar que o Estado do Chile violou o artigo 13 da Convenção, assim como sua obrigação de adotar disposições internas, sem, contudo, afirmar que as leis de desacato são incompatíveis com a Convenção, ou exigir uma mudança legislativa ao Estado.

No caso *Kimel Vs. Argentina* (2008), para definir acerca da violação do artigo 13, a Corte decidiu analisar o artigo 9 da Convenção, acerca do princípio da legalidade. Sobre o assunto, a Corte destaca que qualquer limitação ou restrição deve estar previamente estabelecida em lei, mas se ela provém do Direito Penal, é preciso observar alguns requisitos para satisfazer o princípio da legalidade. Portanto, a restrição deve ser formulada de forma expressa, precisa, taxativa e prévia²¹⁶. A lei deve estar formulada

²¹² Ibid, §84.

²¹³ REALE JUNIOR, Miguel. Op. Cit., 2020, p. 21.

²¹⁴ Ibid2008, §78; CorteIDH. *Caso Usón Ramírez Vs. Venezuela*. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 20 de novembro de 2009, §74.

²¹⁵ CorteIDH. *Caso Palamara Iribarne Vs. Chile*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 22 de novembro de 2005, §88.

²¹⁶ CorteIDH. *Caso Kimel Vs. Argentina*. Mérito, reparações e custas, sentença de 02 de maio de 2008, §63.

com precisão suficiente para permitir que as pessoas regulem sua conduta²¹⁷. Nesse sentido:

A elaboração dos tipos penais deve utilizar termos estritos e inequívocos que delimitem claramente a conduta punível, dando pleno sentido à legalidade penal. Isso implica na clara definição da conduta, na fixação de seus elementos e na delimitação de comportamentos não puníveis ou condutas ilícitas sancionáveis com medidas não penais. [...] Assim, a tipificação de um delito deve ser formulada de forma expressa, precisa, taxativa e prévia, sobretudo porque o Direito Penal é um meio mais restritivo e severo para estabelecer responsabilidades²¹⁸.

Para exemplificar o entendimento dos órgãos do Sistema Interamericano sobre a aplicação de responsabilidades posteriores por meio do uso da via penal, pode-se citar como exemplo o caso *Álvarez Ramos Vs. Venezuela* (2019), que trata da violação do direito à liberdade de expressão do senhor Tulio Álvarez em face do processo penal e da condenação pelo delito de “difamação agravada continuada” promovido por um ex-deputado. O processo penal foi motivado pela publicação de um artigo na coluna da vítima no jornal *Así Es la Noticia*, na qual informou sobre um suposto desvio de fundos da Assembleia Nacional sob a administração do deputado.

No caso em questão, o Estado se utilizou do instrumento mais restritivo e severo: o Direito Penal e impôs à vítima uma condenação de privação de liberdade pessoal e limitação de direitos políticos, como sanção ao exercício de seu direito à liberdade de expressão. Além disso, não foi questionado o fato das manifestações se relacionarem a assuntos de interesse público²¹⁹.

Para a CIDH, o delito de difamação no presente caso possui uma tipificação ambígua que impede a certeza e a previsibilidade sobre a conduta proibida e aquela protegida pelo direito à liberdade de expressão. Essa ambiguidade e amplitude da norma permite que qualquer denúncia, crítica ou objeção à atuação das autoridades públicas dê origem a processos penais²²⁰.

O artigo 444 do Código Penal venezuelano seria incompatível com o princípio da estrita legalidade, pois não estabelece parâmetros claros que permitam prever a

²¹⁷ CorteIDH. *Caso Fontevicchia e D’Amico Vs. Argentina*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 29 de novembro de 2011, §93.

²¹⁸ CorteIDH. *Caso Usón Ramírez Vs. Venezuela*. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 20 de novembro de 2009, §55.

²¹⁹ CIDH. *Relatório de mérito: Tulio Alberto Álvarez*. Caso 12.663, 2017, §63.

²²⁰ *Ibid*, §69.

conduta proibida²²¹. Dessa forma, o Estado teria violado o artigo 13 da CADH, assim como os artigos 9 e 2 da mesma²²².

Sobre o teste de estrita necessidade e proporcionalidade da restrição, a Comissão destaca que o Direito Penal é um meio mais restritivo e severo para estabelecer responsabilidades, portanto, o uso da via penal deve seguir o princípio da intervenção mínima, em razão da natureza do Direito Penal como *ultima ratio*²²³. Nesse sentido, em casos nos quais a pessoa ofendida é um funcionário público ou pessoa que se envolveu voluntariamente em assuntos públicos, a proteção da reputação deve ser garantida somente por meio de sanções civis²²⁴.

Por fim, acerca da proporcionalidade da medida a Comissão entendeu que não havia justificativa para a abertura de um processo penal e de suas demais consequências, em face de manifestações sobre assuntos de interesse público, uma vez que essas sanções, por sua própria natureza, tem um efeito amedrontador, incompatível com o artigo 13 da CADH²²⁵. Portanto, a afetação da liberdade de expressão do senhor Tulio Álvarez mediante o uso da via penal foi desproporcional²²⁶.

Por sua vez, a Corte entendeu que, no caso em comento, as manifestações do senhor Álvarez se referiam ao manejo de recursos públicos pelo deputado, no exercício de suas funções, enquanto funcionário público e tinham fundamento em um documento emitido pela instituição estatal²²⁷. Nesse sentido, a Corte destaca que, no debate sobre temas de interesse público, não só se protege a emissão de expressões inofensivas ou bem recebidas pela opinião pública, mas também aquelas que chocam, irritam ou inquietam os funcionários públicos ou a um setor qualquer da população²²⁸.

O fato de o senhor Álvarez ter se manifestado de forma crítica não significa que seu discurso esteja desprotegido sob a ótica do direito à liberdade de expressão. Esse tipo de discurso deve ser protegido, sobretudo uma vez que em uma sociedade democrática as críticas a funcionários públicos não são apenas válidas, mas necessárias²²⁹.

²²¹ Ibid, §71.

²²² Ibid, §80.

²²³ Ibid, §83.

²²⁴ Ibid, §85.

²²⁵ Ibid, §104.

²²⁶ Ibid, §105.

²²⁷ CorteIDH. *Caso Álvarez Ramos Vs. Venezuela*. Exceção Preliminar, mérito, reparações e custas. Sentença de 30 de agosto de 2019, §112.

²²⁸ Ibid, §114.

²²⁹ Ibid, §115.

Em relação à aplicação de responsabilidades posteriores, o processo penal tinha como objetivo a proteção da honra e reputação de um funcionário público²³⁰. Contudo, a CorteIDH reafirma que a persecução penal é a medida mais restritiva à liberdade de expressão, portanto, seu uso em uma sociedade democrática deve ser excepcional e reservasse para as eventualidades em que seja estritamente necessária²³¹.

Nesse sentido, entre as medidas possíveis para exigir responsabilidades posteriores por eventuais exercícios abusivos do direito à liberdade de expressão, a persecução penal só será procedente em casos excepcionais em que seja necessária para proteger uma necessidade social imperiosa²³². Assim, no caso de um discurso protegido por seu interesse público, a resposta punitiva do Estado mediante o Direito Penal não é convencionalmente procedente para proteger a honra do funcionário público²³³. No mesmo sentido a Corte ressalta:

O uso da lei penal por difundir notícias dessa natureza produziria direta ou indiretamente um efeito amedrontador que limitaria a liberdade de expressão e impediria submeter ao escrutínio público condutas que infrinjam o ordenamento jurídico, como fatos de corrupção, abusos de autoridade etc. Isso desabilitaria o controle público sobre os poderes do Estado, com notórios prejuízos ao pluralismo democrático. Em outros termos, **a proteção da honra por meio da lei penal não é legítima conforme a Convenção na hipótese anteriormente descrita**²³⁴. (grifo e tradução nossas)

Nesse caso, a Corte faz um importante avanço ao definir que o uso da via penal não é convencionalmente protegido nos casos que tratam de restrição da liberdade de expressão em face de manifestações de interesse público.

A partir dos casos analisados, é possível observar que a maior diferença no entendimento dos órgãos do Sistema Interamericano pode ser observada quando se trata do uso do Direito Penal como forma de restrição à liberdade de expressão, uma vez que para a Comissão as sanções penais não deveriam ser utilizadas para restringir manifestações direcionadas a funcionários públicos, devendo a proteção da honra e da reputação ocorrer por intermédio de ações civis. Além disso, a Comissão ressalta que a responsabilidade por ofensas contra funcionários públicos só deveria ocorrer em casos de "real malícia", e que não apenas as leis de desacato, mas de injúria, calúnia e difamação deveriam ser revistas.

²³⁰ Ibid, §118.

²³¹ Ibid, §119.

²³² Ibid, §120.

²³³ Ibid, §121.

²³⁴ Ibid, §122.

A Corte, por outro lado, não se pronuncia de forma clara sobre o assunto, limitando-se a estabelecer requisitos para a restrição da liberdade de expressão, silenciando quando instada a se manifestar sobre as leis de desacato, como nos casos Palamara (2005) e Álvarez Ramos (2019), em que a Comissão solicita que a Corte determine que os Estados adequem sua normativa penal interna, porém a Corte não se manifesta nesse sentido.

Assim, apesar de possuírem entendimentos similares sobre o conteúdo do direito à liberdade de expressão, sobre sua importância para a democracia e sobre os requisitos para a sua restrição, quando se trata da via penal não há uma convergência de entendimentos, pois a CIDH não concorda com o uso do Direito Penal como forma de restrição e a Corte silencia sobre o assunto, entendendo que a análise deve ser caso a caso.

4. A ANÁLISE DA ADPF 496/2020 E A RELAÇÃO ENTRE A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E O DELITO DE DESACATO TIPIFICADO NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

Após analisar o entendimento da Corte Interamericana e da Comissão Interamericana sobre o direito à liberdade de expressão, é preciso observar se o Supremo enfrentou de forma adequada os entendimentos provenientes do Sistema Interamericano de Direitos Humanos no julgamento da ADPF n.º 496/2020, realizando o controle de convencionalidade, já que o objetivo da arguição era verificar a compatibilidade do delito de desacato com a Convenção Americana.

Desse modo, o presente capítulo visa abordar de forma breve o que seria o controle de convencionalidade para posteriormente analisar os argumentos utilizados pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADOF 496/2020 no que se refere ao direito à liberdade de expressão e sua compatibilidade com o delito de desacato tipificado na legislação brasileira. Para isso será analisado o Acórdão da referida Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental, dando enfoque aos argumentos dos Ministros em relação à proteção do direito à liberdade de expressão.

Por fim, será analisada a compatibilidade do delito de desacato no direito brasileiro com a proteção da liberdade de expressão e com o princípio da legalidade, por meio da análise dos argumentos já explorados, desenvolvidos pelos órgãos do SIDH, sobretudo no tocante ao uso da via penal como forma de restrição.

4.1 CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE

Segundo Ariel Dulitzky, o Sistema Interamericano possui um papel complementar que coloca a Convenção Americana como “piso mínimo” que deve ser garantido pelo Estado, ou seja, a Convenção não visa substituir o sistema nacional, mas estabelecer o mínimo de proteção²³⁵, portanto, o SIDH possui uma complementariedade normativa, isto é, a ordem jurídica interna tem a responsabilidade primária de respeitar e garantir os direitos reconhecidos na Convenção²³⁶, assim como preconiza o artigo 2 da

²³⁵ DULITZKY, Ariel. *Derechos Humanos en Latinoamérica y el Sistema Interamericano Modelos para (des)armar*. Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro: Querétaro, México, 2017, p. 344.

²³⁶ Idem.

CADH²³⁷. Entretanto, o modo como a Convenção deveria ser incorporada ficava à critério dos Estados, mas o controle de convencionalidade vem integrar esta visão²³⁸.

De acordo com a jurisprudência da CorteIDH, quando um Estado ratifica um tratado internacional, como a Convenção Americana, seus juízes, como parte do aparato do Estado, também estão sujeitos a ela, devendo exercer um controle de convencionalidade entre as normas internas e a Convenção²³⁹. Nesta concepção de controle de convencionalidade, os juízes são atores centrais²⁴⁰, que devem examinar a compatibilidade entre as normas e práticas nacionais com a Convenção Americana²⁴¹.

A teoria do controle de convencionalidade rompe com a forma tradicional de incorporação do Direito Internacional no âmbito interno, pois entendia-se que o Estado era soberano para definir como incorporar um tratado e qual seria sua hierarquia, além do fato de que os próprios tratados não determinam a forma de sua incorporação²⁴². Porém, segundo Dulitzky, a Corte não apenas diz que a Convenção deve ter uma aplicação direta, mas que também deve ter uma hierarquia superior à norma interna, servindo de parâmetro para o controle de convencionalidade e que os juízes devem aplicá-la diretamente e de ofício²⁴³.

Desse modo, a Corte Interamericana se coloca enquanto uma “Corte Constitucional Interamericana”, comparando o controle de convencionalidade a um controle de constitucionalidade²⁴⁴, como se a CADH fosse uma constituição que deveria ser seguida pelos juízes interamericanos e nacionais, para que as normativas internas se adequassem à Convenção.

É nesse ambiente de internacionalização do Direito Constitucional e de constitucionalização do Direito Internacional que ocorrem intercâmbios entre os

²³⁷ Artigo 2 - Se o exercício dos direitos e liberdades mencionados no artigo 1 ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza, os Estados Partes comprometem-se a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades.

²³⁸ DULITZKY, Ariel. Op. Cit., p. 344.

²³⁹ CorteIDH. *Caso Almonacid Arellano e outros Vs. Chile*. Exceções preliminares, mérito, reparações ecustas. Sentença de 26 de setembro de 2006, §124.

²⁴⁰ DULITZKY, Ariel. Op. Cit. p. 350.

²⁴¹ Ibid, p. 339.

²⁴² Ibid., p. 347.

²⁴³ Ibid, p. 348.

²⁴⁴ Ibid, p. 353.

institutos do controle de constitucionalidade e de convencionalidade, ou seja, entre institutos de Direito Constitucional e de Direito Internacional²⁴⁵.

Nesse contexto, no qual as comparações e empréstimos de instituições entre ramos do direito não são estranhas, é comum a comparação entre o exame de convencionalidade e o controle de constitucionalidade, pois ambas as figuras têm como objetivo a proteção de determinados princípios comuns no âmbito nacional e internacional, como a dignidade da pessoa humana²⁴⁶.

Eduardo Ferrer Mac-Gregor assevera que esse processo de "internacionalização" das categorias constitucionais é precisamente a concepção difusa de convencionalidade, pois se baseia na conotação do "controle difuso de constitucionalidade" em oposição ao "controle concentrado" que é realizado nos Estados constitucionais pelas altas "jurisdições constitucionais"²⁴⁷, por exemplo, o STF no Brasil.

O "controle concentrado de convencionalidade" tem sido realizado pela Corte desde suas primeiras sentenças, submetendo os atos e normas dos Estados a um exame de convencionalidade. Mas esse "controle" foi transformado em um "controle difuso de convencionalidade" quando foi estendido a todos os juízes nacionais como um dever de agir na esfera doméstica, embora a CorteIDH mantenha seu status de intérprete última da Convenção Americana²⁴⁸.

Desse modo, tem-se o controle de convencionalidade realizado pela Corte Interamericana e o controle de convencionalidade realizado no âmbito interno dos Estados-parte. Segundo Roselia Bustillo Marín o controle de convencionalidade tem dois tipos distintos, que são desenvolvidos por dois órgãos distintos: o primeiro é o controle concentrado de convencionalidade, realizado unicamente pela Corte Interamericana; o segundo é o controle difuso de convencionalidade, realizado pelos Estados no âmbito de suas competências através de suas autoridades²⁴⁹. Segundo a autora:

Nesses casos (do controle difuso), os juízes nacionais devem fazer a mesma revisão que faria a Corte sobre a legislação que aplicam ou as condutas que realizam os distintos órgãos do Estado, para assegurar que não contrariem a

²⁴⁵ ALAMAR, Edgar Moreira et al. *Controle judicial de convencionalidade no Tribunal de Justiça do Estado do Pará*. Universidade Federal do Pará, 2015, p. 30.

²⁴⁶ ZÚÑIGA, Natalia Torres. Control de convencionalidad y protección multinivel de los derechos humanos en el sistema interamericano de derechos humanos. *Derecho PUCP*, n. 70, 2013. p. 348.

²⁴⁷ CorteIDH. *Caso Cabrera García e Montiel Flores Vs. México*. Voto em separado do juiz Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, 26 de novembro de 2010, §22.

²⁴⁸ Idem.

²⁴⁹ MARÍN, Roselia Bustillo. *El control de convencionalidad: la idea del bloque de constitucionalidad y su relación con el control de constitucionalidad en materia electoral*. México. Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. 2013, p. 07

Convenção Americana, funcionando como uma espécie de juízes interamericanos²⁵⁰.

Segundo Cançado Trindade, em seu voto em separado no caso *Trabalhadores Demitidos do Congresso Vs. Peru* (2006):

Os órgãos do Poder Judiciário de cada Estado Parte na Convenção Americana devem ter um conhecimento profundo e aplicar devidamente não somente o direito constitucional, mas também o Direito Internacional dos Direitos Humanos; devem exercer *ex officio* o controle tanto da constitucionalidade como de convencionalidade, considerados em conjunto, na medida em que os ordenamentos jurídicos internacionais e nacionais estão em constante interação no atual domínio de proteção da pessoa humana²⁵¹.

Portanto, ao realizar o controle difuso de convencionalidade, isto é, a adequação das normas internas com os parâmetros estabelecidos pelo Sistema Interamericano, os juízes devem ter em conta a Convenção Americana de Direitos Humanos e a interpretação desenvolvida pela Corte Interamericana em sua jurisprudência.

O Poder Judiciário deve, portanto, ter em conta não apenas a Convenção, mas também a jurisprudência da CorteIDH²⁵². A relevância deste controle de convencionalidade é ressaltada quando se observam as consequências da inobservância do Direito Internacional dos Direitos Humanos para a jurisdição interna²⁵³. No mesmo sentido, Ubiratan Cazetta ressalta que a jurisprudência da Corte Interamericana deve ser considerada para a implementação de políticas públicas, na formulação legislativa e na atuação judicial²⁵⁴.

Para Eduardo Mac-Gregor, a atuação dos órgãos nacionais, o que inclui os juízes, além de visar a aplicação da normativa interna, tem a obrigação de seguir os direcionamentos dos pactos internacionais que o Estado, no uso de sua soberania, reconheceu expressamente e cujo compromisso internacional assumiu²⁵⁵. Segundo Mac-Gregor, o controle de convencionalidade deve ser realizado por qualquer juiz nacional, inclusive pelas Cortes Supremas²⁵⁶.

²⁵⁰ *Idem*.

²⁵¹ CorteIDH. *Caso Trabajadores Demitidos do Congresso (Aguado Alfaro e outros) Vs. Peru*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Voto em separado do juiz Antônio Augusto Cançado Trindade.

²⁵² CorteIDH. *Caso Almonacid Arellano e outros Vs. Chile*. Exceções preliminares, mérito, reparações ecustas. Sentença de 26 de setembro de 2006, §124.

²⁵³ GARCÍA, Hernán Alejandro Olano. Teoría del control de convencionalidad. *Revista Estudios Constitucionales*, a. 14, n. 1, 2016, p. 69.

²⁵⁴ CAZETTA, Ubiratan. Op. Cit., p. 59.

²⁵⁵ CorteIDH. *Caso Cabrera García e Montiel Flores Vs. México*. Voto em separado do juiz Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, 26 de novembro de 2010, §7.

²⁵⁶ *Ibid* e 21.

Segundo Cristina Figueiredo Terezo, os artigos 1 e 2 da CADH contém os deveres ou obrigações gerais dos Estados signatários, os quais devem servir como diretrizes para o cumprimento dos direitos previstos em tal instrumento²⁵⁷. Além disso, o dever de regular obriga o Estado a limitar ou regulamentar a atuação de instituições públicas ou privadas, de forma a não afetar o gozo dos direitos tutelados pela CADH. Segundo a autora, essa obrigação está contida no artigo 2 da Convenção que estabelece a harmonia entre o tratado internacional, nesse caso a CADH, e o corpo normativo do Estado signatário. Assim, quando o Estado não fixar norma interna, ou quando essas normas não forem adequadas para prevenir violação à CADH, configura-se a não observância aos artigos 1.1 e 2 da Convenção²⁵⁸. Segundo a autora:

“A própria manutenção de legislação que se oponha ao regramento contido à Convenção, corresponde por si só uma violação, desde que afete, portanto, os direitos e liberdades tutelados, segundo entendimento da Corte Interamericana na Opinião Consultiva n. 14 de 1994²⁵⁹.”

É nesse contexto que se insere a importância de observar os argumentos do Supremo Tribunal Federal na ADPF n.º 496/2020, que versa sobre a convencionalidade do crime de desacato, pois o Supremo, em seu acórdão, apresenta como argumentos as disposições da CorteIDH. O STF tem sido convocado para emitir a última palavra sobre inúmeras questões de natureza política, moral, econômica e social²⁶⁰, inclusive sobre temas que envolvem a proteção da liberdade de expressão.

4.2 ANÁLISE DA ADPF 496/2020 ACERCA DO DELITO DE DESACATO E SUA COMPATIBILIDADE COM A PROTEÇÃO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO

O caso trata de uma Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CFOAB), para discutir a compatibilidade do crime de desacato com a Convenção Americana e sua recepção ou não pela Constituição Federal. A ação foi julgada improcedente, segundo a tese de que “Foi recepcionada pela Constituição de 1988 a norma do art. 331 do Código Penal, que tipifica o crime de desacato”, sendo vencidos os Ministros Edson Fachin e Rosa Weber.

²⁵⁷ TEREZO, Cristina Figueiredo. Op. Cit., p. 152.

²⁵⁸ Ibid, p. 155.

²⁵⁹ Ibid, p. 152; CorteIDH. *Opinião Consultiva 14/1994*. 9 de dezembro de 1994, §2.

²⁶⁰ VIEIRA, Oscar Vilhena. *A Batalha dos Poderes*. São Paulo: Companhia das Letras, 2018, p. 165.

A Ordem dos Advogados do Brasil alegou que a norma em questão violaria preceitos fundamentais, *in verbis*:

(i) a liberdade de expressão (art. 5º, IX, e art. 220, CF/88), porque as manifestações sobre agentes públicos são relevantes para o debate público, não devendo ser cerceadas; (ii) o princípio republicano, o Estado Democrático de Direito e o princípio da igualdade (art. 1º, caput e par. único, e art. 5º, CF/88), uma vez que a tipificação do crime de desacato subverte a titularidade do poder político, colocando o servidor público em condição de superioridade em relação ao cidadão comum, quando deveria lhe prestar contas; (iii) o princípio da legalidade (art. 5º, XXXIX, CF/88), já que se trata de tipo penal excessivamente aberto, que dificulta a diferenciação entre a mera reclamação ou crítica e o insulto violador da dignidade da função pública. (STF. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: ADPF 496. Relator: Roberto Barroso. DJE 22/06/2020, divulgado em 24/09/2020).

O Ministro Luís Roberto Barroso (Relator), ao analisar a convencionalidade do delito, destacou o entendimento já firmado pelo Supremo no Recurso Extraordinário (RE) n.º 466.343 (Relator: Ministro Cezar Peluso, 03/12/2008), de que os tratados internacionais sobre Direitos Humanos: a) serão equivalentes às emendas constitucionais, se forem aprovados segundo o rito de aprovação destas (artigo 5º, §3º da Constituição Federal (CF)); ou b) terão caráter supralegal se não submetidos ao processo legislativo típico das emendas constitucionais (artigo 5º, § 2º da CF)²⁶¹.

Em 1992, o Brasil se tornou signatário da Convenção Americana, que possui caráter supralegal no ordenamento interno e, em 1998 se submeteu à jurisdição da Corte Interamericana. O Ministro reconhece a Corte como intérprete da CADH, por isso concebe que o Tribunal deve considerar seu entendimento, afirmando, porém, que a CorteIDH não possui manifestações a respeito do desacato.

O primeiro ponto abordado pelo Ministro Relator é a inexistência de decisão da Corte Interamericana sobre o artigo 331 do Código Penal brasileiro. Em seguida, passa a discutir sobre a inaplicabilidade dos precedentes da CorteIDH ao Brasil. Os casos da Corte analisados foram Palamara Iribarne Vs. Chile (2005) e Herrera Ulloa Vs. Costa Rica (2004), que versam sobre o uso da via penal como meio de restringir a liberdade de expressão, já indicados no capítulo 2 da presente dissertação. Após sua análise, o Ministro ressaltou que nos referidos casos a violação ao art. 13 da Convenção não decorreu da mera tipificação em abstrato de crimes contra a honra ou de desacato, mas sim da

²⁶¹ STF. *Recurso Extraordinário n. 466.343*. Relator: Ministro Cezar Peluso, São Paulo, julgamento 03/12/2008.

utilização indevida que se fez do Direito Penal como instrumento de perseguição e de inibição da liberdade de expressão²⁶².

Com base na Convenção Americana e em suas disposições sobre a restrição da liberdade de expressão, bem como na jurisprudência da Corte Interamericana, elementos que devem ser considerados ao se realizar o controle de convencionalidade, Barroso ressalta o entendimento de que a liberdade de expressão não é um direito absoluto, sendo legítima a aplicação da via penal para a proteção da honra. Nesse sentido:

Portanto, a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos não indica uma proibição terminante da utilização do direito penal para a coibição de abusos cometidos sob pretexto de exercício da liberdade de expressão, embora exija que a via criminal seja reservada a casos graves. Em conclusão, nem o texto expresso da Convenção, nem a jurisprudência da Corte vedam que os Estados-Partes se valham de normas penais para a proteção da honra e do adequado funcionamento da Administração Pública, desde que de modo proporcional e justificado²⁶³.

O Ministro Relator também se propõe a analisar a compatibilidade do delito de desacato com a Constituição Federal, utilizando-se da própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, por exemplo, a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n.º 4.815/2016²⁶⁴, que trata da proibição da censura prévia para a publicação de obras biográficas, na qual a Ministra Carmen Lúcia (Relatora) observou as disposições da Relatoria Especial para a Liberdade de Expressão da CIDH/OEA para discorrer acerca da possibilidade de restrição da liberdade de expressão, entendendo que esta limitação deve ser compatível com os princípios que regem uma sociedade democrática.

No mesmo sentido, na ADPF n.º 187/2014²⁶⁵, relativa à “Marcha da Maconha”, que conferiu interpretação conforme a Constituição do artigo 287 da CF para permitir as manifestações, o Ministro Relator Celso de Mello entendeu que a liberdade de reunião compreendia uma forma de concretizar a liberdade de pensamento e expressão, devendo, portanto, ser respeitada em função do regime democrático.

Também foi apresentada como exemplo a ADPF n.º 130/2009²⁶⁶ que trata da crítica jornalística dirigida contra agentes públicos, em que é ressaltada a exposição do

²⁶² STF. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: ADPF 496*. Relator: Roberto Barroso. DJE 22/06/2020, divulgado em 24/09/2020, p. 06.

²⁶³ *Ibid*, p. 09.

²⁶⁴ STF. *Ação Direta de Inconstitucionalidade: ADI 4.815*. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. DJE 01/02/2016, divulgado em 29/01/2016.

²⁶⁵ STF. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: ADPF 187*. Relator: Ministro Celso de Mello. DJE 29/05/2014, divulgado em 28/05/2014.

²⁶⁶ STF. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: ADPF 130*. Relator: Carlos Britto. DJE 06/11/2009, divulgado em 05/11/2009.

funcionário público a uma maior crítica por parte da população, argumento que também poderia ser considerado para analisar a tipificação do crime de desacato. Em seguida, o caso *Ellwagner*²⁶⁷, em que a liberdade de expressão foi restringida em função do discurso de ódio.

Para justificar a tipificação do delito de desacato, o Ministro Barroso afirma que o agente público, no exercício de sua função, possui prerrogativas diferentes dos particulares, sendo razoável que se prevejam tipos penais protetivos da atuação dos servidores públicos, para proteger a função pública. Nas palavras do Ministro:

Não se trata de conferir um tratamento privilegiado ao funcionário público. Trata-se, isso sim, de proteger a função pública exercida pelo funcionário, por meio da garantia, reforçada pela ameaça de pena, de que ele não será menosprezado ou humilhado enquanto se desincumbe dos deveres inerentes ao seu cargo ou função públicos²⁶⁸.

Segundo o Relator, deve ser realizada a interpretação restritiva do tipo penal. No caso do artigo 331 do Código Penal brasileiro, o Ministro ressalta que o bem jurídico diretamente tutelado não é a honra do funcionário público, mas a própria Administração Pública. O tipo penal não abrangeria, portanto, eventuais ofensas perpetradas por meio da imprensa ou de redes sociais, resguardando-se a liberdade de expressão. Somente por essa razão os precedentes examinados pela Corte Interamericana de Direitos Humanos não se enquadrariam na tipificação brasileira²⁶⁹.

Desse modo, o entendimento desenvolvido pelo Ministro é no sentido de que a tipificação do delito de desacato deve ser interpretada restritivamente, para evitar punições desarrazoadas. É ressaltado ainda que os agentes públicos em geral estão mais expostos ao escrutínio e à crítica dos cidadãos, devendo demonstrar maior tolerância à reprovação e à insatisfação, sobretudo em situações em que se verifica uma tensão entre o agente público e o particular. Devem ser relevados, portanto, eventuais excessos na expressão da discordância, indignação ou revolta com a qualidade do serviço prestado ou com a atuação do funcionário público²⁷⁰.

Portanto, afirma que o tipo penal deve ser limitado a casos graves e evidentes de menosprezo à função pública, para que haja a interpretação restritiva do tipo penal. Essa é a solução dada pelo Ministro Barroso e o motivo pelo qual julgou improcedente o pedido

²⁶⁷ STF. *Habeas Corpus: HC n. 82.424*. Relator: Ministro Moreira Alves. DJE 19/03/2004.

²⁶⁸ STF. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: ADPF 496*. Relator: Roberto Barroso. DJE 22/06/2020, divulgado em 24/09/2020, p. 26.

²⁶⁹ *Ibid*, p. 28.

²⁷⁰ *Ibid*, p. 29.

formulado na ADPF e fixou a tese de que “Foi recepcionada pela Constituição de 1988 a norma do art. 331 do Código Penal, que tipifica o crime de desacato”²⁷¹.

O Ministro Gilmar Mendes e o Ministro Celso de Mello compartilham do mesmo entendimento do Relator, afirmando que o desacato constitui importante instrumento de preservação da lisura da função pública e, indiretamente, da própria dignidade de quem a exerce, além de concordarem com a solução apresentada pelo Ministro Relator acerca da interpretação restritiva do tipo penal. Alexandre de Moraes também entende que o crime de desacato é compatível com a Convenção Americana, apresentando diversas decisões monocráticas proferidas por ele nesse sentido.

O Ministro Edson Fachin possui entendimento diferente do Relator, destacando, primeiramente, que os tratados internacionais sobre direitos humanos possuem hierarquia constitucional e que a vinculação dos países às decisões da Corte Interamericana não decorre apenas dos casos em que o país seja condenado²⁷². Desse modo, o fato de a Corte jamais ter se manifestado sobre a compatibilidade do artigo 331 do Código Penal brasileiro com a Convenção Americana não exime o Estado brasileiro de fazê-lo²⁷³.

O entendimento do Ministro nesse ponto está de acordo com a jurisprudência da Corte sobre o controle de convencionalidade. Ele ressalta o entendimento da Corte no caso *Almonacid Arellano*²⁷⁴ (2006) para dizer que o controle de convencionalidade deve levar em consideração tanto a Convenção Americana quanto a jurisprudência da CorteIDH. Em seu voto são apresentados diversos precedentes da Corte Interamericana sobre liberdade de expressão, inclusive sua Opinião Consultiva n. 05/85 em que ela inicia o desenvolvimento de seu entendimento. Nesse sentido, para o Ministro Fachin:

A série de decisões da Corte Interamericana, embora não cheguem a examinar o art. 331 do Código Penal brasileiro, são precisas em demonstrar que há um elevado grau de importância atribuído à liberdade de expressão e, ao mesmo tempo, em duvidar da necessidade de se proteger, a qualquer custo, a reputação da Administração Pública²⁷⁵.

Para reforçar a ideia da necessidade de se analisar a proporcionalidade da restrição, o Ministro utiliza como exemplos os casos *Kimel Vs. Argentina* (2008) e *Fontevecchia D’Amico Vs. Argentina* (2009) para explicar o limite diferente de proteção

²⁷¹ Ibid, p. 30.

²⁷² Ibid, p. 36.

²⁷³ Ibid, p. 37.

²⁷⁴ CorteIDH. *Caso Almonacid Arellano e outros Vs. Chile*. Exceções preliminares, mérito, reparações ecustas. Sentença de 26 de setembro de 2006, §124.

²⁷⁵ STF. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: ADPF 496*. Relator: Roberto Barroso. DJE 22/06/2020, divulgado em 24/09/2020, p. 38.

das manifestações concernentes aos funcionários públicos que se expuseram voluntariamente a um escrutínio público mais exacerbado²⁷⁶. Portanto, não se justifica conferir uma punição mais severa para manifestações dirigidas a agentes públicos.

Além disso, ressalta que o uso de sanções penais pode impedir a manifestação do pensamento por medo, causando efeito inibitório. Desse modo, Fachin conclui que por não passar no rigoroso teste de proporcionalidade reclamado pela Corte Interamericana, a previsão de sanção penal para sancionar as opiniões – críticas e até ofensivas – contra funcionários públicos, não é compatível com a Convenção Americana²⁷⁷.

Para Fachin, a dúvida sobre a compatibilidade do desacato com os tratados de Direitos Humanos deve responder se há fundamento normativo que ampare a especial proteção concedida pela legislação aos funcionários públicos. Para o Ministro essa resposta é negativa. As críticas e as opiniões negativas que têm os cidadãos sobre a Administração Pública não maculam sua dignidade, ao contrário, a prestigiam. Elas integram o processo de verificação e depuração das melhores ideias que irão formar a base das políticas públicas²⁷⁸. Portanto, o Ministro conclui que à luz do sistema internacional de proteção à pessoa humana é ilegítima a previsão normativa constante do artigo 331 do Código Penal²⁷⁹.

Além disso, Fachin ressalta o entendimento desenvolvido pela Suprema Corte Americana e pela Comissão Interamericana sobre a doutrina da “real malícia”, segundo a qual a liberdade de expressão só será afastada caso a acusação comprove, a um só tempo, a falsidade da afirmação e a malícia real (dolo ou negligência extremada) do agente²⁸⁰. Nesse caso, nas palavras do Ministro a dúvida recairia sobre saber se a tipificação promovida pelo artigo 331 do Código Penal seria compatível com a interpretação mais restritiva da liberdade de expressão, considerando a malícia real.

Para ele a resposta também seria negativa, pois o tipo de desacato é demasiadamente aberto e não permite distinguir críticas de ofensas. Mesmo que a interpretação restritiva, defendida pelo Relator, fosse empregada, não seria

²⁷⁶ CorteIDH. Caso *Fontevicchia e D'Amico Vs. Argentina*. Mérito, Reparaciones e Custas. Sentença de 29 de novembro de 2011, §60.

²⁷⁷ STF. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: ADPF 496*. Relator: Roberto Barroso. DJE 22/06/2020, divulgado em 24/09/2020, p. 40.

²⁷⁸ *Ibid*, p. 41.

²⁷⁹ *Ibid*, p. 42.

²⁸⁰ *Ibid*, p. 46.

suficientemente precisa para proteger os cidadãos do exercício legítimo da liberdade de expressão²⁸¹.

Percebe-se que o Ministro buscou considerar a jurisprudência da CorteIDH e o entendimento desenvolvido pela Comissão Interamericana, preocupando-se com a aplicação de seus entendimentos para analisar a compatibilidade da tipificação do delito de desacato com a Convenção Americana, utilizando os requisitos e critérios estabelecidos pela Corte e pela Convenção para demonstrar a incompatibilidade da tipificação do desacato com a CADH.

A Ministra Rosa Weber compartilha do entendimento do Ministro Fachin, discorrendo acerca da relação existente entre a liberdade de expressão e o regime democrático. Para ela, em um Estado Democrático de Direito, a liberdade de expressão é a regra, admitida sua restrição somente em situações excepcionais. No caso da tipificação do crime de desacato, sobressai o particular interesse social *prima facie* em que seja assegurada a livre opinião relativamente ao exercício de função de interesse público²⁸².

Nesse sentido, seria inevitável que os ocupantes de cargos ou funções na estrutura do Estado tenham o exercício das suas atividades escrutinado seja pela imprensa, seja pelos cidadãos, que podem exercer livremente os direitos de informação, opinião e crítica²⁸³. Para a Ministra, uma sociedade em que a manifestação do pensamento está condicionada à autocontenção, por serem os cidadãos obrigados a avaliar o risco de sofrerem represália antes de cada manifestação de cunho crítico que pretendam emitir, não é uma sociedade livre, e sim sujeita a modalidade silenciosa de censura do pensamento²⁸⁴. Nas palavras da Ministra:

Um sistema que sujeita a manifestação de opiniões e críticas ligadas a questões de interesse público a riscos sobremodo elevados traduz efetivo modo apofático de censura prévia, na medida em que induz, pela intimidação e pelo medo, o silêncio das consciências. O ônus social é enorme e o prejuízo à cidadania manifesto. Nessa ordem de ideias, inafastável a conclusão de que a liberdade de tecer críticas à atuação de ocupantes de cargos públicos constitui um conteúdo nuclear do direito fundamental em análise²⁸⁵.

Além disso, Rosa Weber destaca que a honra e a imagem devem ser protegidas, contudo, quanto se trata do interesse público e não da vida privada e da intimidade, a

²⁸¹ Ibid, p. 46.

²⁸² Ibid, p. 70.

²⁸³ Ibid, p. 71.

²⁸⁴ Ibid, p. 73.

²⁸⁵ Ibid, p. 74.

preservação da livre manifestação do pensamento autoriza um elevado grau de tolerância²⁸⁶.

Ao utilizar como exemplo um caso da Suprema Corte dos Estados Unidos (*Bridges v. California*, 1941) a Ministra ressalta que não basta que os limites à liberdade de expressão estejam previstos em leis formalmente válidas e atendam a fins legítimos, é preciso que a interferência seja necessária à preservação de uma sociedade democrática e plural. Nesse contexto, o critério da proporcionalidade desautoriza a imposição de restrições à liberdade de expressão quando tiverem como efeito inibir a manifestação de juízos críticos²⁸⁷.

Para reforçar seu argumento, a Ministra cita um precedente da Corte Interamericana, o caso *Kimel Vs. Argentina* (2008), em que a Corte discorre acerca da proteção da honra e das manifestações relacionadas a assuntos de interesse público, bem como sobre controle democrático exercido pela opinião pública. Além disso, afirma:

A Corte Interamericana tem reconhecida a posição de intérprete oficial do Pacto de San José da Costa Rica, e o faz por meio de seus precedentes, sendo absolutamente irrelevante, para o efeito de se reconhecer a sua autoridade, que ela não tenha se manifestado especificamente sobre o preceito do direito doméstico em discussão no presente feito²⁸⁸.

Desse modo, Rosa Weber conclui que ao impor restrições à liberdade de expressão que não se mostram necessárias em uma sociedade democrática plural, o artigo 331 do Código Penal Brasileiro não sobrevive ao teste da proporcionalidade. Além disso, a tipificação da injúria, da difamação e da calúnia já confere proteção mais do que suficiente²⁸⁹.

4.3 A RELAÇÃO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO COM O DELITO DE DESACATO TIPIFICADO NO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO

Após analisar o entendimento do Supremo Tribunal Federal, é importante observar de que forma o direito à liberdade de expressão se relaciona com o delito de desacato no Brasil. O crime de desacato é tipificado na legislação brasileira no artigo 331 do Código Penal, que dispõe: “Desacatar funcionário público no exercício da função ou em razão dela”. Desse modo, significa humilhar, ofender, desprestigiar ou desrespeitar,

²⁸⁶ Ibid, p. 75.

²⁸⁷ Ibid, p. 76.

²⁸⁸ Ibid, p. 78.

²⁸⁹ Ibid, p. 79.

implicando algo injurioso²⁹⁰. Ou seja, a conduta típica consiste em desacatar o funcionário público com a finalidade de ofender a dignidade e o prestígio da Administração Pública, entendida como o conjunto das funções que o Estado assume para a consecução de seus fins²⁹¹. Desse modo, o tipo penal busca tutelar a dignidade da Administração Pública²⁹² e o sujeito passivo é o Estado e, secundariamente, o funcionário a quem o desacato foi dirigido²⁹³.

Ressalta-se ainda que o dolo do agente no momento da ofensa é um elemento importante. Nesse sentido:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. MATÉRIA FÁTICA – INTERPRETAÇÃO DE NORMAS LEGAIS. INVIABILIDADE. NEGATIVA DE SEGUIMENTO. 1. O Colegiado de origem confirmou o entendimento do Juízo quanto à absolvição da ré da imputação relativa ao delito de desacato, previsto no artigo 331 do Código Penal, assentando não demonstrado o elemento volitivo do tipo. No extraordinário, afirma o recorrente a violação dos artigos 2º e 5º, incisos II e XXXIX, da Constituição Federal. Argui a tipicidade do fato, considerado o dolo específico da ré em desprezar a função pública exercida pelos policiais militares [...]. Confirmam a síntese do acórdão recorrido: APELAÇÃO-CRIME. DESACATO. ART. 331 DO CÓDIGO PENAL. AUSÊNCIA DE DOLO. SENTENÇA ABSOLUTÓRIA CONFIRMADA. 1. Desacato. Prova judicializada que **indica a ocorrência de mera exaltação ou revolta momentânea, afastando o elemento volitiva do tipo, consistente na vontade livre e consciente de praticar a ação ou de proferir palavra injuriosa com o propósito de ofender ou de desrespeitar o funcionário público.** 2. **Dolo específico. Mera enunciação de palavras em desabafo ou em revolta momentânea não configura as elementares do tipo penal.** 3. Inexistente adequação e dolo específico, impositiva a manutenção da absolvição da ré, por falta de provas. RECURSO MINISTERIAL DESPROVIDO. Ora, somente pela análise das provas constantes do processo seria dado concluir em sentido diverso, o que é vedado em sede extraordinária. A par desse aspecto, o acórdão impugnado revela interpretação de normas estritamente legais, em especial o artigo 331 do Código Penal, não ensejando campo ao acesso ao Supremo. À mercê de articulação sobre a violência à Carta da República, pretende-se submeter a análise matéria que não se enquadra no inciso III do artigo 102 da Constituição Federal. Brasília, 16 de outubro de 2017. Ministro MARCO AURÉLIO (Relator). (grifo nosso) (STF - RE: 1081544 RS - RIO GRANDE DO SUL 0223881-22.2017.8.21.7000, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 16/10/2017, Data de Publicação: DJe-238 19/10/2017)

Segundo André Estefam, o delito consiste em:

“Desacatar, ou seja, ofender, humilhar, menoscabar ou desprezar. Assim como na descrição típica do crime de desobediência, constitui elementar e, portanto, requisito essencial do crime, que a ofensa seja proferida contra “funcionário público”, termo que deve ser compreendido restritamente, de modo a abranger

²⁹⁰ SALIM, Alexandre; AZEVEDO, Marcelo André de. *Direito Penal*. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2012, p. 436.

²⁹¹ ESTEFAM, André Araújo L. *Direito Penal - Vol. 3*. Editora Saraiva, 2022. E-book. ISBN 9786555596526. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555596526/>, p. 606.

²⁹² Ibid, p. 742.

²⁹³ Ibid, p. 748.

somente quem exerça cargo, emprego ou função pública, ainda que transitoriamente ou sem remuneração”²⁹⁴.

A partir disso, é preciso examinar se a tipificação desse delito cumpre com a proteção do direito à liberdade de expressão e se é compatível com a Convenção Americana e a jurisprudência interamericana.

Segundo André Estefam:

“Ganhou força a tese de que o art. 331 se revela inconveniente, ou seja, incompatível com referido Diploma (a Convenção Americana), pois contraria seu art. 13, o qual assegura a liberdade de expressão. Essa tese foi acolhida pelo STJ, em 15 de dezembro de 2016, no julgamento do Recurso Especial n. 1.640.084, rel. Min. Ribeiro Dantas. Segundo o STJ “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”. Não obstante este posicionamento, a 3ª Seção, que reúne os ministros da 5ª e 6ª Turma, por ampla maioria, confirmou a vigência do art. 331 do CP (HC 379.269/MS).

O STF, em decisão proferida por seu Pleno, em 19 de junho de 2020, no julgamento da ADPF 496, fixou, por maioria de votos, a tese da recepção do crime de desacato pela Constituição Federal, afastando a alegação de que o tipo penal viola a liberdade de expressão²⁹⁵.”

Um dos primeiros pontos abordados pelo Ministro Relator na ADPF n.º 496/2020 é de que a violação do artigo 13 da CADH não decorreria da mera tipificação dos delitos contra a honra ou do desacato, mas sim do uso indevido do Direito Penal. Por esse motivo, ele propõe a interpretação restritiva do tipo penal em comento.

Em primeiro lugar, ressalta-se que, de acordo com a CIDH, as sanções penais nunca deveriam ser utilizadas como recurso para sufocar o debate público sobre questões de interesse geral²⁹⁶ e a honra dos funcionários públicos ou pessoa que se envolveu voluntariamente em assuntos públicos, deveria ser garantida somente por meio de sanções civis²⁹⁷. A CorteIDH reconheceu em sua sentença do *Álvarez Ramos Vs. Venezuela* (2019) que no caso de um discurso protegido por seu interesse público, a resposta punitiva do Estado mediante o Direito Penal não é convencionalmente procedente para proteger a honra do funcionário público²⁹⁸.

Contudo, não há manifestação expressa da Corte ou afirmar ou não que a tipificação do delito de desacato seria contrária à CADH, mesmo porque a Corte já se

²⁹⁴ Ibid, p. 745.

²⁹⁵ ESTEFAM, André Araújo L. Op. Cit., p. 743.

²⁹⁶ CIDH. *Relatório de Mérito: Francisco Usón Ramirez*. Caso 12.554, 2008, §127.

²⁹⁷ CIDH. *Relatório de mérito: Tulio Alberto Álvarez*. Caso 12.663, 2017, §85.

²⁹⁸ CorteIDH. *Caso Álvarez Ramos Vs. Venezuela*. Exceção Preliminar, mérito, reparações e custas. Sentença de 30 de agosto de 2019, §121.

manifestou no sentido de que nem toda restrição por meio da via penal é inconveniente. Assim, pode ser que a mera existência do tipo penal de desacato na legislação interna não vá de encontro com a proteção da liberdade de expressão, entretanto, isso não basta para definir se o desacato, crime tipificado na legislação brasileira, é compatível com a salvaguarda do direito à liberdade de expressão.

O Ministro Barroso propõe como solução a interpretação restritiva do tipo penal de desacato, porém, para que isso seja viável é preciso que o tipo penal cumpra com o princípio da legalidade, sendo formulado de forma a não permitir dúvidas quanto a sua aplicação.

Em relação ao princípio da legalidade, Nilo Batista entende que ele garante o indivíduo perante o poder estatal e constitui a “chave mestra” de qualquer sistema penal que se pretenda racional e justo²⁹⁹. Segundo o autor, uma das funções do princípio da legalidade é proibir incriminações vagas e indeterminadas, pois a garantia individual estaria seriamente comprometida se as normas que definem os crimes não dispusessem de clareza denotativa na significação de seus elementos, assim, formular tipos penais genéricos ou vazios equivale teoricamente a nada³⁰⁰.

Ademais, afirma que é correto extrair do texto constitucional um direito subjetivo de conhecer previamente o crime, correlacionando-o a um dever do Congresso Nacional de legislar em matéria criminal sem contornos semânticos difusos³⁰¹, uma vez que a criação de incriminações vagas e indeterminadas transcende a violação do princípio da legalidade para ofender diversos Direitos Humanos³⁰².

Do mesmo modo, Luigi Ferrajoli, ao discorrer sobre o princípio da legalidade estrita entende que quanto mais precisas sejam as definições dos pressupostos típicos abstratos ditados na lei, tanto mais determinados serão os pressupostos típicos concretos aos quais aquelas se referem e tanto mais nelas subsumíveis mediante proposições verdadeiras ou falsas, isto é, verificáveis e falseáveis³⁰³. Para Ferrajoli, a legalidade estrita garante a verificabilidade ou falseabilidade dos tipos penais abstratos, uma vez que o juiz comprova ou prova como verdadeiro apenas o que estiver taxativamente denotado na lei

²⁹⁹ BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*. 12. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2015, p. 63.

³⁰⁰ Ibid, p. 75.

³⁰¹ Ibid, p. 77.

³⁰² Ibid, p. 78.

³⁰³ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 77.

como delito³⁰⁴. Ou seja, é necessário que seja observada a legalidade no momento da elaboração do tipo penal, para que não haja dúvidas acerca das condutas puníveis ou não.

O autor afirma que diferente da “mera legalidade”, que exige a lei como condição necessária da pena e do delito, a “legalidade estrita” exige todas as demais garantias como condições necessárias à legalidade penal, sendo uma condição de validade ou legitimidade das leis vigentes³⁰⁵. Segundo Ferrajoli, a mera legalidade é uma norma dirigida aos juízes, que consideram como delito qualquer fenômeno qualificado como tal na lei, porém, a legalidade estrita é dirigida ao legislador, a quem prescreve uma técnica específica de qualificação penal, idônea a decidir, com a taxatividade dos pressupostos da pena, a decidibilidade da verdade de seus enunciados³⁰⁶. No sentido da legalidade estrita, a lei deve ser formada por pressupostos dotados de significado unívoco e preciso³⁰⁷.

Segundo Miguel Reale Júnior, A lei deve ser prévia, clara, precisa, geral e abstrata. O princípio da legalidade importa, destarte, o respeito ao princípio da taxatividade, devendo a lei ser *stricta* além de *praevia* e *scripta*. O requisito da lei *stricta*, de um lado, impõe certo grau de precisão à norma incriminadora e, de outro, proíbe a analogia, de forma a evitar a burla ao significado de garantia e segurança do princípio básico da legalidade³⁰⁸. A taxatividade impõe uma leitura precisa e clara da norma, definindo para além de toda dúvida, os limites e fronteiras do punível³⁰⁹.

Sobre o assunto, a Corte Interamericana destaca que qualquer limitação ou restrição à liberdade de expressão deve estar previamente estabelecida em lei, mas se ela provém do Direito Penal, é preciso observar alguns requisitos para satisfazer o princípio da legalidade. Portanto, a restrição deve ser formulada de forma expressa, precisa, taxativa e prévia³¹⁰. Nesse sentido:

A elaboração dos tipos penais deve utilizar termos estritos e inequívocos que delimitem claramente a conduta punível, dando pleno sentido à legalidade penal. Isso implica na clara definição da conduta, na fixação de seus elementos e na delimitação de comportamentos não puníveis ou condutas ilícitas sancionáveis com medidas não penais. [...] Assim, a tipificação de um delito deve ser formulada de forma expressa, precisa, taxativa e prévia, sobretudo

³⁰⁴ Idem.

³⁰⁵ Ibid, p. 76.

³⁰⁶ Idem.

³⁰⁷ Idem.

³⁰⁸ REALE JUNIOR, Miguel. Op. Cit., p. 26.

³⁰⁹ Idem.

³¹⁰ CorteIDH. *Caso Kimel Vs. Argentina*. Mérito, reparações e custas, sentença de 02 de maio de 2008, §63.

porque o Direito Penal é um meio mais restritivo e severo para estabelecer responsabilidades³¹¹.

No caso do delito de desacato tipificado na legislação brasileira, trata-se de um tipo penal que não permite definir claramente a conduta punível, sendo vago e impreciso, dando espaço para a discricionariedade no momento da aplicação da lei penal, não cumprindo, portanto, com o princípio da legalidade. Além disso, por não contar com termos específicos e inequívocos, não seria possível solucionar a problemática com a interpretação restritiva do tipo penal, uma vez que a conduta punível não fica clara.

O Ministro Barroso afirma que para evitar punições desarrazoadas devem ser relevados eventuais excessos na expressão da discordância, indignação ou revolta com a qualidade do serviço prestado ou com a atuação do funcionário público³¹², porém, isso significar abrir margem para a discricionariedade, contrariando o princípio da legalidade.

É importante destacar, ainda, que essas considerações não significam que a honra dos funcionários públicos ou das pessoas públicas não deve ser juridicamente protegida, mas deve sê-lo de maneira acorde com os princípios do pluralismo democrático. Além disso, a proteção da reputação de particulares que se encontram envolvidos em atividades de interesse público também deverá ser realizada de acordo com os princípios do pluralismo democrático³¹³.

Segundo o Ministro Relator na ADPF 496/2020, o agente público, no exercício de sua função, possui prerrogativas diferentes dos particulares, sendo razoável que se prevejam tipos penais protetivos da atuação dos agentes públicos³¹⁴. Ou seja, a diferença entre os funcionários públicos e os particulares conferiria maior proteção ao funcionário público.

O entendimento dos órgãos do SIDH vai na direção oposta. A Comissão Interamericana, assim como a Corte, entende que o controle democrático fomenta a transparência das atividades estatais e promove a responsabilidade dos funcionários por sua gestão pública, razão pela qual se deve ter uma maior tolerância e abertura a críticas

³¹¹ CorteIDH. *Caso Usón Ramírez Vs. Venezuela*. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 20 de novembro de 2009, §55.

³¹² STF. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: ADPF 496*. Relator: Roberto Barroso. DJE 22/06/2020, divulgado em 24/09/2020, p. 29.

³¹³ CorteIDH. *Caso Ricardo Canese Vs. Paraguai*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 31 de agosto de 2004, §100.

³¹⁴ STF. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: ADPF 496*. Relator: Roberto Barroso. DJE 22/06/2020, divulgado em 24/09/2020, p. 26.

realizadas no exercício deste controle democrático³¹⁵. Isto é, a condição de funcionário público não confere maior proteção à pessoa, mas sim maior tolerância às manifestações dirigidas a ela.

Assim, em se tratando de funcionários públicos, de pessoas que exercem funções de uma natureza pública e de políticos, deve-se aplicar um limite diferente de proteção, o qual não se assenta na qualidade do sujeito, mas no caráter de interesse público que implicam as atividades ou atuações de uma pessoa determinada, já que suas atividades saem do domínio da esfera privada para se inserir na esfera do debate público³¹⁶.

Nesse mesmo sentido, tem-se que o controle democrático dos órgãos do Estado pressupõe essa liberdade de opinião, em especial o cumprimento do *ethos* do funcionário e das regras que devem ser observadas pela opinião pública³¹⁷, cuja violação deve dar lugar à indignação pública. Em outras palavras, a opinião pública e as críticas dos cidadãos aos funcionários públicos e ao serviço prestado por eles são um modo de exigir o cumprimento correto de suas obrigações, assim como do Estado.

Observa-se que as manifestações que se enquadrariam no tipo penal do crime de desacato não estariam dirigidas a pessoa do funcionário público em si, isto é, não teriam o dolo específico de ofender sua honra, mas sim de criticar o Estado e o serviço público que estaria sendo prestado e que, naquele momento, estaria sendo exercido pelo funcionário em questão. Assim, a restrição da liberdade de expressão não se justificaria pela proteção do direito à honra, tão pouco pelo resguardo da Administração Pública, uma vez que deve ser garantida a livre manifestação, mesmo que contrária ou crítica, sobretudo quando se trata de assuntos de interesse público.

Desse modo, considerando a ausência do dolo específico em ofender a honra do funcionário público, a restrição da liberdade de expressão também não se enquadraria na teoria da real malícia, defendida pela CIDH e pelo Ministro Fachin, segundo a qual a liberdade de expressão só seria afastada caso a acusação comprove, a um só tempo, a falsidade da afirmação e a malícia real (dolo ou negligência extremada) do agente³¹⁸, isto

³¹⁵ CorteIDH. *Caso Ricardo Canese Vs. Paraguai*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 31 de agosto de 2004, §111; CIDH. *Relatório de Mérito: Francisco Usón Ramirez*. Caso 12.554, 2008, §111.

³¹⁶ CorteIDH. *Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 02 de julho de 2004, §129; CorteIDH. *Caso Ricardo Canese Vs. Paraguai*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 31 de agosto de 2004, §103.

³¹⁷ KRIELE. Martin. *Introducción a la teoría del Estado: Fundamentos Históricos de la Legitimidad del Estado Constitucional Democrático*. Traducción por Eugenio Bulygin. Buenos Aires: De Palma, 1980, p. 474.

³¹⁸ STF. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: ADPF 496*. Relator: Roberto Barroso. DJE 22/06/2020, divulgado em 24/09/2020, p. 46.

é, que o autor da informação sabia de sua inverdade ou atuou com conhecimento negligente da verdade da informação³¹⁹. O que não se aplicaria no caso das críticas ao serviço público e ao Estado, ressaltando, mais uma vez, o problema do tipo penal aberto que não consegue diferenciar meras críticas ou opiniões negativas de atos que violam a honra do indivíduo.

No caso *Usón Ramirez Vs. Venezuela* (2009), a Corte observou que o tipo penal de injúria que estava sendo aplicado não levava em conta o dolo específico de causar descrédito ou lesionar o prestígio do sujeito passivo, permitindo que a subjetividade do ofendido determinasse a existência de um delito, ainda que o sujeito ativo não tivesse a intenção de injuriar ou ofender o indivíduo. Além disso, a Corte entendeu que a descrição do tipo penal era vaga e ambígua, não delimitando claramente a conduta típica, o que pode levar a interpretações que permitam que determinadas condutas sejam indevidamente penalizadas³²⁰.

Nesse mesmo caso, a Comissão foi mais além em seu relatório de mérito, demonstrando preocupação com a lei penal venezuelana, que consagra como delitos condutas que se enquadram no que a Comissão define como “leis de desacato”, e que possuem um alcance excessivamente amplo do sujeito passivo, afirmando sua incompatibilidade com o artigo 13 da Convenção. Além disso, considerou que as leis de desacato são incompatíveis com a Convenção, sendo um meio para silenciar ideias e opiniões impopulares contra o governo, impedindo o controle democrático e reprimindo o debate crítico³²¹.

No caso *Palamara Iribarne* (2005), a Corte se propôs a analisar a compatibilidade da aplicação de responsabilidades posteriores pelo delito de desacato, e apesar de não se manifestar expressamente sobre o delito, já que ele foi posteriormente revogado e deixou de fazer parte da legislação chilena, a CorteIDH entendeu que por meio da aplicação do delito de desacato a persecução penal foi utilizada de forma desproporcional e desnecessária em uma sociedade democrática³²². A legislação estabelecia sanções desproporcionais pela realização de críticas a instituições públicas, suprimindo um debate essencial para o funcionamento do sistema democrático.

³¹⁹ CIDH. *Informe Sobre Desacato e Difamação Criminal*. 2000, §8.

³²⁰ CorteIDH. *Caso Usón Ramírez Vs. Venezuela*. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 20 de novembro de 2009, §56.

³²¹ CIDH. *Relatório de Mérito: Francisco Usón Ramirez*. Caso 12.554, 2008, §129.

³²² CorteIDH. *Caso Palamara Iribarne Vs. Chile*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 22 de novembro de 2005, § 88.

Em seu relatório de mérito, a Comissão afirma que as leis de desacato são incompatíveis com a Convenção Americana, proporcionando maior nível de proteção aos funcionários públicos em detrimento dos particulares, contrastando com o sistema democrático que sujeita o Estado, pelo escrutínio público, ao controle por parte da sociedade³²³. Portanto, os cidadãos têm o direito de criticar e examinar as ações e atitudes dos funcionários públicos naquilo que se relaciona à função pública.

Desse modo, não se pode afirmar que a tipificação do delito de desacato cumpre com os requisitos para a restrição da liberdade de expressão, pois apesar de apresentar uma restrição que é prevista em lei, que tem o intuito de proteger a honra e a ordem pública, essa limitação não satisfaz o requisito da necessidade social imperiosa, pois para isso a restrição deve ser necessária em uma sociedade democrática, requisito que não é cumprido se considerado o caráter de interesse público das manifestações que se enquadrariam no tipo penal.

Portanto, a proteção da honra como justificativa para a restrição da liberdade de expressão não seria suficiente, pois isto significaria impor à sociedade prejuízos maiores (com a restrição da liberdade de expressão) que a vantagem perseguida (a proteção da honra do indivíduo) pela tipificação do delito. O crime de desacato também não satisfaz os requisitos de necessidade e de proporcionalidade, pois, como já demonstrado, a via penal, por ser o meio mais severo de punição, deve ser o último recurso utilizado, sobretudo quando considerado o interesse público, além de não cumprir com o princípio da legalidade, por ser um tipo penal que não permite a definição clara das condutas puníveis, abrindo margem para a discricionariedade. Desse modo, a tipificação do delito não cumpre com os requisitos elencados pela Convenção Americana e pela jurisprudência da Corte, pois estabelece uma medida desproporcional que restringe as manifestações de interesse público, necessárias em uma sociedade democrática.

Para exemplificar alguns trabalhos que citam a controvérsia sobre a compatibilidade do desacato com a CADH, podemos citar o de Daniela Menengoti Ribeiro e Gabriel Antônio Roque³²⁴ que trata sobre o controle de convencionalidade realizado pelo STJ e pelo STF em relação ao delito de desacato. O trabalho se atém a analisar o entendimento do SIDH sobre as leis de desacato e cita de forma breve a ADPF

³²³ CIDH. *Relatório e Mérito: Humberto Antonio Palamara Iribarne*. Caso 11.571, 2004, §66.

³²⁴ RIBEIRO, Daniela Menengoti; ROQUE, Gabriel Antonio. A efetividade do direito à liberdade de expressão pelo controle de convencionalidade: a (des) criminalização do desacato no Brasil e os impactos no direito da personalidade. *Revista de Direito Brasileira*, v. 25, n. 10, p. 221-249, 2020.

496/2020, porém sem analisar o mérito do Acórdão, concluindo pela necessidade de derrogar ou modificar o tipo penal de desacato.

Também pode ser citado como exemplo o artigo de Mônica de Oliveira Gomes³²⁵, que analisa a compatibilidade do delito de desacato tipificado no artigo 331 do Código Penal Brasileiro com a proteção da liberdade de expressão, analisando de forma breve as disposições da CADH, porém sem se aprofundar na jurisprudência da Corte sobre liberdade de expressão, citando as decisões do STJ sobre o delito de desacato e concluindo que o crime de desacato presente no ordenamento jurídico pátrio afronta a Convenção Americana.

A partir do exposto, observa-se que o Supremo Tribunal Federal buscou considerar não apenas a Convenção Americana, mas também a jurisprudência da CorteIDH ao analisar o tipo penal de desacato, porém, concluiu pela compatibilidade do delito com a CADH. Nesse sentido, é possível perceber o que gera a falta de um posicionamento expresso por parte da Corte Interamericana acerca das leis de desacato, uma vez que, apesar das considerações anteriores demonstrarem a incompatibilidade do delito de desacato com a proteção do direito à liberdade de expressão, a Corte deixa aberto à interpretação a compatibilidade das leis de desacato com a Convenção Americana, afirmando que o uso da via penal como forma de restrição da liberdade de expressão deve ser analisado caso a caso.

³²⁵ DE OLIVEIRA GOMES, Mônica. O Crime de Desacato à Luz do Sistema Interamericano de Direitos Humanos. *Revista Juris Pesquisa*, v. 1, n. 01, 2018.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito à liberdade de expressão é de extrema importância para a consolidação de uma sociedade democrática, sobretudo no que diz respeito à difusão de informações de interesse público e o direito dos cidadãos de emitir opiniões críticas sobre o Estado e seus agentes, para que seja possível que os indivíduos exerçam o controle democrático das atividades estatais, fomentando a transparência, a probidade e promovendo a responsabilidade do Estado quando necessário.

Apesar de sua importância, este não é um direito absoluto, sendo passível de restrições, desde que observados os requisitos, neste caso, previstos pela Convenção Americana e pelos órgãos do Sistema Interamericano, os quais nem sempre possuem entendimentos similares acerca da proteção do direito à liberdade de expressão, o que fica ainda mais evidente quando se discute o uso da via penal para restringir manifestações de interesse público.

Em relação ao conteúdo do direito à liberdade de expressão a Corte e a Comissão possuem entendimentos convergentes, ressaltando a dupla dimensão do direito em comento, assim como sua relação e importância para a democracia. Quanto aos requisitos para a restrição desse direito também se observa um posicionamento similar, contudo, a CIDH afirma que as restrições estão previstas de forma taxativa no artigo 13 da CADH, mas tal afirmação não é feita pela Corte.

Sobre o conflito entre a proteção da honra de funcionários públicos e o direito à liberdade de expressão, para os órgãos do SIDH, o ponto chave a ser observado no momento de decidir se a proteção da honra justificaria a restrição da liberdade de expressão, é o interesse público envolto nas manifestações, uma vez que ambos os órgãos entendem que existe um limite diferenciado de proteção, quando se trata de assuntos de interesse público ou de pessoas que exerçam função pública ou tenham se exposto voluntariamente ao escrutínio público mais exigente.

A diferença nos posicionamentos dos órgãos do SIDH pode ser melhor observada quando se trata da restrição da liberdade de expressão por meio do uso da via penal. Segundo a CIDH, as leis de desacato proporcionam maior nível de proteção aos funcionários públicos e às instituições do Estado, em direta contravenção ao princípio fundamental do sistema democrático que sujeita os governos a controles, como o escrutínio público. Apesar de elas não impedirem que o indivíduo se expresse, o temor

das sanções penais desencoraja os cidadãos a emitirem suas opiniões sobre questões de interesse público.

Por isso, para a CIDH, a proteção da honra deveria se dar apenas por meio de ações civis e não penais, sobretudo quando considerado o caráter de interesse público das manifestações. Além disso, a Comissão ressalta que a responsabilidade por ofensas contra funcionários públicos só deveria ocorrer em casos de "real malícia", e que não apenas as leis de desacato, mas de injúria, calúnia e difamação deveriam ser revistas.

A Corte, por outro lado, não se pronuncia de forma clara sobre o assunto, limitando-se a estabelecer requisitos para a restrição da liberdade de expressão, afirmando que nem toda restrição por meio da via penal é contrária à convenção, devendo-se analisar cada caso, silenciando quando instada a se manifestar sobre as leis de desacato. Porém, admite que o Direito Penal é um meio mais severo para se estabelecer responsabilidades, elencando requisitos como necessidade, proporcionalidade e legalidade, que devem ser cumpridos para que a restrição seja compatível com a CADH.

É nesse contexto que se insere a relação da proteção da liberdade de expressão com o delito de desacato tipificado na legislação brasileira, uma vez que se trata de uma limitação por meio do uso da via penal – ponto de divergência entre os órgãos do Sistema Interamericano.

Ambos os órgãos do Sistema Interamericano são de extrema importância para a proteção dos Direitos Humanos e para a construção de *standards* internacionais que visem sua proteção. Porém, no momento de analisar a compatibilidade do desacato com a Convenção Americana, ou seja, de exercer o controle de convencionalidade, considera-se as disposições da própria Convenção e da Corte Interamericana, visto que ela é a intérprete última da CADH³²⁶.

É nesse viés que se insere a decisão do Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADPF 496/2020, que visa analisar a convencionalidade do delito de desacato. Apesar da declaração do Ministro Barroso sobre a inexistência de decisão da Corte sobre a compatibilidade do artigo 331 do Código Penal brasileiro com a Convenção e, apesar de a Corte não ter se manifestado especificamente sobre o delito de desacato no Brasil, seu entendimento acerca do direito à liberdade de expressão pode ser utilizado para dirimir a controvérsia, já que o delito de desacato se apresenta como uma restrição a este direito por meio do uso da via penal.

³²⁶ CorteIDH. *Caso Almonacid Arellano e outros Vs. Chile*. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 26 de setembro de 2006, §124.

Em primeiro lugar, ressalta-se que o fato de não existir decisão da Corte sobre o delito de desacato no Brasil não exime o Supremo Tribunal Federal de realizar o controle de convencionalidade, uma vez que, como dito anteriormente, os entendimentos desenvolvidos pelo SIDH sobre liberdade de expressão, ainda que em sentenças relacionadas a violações cometidas por outros Estados-parte, pode e deve ser considerado pelo STF no momento de analisar a convencionalidade do delito em comento. Isto é, ao realizar o controle de convencionalidade, o Estado deve considerar a CADH e a jurisprudência da Corte em geral, não se atendo apenas a sentenças relacionadas ao próprio Estado, como é destacado pelo Ministro Edson Fachin ao afirmar que a vinculação dos países às decisões da Corte Interamericana não decorre apenas dos casos em que o país seja condenado.

Em segundo lugar, ressalta-se que o Ministro Relator destaca a inaplicabilidade dos precedentes da CorteIDH para discutir sobre o desacato no Brasil, o que já restou demonstrado como um equívoco, uma vez que tanto a Comissão quanto a Corte se pronunciam sobre o uso da via penal como forma de restrição à liberdade de expressão, tendo a Comissão inclusive afirmado que as leis de desacato em geral são incompatíveis com a Convenção.

Por sua vez, a Corte, ainda que silente especificamente sobre o delito de desacato, já demonstrou os parâmetros que devem ser observados para que o tipo penal cumpra com os requisitos de necessidade – devendo ser considerado o interesse público das manifestações – de proporcionalidade – devendo a restrição ser proporcional ao fim que persegue – e de legalidade – devendo o tipo penal contar com termos inequívocos.

Observando o delito de desacato tipificado na legislação brasileira, é possível perceber que esses requisitos não são atendidos. A restrição por meio da via penal é um meio mais severo, contrariando o requisitos de proporcionalidade, a limitação não se enquadra enquanto necessária em uma sociedade democrática, pois restringe críticas ao Estado e manifestações de interesse público, e não se adequa ao princípio da legalidade, uma vez que o tipo penal em comento é aberto e não permite definir com clareza a conduta punível, abrindo margem para discricionariedade.

Além disso, o Ministro Barroso afirmou que o agente público, no exercício de sua função, possui prerrogativas diferentes dos particulares, sendo razoável que se prevejam tipos penais protetivos da sua atuação. Entretanto, considerados os argumentos tanto da Corte quanto da Comissão, é possível dizer que ambos os órgãos do SIDH entendem que

deve haver um maior e não menor grau de proteção das manifestações relacionadas aos agentes públicos, uma vez considerado que sua atuação se insere na esfera pública.

Nesse ponto, a argumentação desenvolvida pelo Ministro Edson Fachin está de acordo com a jurisprudência da Corte, uma vez que ele ressalta o limite diferenciado de proteção em relação às manifestações de interesse público. Assim, observa-se que o Ministro Fachin buscou considerar a jurisprudência da CorteIDH e o entendimento desenvolvido pela Comissão Interamericana, preocupando-se com a aplicação de seus entendimentos para analisar a compatibilidade da tipificação do delito de desacato com a Convenção Americana, utilizando os requisitos e critérios estabelecidos pela Corte e pela Convenção para demonstrar a incompatibilidade da tipificação do desacato com a CADH.

Em relação ao argumento de interpretação restritiva do tipo penal, proposto por Barroso, ressalta-se mais uma vez que não seria suficiente, uma vez que o tipo penal de desacato tipificado em nosso Código Penal conta com termos imprecisos, não identificando com clareza a conduta punível ou não, abrindo margem para a discricionariedade e contrariando o princípio da legalidade.

Desse modo, o STF, apesar de ter buscado analisar sentenças da CorteIDH, ao julgar improcedente a ADPF 496/2020, entendendo que o artigo 331 do Código Penal foi recepcionado pela Constituição Federal, consentiu com a existência de um tipo penal que não é compatível com a proteção do direito à liberdade de expressão e com o princípio da legalidade.

Ressalta-se que os mesmos argumentos extraídos de sentenças da Corte, pelo STF, também poderiam ser utilizados para demonstrar a incompatibilidade do delito com a proteção do direito em questão, sobretudo se considerado o entendimento da Comissão Interamericana e o princípio da legalidade, uma vez que o tipo penal em comento conta com termos imprecisos, deixando margem para a discricionariedade no momento da aplicação da lei, o que se torna um problema se considerado o fato de o Direito Penal ser um meio mais restritivo para se estabelecer a responsabilidade pelo abuso do direito de se expressar, sendo possível concluir que, apesar da decisão do STF e do silêncio da Corte, o delito de desacato não seria compatível com a proteção da liberdade de expressão por não cumprir com o princípio da legalidade e não considerar o caráter de interesse público das manifestações que visa punir.

REFERÊNCIAS

ALAMAR, Edgar Moreira et al. *Controle judicial de convencionalidade no Tribunal de Justiça do Estado do Pará*. Universidade Federal do Pará, 2015.

ARAUJO, Natalia Ramos Nabuco de. *Liberdade de Expressão e Discurso de Ódio*. Curitiba: Juruá, 2018.

BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*. 12. ed.. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

BENTIVENGA, Carlos Frederico Barbosa. *Liberdade de Expressão, Honra Imagem e Privacidade: os limites entre o lícito e o ilícito*. São Paulo: Manole, 2020.

BENTO, Leonardo Valles. Parâmetros internacionais do direito à liberdade de expressão. *Revista de informação legislativa: RIL*, v. 53, n. 210, p. 93-115, abr./jun. 2016. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/53/210/ril_v53_n210_p93>.

BUERGENTHAL, Thomas; NORRIS, Robert. *Human Rights: the inter-american system*. Nova York: Oceana Publications, 1982.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MACHADO, Jónatas. *Reality Shows e Liberdade de Propagação*. Coimbra: Coimbra, 2003.

CAZETTA, Ubiratan. *Direitos Humanos e Federalismo: o incidente de deslocamento de competência*. São Paulo: Atlas, 2009.

CHAVARRÍA, Ana Belem García. *Los Procedimientos Ante La Comisión Interamericana de Derechos Humanos*. Comisión Nacional de Los Derechos Humanos, México, 2011.

CHEUQUER, Cláudio. *A Liberdade de Expressão como Direito Fundamental Prima Facie: análise crítica e proposta de revisão ao padrão jurisprudencial brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *DIRECTIVA 1/19: Directiva Sobre el Desempeño de Las Actividades Y de Las Funciones Previstas en los Mandatos de Las Relatorías Especiales de La CIDH*. 30 de setembro de 2019.

_____. *Informe Anual da Relatoria Especial para a Liberdade de Expressão*. 2009.

_____. *Informe Especial del Relator Sobre La Libertad de Expresión 1998*.

_____. *Informe Sobre as Leis de Desacato e Difamação Criminal*. 2004.

_____. *Informe Sobre Desacato e Difamação Criminal*. 1998.

_____. *Informe Sobre Desacato e Difamação Criminal*. 2000.

_____. *Informe Sobre Desacato e Difamação Criminal*. 2002.

_____. *Informe sobre la compatibilidad entre las leyes de desacato y la Convención Americana de Derechos Humanos*. 17 de dezembro de 1995.

_____. *Relatório de Mérito: “La Nación” Mauricio Herrera Ulloa e Fernán Vargas Rohmoser*. Caso 12. 367, 2002.

_____. *Relatório de Mérito: Francisco Usón Ramirez*. Caso 12.554, 2008.

_____. *Relatório de Mérito: Jorge Fontevicchia e Héctor D’Amico*. Informe n. 82/10, Caso 12.524, 2010.

_____. *Relatório de Mérito: Juan Pablo Olmedo Bustos e outros*. Caso nº 11.803, 1999.

_____. *Relatório de Mérito: Ricardo Canese*. Caso 12. 032, 2002.

_____. *Relatório de mérito: Tulio Alberto Álvarez*. Caso 12.663, 2017.

_____. *Relatório e Mérito: Eduardo Kimel*. Caso 12.450, 2007.

_____. *Relatório e Mérito: Humberto Antonio Palamara Iribarne*. Caso 11.571, 2004.

_____. *Terceiro Informe sobre a Situação dos Direitos Humanos no Paraguai*.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Tristán Donoso Vs. Panamá*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 27 de janeiro de 2009.

_____. *Caso “A Última Tentação de Cristo” Vs. Chile*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 05 de fevereiro de 2001.

_____. *Caso Almonacid Arellano e outros Vs. Chile*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 26 de setembro de 2006.

_____. *Caso Álvarez Ramos Vs. Venezuela*. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 30 de agosto de 2019.

_____. *Caso Cabrera García e Montiel Flores Vs. México*. Voto em separado do juiz Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, 26 de novembro de 2010.

_____. *Caso Claude Reyes Vs. Chile*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 19 de setembro de 2006.

_____. *Caso Fontevecchia e D'Amico Vs. Argentina*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 29 de novembro de 2011.

_____. *Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 02 de julho de 2004.

_____. *Caso Ivcher Bronstein e outros Vs. Peru*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 06 de fevereiro de 2001.

_____. *Caso Kimel Vs. Argentina*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 02 de maio de 2008.

_____. *Caso Palamara Iribarne Vs. Chile*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 22 de novembro de 2005.

_____. *Caso Ricardo Canese Vs. Paraguai*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 31 de agosto de 2004.

_____. *Caso Trabalhadores Demitidos do Congresso (Aguado Alfaro e outros) Vs. Peru*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Voto em separado do juiz Antônio Augusto Cançade Trindade.

_____. *Caso Usón Ramírez Vs. Venezuela*. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 20 de novembro de 2009.

_____. *La Colegiación Obligatoria de Periodistas*. Opinião Consultiva OC-5/85 de 13 de novembro de 1985.

_____. *La Expresión "Leyes" En el Artículo 30 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos*. Opinião Consultiva nº 06/1986 de 09 de maio de 1986.

DULITZKY, Ariel. *Derechos Humanos en Latinoamérica y el Sistema Interamericano Modelos para (des)armar*. Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro: Querétaro, México, 2017.

ESTEFAM, André Araújo L. *Direito Penal - Vol. 3*. Editora Saraiva, 2022. E-book. ISBN 9786555596526. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555596526/>.

FERIN, Isabel. *Diálogos sobre Censura e Liberdade de Expressão*. Brasil e Portugal/organização Maria Cristina Castilho Costa. São Paulo: ECA/USP, 2014.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo; Revista dos Tribunais, 2002.

GARCÍA, Hernán Alejandro Olano. Teoría del control de convencionalidad. *Revista Estudios Constitucionales*, a. 14, n. 1, 2016.

GUREVITCH, Michael; BLUMLER, Jay G. *Political Communications Systems and Democratic Values. Democracy and the Mass Media*. Cambridge, Mass., 1990 *apud*

HABERMAS, Jürgen. *O conceito de dignidade humana e a utopia realista dos direitos humanos*. Sobre a Constituição da Europa. Trad. de Denilson Werle et al. São Paulo: UNESP, 2012.

KRIELE, Martin. *Introducción a la teoría del Estado: Fundamentos Históricos de la Legitimidad del Estado Constitucional Democrático*. Traducción por Eugenio Bulygin. Buenos Aires: De Palma, 1980.

MACHADO, Jónatas. *Liberdade de Expressão. Dimensões Constitucionais da Esfera Pública no Sistema Social*. Coimbra: Coimbra, 2002.

MACHADO, Jónatas; BRITO, Iolanda Rodrigues de. *Bibliografia Não Autorizada versus Liberdade de Expressão*. Curitiba: Juruá, 2014.

MAINWARING, Scott; O'DONNELL, Guillermo; VALENZUELA, J. Samuel. *Issues in democratic consolidation: the new south American democracies in comparative perspective*. Notre Dame: University of Notre Dame Press, 1992

MARÍN, Roselia Bustilo. *El control de convencionalidad: la idea del bloque de constitucionalidad y su relación con el control de constitucionalidad en materia electoral*. México. Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 11. ed. São Paulo: Saraiva. 2016.

MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. 32. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. *A intervenção mínima no âmbito penal e o Estado Democrático de Direito*. Guilherme Nucci, 2014. Disponível em: <http://www.guilhermenucci.com.br/artigo/intervencao-minima-ambito-penal-e-o-estado-democratico-de-direito-2>.

O'DONNELL, Guillermo. *Poliarquias e a (in)efetividade da lei na América Latina*. In *The rule of law and the unprivileged in Latin America*. Notre Dame: University of Notre Dame Press, 1998

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Carta Democrática Interamericana*. 11 de setembro de 2001.

_____. *Declaración Conjunta del Relator Especial de la ONU sobre la Libertad de Opinión y Expresión, el Representante de la OSCE sobre la Libertad de Prensa y el Relator Especial de la OEA sobre Libertad de Expresión*. 2002.

_____. *Declaración Conjunta Del Relator Especial de las Naciones Unidas sobre Libertad de Opinión y Expresión, el Representante de la OSCE sobre Libertad de los Medios y el Relator Especial de la OEA para la Libertad de Expresión*. 2000.

_____. *Marco Jurídico Interamericano Sobre el Derecho a la Libertad de Expresión*. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Relatoria Especial para a Liberdade de Expressão. 30 de dezembro de 2009.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e Justiça Internacional*. 6 ed. rev., ampl., e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 18 ed. Ver. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2018.

REALE JUNIOR, Miguel. *Fundamentos de Direito Penal*. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

RIBEIRO, Daniela Menengoti; ROQUE, Gabriel Antonio. A efetividade do direito à liberdade de expressão pelo controle de convencionalidade: a (des) criminalização do desacato no Brasil e os impactos no direito da personalidade. *Revista de Direito Brasileira*, v. 25, n. 10, p. 221-249, 2020.

SALIM, Alexandre; AZEVEDO, Marcelo André de. *Direito Penal*. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2012.

SANKIEVICZ, Alexandre. *Liberdade de Expressão e Pluralismo: perspectivas de regulação*. São Paulo: Saraiva, 2011.

SEN, Amartya. Prefácio ao livro *Pathologies of Power*, de Paul Farmer.

SILVA JUNIOR, Alcides Leopoldo e. *A pessoa pública e o seu direito de imagem*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

SPINOZA, Baruch de. *Tratado Teológico-Político*. Tradução de Atilano Dmínguez. Altaya, 1997.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Ação Direta de Inconstitucionalidade: ADI 4.815*. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. DJE 01/02/2016, divulgado em 29/01/2016.

_____. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: ADPF 130*. Relator: Carlos Britto. DJE 06/11/2009, divulgado em 05/11/2009.

_____. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: ADPF 187*. Relator: Ministro Celso de Mello. DJE 29/05/2014, divulgado em 28/05/2014.

_____. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: ADPF 496*. Relator: Roberto Barroso. DJE 22/06/2020, divulgado em 24/09/2020.

_____. *Habeas Corpus: HC n. 82.424*. Relator: Ministro Moreira Alves. DJE 19/03/2004.

_____. *Recurso Extraordinário n. 466.343*. Relator: Ministro Cezar Peluso, São Paulo, julgamento 03/12/2008.

TEDH. *Case of Dichand and others v. Austria*. Sentença de 26 de fevereiro de 2002.

_____. *Case of Perna v. Italy*, Sentença de 06 de maio de 2003.

_____. *Case of The Sunday Times v. United Kingdom*. Sentença de 29 março de 1979.

_____. *Case of The Sunday Times Vs. United Kingdom*, 1979, §59; TEDH. *Case of Barthold Vs. Germany*, 1985.

TEREZO, Cristina Figueiredo. *Sistema Interamericano de Direitos Humanos: pela defesa dos direitos econômicos, sociais e culturais*. 1 ed. Curitiba: Appris, 2014.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *A Batalha dos Poderes*. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

ZÚÑIGA, Natalia Torres. Control de convencionalidad y protección multinivel de los derechos humanos en el sistema interamericano de derechos humanos. *Derecho PUCP*, n. 70, 2013.