

Guilherme Grunfeld Zenícola Mendes

Aferição e Controle de Convencionalidade no Brasil



AYA EDITORA

2023

Guilherme Grunfeld Zenícola Mendes

Aferição e Controle de Convencionalidade no Brasil

Ponta Grossa

2023

Direção Editorial

Prof.º Dr. Adriano Mesquita Soares

Autor

Guilherme Grunfeld Zenícola Mendes

Capa

AYA Editora©

Revisão

O Autor

Executiva de Negócios

Ana Lucia Ribeiro Soares

Produção Editorial

AYA Editora©

Imagens de Capa

br.freepik.com

Área do Conhecimento

Ciências Sociais Aplicadas

Conselho Editorial

Prof.º Dr. Adilson Tadeu Basquerote Silva

Universidade para o Desenvolvimento do Alto Vale do Itajaí

Prof.º Dr. Aknaton Toczec Souza

Centro Universitário Santa Amélia

Prof.ª Dr.ª Andréa Haddad Barbosa

Universidade Estadual de Londrina

Prof.ª Dr.ª Andreia Antunes da Luz

Faculdade Sagrada Família

Prof.º Dr. Argemiro Midonês Bastos

Instituto Federal do Amapá

Prof.º Dr. Carlos López Noriega

Universidade São Judas Tadeu e Lab. Biomecatrônica - Poli - USP

Prof.º Dr. Clécio Danilo Dias da Silva

Centro Universitário FACEX

Prof.ª Dr.ª Daiane Maria de Genaro Chirolí

Universidade Tecnológica Federal do Paraná

Prof.ª Dr.ª Danyelle Andrade Mota

Universidade Federal de Sergipe

Prof.ª Dr.ª Déborah Aparecida Souza dos Reis

Universidade do Estado de Minas Gerais

Prof.ª Ma. Denise Pereira

Faculdade Sudoeste – FASU

Prof.ª Dr.ª Eliana Leal Ferreira Hellvig

Universidade Federal do Paraná

Prof.º Dr. Emerson Monteiro dos Santos

Universidade Federal do Amapá

Prof.º Dr. Fabio José Antonio da Silva

Universidade Estadual de Londrina

Prof.º Dr. Gilberto Zammar

Universidade Tecnológica Federal do Paraná

Prof.ª Dr.ª Helenadja Santos Mota

Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia Baiano, IF Baiano - Campus Valença

Prof.ª Dr.ª Heloísa Thaís Rodrigues de Souza

Universidade Federal de Sergipe

Prof.ª Dr.ª Ingridi Vargas Bortolaso

Universidade de Santa Cruz do Sul

Prof.ª Ma. Jaqueline Fonseca Rodrigues

Faculdade Sagrada Família

Prof.ª Dr.ª Jéssyka Maria Nunes Galvão

Faculdade Santa Helena

Prof.º Dr. João Luiz Kovaleski

Universidade Tecnológica Federal do Paraná

Prof.º Dr. João Paulo Roberti Junior

Universidade Federal de Roraima

Prof.º Me. Jorge Soistak

Faculdade Sagrada Família

Prof.º Dr. José Enildo Elias Bezerra

Instituto Federal de Educação Ciência e Tecnologia do Ceará, Campus Ubajara

Prof.ª Dr.ª Karen Fernanda Bortoloti

Universidade Federal do Paraná

Prof.ª Dr.ª Leozenir Mendes Betim

Faculdade Sagrada Família e Centro de Ensino Superior dos Campos Gerais

Prof.ª Ma. Lucimara Glap

Faculdade Santana

Prof.º Dr. Luiz Flávio Arreguy Maia-Filho

Universidade Federal Rural de Pernambuco

Prof.º Me. Luiz Henrique Domingues

Universidade Norte do Paraná

Prof.º Dr. Milson dos Santos Barbosa

Instituto de Tecnologia e Pesquisa, ITP

Prof.º Dr. Myller Augusto Santos Gomes

Universidade Estadual do Centro-Oeste

Prof.ª Dr.ª Pauline Balabuch

Faculdade Sagrada Família

Prof.º Dr. Pedro Fauth Manhães Miranda

Universidade Estadual de Ponta Grossa

Prof.º Dr. Rafael da Silva Fernandes

*Universidade Federal Rural da Amazônia, Campus
Pauapebas*

Prof.ª Dr.ª Regina Negri Pagani

Universidade Tecnológica Federal do Paraná

Prof.º Dr. Ricardo dos Santos Pereira

Instituto Federal do Acre

Prof.ª Ma. Rosângela de França Bail

Centro de Ensino Superior dos Campos Gerais

Prof.º Dr. Rudy de Barros Ahrens

Faculdade Sagrada Família

Prof.º Dr. Saulo Cerqueira de Aguiar Soares

Universidade Federal do Piauí

Prof.ª Dr.ª Silvia Aparecida Medeiros

Rodrigues

Faculdade Sagrada Família

Prof.ª Dr.ª Silvia Gaia

Universidade Tecnológica Federal do Paraná

**Prof.ª Dr.ª Sueli de Fátima de Oliveira Miranda
Santos**

Universidade Tecnológica Federal do Paraná

Prof.ª Dr.ª Thaisa Rodrigues

Instituto Federal de Santa Catarina

© 2023 - **AYA Editora** - O conteúdo deste Livro foi enviado pelo autor para publicação de acesso aberto, sob os termos e condições da Licença de Atribuição *Creative Commons* 4.0 Internacional (**CC BY 4.0**). Este livro, incluindo todas as ilustrações, informações e opiniões nele contidas, é resultado da criação intelectual exclusiva do autor. O autor detém total responsabilidade pelo conteúdo apresentado, o qual reflete única e inteiramente a sua perspectiva e interpretação pessoal. É importante salientar que o conteúdo deste livro não representa, necessariamente, a visão ou opinião da editora. A função da editora foi estritamente técnica, limitando-se ao serviço de diagramação e registro da obra, sem qualquer influência sobre o conteúdo apresentado ou opiniões expressas. Portanto, quaisquer questionamentos, interpretações ou inferências decorrentes do conteúdo deste livro, devem ser direcionados exclusivamente ao autor.

M5381 Mendes, Guilherme Grunfeld Zenícola

Aferição e controle de convencionalidade no Brasil [recurso eletrônico]. /
Guilherme Grunfeld Zenícola Mendes. -- Ponta Grossa: Aya, 2023. 47 p.

Inclui biografia

Inclui índice

Formato: PDF

Requisitos de sistema: Adobe Acrobat Reader

Modo de acesso: World Wide Web

ISBN: 978-65-5379-367-5

DOI: 10.47573/aya.5379.1.189

1. Brasil. [Constituição (1988)]. 2. Controle de convencionalidade. 3.
Controle de constitucionalidade. I. Título

CDD: 342.8106

Ficha catalográfica elaborada pela bibliotecária Bruna Cristina Bonini - CRB 9/1347

**International Scientific Journals Publicações
de Periódicos e Editora LTDA**

AYA Editora©

CNPJ: 36.140.631/0001-53

Fone: +55 42 3086-3131

WhatsApp: +55 42 99906-0630

E-mail: contato@ayaeditora.com.br

Site: <https://ayaeditora.com.br>

Endereço: Rua João Rabello Coutinho, 557
Ponta Grossa - Paraná - Brasil
84.071-150

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	7
INTRODUÇÃO	8
BLOCO DE CONSTITUCIONALIDADE ...	11
Controle de constitucionalidade, convencionalidade, suprallegalidade e legalidade	12
Parâmetro convencional	13
Normas constitucionais inconventionais. Diálogo das cortes e teoria do duplo controle	14
CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE..	18
Origem e conceito	18
Controle x aferição	20
Princípios	20
Modalidades	21
Efeitos	24
Normas constitucionais originárias	25
Cláusula de reserva de plenário	26
Legitimidade	26
CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE PELO PODER JUDICIÁRIO	28
CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE PELO MINISTÉRIO PÚBLICO	31
Plano processual	33
Plano extraprocessual	34
CONSIDERAÇÕES FINAIS	38
REFERÊNCIAS	40
SOBRE O AUTOR	41
ÍNDICE REMISSIVO	42

Apresentação

O presente trabalho tem como objetivo estudar o controle de convencionalidade no direito brasileiro, que ganhou maior relevância após a Emenda Constitucional n.º 45/2004. Em um primeiro momento será diferenciado o controle de convencionalidade do controle de constitucionalidade, apontando qual é o parâmetro convencional a ser utilizado. Após, se buscará destrinchar todas as nuances do controle de convencionalidade, desde sua origem, princípios, modalidades, efeitos, legitimidade, até os recentes casos julgados pelos Tribunais Superiores brasileiros. Por fim, o enfoque será no papel do Ministério Público no controle de convencionalidade, em consonância com a Recomendação n.º 96/2023 do CNMP, seja no plano extrajudicial ou judicial, na área cível ou penal.

Guilherme Grunfeld Zenícola Mendes

INTRODUÇÃO

Segundo Thimotie Aragon¹, o direito brasileiro passa por um movimento de “convencionalização”, elencando cinco motivos para tanto: (a) mudança de paradigma: a utilização dos tratados internacionais como normas jurídicas na prática forense; (b) interpretação do ordenamento jurídico infraconstitucional não apenas a partir da Constituição, mas também do Direito Internacional dos Direitos Humanos; (c) reconhecimento do “devido processo convencional”, como exemplo o reconhecimento de garantias que estão previstas tão somente de forma expressa em convenções internacionais, como o duplo grau de jurisdição e a audiência de custódia; (d) aceitação formal e voluntária pelo Estado brasileiro de jurisdições de tribunais internacionais (Corte Interamericana de Direitos Humanos, Corte Internacional de Justiça e Tribunal Penal Internacional); (e) influência dos tratados internacionais de direitos humanos no advento de diplomas legislativos internos (Estatuto da Criança e do Adolescente, Estatuto da Pessoa com Deficiência, Lei do Crime Organizado etc).

Atualmente, vigora no Brasil a Teoria do Duplo Estatuto². Assim, os tratados internacionais podem ingressar a partir do rito previsto no artigo 5º, §3º, da Constituição Federal, quando terão *status* de emenda constitucional, ou pelo rito normal dos tratados (art. 47 da CF/88), quando terão *status* de supralegalidade.

Os tratados aprovados sob o rito da emenda constitucional (três quintos em dois turnos em cada casa do Congresso Nacional) passam a compor o bloco de constitucionalidade, no entanto, aqueles tratados que não forem aprovados pelo referido rito possuirão o *status* de supralegalidade, ou seja, eles estarão acima das leis, mas abaixo da Constituição no escalonamento das normas jurídicas, conforme pirâmide de Kelsen.

A partir da E.C n.º 45/04 e a composição do bloco de constitucionalidade, o direito brasileiro passou a adotar os tratados internacionais de direitos humanos como normas jurídicas, de modo que o intérprete constitucional atualizado não poderá se limitar a realizar

¹ HEEMANN, Thimotie Aragon e, PAIVA, Caio. *Jurisprudência Internacional de Direitos Humanos*. Manaus: Dizer o Direito, 2015.

² PRISÃO CIVIL. Depósito. Depositário infiel. Alienação fiduciária. Decretação da medida coercitiva. Inadmissibilidade absoluta. Insubsistência da previsão constitucional e das normas subalternas. Interpretação do art. 5º, inc. LXVII e §§ 1º, 2º e 3º, da CF, à luz do art. 7º, § 7, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica). Recurso improvido. Julgamento conjunto do RE nº 349.703 e dos HCs nº 87.585 e nº 92.566. É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito. (RE 466343, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 03/12/2008, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-104 DIVULG 04-06-2009 PUBLIC 05-06-2009 EMENT VOL-02363-06 PP-01106 RTJ VOL-00210-02 PP-00745 RDECTRAB v. 17, n. 186, 2010, p. 29-165)

a interpretação das normas internas tendo somente como parâmetro a Constituição Federal de 1988, mas sim todo o bloco de constitucionalidade.

Nesse sentido, nasce a ideia do controle de convencionalidade, que nada mais seria do que o juízo de compatibilidade material do direito interno com o direito internacional de direitos humanos. Dentro desse gênero, estão as normas internacionais previstas no bloco de constitucionalidade, mas também da jurisprudência dos tribunais internacionais, tais como a Corte (Corte Interamericana de Direitos Humanos, Corte Internacional de Justiça e Tribunal Penal Internacional).

Prova disso são as Recomendações n.º 123/2022 do CNJ e n.º 96/2023 do CNMP, que orientam aos órgãos do Poder Judiciário e do Ministério Público a observância do seguinte logo em seus títulos:

Rec. 123/2022 - CNJ

Recomenda aos órgãos do Poder Judiciário brasileiro a observância dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos e o uso da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Rec. 96/2023 – CNMP

Recomenda aos ramos e às unidades do Ministério Público a observância dos tratados, convenções e protocolos internacionais de direitos humanos, das recomendações da Comissão Interamericana de Direitos Humanos e da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos; e dá outras providências.

Com a globalização e a maior intersecção entre os países, além da legislação interna passar a sentir maior influência das normas internacionais (vide Estatuto da Pessoa com Deficiência e a Convenção Internacional sobre o tema), o Poder Judiciário, Ministério Público e Defensoria Pública, como funções essenciais à justiça, também passam a ter que analisar a ordem jurídica de forma ampla, não direcionando seu olhar apenas para o âmbito interno.

Não custa lembrar que a CF/88 adota como princípios fundamentais a dignidade da pessoa humana e a prevalência dos direitos humanos nas relações internacionais (art. 1º, inciso III, c/c. arts. 3º e 4º, inciso II, todos da CF), além de estabelecer no § 2º do seu art. 5º, que os “direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Dessa maneira, tendo em vista que o Brasil assinou a Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamada pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU) em 10 de dezembro de 1948, bem como ratificou e incorporou à ordem jurídica interna os principais tratados internacionais do sistema global de proteção dos direitos humanos, resta evidente a necessidade de aferição e controle de convencionalidade das normas internas.

Nessa perspectiva, o presente trabalho tem como escopo analisar o controle de convencionalidade, desde sua origem na Corte Interamericana de Direitos Humanos – Corte IDH (caso Arellano Almonacid vs. Chile) até os dias atuais, perpassando tanto pelo controle exercido pelo Poder Judiciário, fazendo referência a casos julgados pelos Tribunais Superiores, como pelo Ministério Público, órgão fundamental na defesa da ordem jurídica e dos direitos humanos em âmbito nacional.

BLOCO DE CONSTITUCIONALIDADE

Segundo André de Carvalho Ramos³, o bloco de constitucionalidade “consiste no reconhecimento da existência de outros diplomas normativos de hierarquia constitucional, além da própria Constituição”.

Trata-se da constituição material oriunda de uma criação doutrinária aplicada, inicialmente, ao controle de constitucionalidade, de maneira que o parâmetro de controle pode ultrapassar as normas formalmente constitucionais, abrangendo normas legais, internacionais, desde que essas normas tenham conteúdo típico de constituição.

Mas aonde estaria o fundamento constitucional para o bloco de constitucionalidade? Para uma primeira corrente, seria o art. 5º, §2º, da CF/88, ao reconhecer os direitos humanos fora da Constituição. Por outro lado, para uma segunda posição, seria o art. 5º, §3º, da CF/88, pois trata da equivalência dos tratados de direitos humanos à emenda constitucional. Como o bloco não é a constituição, mas é equiparado a ela para efeito de controle, é o art. 5º, §3º que traz o seu grande fundamento.

Outra divergência que precisa ser pontuada refere-se ao bloco de constitucionalidade amplo ou restrito. Segundo a visão ampliativa, defendida por André de Carvalho Ramos, da qual nos filiamos, o bloco englobaria não somente as normas formalmente constitucionais como, também, os princípios não escritos da “ordem constitucional global” e, inclusive, valores suprapositivos. Já a ótica restritiva, teria como parâmetro somente as normas e princípios expressos da Constituição escrita e positivada.

Um exemplo a ser citado diz respeito a possibilidade de se realizar controle de constitucionalidade de uma lei tendo como parâmetro as normas do Código Civil que versam sobre nome, já que por se tratar de direito fundamental, possui conteúdo constitucional.

Independentemente da posição adotada, certo é que as normas do bloco de constitucionalidade servirão de parâmetro para o exercício da aferição e do controle de convencionalidade.

³ RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos / André de Carvalho Ramos*. – 7. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020. Pg. 369.

Controle de constitucionalidade, convencionalidade, supralegalidade e legalidade

Muito embora o presente trabalho não tenha como objetivo aprofundar-se sobre o controle de constitucionalidade, faz-se necessária concisa explanação sobre as diferenças existentes entre o controle de convencionalidade.

O controle de constitucionalidade consiste na análise da compatibilidade formal e material da lei ou ato administrativo interno (objeto) com a Constituição Federal de 1988. Mas não só isso, também é aceitável o controle de constitucionalidade estadual, de modo que poderá ter como objeto uma lei ou ato normativo interno estadual e municipal e a Constituição Estadual como parâmetro.

Já o controle de convencionalidade tem o mesmo objeto que o controle de constitucionalidade, mas o parâmetro muda, já que não seriam apenas os tratados internacionais de direitos humanos aprovados com *status* constitucional, mas todo o direito internacional dos direitos humanos é analisado, como a jurisprudência da Corte IDH quando o Estado for condenado, convenções e protocolos internacionais de direitos humanos, das recomendações da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, costumes internacionais.

Cabe aqui uma ressalva importante doutrinária. Segundo o STF, que adota a teoria do duplo estatuto, os tratados internacionais de direitos humanos aprovados com quórum de emenda constitucional são considerados material e formalmente constitucionais, de modo que são considerados parâmetros convencionais. No entanto, segundo a Corte Suprema, se não aprovados assim, teriam *status* supralegal, por não serem formalmente constitucionais, havendo neste último caso, controle de supralegalidade. E, ainda, os tratados internacionais comuns, seriam parâmetros legais apenas.

Todavia, para Valério Mazzuoli e Flavia Piovesan, que adotam a teoria do trapézio, posição minoritária na doutrina, todo e qualquer tratado de direitos humanos seria materialmente constitucional, sendo, assim, um parâmetro convencional, independentemente da forma de sua aprovação. Dessa maneira, há uma distinção entre controle de convencionalidade – que se aplica apenas aos tratados de direitos humanos – e controle de supralegalidade – que diz respeito aos demais tratados (acordos internacionais

comuns). Veja que os tratados internacionais comuns, para esses autores, são parâmetros supralegais, enquanto que para o STF seriam apenas legais.

Essa discussão doutrinária tem um viés prático relevante, pois, tecnicamente, para a doutrina majoritária brasileira, encabeçada pelo Ministro Gilmar Mendes e pelo STF, o controle exercido tendo como parâmetro o Pacto de São José da Costa Rica seria de supralegalidade, enquanto que para Valério Mazzuoli e Flavia Piovesan o controle seria de convencionalidade.

Por último, ainda temos o controle de legalidade, que seria a compatibilidade material e formal de normas infralegais (portarias, decretos, instruções normativas) com a lei. Nesse caso, ainda que haja violação à Constituição Federal, tal relação será apenas mediata, diferentemente quando aferido sob a ótica do controle de constitucionalidade, em que essa relação se dá de forma imediata, em uma frontal violação ao texto constitucional.

Em comum, todos são mecanismos capazes de afastar a norma ilegal, inconveniente ou inconstitucional, ou deixar de aplicá-la no caso concreto.

Parâmetro convencional

Sobre o tema, assinala André de Carvalho Ramos:

O controle de convencionalidade consiste na análise de compatibilidade dos atos internos (comissivos ou omissivos) em face das normas internacionais (tratados, costumes internacionais, princípios gerais de direito, atos unilaterais, resoluções vinculantes de organizações internacionais).⁴

A dúvida que reside é saber se a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos compõe ou não o chamado bloco de convencionalidade a ser observado. Do que se depreende da própria Corte IDH, a resposta é depende.

Isso porque, na sentença de supervisão no caso *Gelman vs Uruguai*⁵, a Corte IDH entendeu que quando é o próprio Estado demandado, a jurisprudência fará parte do chamado bloco de convencionalidade. Todavia, em casos em que outro Estado seja condenado, a decisão não faz coisa julgada para o Estado brasileiro, mas tão somente *res interpretata*, isto é, aqueles parâmetros devem ser observados, mas sem haver vinculação para o Estado que não for condenado.

⁴ RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 401.

⁵ Disponível em <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2016/04/09b4d396111fe41e886a744a9f8753e1.pdf>. Acesso em 30/10/2023.

Assim, todos os casos em que o Brasil foi demandado, o Brasil deve observar os parâmetros estipulados pela Corte. E nos outros casos, envolvendo outros países, é recomendável que o Brasil observe esses parâmetros sob pena de uma possível responsabilização futura, uma vez que esses julgados fazem parte da chamada coisa interpretada e fornecem standards protetivos, entendimentos não vinculantes, para os países do sistema que aderiram a jurisdição da Corte IDH.

Normas constitucionais inconventionais. Diálogo das cortes e teoria do duplo controle

Em razão do “movimento de convencionalização” do direito brasileiro há uma maior intersecção entre julgados nacionais e internacionais, sobretudo a partir do reconhecimento pelo Brasil da supervisão e controle pelas Cortes Internacionais. Contudo, em razão dessa maior interação, passa-se a verificar também divergências quanto a determinados temas, tais como a (in)constitucionalidade e (in)convencionalidade do crime de desacato ou a lei de anistia referente à ditadura militar.

Num primeiro estágio, a doutrina defendia a ideia do “diálogo das cortes”, de modo que tanto o STF quanto a Corte IDH deveriam convergir em prol da máxima efetividade na defesa dos direitos humanos, uma espécie de “fertilização cruzada”. Ocorre que tal critério, por vezes, mostrava-se inadequado para solucionar divergências expostas entre as Cortes, até porque a Corte IDH não é uma quarta instância, uma casa revisora das decisões do STF, e nem o Supremo possui ingerência hierárquica sobre a Corte.

Dessa maneira, estudiosos do tema passaram a defender, tais como André de Carvalho Ramos⁶, a teoria do duplo controle como solução. No ponto, dissecou com maestria o prestigiado autor:

Até o momento (2019), a situação brasileira é a seguinte:

- 1) em 1998, o Estado brasileiro reconheceu a jurisdição obrigatória e vinculante da Corte Interamericana de Direitos Humanos, órgão da Convenção Americana de Direitos Humanos;
- 2) em 2002, o Brasil aderiu ao Protocolo Facultativo à Convenção para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, conferindo, então, poder ao seu Comitê para receber petições de vítimas de violações de direitos protegidos nesta Convenção;

⁶ RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos / André de Carvalho Ramos*. – 7. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020. Pgs. 374/375.

3) em 2002, o Brasil também reconheceu a competência do Comitê para a Eliminação de Toda a Forma de Discriminação Racial para receber e analisar denúncias de vítimas de violação de direitos protegidos pela Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, por ato internacional depositado junto ao Secretariado Geral da ONU;

4) em 2006, o Brasil reconheceu a competência do Comitê contra a Tortura para receber e analisar petições de vítimas contra o Brasil. Em 2007, o Brasil adotou o Protocolo Facultativo à Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, que estabelece a competência, para fins preventivos, do Subcomitê de Prevenção da Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes do Comitê contra a Tortura;

5) o Brasil reconheceu a competência do Comitê dos Direitos das Pessoas com Deficiência para receber petições de vítimas de violações desses direitos;

6) em 2009, o Brasil deu um passo adiante, após o Congresso ter aprovado a adesão brasileira ao Primeiro Protocolo Facultativo ao Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos; houve sua ratificação em 25 de setembro de 2009, permitindo a propositura de petições de vítimas de violações de direitos protegidos no citado Pacto ao Comitê de Direitos Humanos.

7) em 2017, o Brasil ratificou o Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança relativo aos procedimentos de comunicação.

Assim, o Brasil deu um passo importante rumo à concretização do universalismo, aceitando a interpretação internacional dos direitos humanos. Assim, temos a seguinte situação: no plano nacional, há juízes e tribunais que interpretam cotidianamente esses tratados de direitos humanos. No plano internacional, há órgãos internacionais que podem ser acionados, caso a interpretação nacional desses tratados seja incompatível com o entendimento internacional.

Claro que **não é possível obrigar os juízes nacionais ao “Diálogo das Cortes”**, pois isso desnaturaria a independência funcional e o Estado Democrático de Direito. Assim, no caso de o diálogo inexistir ou ser insuficiente, deve ser aplicada a **teoria do duplo controle ou crivo de direitos humanos, que reconhece a atuação em separado do controle de constitucionalidade (STF e juízos nacionais) e do controle de convencionalidade internacional (órgãos de direitos humanos do plano internacional). Os direitos humanos, então, no Brasil possuem uma dupla garantia: o controle de constitucionalidade nacional e o controle de convencionalidade internacional.**

Qualquer ato ou norma deve ser aprovado pelos dois controles, para que sejam respeitados os direitos no Brasil, como veremos a seguir. (Grifo nosso)

Dessa maneira, sempre que o intérprete estiver diante de norma interna, segundo a teoria do duplo controle, ele deverá realizar um duplo crivo: controle de constitucionalidade e convencionalidade. Assim, muito embora *prima facie* isso seja salutar para a garantia dos direitos humanos, passa a ser possível que determinada norma interna seja considerada constitucional, porém inconveniente, ou vice e versa, ocasionando indesejável insegurança jurídica. Como solucionar essa celeuma?

Para ilustrarmos essa dissonância, o primeiro caso em que isso aconteceu referiu-se à problemática envolvendo a superação – ou não – da anistia a agentes da ditadura militar brasileira, tendo sido objeto de análise tanto pelo STF (ADPF n.º 153) como pela Corte IDH no Caso Gomes Lund e outros (“Caso Guerrilha do Araguaia”) contra o Brasil.

Naquela oportunidade, o STF decidiu em 28/04/2010 que a Lei da Anistia teria sido recepcionada pela CF/88, alcançando os agentes da ditadura militar e tornando impossível a persecução criminal pelas graves violações de direitos humanos ocorridas na época dos “anos de chumbo”. No entanto, posteriormente, em 24/11/2010, a Corte IDH condenou o Brasil no Caso Gomes Lund, exigindo que fosse feita completa investigação, persecução e punição criminal aos agentes da repressão política durante a ditadura militar, devendo ser desconsiderada, portanto, a anistia⁷.

Para o renomado doutrinador André de Carvalho Ramos, inexistiria conflito real entre as decisões porque cada Tribunal age em esferas distintas e com fundamentos diversos. O STF protege a Constituição de 1988, enquanto a Corte IDH assegura o cumprimento da Convenção Americana de Direitos Humanos e os tratados de direitos humanos conexos. Assim, como todo ato interno deve estar conforme não só ao teor da jurisprudência do STF, mas também ao teor da jurisprudência interamericana, a decisão da Corte IDH deve ser cumprida⁸.

Portanto, nesse caso, como uma norma no ordenamento jurídico não pode ser constitucional e inconveniente, para parte da doutrina, a Lei de Anistia (Lei n. 6.683, de 1979) não teria validade no ordenamento jurídico, pois não passaria pelo duplo controle.

Diante disso, foi proposta a ADPF n.º 320, que busca, em síntese, o reconhecimento da validade e do efeito vinculante da decisão da Corte IDH no caso Gomes Lund, a qual teria agido no exercício legítimo do controle de convencionalidade. Em suma, insta o STF a se posicionar sobre o seu papel diante das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos, haja vista que a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, da qual o Brasil faz parte, prevê o efeito vinculante de tais decisões. Muito embora ainda não tenha sido julgada, a Procuradoria Geral da República – PGR se posicionou parcialmente favorável ao pleito, devendo o Brasil promover a persecução penal com relação aos crimes perpetrados.

⁷ RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos / André de Carvalho Ramos*. – 7. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020. Pg. 376.

⁸ *Idem*.

Feita, portanto, no presente capítulo, a necessária correlação entre o controle de constitucionalidade e o de convencionalidade, passa-se a destrinchar este último, indo desde sua origem, conceito, princípio, modalidades, até discussões pertinentes envolvendo normas constitucionais originárias e o dever de observância – ou não – da cláusula de reserva de plenário.

CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE

Origem e conceito

Inicialmente, o controle de convencionalidade consiste no processo de verificação da compatibilidade de uma norma ou prática interna em face de normas internacionais de proteção dos direitos humanos, sendo a expressão “normas” empregada aqui num sentido mais amplo, abrangendo não apenas os tratados, mas também a jurisprudência internacional e em alguns casos até mesmo outras fontes do Direito Internacional dos Direitos Humanos, como o costume internacional e as normas *soft law*.

Ainda que muitos citem que a origem do termo encontra-se no Caso Arellano Almonacid vs. Chile (Corte IDH), certo é que a expressão tem origem francesa, como bem delineado por Valério Mazzuoli⁹:

A ideia de “controle de convencionalidade” tem origem francesa e data do início da década de 1970. Não foram os autores pátrios citados, tampouco a Corte Interamericana de Direitos Humanos, que por primeiro se utilizaram dessa ideia de controle e o seu conseqüente (e já conhecido) neologismo. Tal se deu originariamente quando o Conselho Constitucional francês, na Decisão n. 74-54 DC, de 15 de janeiro de 1975, entendeu não ser competente para analisar a convencionalidade preventiva das leis (ou seja, a compatibilidade destas com os tratados ratificados pela França, notadamente – naquele caso concreto – a Convenção Europeia de Direitos Humanos de 1950¹²), pelo fato de não se tratar de um controle de constitucionalidade propriamente dito, o único em relação ao qual teria competência dito Conselho para se manifestar a respeito.

No âmbito latino-americano, muito embora já fosse realizada esta verificação de compatibilidade, foi a partir do Caso Arellano Almonacid x Chile, em 2006, que envolvia justiça de transição e crimes ocorridos na época da ditadura militar no Estado do Chile, é que a expressão ganhou notoriedade na Corte IDH, conforme trecho abaixo¹⁰.

A Corte tem consciência de que os juízes e tribunais internos estão sujeitos ao império da lei e, por isso, são obrigados a aplicar as disposições vigentes no ordenamento jurídico. Mas quando um Estado ratifica um tratado internacional como a Convenção Americana, seus juízes, como parte do aparato estatal, também estão submetidos a ela, o que os obriga a velar para que os efeitos das disposições da Convenção não se vejam diminuídos pela aplicação de leis contrárias a seu objeto e a seu fim e que, desde o início, carecem de efeitos jurídicos. Em outras palavras, o Poder Judiciário deve exercer uma espécie de “controle de convencionalidade” en-

9 MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *O controle jurisdicional da convencionalidade das leis* / Valerio de Oliveira Mazzuoli; prefácio Luiz Flávio Gomes. – 2. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2011. Pg. 81.

10 MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *O controle jurisdicional da convencionalidade das leis* / Valerio de Oliveira Mazzuoli; prefácio Luiz Flávio Gomes. – 2. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2011. Pg. 81.

tre as normas jurídicas internas aplicadas a casos concretos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Nesta tarefa, o Poder Judiciário deve levar em conta não apenas o tratado, mas também a interpretação que a Corte Interamericana, intérprete última da Convenção Americana, fez do mesmo.

Neste julgado, a Corte IDH determinou que compete ao Poder Judiciário exercer o controle de convencionalidade das normas internas tendo como parâmetro os tratados de direitos humanos em vigor, bem como a própria interpretação da Corte Interamericana a respeito, já que é a última guardiã e intérprete da Convenção Americana de Direitos Humanos¹¹.

No que toca ao fundamento normativo do controle de convencionalidade, este é extraído, mormente, dos artigos 1º, 2º, 33, 41, 62.3, 64.1 e 68 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos - CADH, de 22 de novembro de 1969, promulgada por meio do Decreto no 678, de 6 de novembro de 1992. Ademais, temos os artigos 26 e 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados - CVDT, de 23 de maio de 1969, promulgada por meio do Decreto no 7.030, de 14 de dezembro de 2009, que consagram o Princípio da Boa-Fé em Direito Internacional, ao preceituar, em seu artigo 26, que “todo tratado em vigor obriga as partes e deve ser cumprido por elas de boa-fé”, e, em seu artigo 27, que “uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado”¹².

11 Mazzuoli art. Mprj pg 02

12 “Considerando que a Convenção Americana sobre Direitos Humanos consagra, em seus artigos 1º e 2º, a obrigação estatal de respeitar e garantir os direitos humanos, bem como de adotar todas as medidas legislativas ou de outra natureza para tornar efetivos os direitos consagrados;

Considerando que o artigo 33 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos reconhece a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) como “competentes para conhecer dos assuntos relacionados com o cumprimento dos compromissos assumidos pelos Estados-Partes nesta Convenção”;

Considerando que a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, a teor dos artigos 41 a 51 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, tem por funções, entre outras, “formular recomendações aos governos dos Estados-Membros, quando o considerar conveniente, no sentido de que adotem medidas progressivas em prol dos direitos humanos no âmbito de suas leis internas e seus preceitos constitucionais, bem como disposições apropriadas para promover o devido respeito a esses direitos” e “atuar com respeito às petições e outras comunicações” que reportem casos de violação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos por um Estado-Parte, podendo ensejar, em caso de apuração de procedência do ato violador, formulação de recomendações de reparação do dano e não repetição da prática reprovada, cuja inobservância pode levar o Estado-Parte violador a responder perante a Corte IDH;

Considerando que a Corte IDH, nos termos do artigo 62.3 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, “tem competência para conhecer de qualquer caso relativo à interpretação e aplicação das disposições desta Convenção que lhe seja submetido, desde que os Estados-Partes no caso tenham reconhecido ou reconheçam a referida competência”;

Considerando que a Corte IDH, de acordo com o artigo 64.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, pode emitir opiniões consultivas sobre a interpretação da Convenção ou de outros tratados concernentes à proteção dos direitos humanos nos Estados americanos, as quais fornecem a interpretação internacionalista dos dispositivos de tais tratados;

Considerando que a Convenção Americana sobre Direitos Humanos determina, em seu artigo 68, que os “Estados Partes na Convenção comprometem-se a cumprir a decisão da Corte em todo caso em que forem partes”;

Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Recomendacoes/Recomendao-n-96---2023.pdf>. Acesso em 01/11/2023.

Controle x aferição

Antes de adentrarmos acerca dos princípios, é importante ressaltar uma relevante distinção feita por Valério Mazzuoli¹³ quanto os termos aferição e controle.

Há aferição de convencionalidade toda vez que houver verificação da compatibilidade material da norma jurídica interna com o parâmetro convencional, mas sem invalidar, afastar ou paralisar a eficácia da norma interna do ordenamento jurídico. Por sua vez, no controle de convencionalidade, além da verificação, há o afastamento da norma inconvencional no caso concreto ou declara-se a paralisia da eficácia da norma no ordenamento jurídico. Em ambos os casos, portanto, a norma segue viva, mas na aferição jamais afetará a norma, enquanto que no controle, poderá afastar sua incidência ou interromper sua eficácia.

Exemplo de aferição de convencionalidade ocorre quando a Corte IDH diz ser inconvencional uma lei interna por meio de uma Opinião Consultiva, ou quando diz se determinado direito seria convencional, porém sem força de res judicata. Aqui, vale citar, à título de ilustração, a Opinião Consultiva 24/2017, que versa sobre identidade de gênero e não discriminação a casais do mesmo sexo, solicitada pela Costa Rica, em que constatou-se que a mudança de nome e, em geral, a adequação dos registros públicos e dos documentos de identidade para que estes sejam conformes à identidade de gênero autopercebida constitui um direito assegurado pela CADH, de maneira que os Estados têm a obrigação de reconhecer, regular e estabelecer os procedimentos adequados para tal fim.

De qualquer maneira, seja por meio da sentença (*res judicata*) ou pela opinião consultiva (*res interpretata*), haverá a formação do “bloco de convencionalidade”, formando um corpus juris de direitos humanos, semelhante ao “bloco de constitucionalidade”.

Princípios

No tema controle de convencionalidade possuímos 04 princípios norteadores: pro persona, presunção relativa da convencionalidade dos atos internos, atipicidade dos meios de controle e progressividade.

Segundo o princípio pro persona, também chamado de princípio da primazia da

¹³ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. O controle jurisdicional da convencionalidade das leis / Valério de Oliveira Mazzuoli; prefácio Luiz Flávio Gomes. – 2. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2011. Pg. 93.

norma mais favorável, o intérprete deve buscar a interpretação da norma mais favorável ao indivíduo, que tanto pode ser aquela prevista no tratado internacional como a que se acha positivada no próprio direito interno do Estado.

Entretanto, este princípio sofre críticas de parte da doutrina, como do Professor André de Carvalho Ramos, já que não é apto a solucionar, por si só, conflitos existentes envolvendo direitos em colisão de diferentes indivíduos. Nesse contexto, orienta o autor que o intérprete deverá buscar a solução através da ponderação dos direitos envolvidos, do critério da proporcionalidade ¹⁴.

Por sua vez, no que toca ao princípio da *presunção relativa de convencionalidade dos atos internos*, a ideia é idêntica a *presunção iuris tantum* da constitucionalidade dos atos internos, de maneira que todo e qualquer Estado possui o dever de editar a sua legislação interna em conformidade com os tratados internacionais. De todo modo, será possível afastar sua convencionalidade no exame do caso concreto.

Quanto ao princípio da *atipicidade dos meios de controle de convencionalidade*, a jurisprudência da Corte IDH não exige forma específica ou oficial de exercer o controle de convencionalidade. Assim, poderá ocorrer via oral em manifestações perante o juízo, via simples petição, no bojo de recursos, petições, sentenças, acórdãos e até mesmo em procedimentos extrajudiciais, como é o caso da recomendação do Ministério Público na seara cível ou do arquivamento na seara penal.

Por último, consiste o princípio da *progressividade*, ou *intervenção conforme os direitos humanos*, na ideia de que o intérprete deve sempre buscar a máxima efetividade de proteção dos direitos humanos, evitando retrocessos interpretativos. É a busca incessante pela ampliação de direitos humanos. Como exemplo, se outrora a identidade de gênero não era reconhecida como um direito humano, hoje é tranquilo considerá-la como um direito previsto na CADH, fruto da dignidade da pessoa humana.

Modalidades

No que toca às modalidades de controle de convencionalidade, podemos citar: (a) matriz nacional x matriz internacional; (a.1) difuso x concentrado; (b) construtivo x destrutivo;

¹⁴ RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos / André de Carvalho Ramos*. – 7. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020. Pg. 82.

(c) preventivo x repressivo.

De acordo com André de Carvalho Ramos¹⁵, o controle de convencionalidade de matriz internacional, também chamado de autêntico ou definitivo, é atribuído aos órgãos internacionais compostos por julgadores independentes, criados por tratados internacionais, para evitar que os próprios Estados sejam, ao mesmo tempo, fiscais e fiscalizados. Exemplos: Corte IDH, Tribunal Europeu de Direitos Humanos, Comitês da ONU etc.

Dentro dessa categoria, ainda há o controle de convencionalidade internacional compulsório, que versa sobre a adoção, pelo Estado, das decisões internacionais exaradas em processos internacionais de direitos humanos dos quais foi réu (*res judicata*), delineado no Caso Gelman x Uruguai.

Por sua vez, o controle de convencionalidade de matriz nacional, também denominado provisório, consiste no exame de compatibilidade do ordenamento jurídico interno diante das normas internacionais incorporadas, realizados pelos próprios juízes internos e por todos os funcionários públicos, como o Ministério Público e a Defensoria Pública. Há, inclusive, o controle preventivo de convencionalidade na análise de projetos de lei no Poder Legislativo, sobretudo pela Comissão de Constituição e Justiça.

Conforme explana o renomado autor, há diferenças significativas entre os dois modelos, que podem ser sintetizadas das seguintes formas.

Com relação ao objeto, enquanto o internacional poderá verificar a compatibilidade de qualquer norma jurídica interna, o nacional possui limites, já que segundo o STF, não é possível fiscalizar a validade das normas constitucionais originárias introduzidas pelo Poder Constituinte Originário.

Quanto à hierarquia do tratado-parâmetro, no controle de convencionalidade nacional, a hierarquia do tratado-parâmetro poderá ser *supralegal e constitucional*, segundo a teoria do duplo estatuto adotada pelo STF. No entanto, no controle de convencionalidade internacional, o tratado de direitos humanos é sempre a norma paramétrica superior, de modo que todo ordenamento jurídico deverá estar submetido, inclusive normas constitucionais originárias.

¹⁵ RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva: 2014, p. 371/372.

Ainda nestas modalidades, possuímos uma subcategoria dentro do controle de convencionalidade interno, que se divide em: difuso, exercido por qualquer juízo ou tribunal nacional, e o concentrado, exercido pelo STF (tendo como parâmetro apenas os tratados incorporados pelo procedimento especial do art. 5º, §3º, da CF).

Por sua vez, o controle de convencionalidade também pode ser construtivo ou destrutivo (ou saneador). No controle construtivo busca-se a compatibilização da legislação interna com as normas internacionais de direitos humanos através da via da hermenêutica, por meio do princípio da concordância prática, construindo interpretações que viabilizem a harmonia entre as convenções internacionais de direitos humanos e o ordenamento jurídico doméstico.

Já o controle destrutivo de convencionalidade materializa-se com a invalidação das normas domésticas contrárias aos tratados internacionais de direitos humanos. Em outras palavras, o controle construtivo lembra a decisão que realiza a interpretação conforme no âmbito do controle de constitucionalidade, enquanto o saneador se assemelha à própria declaração de inconstitucionalidade¹⁶.

Por fim, o controle ainda poderá ser preventivo ou repressivo, a depender do momento em que ocorreu (ou não) a violação aos direitos humanos. Assim, quando a Corte IDH atua na seara consultiva, julgando questões em tese, sem partes envolvidas, pronunciando entendimentos conforme a CADH e outros tratados internacionais, ela realiza o controle preventivo de convencionalidade.

Por exemplo, na já mencionada Opinião Consultiva 24/2017, que versa sobre identidade de gênero e não discriminação a casais do mesmo sexo, a Corte IDH se pronunciou afirmando que a CADH comporta a identidade de gênero, de maneira que, em eventual abuso, violação desse direito, o posicionamento futuro da Corte IDH será dessa maneira. Em reforço, sustenta André de Carvalho Ramos¹⁷:

As opiniões consultivas, apesar de formalmente não obrigatórias, têm importante peso doméstico, uma vez que consagram a interpretação internacionalista (a ser seguida por todos órgãos internos, no âmbito administrativo, legislativo e judicial) sobre as normas de direitos humanos que vinculam o Brasil. A Corte Interamericana de Direitos Humanos tem, reiteradamente, decidido que as opiniões consultivas

¹⁶ Como pontuado anteriormente, na aferição de convencionalidade, utilizada no campo consultivo, não há invalidação da norma, mas apenas harmonização.

¹⁷ RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, pg. 419.

correspondem a um “controle de convencionalidade preventivo”, que, se seguido, impede que os Estados violem a Convenção Americana de Direitos Humanos (ver, por exemplo, a Opinião Consultiva n. 22, em especial o parágrafo 26).

Já no controle repressivo, a violação já ocorreu e se buscará adequar a situação ao direito internacional dos direitos humanos, normalmente condenando o Estado violador. Como exemplo, cita-se o Caso *Márcia Barbosa x Brasil*, em que o Estado foi condenado a reparar a vítima de feminicídio e seus familiares pela discriminação no acesso à Justiça, por não investigar e julgar a partir da perspectiva de gênero, pela utilização de estereótipos negativos em relação à vítima e pela aplicação indevida da imunidade parlamentar do autor do delito¹⁸.

Efeitos

Tema de extrema relevância para o controle de convencionalidade e que se difere radicalmente do controle de constitucionalidade diz respeito aos efeitos da decisão que declara determinada norma inconvencional.

Como se sabe, no controle de constitucionalidade existe o efeito ablativo, que consiste na expurgação da norma inconstitucional do ordenamento jurídico. É bem verdade que nem toda decisão em controle de constitucionalidade terá este efeito, como por exemplo na decisão que apenas declara interpretação conforme, mas isso já é o suficiente para se distinguir dos efeitos da decisão no controle de convencionalidade.

Aqui, no controle de convencionalidade, por ausência de previsão legal, não há o efeito ablativo, mas apenas os efeitos de afastamento ou paralisante. Em resumo, quando a decisão apenas afastar a aplicação da norma no caso concreto teremos o efeito do afastamento, porém, se a decisão além do caso concreto, paralisar a eficácia da norma no ordenamento jurídico, será o caso do efeito paralisante¹⁹.

Um caso clássico referente ao efeito paralisante é o da prisão do depositário infiel. Por ser uma norma constitucional originária, não houve sua retirada da CF/88, como será explicado no tópico seguinte, no entanto, o STF declarou a ilicitude da prisão por meio do enunciado de Súmula Vinculante n.º 25.

¹⁸ Disponível em https://www.CorteIDH.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_435_por.pdf. Acesso em 01/11/2023.

¹⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *Controle de Convencionalidade dos Tratados Internacionais*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-abr-10/direitos-fundamentaiscontrolevencionalidade-tratados-internacionais>. Acesso em 01/11/2023.

Veja-se, dessa maneira, que a norma constitucional originária está com a eficácia paralisada, não podendo ser aplicada, porém, isso não impede o efeito ablativo com relação à normas que violem o enunciado de súmula vinculante. Por essa razão, na ADI 1055/DF, o STF declarou a inconstitucionalidade da Lei n.º 8.866/94, que estabelecia a possibilidade de prisão do depositário infiel de débitos tributários.²⁰

Normas constitucionais originárias

Diante do último tema abordado, fica o questionamento: é possível o controle de convencionalidade de normas constitucionais originárias?

Sim, é possível, mas desde que seja de matriz internacional, realizado pela Corte IDH, já que o STF entende que não existem normas constitucionais inconstitucionais (ADI 815). Por essa razão, no caso da prisão do depositário infiel, houve apenas a eficácia paralisante da norma, sem sua retirada da CF/88.

O julgado emblemático tratado pela Corte IDH sobre o assunto foi o Caso Olmedo Bustos e outros vs. Chile, popularmente conhecido como “A última tentação de Cristo”. Na ocasião, o Chile foi condenado por violar a liberdade de pensamento e expressão ao proibir a exibição do filme “A Paixão de Cristo”, ainda que houvesse norma constitucional permissiva oriunda da ditadura chilena de Augusto Pinochet.

Como revelam Thimotie Aragon Heemann e Caio Paiva²¹, para o direito internacional, não há importância se a norma é constitucional, infraconstitucional ou até mesmo um ato administrativo, pois, para o *ius gentium* o direito interno é visto como mero fato. Dessa forma, normas constitucionais originárias não servem de excludente de responsabilidade internacional por violação de direitos humanos.

Essa orientação da Corte IDH é extremamente relevante para que seja possível o controle de convencionalidade de normas constitucionais originárias oriundas de Cartas de períodos ditatoriais, já que, nesses casos, se ainda no poder o ditador, o controle convencional de matriz interna tende a ser mais embaraçoso, em razão do sistema de

²⁰ CAVALCANTE, Márcio André Lopes. Súmula vinculante 25-STF. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/641d77dd5271fca28764612a028d9c8e>>. Acesso em: 30/10/2023

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. Inconstitucionalidade da Lei nº 8.866/94. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/bdf3fd65c81469f9b74cedd497f2f9ce>>. Acesso em: 30/10/2023

²¹ HEEMANN, Thimotie Aragon e, PAIVA, Caio. *Jurisprudência Internacional de Direitos Humanos*. Manaus: Dizer o Direito, 2015, pp. 31-32.

justiça, por vezes, corrompido, ou, inexistente, sem independência.

Cláusula de reserva de plenário

Segundo o Superior Tribunal de Justiça, ao controlar a possível (in)convencionalidade do crime de desacato previsto no Código Penal Brasileiro (art. 331), atestou-se que é desnecessária a observância a cláusula de reserva de plenário, conforme trecho do Min. Ribeiro Dantas, *in verbis*²²:

Se a discussão girasse em torno de tratado ou convenção votado sob regime do art. 5º, § 3º, da CF), a coisa seria diferente, porque a norma, aí, teria status de emenda constitucional e, desse modo, haveria controle de constitucionalidade, com usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal, na hipótese de controle concentrado, ou da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, em caso de controle difuso (cláusula de reserva de plenário).

Dessa maneira, o controle de convencionalidade pode ser exercido pelas Turmas do Tribunal.

Legitimidade

Por fim, no que se refere à legitimidade do controle de convencionalidade, já se viu que essa legitimidade é ampla, de maneira que há um poder-dever de todas as autoridades públicas em aferir e controlar a convencionalidade das normas jurídicas internas, seja ela um magistrado, membro do Ministério Público ou Defensoria Pública, delegado de polícia, autoridade fazendária.

Sobre o ponto, Valério Mazzuoli faz um breve apanhado histórico:

Pouco tempo depois (em novembro de 2006), voltou a Corte IDH a se referir ao controle de convencionalidade, no Caso dos Trabalhadores Demitidos do Congresso vs. Peru, reforçando o seu entendimento anterior e destacando algumas especificidades desse controle, dentre as quais a de caber ao Poder Judiciário controlar ex officio a convencionalidade das leis, no âmbito de suas respectivas competências e dos regulamentos processuais correspondentes. Naquela ocasião, a Corte IDH determinou expressamente que **“os órgãos do Poder Judiciário devem exercer não somente um controle de constitucionalidade, senão também ‘de convencionalidade’ ex officio entre as normas internas e a Convenção Americana, evidentemente no âmbito de suas respectivas competências e dos regulamentos processuais correspondentes”**.

No entanto, a partir das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos tomadas nos casos Cabrera García e Montiel Flores vs. México (2010), Gelman vs.

²² Disponível em: https://www.stj.jus.br/static_files/STJ/Midias/arquivos/Noticias/RECURSO%20ESPECIAL%20N%C2%BA%201640084.pdf. Acesso em 01/01/2023.

Uruguai (2011) e Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde Vs. Brasil (2016), **todos os órgãos do Estado vinculados à administração da Justiça e todos os poderes do Estado em seu conjunto passaram a ser responsáveis pelo exame de convencionalidade das leis**, no âmbito de suas respectivas competências e dos regulamentos processuais correspondentes.(Grifo nosso)

Verifica-se, desse modo, a legitimidade ampla para exercer o controle de convencionalidade, não sendo meramente uma possibilidade, mas um poder-dever, que pode, até mesmo, ser realizado de ofício, já que a Corte IDH o identifica como uma questão de ordem pública (Caso Arellano Almonacid vs. Chile).

Portanto, além de potencializar a proteção dos direitos humanos, haja vista ter aumentado o número de legitimados guardiões, também torna o controle mais efetivo, econômico, ao maximizar o acesso à justiça, na medida em que lá na primeira porta de entrada, que costuma ser na Delegacia de Polícia ou na Defensoria Pública, já será possível a aferição e o controle de convencionalidade.

Em cima disso, nos próximos dois capítulos, será abordado como o Poder Judiciário e o Ministério Público realizam o controle de convencionalidade, sobretudo tendo em vista as recentes Recomendações n.º 123/2022 do CNJ e n.º 96/2023 do CNMP, demonstrando a atualidade do tema para a ordem jurídica brasileira.

CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE PELO PODER JUDICIÁRIO

Conforme explanado anteriormente, há muito tempo a Corte IDH vem entendendo que cabe ao Poder Judiciário controlar a convencionalidade das normas jurídicas internas. Porém, apenas em 2022, o CNJ elaborou Recomendação para que os órgãos do Poder Judiciário cumpram essa medida.

A Recomendação n.º 123/2022 do CNJ é enxuta, contendo apenas 02 artigos, mas possui um grande simbolismo para a garantia de proteção dos direitos humanos. Pela sua importância, colaciona-se o artigo primeiro:

Art. 1º Recomendar aos órgãos do Poder Judiciário:

I – a observância dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos em vigor no Brasil e a utilização da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), bem como a necessidade de controle de convencionalidade das leis internas.

II – a priorização do julgamento dos processos em tramitação relativos à reparação material e imaterial das vítimas de violações a direitos humanos determinadas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em condenações envolvendo o Estado brasileiro e que estejam pendentes de cumprimento integral.

Art. 2º Esta Recomendação entra em vigor na data da sua publicação.

Portanto, além da necessária observância do inciso I, houve estipulação de prioridade para julgamentos que envolvam reparação material e imaterial de vítimas em casos envolvendo condenações do Brasil na Corte IDH sem ainda cumprimento integral.

Tal previsão demonstra o maior comprometimento da justiça brasileira em cumprir com as determinações da Corte IDH (CPC, art. 8º), corroborando com a diretriz estratégica para o Judiciário brasileiro de 2016, aprovada pelo Conselho Nacional de Justiça, que estabelece: “é diretriz estratégica do Poder Judiciário, e compromisso de todos os tribunais brasileiros, dar concretude aos direitos previstos em tratados, convenções e demais instrumentos internacionais sobre a proteção dos direitos humanos”.

Não custa lembrar que essa atuação do Judiciário poderá se dar de forma provocada ou até mesmo de ofício, já que a convencionalidade da norma é considerada questão de ordem pública.

Nessa toada, como exemplo de julgado do STJ que tenha realizado o controle

de convencionalidade, cita-se o caso do crime de desacato (CP, art. 331), considerado inconveniente pelo Tribunal da Cidadania, em consonância com a Comissão Interamericana de Direitos Humanos - CIDH. Posteriormente, no entanto, o STJ reviu sua posição, após o STF declarar o crime constitucional, ressaltando o Supremo que a Corte IDH tem reiteradamente decidido que o direito penal pode sim punir condutas excessivas no exercício da liberdade de expressão²³.

Já no caso do STF, por exemplo, pode ser citado o precedente referente à proibição de dupla persecução penal, em que o guardião da CF/88 assim decidiu:

O agente não pode responder à ação penal no Brasil se já foi processado criminalmente, pelos mesmos fatos, em um Estado estrangeiro.

O art. 5º do Código Penal afirma que a lei brasileira se aplica ao crime cometido no território nacional, mas ressalva aquilo que for previsto em “convenções, tratados e regras de direito internacional”.

A Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) e o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (PIDCP) proíbem de forma expressa a dupla persecução penal pelos mesmos fatos.

Desse modo, o art. 8º do CP deve ser lido em conformidade com os preceitos convencionais e a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), vedando-se a dupla persecução penal por idênticos fatos.

Vale, por fim, fazer um importante alerta: a proibição de dupla persecução penal em âmbito internacional deve ser ponderada com a soberania dos Estados e com as obrigações processuais positivas impostas pela CIDH. Isso significa que, se ficar demonstrado que o Estado que “processou” o autor do fato violou os deveres de investigação e de persecução efetiva, o julgamento realizado no país estrangeiro pode ser considerado ilegítimo. Portanto, se houver a devida comprovação de que o julgamento em outro país sobre os mesmos fatos não se realizou de modo justo e legítimo, desrespeitando obrigações processuais positivas, a vedação de dupla persecução pode ser eventualmente ponderada para complementação em persecução interna.

STF. 2ª Turma. HC 171118/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 12/11/2019 (Info 959)²⁴.

Outro julgado do STF, mas agora sobre aferição de convencionalidade, já que não houve a retirada da norma, teve como pano de fundo o crime do art. 305 do Código de Trânsito Brasileiro – CTB, consistente na conduta de fugir do local do acidente. Os Tribunais de Justiça dos Estados de São Paulo, Minas Gerais, Santa Catarina e Rio Grande do Sul possuíam entendimento no sentido de que este crime do art. 305 do CTB seria

23 CAVALCANTE, Márcio André Lopes. Desacato continua sendo crime. *Buscador Dizer o Direito, Manaus*. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/e698959e9b93e4de823526327ffed84a>>. Acesso em: 30/10/2023

24 CAVALCANTE, Márcio André Lopes. O agente não pode responder a ação penal no Brasil se já foi processado criminalmente, pelos mesmos fatos, em um Estado estrangeiro. *Buscador Dizer o Direito, Manaus*. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/74961657ae02e93fc17be9d9fc864620>>. Acesso em: 01/11/2023

inconstitucional ou, pelo menos, inconvenção. Isso porque ele violaria o direito à não autoincriminação (art. 5º, LV e LXIII, da CF/88 e CADH, art. 8º, inciso II, alínea “g”). Todavia, o STF, em repercussão geral, fixou a seguinte tese:

A regra que prevê o crime do art. 305 do Código de Trânsito Brasileiro (CTB) é constitucional, posto não infirmar o princípio da não incriminação, garantido o direito ao silêncio e ressalvadas as hipóteses de exclusão da tipicidade e da antijuridicidade. STF. Plenário. RE 971.959/RS, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 14/11/2018 (repercussão geral) (Info 923)²⁵

Já na área cível, pode ser citado o julgado referente à aplicação da Convenção de Montreal no caso de reparação de dano material envolvendo responsabilidade civil por transporte de passageiros, diferentemente do dano moral, para o qual seria aplicado o Código de Defesa do Consumidor – CDC.²⁶

Não é demais lembrar, como atestado anteriormente, que o Poder Judiciário poderá realizar o controle de convencionalidade na via difusa (ex.: ação civil pública com causa de pedir referente à convencionalidade) ou concentrada (ADI, ADPF, ADC e etc.).

Por fim, há de se ressaltar que, no âmbito da persecução penal, sobretudo na proteção do direito das vítimas, o Brasil já sofreu diversas condenações na Corte IDH em razão da inconvenção de sua atuação na seara penal. Como exemplo, citam-se os casos: (a) Caso Ximenes Lopes (2006); (b) Caso Sétimo Garibaldi (2009); (c) Caso Escher e Outros (2009); (d) Caso Gomes Lund e Outros (2010); (e) Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde (2016); (f) Caso Favela Nova Brasília (2017); (g) Caso Herzog e Outros (2018); (h) Caso Fábrica de Fogos de Santo Antônio de Jesus; (i) Caso Barbosa de Souza e Outros (2021); Caso Sales Pimenta (2022)²⁷.

Infelizmente, todos os casos referem-se ao direito das vítimas, mormente, quanto a demora na prestação jurisdicional na resolução dos casos, duração razoável do processo, falha na investigação e restrição de acesso à justiça os familiares. Por essa razão, mais do que nunca é necessário observar o direito internacional dos direitos humanos, sob pena de uma ululante vitimização secundária, revitimização.

²⁵ CAVALCANTE, Márcio André Lopes. É constitucional o tipo penal que prevê o crime de fuga do local do acidente (art. 305 do CTB). *Buscador Dizer o Direito, Manaus*. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/7a9e5de95f737b31cb6dfe05b616e644>>. Acesso em: 01/11/2023

²⁶ CAVALCANTE, Márcio André Lopes. A indenização decorrente de extravio de bagagem e de atraso de voo internacional está submetida à tarifação prevista na Convenção de Montreal?. *Buscador Dizer o Direito, Manaus*. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/a4a83056b58ff983d12c72bb17996243>>. Acesso em: 02/11/2023

²⁷ Disponível em <https://www.cnj.jus.br/poder-judiciario/relacoes-internacionais/monitoramento-e-fiscalizacao-das-decisoes-da-corte-idh/casos-contentiosos-brasileiros/>. Acesso em 28/10/2023.

CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE PELO MINISTÉRIO PÚBLICO

De forma similar ao Conselho Nacional de Justiça - CNJ, o Conselho Nacional do Ministério Público – CNMP editou a Recomendação n.º 96/2023, orientando aos ramos e às unidades do Ministério Público a observância dos tratados, convenções e protocolos internacionais de direitos humanos, das recomendações da Comissão Interamericana de Direitos Humanos e da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos.²⁸

Como exposto anteriormente, a Corte IDH, visando a máxima proteção aos direitos humanos, ampliou de forma exponencial a legitimidade para a aferição e o controle de convencionalidade. Sem dúvida alguma, o Ministério Público brasileiro, instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, cuja incumbência é defender a ordem jurídica, o regime democrático e os interesses sociais e individuais indisponíveis, não poderia ficar de fora dessa missão (CF/88, art. 127, “*caput*”).

Isso se deve ainda em razão do *Parquet* ser considerado uma espécie de quarto poder na República (ou extrapoder) tamanha sua envergadura pós CF/88, que lhe considera uma instituição voltada para a transformação social, fiscalizadora dos serviços públicos e de relevância pública.

Nesse sentido, em seu papel de *ombudsman* ou “*defensor del pueblo*”, verdadeiro procurador dos direitos fundamentais da sociedade, possui plena aptidão para controlar, fiscalizar, conduzir investigações, expedir recomendações, restaurar direitos, submeter propostas de alteração legislativa, enfim, total poder de agenda junto ao Poder Judiciário para proteger os direitos humanos.

Assim, por exemplo, quando atua no combate à corrupção sistêmica, institucionalizada no âmbito nacional, certo é que está a defender os direitos humanos sociais, como o direito à moradia, saúde, educação, propiciando o direcionamento dos recursos para melhorar a qualidade de vida da sociedade, aumentando a transparência das contas públicas.

Outro exemplo diz respeito à Política Institucional de Proteção Integral e de Promoção de Direitos e Apoio às Vítimas disposta na Resolução 243/2023 do CNMP. A

²⁸ Disponível em <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Recomendacoes/Recomendao-n-96---2023.pdf>. Acesso em 01/11/2023.

partir de uma leitura atenta de seus “considerandos”, e tendo em vista que todos os casos de condenação do Brasil na Corte IDH ocorreram em razão da violação do direito das vítimas, prevê o CNMP o dever de assegurar a rápida e integral reparação do dano. À título ilustrativo, vale citar alguns:

Considerando que os direitos e garantias expressos na Constituição Federal não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou **dos tratados internacionais** dos quais a República Federativa do Brasil seja parte;

Considerando que a **Resolução nº 40/34 da ONU**, aprovada pela Assembleia Geral em 29 de novembro de 1985, além de trazer conceito amplo de vítima, recoloca-a em posição mais relevante no processo penal e estabelece direitos, entre os quais, o acesso à justiça, o tratamento equitativo, o direito à informação sobre seus direitos, o direito à rápida restituição e reparação, além da adoção de meios extrajudiciais de solução de conflitos, incluindo a mediação, a arbitragem e as práticas de direito consuetudinário ou as práticas autóctones de justiça, quando se revelem adequadas, para facilitar a conciliação e obter a reparação em favor das vítimas;

(...)

Considerando que os postulados constitucionais e **tratados internacionais de direitos humanos e de vítimas de criminalidade, ao assegurar a rápida e integral reparação do dano reconhecida nas sentenças condenatórias, referem não apenas ao dano material, mas também aos danos morais**, RESOLVE

Art. 3º, § 3º Entende-se por fato vitimizante a ação ou omissão que causa dano, menoscaba ou coloca em perigo os bens jurídicos ou direitos de uma pessoa, convertendo-a em vítima, podendo ser tipificados como crime, ato infracional, ou **constituir uma violação dos direitos humanos reconhecidos pela Constituição Federal ou por tratados internacionais dos quais o Brasil seja parte**.(Grifo nosso)

Dessa maneira, assegurada a independência funcional do membro, que poderá entender pela convencionalidade ou não da norma, este tem o poder-dever de, ao menos, aferir a compatibilidade material da lei ou ato normativo com o direito internacional dos direitos humanos. Isso se deve, principalmente, por ser o *Parquet* fiscal da ordem jurídica, e não apenas *custus legis*, de modo que possui expertise para zelar pela promoção, respeito e proteção dos direitos humanos em âmbito nacional.

Nesse contexto, o *Parquet* poderá aferir a convencionalidade da lei ou ato normativo ou até mesmo controlar sua convencionalidade, opinando pela sua não incidência no caso concreto (efeito afastamento) ou pela sua não eficácia no ordenamento jurídico (efeito paralisante). Essa atuação, em suma, poderá ocorrer na via concentrada (art. 5º, §3º, da CF/88) ou difusa (art. 5º, §2º, da CF/88), processual ou extraprocessual, no âmbito cível ou penal.

Plano processual

Primeiramente, no âmbito processual, o Ministério Público poderá atuar como órgão agente ou interveniente. Como órgão interveniente, sua atuação ocorrerá, sobretudo, nos casos do art. 178 do CPC/2015, ou seja, quando a demanda envolver interesse público ou social, litígios coletivos de terras rurais e urbanas e interesse de incapaz.

Na seara processual, como disserta Valério Mazzuoli, Marcelle Rodrigues e Kledson Dionysio²⁹, o Ministério Público – MP apenas afere a convencionalidade das leis, enquanto que, no plano extraprocessual, o *Parquet* realiza o controle. Quem faz o controle dentro do processo é o próprio Poder Judiciário, conforme será explicado no próximo tópico.

Assim, segundo os autores, o MP poderá ser provocado para aferição na ação civil pública (Lei n.º 7.347/1985), ação popular (Lei n.º 4.717/65), como *custus juris* nos termos do CPC/15 (art. 178), dentro do controle concentrado de normas e todas as demais intervenções ministeriais.

Como exemplificação, acaso outro legitimado do art. 5º da Lei n.º 7.347/85 proponha uma ação civil pública, obrigatoriamente o *Parquet* intervirá como fiscal da ordem jurídica (art. 5º, §1º, da Lei n.º 7.347/85). Dessa forma, após trâmite processual ordinário e a manifestação das partes, o juízo abre vista para que o membro do MP elabore parecer, momento no qual a orientação do CNMP é que seja avaliada a ordem jurídica como um todo, englobando o direito internacional dos direitos humanos. Logo, ainda que na causa de pedir não conste fato relacionado à (in)convencionalidade de uma lei ou ato normativo, o *Parquet* poderá-deverá se manifestar em prol ou contra a norma interna caso assim entenda.

Essa manifestação ministerial deverá optar pela fonte que proporciona a norma mais favorável a pessoa protegida (princípio *pro persona*), pois o que se visa é a otimização e a maximização dos sistemas (interno e internacional) de proteção dos direitos humanos³⁰.

Por exemplo, no caso do direito dos indígenas, Mazzuoli, Faria e Oliveira comentam³¹:

29 Disponível em https://www.mprj.mp.br/documents/20184/2026467/Valerio_de_Oliveira_Mazzuoli_%26_Marcelle_Rodrigues_da_Costa_e_Faria_%26_Kledson_Dionysio_de_Oliveira.pdf. Acesso em 01/11/2023.

30 *Idem*.

31 *Idem*.

A Corte Interamericana, nos precedentes citados, tem declarado expressamente, v.g., o direito dos povos indígenas ao território coletivo que tradicionalmente usam e ocupam para a manutenção de sua cultura, tradições e subsistência, imputando ao Estado a “obrigação de adotar medidas especiais para reconhecer, respeitar, proteger e garantir a seus integrantes o direito de propriedade comunal relativo a esse território”. Esse posicionamento deve ser norte obrigatório para a aferição de convencionalidade pelo Ministério Público quando a questão *sub judice* versar o tema em apreço no Brasil, ainda que a decisão do tribunal interamericano não tenha sido contra o nosso País, dado que – repita-se – as suas sentenças valem para terceiros Estados a título de *res interpretata*, vinculando a interpretação jurídica do comando convencional a todos os órgãos do Estado integrantes da administração da Justiça.

Por outro lado, no controle abstrato de normas, a aferição poderá ser por conta própria ou por provocação, segundo os autores. Por provocação, ocorrerá quando instado a se manifestar como fiscal da ordem jurídica em ADI proposta por outro legitimado ativo do art. 103, CF/88, como foi o caso do parecer favorável da Procuradoria Geral da República – PGR na ADPF n.º 320³².

Já por conta própria, advirá quando o próprio órgão ministerial interpuser ação de controle concentrado, seja no Tribunal de Justiça ou no Supremo Tribunal Federal. É o caso, por exemplo, da ADPF n.º 182, considerada a primeira ação de controle concentrado de convencionalidade proposta no Brasil, que requeria a inconveniência do art. 20, §2º, da Lei n.º 8.742/1993 (Lei de Organização da Assistência Social – LOAS), para que fosse ampliada a concessão do Benefício de Prestação Continuada – BPC às pessoas com deficiência conceituadas de acordo com a Convenção de Nova York (Dec. 6.949/2009), e não de acordo com a LOAS³³.

Plano extraprocessual

Embora relevante a atuação processual, é no plano extraprocessual que salta aos olhos todas as possibilidades de aferição e controle de convencionalidade pelo Ministério Público, tamanha sua autonomia funcional e a independência funcional de seus membros na atividade fim.

Antes de adentrarmos especificamente sobre o tema, não é demais lembrar que a atuação extrajudicial, como forma de ampliação do acesso à justiça, vem sendo cada vez mais potencializada no ordenamento jurídico. Em consonância com o incentivo à

³² Vide comentários no tópico 1.3 do presente trabalho.

³³ STF, ADPF 182/DF, rel. Min. Celso de Mello, Medida Cautelar, decisão de arquivamento de 24.04.2020.

consensualidade, os meios de resolução de controvérsias extrajudiciais têm se mostrado, na maioria das vezes, menos custosos e mais efetivos para a tutela do mérito pretendido.

Nesse contexto, o CNMP, por meio da Recomendação n.º 54/2017, referendou a Política Nacional de Fomento à Atuação Resolutiva do Ministério Público brasileiro, constatando que a atuação burocrática, formal, lenta não contribui para o fornecimento de resultados concretos para a sociedade brasileira³⁴.

Outrossim, ainda temos a Resolução n.º 118/2014 do CNMP, que dispõe sobre a Política Nacional de Incentivo à Autocomposição no âmbito do Ministério Público, destacando a adoção de mecanismos de autocomposição pacífica dos conflitos.

Dessa maneira, a atuação extrajudicial passa a ser preferencial no âmbito ministerial, visando obter solução mais célere, econômica, implementável e capaz de satisfazer adequadamente as legítimas expectativas dos titulares dos direitos envolvidos, contribuindo para diminuir a litigiosidade.

Dentre os mecanismos aptos para a atuação extrajudicial, podem ser elencados o termo de ajustamento de conduta, recomendação, mediação, conciliação, acordo de não persecução cível e penal, audiências públicas, diálogos interinstitucionais. Em todos esses instrumentos será possível a aferição e o controle de convencionalidade, mormente no âmbito de inquéritos civis públicos, inquéritos policiais e de procedimentos de investigação criminal.

Sobre o tema, interessante a contribuição de Mazzuoli, Faria e Oliveira, que relembram o princípio da atipicidade dos meios de controle e de como o Ministério Público está inserido no assunto³⁵:

A Corte IDH, no julgamento do caso Liakat Ali Alibux vs. Suriname, deixou claro que a Convenção Americana **não estabelece um modelo a ser seguido pelos Estados para a realização do controle de convencionalidade**, obrigação a ser observada por todos os órgãos vinculados à administração da Justiça, em todos os seus níveis.

Dessa maneira, o controle de convencionalidade exigido pela jurisprudência da Corte IDH relativamente a todos os órgãos do sistema de Justiça, segundo as suas respectivas competências e em todos os seus níveis, não é apenas aquele que reflete a supressão definitiva da norma inconveniente, senão também o que pauta a atuação funcional de cada instituição segundo as normativas convencionais sobre

³⁴ Disponível em <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Recomendacoes/Recomenda%C3%A7%C3%A3o-054.pdf>. Acesso em 01/11/2023.

³⁵ Disponível em https://www.mprj.mp.br/documents/20184/2026467/Valerio_de_Oliveira_Mazzuoli_%26_Marcelle_Rodrigues_da_Costa_e_Faria_%26_Kledson_Dionysio_de_Oliveira.pdf. Acesso em 01/11/2023.

a legislação interna. Pode-se dizer, portanto, que o **Ministério Público – como instituição permanente do Estado – efetivamente realiza o controle de convencionalidade das leis quando a sua própria atuação institucional se afigura literalmente controlada por essas mesmas normas de direito internacional.** (Grifo nosso)

Nessa perspectiva, o controle de convencionalidade na via extraprocessual poderá ocorrer tanto na via cível como na penal.

No âmbito cível, tendo em vista a posição de destaque do *Parquet* na ampla tutela de interesses coletivos *lato sensu* (art. 129, III, da CF/88 e arts. 6º e 7º da Lei nº 7.347/85), é possível que, através de notícia de fato, haja a instauração do procedimento preparatório ou do inquérito civil com o escopo de investigar possíveis violações aos direitos coletivos. Dentro desse mister, o Ministério Público deve exercer *ex officio* o controle de convencionalidade, fiscalizando a ordem jurídica tanto à luz da Constituição Federal como também dos tratados internacionais de direitos humanos, jurisprudência das cortes internacionais, princípios dos direitos humanos.

Ademais, constatada possível violação, o Ministério Público poderá expedir recomendação alertando a inconveniência de determinada norma para o Poder Legislativo (controle preventivo), realizar termo de ajustamento de conduta com o órgão infrator (controle repressivo), ou até mesmo ajuizar ação civil pública trazendo como questão prejudicial ao mérito, em sua causa de pedir, a inconveniência da norma.

Veja-se, portanto, que, segundo Mazzuoli, Faria e Oliveira, como é o Poder Judiciário que irá declarar se a norma é inconveniente ou não no plano judicial, o controle exercido pelo *Parquet* não ocorreria neste plano, mas sim no extrajudicial, ao verificar a compatibilidade material da norma tanto no plano interno como no plano internacional. Para reforçar essa posição, cita-se trecho esclarecedor:

Quando realizado o controle difuso de convencionalidade, não há retirada da norma do ordenamento jurídico e a decisão da causa não tem como objeto propriamente a inconveniência da lei, o que não significa que não tenha havido controle da convencionalidade da norma, pois o mister do poder controlador tem como pressuposto a resolução da equação normativa a que se adiciona o direito convencional.

Nesse contexto, o controle de convencionalidade que é exercido pelo Ministério Público por oportunidade da propositura da ação civil pública tem natureza difusa, devendo se encontrar fundamentadamente exposto na causa de pedir da demanda, e, embora não implique a retirada da vigência da norma interna em desacordo com o direito internacional dos direitos humanos, determina a atuação ministerial

contra um caso definido de violação a bens jurídicos de interesse de toda a sociedade. Denota-se, portanto, que é o controle de convencionalidade exercido pelo Ministério Público na fase extraprocessual que pode permitir à instituição deflagrar e definir os moldes da resposta do Estado contra o agente violador da ordem jurídica. Em encadeamento com o controle exercido pelo Ministério Público, no âmbito do Poder Judiciário, o controle de convencionalidade – nos limites das ações civis públicas – é exercido de maneira incidental e, por conseguinte, exposto no plano da fundamentação dos seus julgados, também sem implicar a retirada da vigência da norma interna inconveniente, mas determinando ao agente violador da norma o atendimento da providência decorrente daquele controle.

Demonstra-se, assim, que ao ajuizar a ação civil pública o Ministério Público não se limita apenas em reclamar ao Poder Judiciário o controle de convencionalidade das leis, mas, antes, realiza tal providência como pressuposto de sua atuação protetiva dos bens jurídicos de interesse da sociedade, provocando o sistema de justiça a – exercendo o mesmo controle, agora em outro plano – garantir proteção aos bens jurídicos violados ou ameaçados de violação. É por essa razão que pode o Ministério Público, em tese, realizar perfeito controle de convencionalidade das leis internas, e, como consequência, ajuizar a ação civil pública, sem que o Poder Judiciário realize idêntica providência.

Mas não só nesses casos. É possível também o exercício do controle de convencionalidade no caso de arquivamento do inquérito civil, quando diante de uma suposta violação às normas internas, o membro do Ministério Público entender que a conduta está em sintonia os tratados internacionais de direitos humanos ou com a jurisprudência da Corte IDH.

Por sua vez, no âmbito penal, o controle de convencionalidade também é plenamente utilizado pelo Ministério Público (arquivamento do inquérito policial, acordo de não persecução penal, transação penal, procedimento investigatório criminal, denúncia). Como exemplo, citam-se os casos dos crimes de desacato (art. 331 do CP) e de fuga do local do crime de trânsito (art. 305 do CTB)³⁶, já que, ao denunciar o agente pelo fato criminoso, já houve o controle no plano extrajudicial.

Ademais, não apenas na denúncia, mas o controle também poderá-deverá ser exercido quando do arquivamento do inquérito policial, como por exemplo, quando o agente estiver sendo investigado por um fato pelo qual já foi processado criminalmente, pelos mesmos fatos, em um Estado estrangeiro, violando o princípio do *ne bis in idem*, previsto no art. 8.4 da CADH e art. 14.7 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos - PIDCP, como já decidiu o STF.³⁷

³⁶ CAVALCANTE, Márcio André Lopes. Desacato continua sendo crime. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscador-dizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/e698959e9b93e4de823526327ffed84a>>. Acesso em: 30/10/2023. CAVALCANTE, Márcio André Lopes. É constitucional o tipo penal que prevê o crime de fuga do local do acidente (art. 305 do CTB). Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscador-dizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/7a9e5de95f737b31cb6dfe05b616e644>>. Acesso em: 30/10/2023.

³⁷ CAVALCANTE, Márcio André Lopes. O agente não pode responder a ação penal no Brasil se já foi processado criminalmente, pelos mesmos

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ante todo o exposto, em primeiro lugar, é tardio, mas salutar o avanço na aplicação dos tratados internacionais no direito brasileiro e a crescente evolução do tema controle de convencionalidade no ordenamento jurídico. Contudo, todo avanço traz diversos desafios a serem enfrentados, de modo que o aprofundamento pelos operadores do direito se mostra elementar para a boa aplicação das diversas nuances que possui o controle de convencionalidade.

Como se viu, desde 2006, quando condenado no Caso Ximenes Lopes, o Brasil vem reiteradamente infringindo as normas internacionais de direitos humanos, vilipendiando, dessa maneira, sua própria Constituição Federal, ao não respeitar plenamente a defesa dos direitos fundamentais e humanos. E mais do que isso, além de não observar, acaba por revitimizar quem esperava do Estado a solução.

Nesse contexto, é louvável a iniciativa do CNJ em editar a Resolução n.º 364/2021, que instituiu a Unidade de Monitoramento e Fiscalização de decisões e deliberações da Corte Interamericana de Direitos Humanos (UMF/CNJ) e a Recomendação n.º 123/2022, ambos atos normativos relevantes, que demonstram a atualidade do tema no Brasil. Na mesma linha está a Recomendação n.º 96/2023 do CNMP.

Diante disso, é notória a urgência de valorização da jurisprudência da Corte IDH e o cumprimento efetivo de seus precedentes quando o Brasil for condenado. Mas não só. Também se faz necessária a valorização daqueles julgados em que o Brasil não foi condenado, assim como as Opiniões Consultivas elaboradas, para prevenir indesejáveis novos casos.

Dessa forma, como apontado por André de Carvalho Ramos, seja por meio do aperfeiçoamento do diálogo das cortes ou do duplo controle constitucional e convencional,

os mecanismos para fortalecer a garantia dos direitos humanos na ordem jurídica brasileira

fatos, em um Estado estrangeiro. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/74961657ae02e93fc17be9d9fc864620>>. Acesso em: 30/10/2023

Artigo 8. *Garantias judiciais*

(...)

4. *O acusado absolvido por sentença passada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos.*

PIDCP

Artigo 14

(...)

7. *Ninguém poderá ser processado ou punido por um delito pelo qual já foi absorvido ou condenado por sentença passada em julgado, em conformidade com a lei e os procedimentos penais de cada país.*

devem ser prioridade de política pública judiciária, de modo a estar em sintonia com a jurisprudência internacional.

REFERÊNCIAS

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. É necessária a edição de lei em sentido formal para a tipificação do crime contra a humanidade trazida pelo Estatuto de Roma, mesmo se cuidando de Tratado internalizado. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/b670dfc593340027581047db105f3347>>. Acesso em: 30/10/2023

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. É cabível o acesso aos elementos de prova já documentados nos autos de inquérito policial aos familiares das vítimas, por meio de seus advogados ou defensores públicos, em observância aos limites estabelecidos pela SV 14. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/3a6c-2c9231df58107434b942fa600b22>>. Acesso em: 30/10/2023

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. O agente não pode responder a ação penal no Brasil se já foi processado criminalmente, pelos mesmos fatos, em um Estado estrangeiro. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/74961657ae02e93fc17be9d9fc864620>>. Acesso em: 30/10/2023

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. Desacato continua sendo crime. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/e698959e9b93e4de823526327ffed84a>>. Acesso em: 30/10/2023

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. Súmula vinculante 25-STF. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/641d77d-d5271fca28764612a028d9c8e>>. Acesso em: 30/10/2023

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. Inconstitucionalidade da Lei nº 8.866/94. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/bdf3fd65c81469f9b74cedd497f2f9ce>>. Acesso em: 30/10/2023

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. É constitucional o tipo penal que prevê o crime de fuga do local do acidente (art. 305 do CTB). Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/7a9e5de95f737b31cb6dfe05b616e644>>. Acesso em: 30/10/2023

HEEMANN, Thimotie Aragon e, PAIVA, Caio. Jurisprudência Internacional de Direitos Humanos. Manaus: Dizer o Direito, 2015.

LENZA, Pedro. Direito Constitucional esquematizado / Pedro Lenza. – Coleção esquematizado / coordenador Pedro Lenza – 24. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. O controle jurisdicional da convencionalidade das leis / Valerio de Oliveira Mazzuoli; prefácio Luiz Flávio Gomes. – 2. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2011.

RAMOS, André de Carvalho. Curso de Direitos Humanos / André de Carvalho Ramos. – 7. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

Sobre o Autor

Guilherme Grunfeld Zenícola Mendes

Graduado em Direito pela Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Pós-graduado em “O Ministério Público e o Direito Contemporâneo” pelo Instituto Superior do Ministério Público.

Índice Remissivo

A

acesso 5, 24, 27, 30, 32, 34, 40
administrativo 5, 12, 23, 25
análise 5
anistia 14, 16
audiência 8
audiências 35

B

burocrática 35

C

civil 8, 30, 33, 36, 37
constitucionais 11, 12, 17, 19, 22, 25, 32
constitucional 8, 11, 12, 13, 15, 16, 22, 24, 25, 26, 29, 30, 37, 38, 40
constitucionalidade 7, 8, 9, 11, 12, 13, 14, 15, 17, 18, 20, 21, 23, 24, 26
constituição 11
convencional 7, 8, 12, 20, 25, 34, 36, 38
convencionalidade 7, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 36, 37, 38, 40
convencionalização 8, 14
convenções 8, 9, 12, 23, 28, 29, 31
corrupção 31
crime 14, 26, 29, 30, 32, 37, 40
crimes 16, 18, 37
criminal 16, 35, 37
custódia 8

D

danos morais 32
decretos 13
diplomas 8, 11
direito 7, 8, 9, 11, 12, 13, 14, 19, 20, 21, 23, 24, 25, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 36, 38
direito fundamental 11
direito internacional 9, 12, 24, 25, 29, 30, 32, 33, 36
direitos 8, 9, 10, 11, 12, 14, 15, 16, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 27, 28, 30, 31, 32, 33, 35, 36, 37, 38
direitos humanos 8, 9, 10, 11, 12, 14, 15, 16, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 27, 28, 30, 31, 32, 33, 36, 37, 38
discriminação 20, 23, 24
ditadura militar 14, 16, 18

E

estereótipos 24
extrajudicial 7, 34, 35, 36, 37
extraprocessual 32, 33, 34, 36, 37

F

feminicídio 24
forense 8

G

globalização 9

H

hierarquia 11, 22

I

ilegítimo 29
inconstitucionais 25
inconstitucional 13, 24, 30
inconvenção 13, 15, 16, 20, 24, 29, 30, 35, 36, 37
incriminação 30
independência 15, 26, 32, 34
infraconstitucional 8, 25
instituição 31, 35, 36, 37
instruções 13
instrumentos 28, 35
investigatório 37

J

judiciária 39
juízo 9, 21, 23, 33
julgado 8, 19, 25, 28, 29, 30, 38
juízes 22
julgados 7, 10, 14, 37, 38
julgamento 28, 29, 35
julgamentos 28
jurídica 9, 10, 15, 20, 22, 27, 31, 32, 33, 34, 36, 37, 38
jurídicas 8, 19, 26, 28
jurídico 8, 16, 18, 20, 22, 23, 24, 32, 34, 36, 38
jurídicos 18, 32, 37
jurisdição 8, 14
jurisdicional 18, 20, 30, 31, 40
jurisdições 8
jurisprudência 9, 12, 13, 16, 18, 21, 28, 29, 31, 35, 36, 37, 38, 39

justiça 9, 18, 26, 27, 28, 30, 32, 34, 37

L

legislação 9, 21, 23, 36

legislativa 31

legislativos 8

legitimidade 7, 26, 27, 31

lei 5, 11, 12, 13, 14, 18, 20, 22, 29, 32, 33, 36, 38, 40

leis 8, 18, 19, 20, 26, 27, 28, 33, 36, 37, 40

liberdade 25, 29

litígios 33

litigiosidade 35

M

movimento 8, 14

N

norma 13, 15, 16, 18, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 28, 29, 32, 33, 35, 36, 37

normas 8, 9, 10, 11, 13, 17, 18, 19, 22, 23, 25, 26, 28, 33, 34, 36, 37, 38

normativa 36

normativas 13, 35

normativo 12, 19, 32, 33

normativos 11, 38

O

ombudsman 31

ordenamento 8, 16, 18, 20, 22, 23, 24, 32, 34, 36, 38

P

paradigma 8

penal 7, 16, 21, 29, 30, 32, 35, 36, 37, 40

petições 14, 15, 19, 21

política 16, 39

portarias 13

prática 8, 18, 19, 23

práticas 32

prático 13

princípios 7, 9, 11, 13, 20, 32, 36

prisão 8, 24, 25

processo 8, 18, 30, 32, 33, 38

processos 22, 28

processuais 26, 27, 29

processual 32, 33, 34

pública 27, 28, 30, 31, 33, 36, 37, 39

públicas 26, 31, 35, 37

R

responsabilidade civil 30

revitimização 30

S

serviços públicos 31

sistema 5, 10, 14, 25, 35, 37

sociedade 31, 35, 37

supralegalidade 8, 12, 13

T

tratado 12, 18, 19, 21, 22, 25, 26

tratados 8, 9, 10, 11, 12, 13, 15, 16, 18, 19, 21, 22, 23,
24, 28, 29, 31, 32, 36, 37, 38

tribunais 8, 9, 15, 18, 28

V

vítima 24, 32

vítimas 14, 15, 28, 30, 32, 40

vitimização 30



AYA EDITORA
2023