REVISTA PAN-AMERICANA DE DIREITO
OPEN ACCESS ABEC BRASIL

CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL?

Sidney Guerra[1]

1 Introdução

Trinta anos se passaram desde a promulgação da Carta Magna brasileira e indubitavelmente há muito para se comemorar. A Constituição brasileira de 1988 estabeleceu mudanças significativas na estrutura política e administrativa do Estado, no alargamento de competências conferidas ao Poder Judiciário e ao Ministério Público e, muito especialmente, na expansão dos direitos fundamentais, dentre outras.

Ademais, o legislador constituinte elevou a dignidade da pessoa humana à categoria de princípio fundamental da República (um dos pilares estruturais da organização do Estado brasileiro).

A constitucionalização da dignidade da pessoa humana no ordenamento jurídico brasileiro denota a importância que o princípio assume no âmbito nacional e aponta para a valorização que o sistema atribui aos direitos humanos.[2]

De fato, estabeleceu-se uma rica expansão e consolidação de nova consciência para o exercício dos direitos de cidadania alicerçada na efetividade dos direitos e garantias fundamentais. Não por acaso é que a relação que se constitui entre o cidadão e o Estado pós 1988 torna-se diferente. Isso acaba por produzir desdobramentos tantos nas relações privadas, envolvendo os particulares, como também no âmbito da Administração Pública e do processo legiferante, com o consequente engajamento e participação do cidadão nas atividades produzidas nos Poderes Executivo e Legislativo.

Revista Pan-Americana de Direito
ISSN: *2764-2305*
Data de aceite: 01/10/2021
https://periodicosfapad.emnuvens.com.br/rtpj/article/view/14
Organizado pelo Ministro: José Barroso Filho

[1] Pós-Doutor pelo Centro de Estudos Sociais da Universidade de Coimbra, (Portugal). Pós-Doutor pelo Programa Avançado em Cultura Contemporânea da Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ, Rio de Janeiro, (Brasil). Doutor e Mestre em Direito. Professor Associado da Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ. Professor Titular da Universidade do Grande Rio e Professor Adjunto da Faculdade Presbiteriana Mackenzie – M, Rio de Janeiro. Presidente do Instituto Brasileiro Pacificador (IBP). Advogado. Contato: sidneyguerra@terra.com.br

[2] GUERRA, Sidney. *Direitos humanos: curso elementar.* 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 208: "Dentre suas diversas funções, destacam-se as seguintes: a) reconhecer a pessoa como fundamento e fim do Estado; b) contribuir para a garantia da unidade da Constituição; c) impor limites à atuação do poder público e à atuação dos cidadãos; d) promover os direitos fundamentais; e) condicionar a atividade do intérprete."

Mas não apenas. A administração de justiça igualmente foi atingida por uma onda de revisão crítica, com a influência do movimento que ficou conhecido como *Acesso à justiça.* Leonardo Greco, ao tratar da matéria em alentado estudo sobre os dez anos da Constituição de 1988, destacou, à época, que o "acesso à justiça rompeu com o respeitoso silêncio que repelia qualquer debate a respeito da qualidade e da eficiência do Poder Judiciário, dos juízes, dos seus órgãos auxiliares e das suas normas de organização e de atuação, entre as quais as normas processuais. "[3]

Neste sentido, passados vinte anos desde os estudos formulados pelo antigo mestre, e reconhecendo, desde logo, os avanços da atuação do Poder Judiciário em vários aspectos, mas, por outro lado, identificando limitações em outros, é que se pretende, neste estudo, abordar um assunto que, de certo modo, versa sobre a "qualidade e eficiência" do Supremo Tribunal Federal, notadamente no que tange a aplicação das normas internacionais de proteção dos direitos humanos e, por consequência, do controle de convencionalidade.

Embora a observância do instituto não seja novo no Brasil, evidencia-se que o Supremo Tribunal Federal tem-se utilizado muito pouco (ou quase nada) do mesmo. O controle de convencionalidade está bastante ligado ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos, embora tenha surgido no direito interno. Essa assertiva pode ser justificada a partir da decisão n. 74-54, proferida pelo *Conseil Constitutionnel*, na França.[4]

A partir da decisão acima indicada, verifica-se que o referido Controle acabou por atravessar o oceano Atlântico e encontrou, é verdade, considerável desenvolvimento na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, ocorrendo uma espécie de interamericanização do controle de convencionalidade, pois a partir do nascedouro no direito interno, passou a ser exercitado no âmbito da jurisdição interamericana. [5] Evidencia-se, pois, que coexistem duas espécies de controle de convencionalidade: o doméstico e o interamericano.

---

[3] GRECO, Leonardo. *O processo de execução.* Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 3: "A justiça também foi alcançada por essa onda de insatisfação, desvendando todas as suas deficiências e a correlativa impotência do Estado em superá-las, tendo em vista a imprevisível multiplicação do número de demandas, a obsolêncencia e falta de agilidade dos procedimentos e a carência de recursos materiais e humanos disponíveis para fazer frente a uma gama cada vez mais volumosa e complexa de questões."

[4] A expressão "controle de convencionalidade" foi utilizada, pela primeira vez, pelo Conselho Constitucional Francês (na Decisão 74-54 DC, de 15 de janeiro de 1975, que tratava da análise de constitucionalidade de uma lei que versava sobre a interrupção voluntária da gestação, tendo em vista a possibilidade de violação do "direito à vida", assegurado no art. 2º da Convenção Europeia de Direitos do Homem, ratificada e reconhecida pelo Estado Francês)

[5] GUERRA, Sidney; MOREIRA, Thiago Oliveira. GUERRA, Sidney; MOREIRA, Thiago Oliveira. Contornos atuais do controle de convencionalidade doméstico. *Los desafíos jurídicos a la gobernanza global: una perspectiva para los próximos siglos.* Brasília: Advocacia-Geral da União, 2017, v. 1, p. 67: "É bem verdade que, no ínicio, o exame de compatibilidade entre o direito estatal e o interamericano dos direitos humanos não recebeu o nome "controle de convencionalidade". Como é por demais sabido, após a menção em votos separados do Juiz García Ramírez, a Corte IDH, em 2006, no julgamento do Caso Amonacid Arellano, para além de utilizar a terminologia "controle de convencionalidade", considerou que dito controle, primariamente, deveria ser uma incumbência dos Estados."

Neste estudo, em que se prioriza o entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria, o primeiro ganhará relevo; ainda assim, mesmo que brevemente, serão apresentados aspectos sobre o sistema interamericano de proteção dos direitos humanos para alicerçar o posicionamento que ao final será apresentado. Para tanto, serão contempladas algumas ideias sobre o controle de convencionalidade; na sequência, apresentados os dois casos que aparecem de maneira expressa no sítio de busca do STF relacionados à matéria; e, ao final, expendidas considerações sobre a postura adotada pela mais elevada Corte em relação ao controle.

2 O controle de convencionalidade no plano interno

O controle de convencionalidade em sede nacional[6] ocorre quando aplica-se a Convenção Americana de Direitos Humanos ou normas de direitos humanos incluídas em tratados internacionais ao bloco de constitucionalidade ao invés de utilizar o direito interno, mediante um exame de confrontação normativo (material) em um caso concreto e elabora uma sentença judicial que proteja os direitos da pessoa humana. Neste caso, corresponde ao controle de caráter difuso, em que cada juiz aplica este controle de acordo com o caso concreto que será analisado.[7]

Isso se dá na esfera interna (controle de convencionalidade)[8] por intermédio da atuação dos tribunais e juízes internos que terão a competência de aplicar a Convenção em detrimento da legislação interna, em um caso concreto, a fim de proteger direitos mais benéficos à pessoa humana.

---

[6] La Corte IDH ha puesto de relieve la importancia de la realización del control de convencionalidad en el ámbito interno para evitar que los Estados incurran en responsabilidad internacional, considerando que ellos son los primeros llamados a cumplir con la labor de protección de los derechos humanos. En este sentido, la Corte IDH ha destacado la subsidiaredad del sistema internacional (en lo contencioso) y ha dado cuenta de la progresiva incorporación del control por parte de la jurisprudencia constitucional comparada. Disponível em http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/controlconvencionalidad8.pdf

[7] Ib idem, p. 47: "Se trata de un examen de confrontación normativo (material) del derecho interno con la norma internacional, alredor de unos hechos – acción u omisión – internacionalmente ilícitos. La confrontación es una técnica jurídica que se denomina control y tiene por objeto asegurar y hacer efectiva la supremacía de la Convención Americana. En otros términos, preservar la prioridad y primacía del derecho internacional, respecto del derecho interno, incluída en este la própria Constitución del Estado."

[8] A nivel de los ordenamientos jurídicos nacionales, la Constitución de México establece que se incorporarán las normas de derechos humanos incluidas en tratados internacionales al bloque de constitucionalidad, otorgándoles jerarquía constitucional a las normas de Derechos Humanos incluidas en tratados internacionales (artículo 1). En la resolución del expediente Varios 912/2010 emitida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación para determinar el trámite a la sentencia emitida por la Corte IDH en el caso Radilla Pacheco Vs. México, aquella determinó la obligación ex officio para los jueces mexicanos, quienes deberán fundar y motivar sus resoluciones, considerando tratados internacionales y asimismo, ordenó la transición a un sistema de control constitucional difuso, que incorporó a la justicia ordinaria a la dinámica de protección de derechos humanos definidos en los instrumentos internacionales. En dicha Resolución se señaló que los jueces no pueden hacer una declaración general sobre la invalidez o expulsar del orden jurídico las normas que consideren contrarias a los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los tratados; no obstante, están obligados a dejar de aplicar estas normas inferiores, dando

Indubitavelmente se por um lado os juízes de primeiro grau e os tribunais estão submetidos ao império da lei estatal[9], por outro também não se pode olvidar que um tratado internacional quando ratificado pelo Estado é incorporado à ordem jurídica interna. [10]

A Convenção de Viena sobre o direito dos tratados, de 1969, estabelece que Tratado é um acordo internacional celebrado por escrito entre Estados e regido pelo Direito Internacional, quer conste de um instrumento único, quer de dois ou mais instrumentos conexos qualquer que seja a sua designação específica.

---

preferencia a los contenidos de la Constitución y de los tratados en esta materia. Asimismo se observan importantes desarrollos jurisprudenciales al respecto en otros países de la región.

En el caso de Colombia, el artículo 94 de la Constitución Política da sustento al control de convencionalidad. En la Sentencia C-010/00 emitida el 19 de enero de 2000 por la Corte Constitucional, el Tribunal determinó que los derechos y deberes constitucionales deben interpretarse "de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia", derivándose "que la jurisprudencia de las instancias internacionales, encargadas de interpretar esos tratados, constituye un criterio hermenéutico relevante para establecer el sentido de las normas constitucionales sobre derechos fundamentales".Disponível em https://www.wcl.american.edu/humright/hracademy/mcourt/registration/documents/2012__bench__memorandum.es.pdf?rd=1

9 CANTOR, Ernesto Rey. *Control de conveniconalidad de las leys y derechos humanos.* Méxixo, D.F.: Porruá, 2008, p. 48 "La Corte es conciente que lós jueces y tribunales internos están sujetos al império de la ley, y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado há ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, ló que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leys contrarias a su objeto y fin, y desde um inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una espécie de Control de Convencionalidad entre las normas jurídicas internas que aplican em lós casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos."

10 Vide a propósito o caso República Federativa do Brasil x Gomes Lund (Guerrilha do Araguaia) onde destaca-se duas passagens da sentença datada de 24 de novembro de 2010:

"176. Este Tribunal estabeleceu em sua jurisprudência que é consciente de que as autoridades internas estão sujeitas ao império da lei e, por esse motivo, estão obrigadas a aplicar as disposições vigentes no ordenamento jurídico. No entanto, quando um Estado é Parte de um tratado internacional, como a Convenção Americana, todos os seus órgãos, inclusive seus juízes, também estão submetidos àquele, o que os obriga a zelar para que os efeitos das disposições da Convenção não se vejam enfraquecidos pela aplicação de normas contrárias a seu objeto e finalidade, e que desde o início carecem de efeitos jurídicos. O Poder Judiciário, nesse sentido, está internacionalmente obrigado a exercer um "controle de convencionalidade" *ex officio* entre as normas internas e a Convenção Americana, evidentemente no marco de suas respectivas competências e das regulamentações processuais correspondentes. Nessa tarefa, o Poder Judiciário deve levar em conta não somente o tratado, mas também a interpretação que a ele conferiu a Corte Interamericana, intérprete última da Convenção Americana.

177. No presente caso, o Tribunal observa que não foi exercido o controle de convencionalidade pelas autoridades jurisdicionais do Estado e que, pelo contrário, a decisão do Supremo Tribunal Federal confirmou a validade da interpretação da Lei de Anistia, sem considerar as obrigações internacionais do Brasil derivadas do Direito Internacional, particularmente aquelas estabelecidas nos artigos 8 e 25 da Convenção Americana, em relação com os artigos 1.1 e 2 do mesmo instrumento. O Tribunal estima oportuno recordar que a obrigação de cumprir as obrigações internacionais voluntariamente contraídas corresponde a um princípio básico do direito sobre a responsabilidade internacional dos Estados, respaldado pela jurisprudência internacional e nacional, segundo o qual aqueles devem acatar suas obrigações convencionais internacionais de boa-fé *(pacta sunt servanda).* Como já salientou esta Corte e conforme dispõe o artigo 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969, os Estados não podem, por razões de ordem interna, descumprir obrigações internacionais. As obrigações convencionais dos Estados Parte vinculam todos seus poderes e órgãos, os quais devem garantir o cumprimento das disposições convencionais e seus efeitos próprios (*effet utile*) no plano de seu direito interno[10]". (grifei)**.** Disponível em http://www.corteidh.or.cr/pais.cfm?id_Pais=7. Acesso em 10/04/2017.

Como assinalado em outra oportunidade[11], para a celebração dos tratados internacionais devem ser observadas algumas fases em seu processo de elaboração: negociação, elaboração do texto, assinatura, ratificação, promulgação, publicação e registro.

Não tendo aqui a pretensão de retomar a discussão, mas apenas de enfatizar a importância da ratificação quanto as etapas para elaboração dos tratados internacionais, imperioso destacar que ela (ratificação) torna o tratado obrigatório internacionalmente por se tratar de ato pelo qual a autoridade nacional competente informa às autoridades correspondentes dos Estados cujos plenipotenciários concluíram, com os seus, um projeto de tratado, a aprovação que dá a este projeto e o que faz doravante um tratado obrigatório para o estado que esta autoridade encarna nas relações internacionais. [12]

Ao ratificar um tratado internacional de direitos humanos, o Estado se vincula ao mesmo. Assim, é dever do Estado garantir mecanismos no plano interno que estejam afinados com as normas internacionais, que passam a fazer parte do ordenamento jurídico interno do Estado.

Sem embargo, ao serem incorporadas normas jurídicas internacionais ao ordenamento jurídico interno, desafios são impostos para sanar o conflito que uma norma poderá apresentar em relação à outra. Neste estudo em que o controle de convencionalidade[13] das normas protetivas dos direitos humanos adquirem *lócus* privilegiado e levando em consideração o diálogo das fontes, o profissional do direito não é obrigado a indicar apenas um fundamento normativo para tutelar direitos em favor do indivíduo sendo, portanto, possível utilizar mais de uma norma (interna ou internacional) possibilitando o diálogo entre as mesmas, com o intuito de alcançar o resultado mais adequado em benefício dos interesses da pessoa humana.

Impende assinalar que o entendimento relativo ao diálogo das fontes[14] serve para aclarar aspectos relativos ao controle de convencionalidade. Em linhas gerais, os diálogos horizontais são

---

11 GUERRA, Sidney. *Curso de direito internacional público.* 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, cap. III.

12 Idem.

13 CANTOR, Ernesto Rey, op. cit., p. 161: "(...) Es aquí donde el operador jurídico y, em especial, el juez nacional adquiere cierto protagonismo como juez internacional de derechos humanos, es decir, que el juez ordinário actúa como juez internacional al aplicar el tratado, porque activa el Control de Convencionalidad em sede interna. (...) este es el Control de Convencionalidad en sede interna con los siguintes alcances. Es una espécie de Control de Convencionalidad difuso, porque cualquier juez podrá acudir a esta forma de control, por ser el juez llamado a aplicar o inaplicar la ley, en el caso concreto. La inaplicación de la ley interna que efectúa el juez, por médio de uma providencia judicial, produce efectos interpartes, esto es, solo entre las partes que intervienen em el caso concreto."

14 Vide MAZZUOLI, Valério de Oliveira, op. cit., p. 129: "o conceito de diálogo das fontes é a peça-chave para o controle de convencionalidade e sustenta que há duas formas de coordenar normas internacionais com legislação interna: por intermédio dos diálogos horizontais e também por diálogos verticais entre as fontes. (...) modelo para as soluções das antinomias entre o Direito Internacional dos Direitos Humanos e o direito interno brasileiro, afastando

aqueles em que o direito internacional dos direitos humanos e o direito interno brasileiro guardam relação de complementaridade ou de integração. Assim, há a possibilidade de uma norma internacional apresentar princípios muito semelhantes com uma norma interna, podendo haver, neste caso, uma complementaridade entre elas. Ou seja, ao aplicá-las em um determinado caso concreto, há possibilidade de coordená-las de acordo com o interesse mais favorável à pessoa humana, sem haver necessidade de escolher uma norma em detrimento da outra. Também há casos em que os diálogos horizontais possibilitarão a supressão de lacunas no direito interno, evocando-se uma norma internacional a fim de garantir a tutela de um direito não regulamentado por lei interna, passando a integrá-la.[15]

No caso dos chamados diálogos verticais, evidencia-se que são mais complexos por haver uma aparente rivalidade entre a norma internacional e a norma interna. Seja porque o ordenamento interno é omisso na tutela de um determinado direito consagrado em norma internacional ou porque tal ordenamento proíbe expressamente a tutela de um direito garantido na legislação alienígena. Nos casos em que a legislação interna é omissa na tutela de algum direito, o diálogo de verticalidade promoverá a inserção da norma internacional para compor nosso ordenamento jurídico, garantindo o cumprimento dos compromissos estabelecidos no tratado ratificado pelo país. Quando o direito interno dispõe de norma que viola frontalmente algum preceito normativo presente em tratado internacional ratificado pelo país, não há obrigatoriedade em revogar norma interna em prol da aplicação absoluta da norma internacional.[16]

Feitas estas breves considerações sobre o diálogo das fontes, deve-se retomar a discussão acerca do controle de convencionalidade. Portanto, imperioso relembrar que ao ocorrer um conflito entre uma norma de direito internacional e uma norma infraconstitucional, os tribunais e os juízes nacionais poderão aplicar dois tipos de controles: o controle de constitucionalidade e o controle de

os métodos tradicionalmente utilizados, quando em cena um direito humano fundamental ou um direito internacionalmente reconhecido. (...) o estudo desse novo método de solução de antinomias levará também à teoria do controle de convencionalidade das normas de direito interno."

15 Ib idem, p. 154 e 155: "Os diálogos horizontais podem se dar de duas maneiras: a) quando a norma de direito constitucional é mera repetição de um direito que já vem expresso em tratado internacional, caso em que, inegavelmente, o valor extrínseco da norma convencional será o de norma materialmente constitucional, possuindo o poder de revogar todas as disposições internas em contrário; ou b) quando a norma internacional vem a suprir lacunas existentes tanto na Constituição como em leis infraconstitucionais. O primeiro caso denomina-se diálogo de complementaridade e o segundo, diálogo de integração."

16 Ib idem, p. 165: "Os diálogos verticais são aqueles em que se presencia uma conversa mais direta – e, poderíamos dizer, mais agressiva – entre as fontes, a fim de resolver o problema das antinomias. Neste caso, temos também duas situações: a) ou a norma internacional dispõe sobre direito não expressamente consagrado na órbita constitucional, o que irá gerar sua inclusão no rol dos direitos constitucionalmente assegurados; b) a norma internacional entra em choque frontal com uma disposição constitucional, consagrando direito que vem disciplinado de modo diverso pela Constituição. Ao primeiro caso, chama-se diálogo de inserção e ao segundo, diálogo de transigência.

convencionalidade, que poderá ser realizado tanto pela via difusa quanto pela via concentrada. Assim, a norma interna de natureza infraconstitucional terá validade se conseguir passar por estes dois dispositivos de controle: o primeiro tem a finalidade de verificar se a lei infraconstitucional é compatível com a Constituição e o segundo serve para averiguar se há violação de direitos consagrados em tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo país.[17]

Complementando o asserto[18], evidencia-se que o controle de convencionalidade deve ser exercido pelos órgãos da justiça nacional relativamente aos tratados de direitos humanos aos quais o país se encontra vinculado. Trata-se de adaptar ou conformar os atos ou leis internas aos compromissos internacionais assumidos pelo Estado, que criam para estes deveres no plano internacional com reflexos práticos no plano do seu direito interno. Ou seja, não somente os tribunais internacionais devem realizar este tipo de controle, mas também os tribunais internos. O fato de serem os tratados internacionais (notadamente os de direitos humanos) imediatamente aplicáveis no âmbito do direito doméstico garante a legitimidade dos controles de convencionalidade das leis e dos atos normativos do Poder Público.[19]

---

17 Ib idem, p. 208: "A compatibilidade do direito doméstico com os tratados internacionais de direitos humanos em vigor no País faz-se por meio do controle de convencionalidade, que é complementar e coadjuvante (jamais subsidiário) do conhecido controle de constitucionalidade. O controle de convencionalidade tem por finalidade compatibilizar verticalmente as normas domésticas (as espécies leis vigentes no país) com os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Estado em vigor no território nacional."

18 Ib idem, 208 a 210: "O controle de convencionalidade concentrado ou abstrato seria possível quando o confronto normativo se der entre norma interna e tratado de direitos humanos aprovado por rito qualificado previsto no art. 5°, § 3º, da Constituição, uma vez que estes tratados são equiparados a emendas constitucionais. Este novo status jurídico dado às normas internacionais teve início com a Emenda Constitucional n. 45, de 8 de dezembro de 2004. Para os demais tratados ratificados pelo Brasil (de direitos humanos ou comuns), os tribunais internos deverão aplicar o controle normativo pela via difusa ou concreta."

19 Destaca-se, a propósito, o Caso Masacre de Santo Domingo Vs. Colombia. Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 30 de noviembre de 2012, como se vê:

"La responsabilidad estatal bajo la Convención sólo puede ser exigida a nivel internacional después de que el Estado haya tenido la oportunidad de declarar la violación y reparar el daño ocasionado por sus propios medios. Esto se asienta en el principio de complementariedad (subsidiariedad), que informa transversalmente el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, el cual es, tal como lo expresa el Preámbulo de la misma Convención Americana, "coadyuvante o complementario de la [protección] que ofrece el derecho interno de los Estados americanos". De tal manera, el Estado "es el principal garante de los derechos humanos de la personas, de manera que, si se produce un acto violatorio de dichos derechos, es el propio Estado quien tiene el deber de resolver el asunto a nivel interno y, [en su caso,] reparar, antes de tener que responder ante instancias internacionales como el Sistema Interamericano, lo cual deriva del carácter subsidiario que reviste el proceso internacional frente a los sistemas nacionales de garantías de los derechos humanos".

(...)Lo anterior significa que se ha instaurado un control dinámico y complementario de las obligaciones convencionales de los Estados de respetar y garantizar derechos humanos, conjuntamente entre las autoridades internas (primariamente obligadas) y las instancias internacionales (en forma complementaria), de modo que los criterios de decisión puedan ser conformados y adecuados entre sí. Así, la jurisprudencia de la Corte muestra casos en que se retoman decisiones de tribunales internos para fundamentar y conceptualizar la violación de la Convención en el caso específico. En otros casos se ha reconocido que, en forma concordante con las obligaciones

Assim sendo, evidencia-se que o controle de convencionalidade doméstico consiste numa sindicância de compatibilidade entre o direito estatal e o internacional dos direitos humanos[20], que irão trazer vários desdobramentos para a ordem jurídica interna. Apesar do Brasil ser signatário de vários tratados internacionais de direitos humanos, evidencia-se, ainda, algumas limitações por parte dos Tribunais Superiores em aplicar as referidas normas e, especialmente, realizar o controle de convencionalidade, como no caso do Supremo Tribunal Federal, que será analisado.

3 Direitos humanos na Constituição brasileira e a verificação de Convencionalidade pelo Supremo Tribunal Federal.

A Constituição, como estatuto jurídico do político, define os princípios políticos constitucionalmente estruturantes, estipula a configuração e disposição organizacional do Estado e do

internacionales, los órganos, instancias o tribunales internos han adoptado medidas adecuadas para remediar la situación que dio origen al caso; ya han resuelto la violación alegada; han dispuesto reparaciones razonables, o han ejercido un adecuado control de convencionalidad.

(...)Es decir, si bien el Sistema tiene dos órganos "competentes para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados Partes en la Convención" la Corte solo puede "conocer un caso" cuando se han "agotado los procedimientos previstos en los artículos 48 a 50" de dicho instrumento, sea el procedimiento de peticiones individuales ante la Comisión Interamericana. De tal modo, solamente si un caso no se ha solucionado a nivel interno, como correspondería primariamente hacerlo a cualquier Estado Parte en la Convención en ejercicio efectivo del control de convencionalidad, entonces el caso puede llegar ante el Sistema, en cuyo caso debería resolverse ante la Comisión y, solamente si las recomendaciones de ésta no han sido cumplidas, el caso podría llegar ante la Corte. De tal manera, el funcionamiento lógico y adecuado del Sistema Interamericano de Derechos Humanos implica que, en tanto "sistema", las partes deben presentar sus posiciones e información sobre los hechos en forma coherente y de acuerdo con los principios de buena fe y seguridad jurídica, de modo que permitan a las otras partes y a los órganos interamericanos una adecuada sustanciación de los casos. La posición asumida por el Estado en el procedimiento ante la Comisión determina también en gran medida la posición de las presuntas víctimas, sus familiares o sus representantes, lo que llega a afectar el curso del procedimiento.

[20] GUERRA, Sidney; MOREIRA, Thiago Oliveira. GUERRA, Sidney; MOREIRA, Thiago Oliveira. Contornos atuais do controle de convencionalidade doméstico. *Los desafíos jurídicos a la gobernanza global: una perspectiva para los próximos siglos.* Brasília: Advocacia-Geral da União, 2017, v. 1, p. 67-77: "Partindo desse conceito básico, torna-se necessário esclarecer algumas questões: primeiro, dito controle possui a natureza de "garantia", ou seja, trata-se de um instrumento à serviço da proteção dos direitos humanos internacionalmente consagrados; segundo, seu resultado não necessariamente irá definir que uma norma internacional seja prevalente em determinado caso, pois, os direitos fundamentais previstos na ordem jurídica interna, caso eles sejam mais favoráveis a tutela da pessoa humana (princípio pro persona), devem ter primazia. Portanto, o exercício do controle de convencionalidade independe da hierarquia que o Estado atribui as normas internacionais em matéria de direitos humanos; terceiro, quaisquer normas estatais, incluindo as constitucionais e decisões judiciais, estão sujeitas ao controle de convencionalidade doméstico. Desse modo, leis em abstrado e até mesmo omissões legislativas podem ser objeto do citado controle; quarto, o bloco de convencionalidade doméstico é mais amplo que o interamericano, uma vez que composto também pelas normas emanadas do sistema onusiano; quinto, segundo o atual entendimento da Corte IDH (que já mudou inúmeras vezes), compete a todos os órgãos e poderes do Estado exercerem o controle de convencionalidade; sexto e último, já que são breves aspectos, os efeitos da declaração de inconvencionalidade dependem do órgão que a proclamou. Em sede de jurisdição constitucional, haverá invalidação da norma estatal com efeitos erga omnes e ex tunc. Se por outros órgãos dotados de jurisdição, inter partes. Por fim, se realizado por autoridades sem jurisdição (controle fraco), não há que se falar em invalidação, mas sim em interpretação conforme, ou seja, afasta-se somente a interpretação incompatível."

governo, estabelece as atribuições e competências constitucionais dos órgãos de direção política e determina princípios, formas e processos fundamentais da formação da vontade política e das tomadas de decisão pelos órgãos político-constitucionais[21]. Ela versa sobre as feições e meio de construção e exprime o poder como instrumento de vontade e decisão; é uma expressão normativa das forças políticas e sociais e estabelece medidas e fins ao processo político.

Após o período de governo militar, as "forças políticas e sociais" influenciaram diretamente as linhas adotadas para a elaboração da Constituição vigente, isto é, fizeram com que o Estado brasileiro experimentasse um novo momento em relação à valorização da pessoa humana, em que deixava para trás o cerceamento, o aviltamento e a limitação de liberdades, consagrando em seu texto constitucional rol significativo de direitos fundamentais.

O reconhecimento da centralidade dos direitos humanos corresponde a um novo traço de nossos tempos, sendo certo que independentemente se a proteção dos direitos do indivíduo seja concebida por normas de direito interno ou de direito internacional e deverá haver a prevalência da norma mais protetiva em favor da pessoa humana.

De fato, a prevalência dos direitos humanos nas relações internacionais, a inserção da dignidade da pessoa humana como fundamento da República e o grande catálogo de direitos fundamentais na Carta de 1988 constituem marcos importantes no processo de redemocratização do país e traduzem o reconhecimento da existência de limites e condicionamentos à noção de soberania estatal.

Rompe-se definitivamente com a ideia de soberania absoluta para uma concepção flexibilizada em prol da pessoa humana e da proteção de seus direitos.

Não por acaso é que nos últimos 30 anos, após a promulgação da Constituição cidadã, o Brasil ratificou inúmeros tratados[22] de direitos humanos e confirmou o compromisso com a visão humanizadora consagrada na ordem constitucional vigente.[23]

---

21 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição.* 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998, p. 1081-1082.

22 GUERRA, Sidney. O tema da incorporação dos tratados de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro sempre foi alvo de grandes controvérsias e não por acaso é que surgiram várias correntes interpretativas sobre a incorporação dos tratados de direitos humanos no Brasil.

23 CHAVES, Denisson Gonçalves; SOUSA, Mônica Teresa Costa. *O controle de convencionalidade e a autoanálise do poder judiciário brasileiro*. Disponível em https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/43787. Acesso em 29/05/2018. "A EC nº 45/2004 representa um marco no que se refere ao controle de convencionalidade no Brasil e à atuação do Poder Judiciário na proteção dos direitos humanos. A inserção desse dispositivo no texto constitucional resultou nas seguintes alterações: 1) passa a existir uma dupla compatibilidade vertical material para produção normativa no direito doméstico: a compatibilidade das leis com a Constituição e a compatibilidade das leis com as convenções e tratados internacionais de direitos humanos; 2) passa a haver dois regimes de diplomas internacionais de direitos humanos na ordem jurídica brasileira; 3) passa a ser possível a utilização de ações

O artigo 4º, inciso II da Carta Magna confere tal relevância aos direitos humanos aos estabelecer que "a República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: prevalência dos direitos humanos". A título de exemplo, podem ser destacados alguns marcos importantes para o fortalecimento da matéria:

> a) Adesão à Convenção Americana de Direitos Humanos, em 1992;
>
> b) Reconhecimento da jurisdição obrigatória e vinculante da Corte Interamericana de Direitos Humanos, em 1998;
>
> c) Adesão ao Protocolo facultativo à Convenção para eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher, em 2002;
>
> d) Reconhecimento da competência do Comitê para a eliminação de toda forma de discriminação racial, em 2002;
>
> e) Reconhecimento da competência do Comitê contra a tortura, em 2006;
>
> f) Reconhecimento da competência do Comitê dos direitos das pessoas com deficiência e ratificação do Protocolo facultativo ao Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, em 2009;
>
> g) Vários outros atos e tratados internacionais em matéria de direitos humanos.

Indubitavelmente que o sistema de proteção dos direitos humanos, seja o internacional e regional (americano), desempenham relevante papel para a ordem jurídica brasileira. No caso do último, evidencia-se que foi constituído pela Convenção Americana de Direitos Humanos, adotada e aberta à assinatura na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, em São José da Costa Rica, em 22 de novembro do ano de 1969. A referida Convenção entrou em vigência no ano de 1978, sendo que os Estados que fazem parte da Organização dos Estados Americanos poderiam aderir à referida Convenção.

A adesão do Brasil se deu por meio do Decreto n. 678, de 06 de novembro de 1992, que promulgou a Convenção Americana de Direitos Humanos e pelo Decreto n. 5.174, de 09 de agosto de 2004, que promulgou a Declaração de Reconhecimento da Competência Obrigatória da Corte Interamericana em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

Ainda assim, há muitos profissionais (advogados, juízes e promotores) que desprezam e/ou desconhecem o direito internacional. Esse déficit em relação as normas jurídicas internacionais, e, em especial, ao direito internacional dos direitos humanos[24], tem impactado diretamente sobre a atuação

constitucionais (ADI, ADC, ADPF, ADO) para exercer o controle de convencionalidade no País. Mas, além das modificações supramencionadas, entende-se que a mudança substancial na aplicação do controle de convencionalidade no Brasil seja o giro hermenêutico do Poder Judiciário brasileiro, com a retificação do entendimento do Supremo Tribunal Federal em relação ao conflito entre direito interno e direito internacional, possibilitando ao Judiciário uma visão holística e integracionista do Direito."

[24] GUERRA, Sidney. *Direito internacional dos direitos humanos.* 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

dos diversos profissionais neste campo e, por consequência, sobre a questão relativa ao controle de convencionalidade realizado por tribunais nacionais[25].

Para corroborar o afirmado, verificou-se em estudo recente[26] a atuação do Superior Tribunal de Justiça nesta matéria, que na data de hoje contabiliza apenas 08 (oito) incidências[27].

Neste, cuja proposta é a de verificar os casos que se apresentaram no Supremo Tribunal Federal[28], o resultado ainda foi pior. Ao acessar o sítio eletrônico da Suprema Corte[29] e realizar "busca jurisprudencial" com a expressão "controle de convencionalidade", apareceram apenas 02 acórdãos**:** o HC 141949 / DF - DISTRITO FEDERAL - HABEAS CORPUS, cujo relator foi o Min. GILMAR MENDES, em julgamento realizado na Segunda Turma, no dia 13/03/2018 e a ADI 5240 / SP - SÃO PAULO - AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE, cujo Relator foi o Min. LUIZ FUX, em decisão proferida pelo Tribunal Pleno em 20/08/2015, que serão analisadas a seguir:

[25] Na mesma Direção CHAVES, Denisson Gonçalves; SOUSA, Mônica Teresa Costa, op. cit., "A resistência dos juízes e tribunais nacionais em exercer o controle de convencionalidade e aplicar os tratados e convenções internacionais de direitos humanos não é um problema meramente dogmático, mas um óbice comportamental e cultural da magistratura brasileira, que reluta às transformações dinâmicas da sociedade globalizada, apegando-se ao conservadorismo hermético que, demasiadas vezes, inviabiliza a efetivação de direitos e liberdades.

[26] GUERRA, Sidney; GUERRA, Caio Grande. *O controle de convencionalidade no Superior Tribunal de Justiça brasileiro.* Revista Electrónica Cordobesa de Derecho Internacional Público – Núm. 1 (2017). Disponível em https://www.dipublico.org/108306/revista-electronica-cordobesa-de-derecho-internacional-publico-num-1-2017.

[27] Conforme sítio eletrônico do Superior Tribunal de Justiça. Disponível em http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?newsession=yes&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&livre=controle+de+convencionalidade. Acesso em 05/05/2018.

[28] É bem verdade que o Supremo Tribunal Federal apreciou outros casos em que teve a oportunidade de realizar o Controle de Convencionalidade. De toda sorte, para empreender este estudo foram utilizadas as expressões "controle de convencionalidade" e o resultado foi insignificante, se for levado em consideração o atual estágio de proteção dos direitos humanos no sistema global e no sistema interamericano.

[29] Neste particular, FERREIRA, Siddharta Legale. *A Corte Interamericana de Direitos Humanos como tribunal constitucional transnacional.* Tese de doutorado: UERJ, 2017, p. 334, teve a oportunidade de apresentar meticuloso estudo sobre os casos apreciados pelo STF. Foram utilizadas outras formas de busca, como por exemplo "Corte Interamericana de Direitos Humanos". Ainda assim, observem os resultados nada satisfatórios auferidos pelo autor: "Um dado geral é bastante revelador: até 2004, não há nenhum acórdão fazendo referência à Corte Interamericana de Direitos Humanos. Até janeiro de 2017, cerca de 28 vezes." E complementa: " (...) as violações ou graus de proteção inferiores de proteção aos direitos humanos podem estar sendo chanceladas pela postura do STF de ignorar solenemente a jurisprudência da Corte Interamericana. (...) O controle de convencionalidade realizado pela própria Corte IDH, cujas bases foram criadas no caso Barrios Altos x Peru (2001), estão sendo desrespeitadas, o que poderá declarar a responsabilidade de qualquer um dos Poderes, caso uma medida venha a violar os direitos humanos no caso concreto. Por outro lado, essa ignorância solene descumpre também com um dever próprio: o de realizar o controle difuso de convencionalidade, como determinado no caso Almonacid Arellos e outros x Chile (2006), expandindo a decisão fixada em Barrios Altos (2001), ao consignar ser também incumbência dos juízes nacionais fazer respeitar a Convenção Americana."

a) Ação Direta de Inconstitucionalidade 5240 /SP – São Paulo

A Ação Direta de Inconstitucionalidade ADI 5240 **/** SP, que contou com a relatoria do Ministro Luiz Fux, cuja decisão foi proferida pelo Tribunal Pleno, em 20/08/2015, apresenta a seguinte Ementa:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. PROVIMENTO CONJUNTO 03/2015 DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA. 1. A Convenção Americana sobre Direitos do Homem, que dispõe, em seu artigo 7º, item 5, que "toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz", posto ostentar o status jurídico supralegal que os tratados internacionais sobre direitos humanos têm no ordenamento jurídico brasileiro, legitima a denominada "audiência de custódia", cuja denominação sugere-se "audiência de apresentação". 2. O direito convencional de apresentação do preso ao Juiz, consectariamente, deflagra o procedimento legal de habeas corpus, no qual o Juiz apreciará a legalidade da prisão, à vista do preso que lhe é apresentado, procedimento esse instituído pelo Código de Processo Penal, nos seus artigos 647 e seguintes. 3. O *habeas corpus ad subjiciendum*, em sua origem remota, consistia na determinação do juiz de apresentação do preso para aferição da legalidade da sua prisão, o que ainda se faz presente na legislação processual penal (artigo 656 do CPP). 4. O ato normativo sob o crivo da fiscalização abstrata de constitucionalidade contempla, em seus artigos 1º, 3º, 5º, 6º e 7º normas estritamente regulamentadoras do procedimento legal de habeas corpus instaurado perante o Juiz de primeira instância, em nada exorbitando ou contrariando a lei processual vigente, restando, assim, inexistência de conflito com a lei, o que torna inadmissível o ajuizamento de ação direta de inconstitucionalidade para a sua impugnação, porquanto o status do CPP não gera violação constitucional, posto legislação infraconstitucional. 5. As disposições administrativas do ato impugnado (artigos 2º, 4° 8°, 9º, 10 e 11), sobre a organização do funcionamento das unidades jurisdicionais do Tribunal de Justiça, situam-se dentro dos limites da sua autogestão (artigo 96, inciso I, alínea a, da CRFB). Fundada diretamente na Constituição Federal, admitindo *ad argumentandum* impugnação pela via da ação direta de inconstitucionalidade, mercê de materialmente inviável a demanda. 6. *In casu*, a parte do ato impugnado que versa sobre as rotinas cartorárias e providências administrativas ligadas à audiência de custódia em nada ofende a reserva de lei ou norma constitucional. 7. Os artigos 5º, inciso II, e 22, inciso I, da Constituição Federal não foram violados, na medida em que há legislação federal em sentido estrito legitimando a audiência de apresentação. 8. A Convenção Americana sobre Direitos do Homem e o Código de Processo Penal, posto ostentarem eficácia geral e erga omnes, atingem a esfera de atuação dos Delegados de Polícia, conjurando a alegação de violação da cláusula pétrea de separação de poderes. 9. A Associação Nacional dos Delegados de Polícia – ADEPOL,

entidade de classe de âmbito nacional, que congrega a totalidade da categoria dos Delegados de Polícia (civis e federais), tem legitimidade para propor ação direta de inconstitucionalidade (artigo 103, inciso IX, da CRFB). Precedentes. 10. A pertinência temática entre os objetivos da associação autora e o objeto da ação direta de inconstitucionalidade é inequívoca, uma vez que a realização das audiências de custódia repercute na atividade dos Delegados de Polícia, encarregados da apresentação do preso em Juízo. 11. Ação direta de inconstitucionalidade PARCIALMENTE CONHECIDA e, nessa parte, JULGADA IMPROCEDENTE, indicando a adoção da referida prática da audiência de apresentação por todos os tribunais do país.

Como pode se observar, não há qualquer menção ao Controle de Convencionalidade na ementa acima indicada. O mesmo também ocorre na decisão proferida pelo Pleno do STF[30] que tampouco indica a expressão. Todavia, ao fazer a leitura do inteiro teor do Acórdão, foram identificadas menções ao controle de convencionalidade.

Por ocasião do julgamento, os Ministros suscitaram vários aspectos interessantes, tendo gerado, inclusive, muitos debates e apartes. Nesta ADI, em realidade, não foi aplicado qualquer tipo de controle de convencionalidade, sendo objeto de rápidas menções por 3 Ministros. Apenas isso. E por qual motivo o fizeram? Muito provavelmente em razão de ter sido mencionado o Pacto de São José da Costa Rica no Provimento Conjunto 03/2015, da Presidência do Tribunal de Justiça e da Corregedoria-Geral de Justiça do Estado de São Paulo e versar sobre os tratados de direitos humanos recepcionados pela ordem jurídica brasileira com status supralegal.

Sem embargo, a ação direta de inconstitucionalidade, com pedido de medida cautelar, foi ajuizada pela Associação dos Delegados de Polícia do Brasil – ADEPOL/BRASIL, que arguiu a inconstitucionalidade da totalidade dos dispositivos do Provimento Conjunto 03/2015, da Presidência do Tribunal de Justiça e da Corregedoria-Geral de Justiça do Estado de São Paulo, que disciplinou as audiências de custódia no âmbito daquele tribunal. Na motivação para elaboração do Provimento Conjunto 03/2015, em formato de "considerandos", fez-se menção a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, como se vê:

[30] O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, conheceu em parte da ação e, na parte conhecida, julgou improcedente o pedido, vencido o Ministro Marco Aurélio, que preliminarmente julgava extinta a ação e, no mérito, julgava procedente o pedido formulado. Falaram, pelo *amicus curiae* Defensoria Pública da União, o Dr. Antonio Ezequiel Inácio Barbosa, Defensor Público Federal, e, pelo *amicus curiae* Defensoria Pública do Estado do Espírito Santo, o Defensor Público-Geral do Estado, Dr. Leonardo Oggioni Miranda. Ausentes, justificadamente, o Ministro Dias Toffoli, participando, na qualidade de Presidente do Tribunal Superior Eleitoral, da 2ª Assembleia Geral e Conferência Internacional da Associação Mundial de Órgãos Eleitorais, organizadas pela Associação Mundial de Órgãos Eleitorais (AWEB), e a Ministra Carmen Lúcia, participando do 11º Fórum Brasileiro de Controle da Administração Pública, no Rio de Janeiro/RJ. Presidiu o julgamento o Ministro Ricardo Lewandowski. Plenário, 20.08.2015.

> "CONSIDERANDO que o Brasil, no ano de 1992, ratificou a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (pacto de San Jose da Costa Rica) que, em seu artigo 7º, item 5, dispõe: 'toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais';"

Especificamente em relação ao ponto que tem pertinência com este estudo, evidenciou-se que a autora aduziu que a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica) não poderia servir de fundamento para a edição do provimento atacado, visto que, segundo entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário 466.343, tratados internacionais sobre direitos humanos ratificados pelo Brasil ingressariam no ordenamento jurídico nacional com status supralegal, de modo que, na sua ótica, não seria possível a sua regulamentação direta através da espécie normativa empregada pelo Tribunal de Justiça de São Paulo.

O Advogado-Geral da União se manifestou pelo não conhecimento da ação direta, por se voltar contra ato normativo meramente regulamentar e no mérito argumentou que o pedido não procede, por não se vislumbrar no ato normativo do TJSP violação aos artigos 5º, inciso II, e 22, inciso I, da Constituição Federal. Segundo o Advogado-Geral da União, o provimento hostilizado seria um ato de organização interna do TJSP para atendimento de direitos previstos no artigo 7º, item 5, da Convenção Americana de Direitos Humanos e no artigo 9º, item 3, do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, ambos ratificados pelo Brasil. Dessa forma, tendo os referidos tratados internacionais a natureza jurídica de norma supralegal, poderiam servir de fundamento de validade para a edição de provimento exclusivamente organizador dos órgãos jurisdicionais ou administrativos do TJSP, que agiu amparado pelo artigo 96, inciso I, da Constituição Federal.

Por fim, o Ministério Público Federal opinou pela extinção do processo, sem resolução do mérito, uma vez que a presente ADI teria como objeto ato normativo secundário e no mérito pronunciou-se pela improcedência do pedido, ressaltando que Convenção Americana de Direitos Humanos e o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos trariam disposições de estatura supralegal vigentes na ordem jurídica brasileira, inclusive já apreciadas e aprovadas pelo Congresso Nacional e pelo Presidente da República, no seu processo de ratificação e internalização. Assim, tais normas supralegais teriam sido apenas regulamentadas pelo Provimento Conjunto 03/2015 do TJSP, o qual não traria, por sua vez, qualquer inovação processual, nem violaria a separação dos poderes, somente regulando o funcionamento interno dos serviços judiciários, com arrimo no artigo 96, inciso I, alínea a, da Constituição Federal. Ajuntou que o provimento fustigado estaria em sintonia com os princípios da dignidade da pessoa humana, do devido processo legal, da ampla defesa e da liberdade, além de permitir um tratamento mais humanizado ao preso, a redução da população carcerária e o cumprimento pelo Brasil de compromisso assumido no plano internacional.

Especificamente em relação ao controle de convencionalidade, o Ministro Teori Zavascki, em seu voto, faz menção ao Pacto de São José da Costa Rica e na oportunidade lembrou das teorias sobre os tratados de direitos humanos no Brasil:

> "A questão surgiu com a Emenda nº 45, que veio a conferir certas características especiais às convenções sobre direitos humanos. Essa convenção foi anterior à Emenda nº 45, por isso que se gerou debate. Mas, mesmo que seja considerada, como reza a jurisprudência do Supremo, uma norma de hierarquia supralegal (e não constitucional), penso que o controle - que se poderia encartar no sistema de controle da convencionalidade - deve ser exercido para aferir a compatibilidade da relação entre uma norma supralegal e uma norma legal. E o exercício desse controle só pode ser da competência do Supremo Tribunal Federal. De modo que não vejo nenhuma dificuldade em exercer esse controle de convencionalidade no caso concreto. Independentemente da determinação do Pacto de São José da Costa Rica e do próprio Código de Processo Penal, como mostrou o Relator, existem certas situações em que a apresentação do preso imediatamente ao juiz decorre da natureza do delito pelo qual ele é acusado e da funcionalidade do próprio sistema."

Na sequência o Ministro Gilmar Mendes assentou:

> "Acho que o debate é extremamente oportuno e importante, inclusive, agora o ponto que Vossa Excelência mencionou - queria cumprimentá-lo pelo voto - e também para o ponto ao qual chama atenção o Ministro Teori, que é essa questão do possível controle de convencionalidade, que dizer, como nós vamos lidar com isso a partir da própria jurisprudência do Tribunal. Mas há um outro ponto que eu já tinha até anotado em textos e, na verdade, é até um processualista alemão que chama a atenção tendo como base Werner Beulke. Ele chama a atenção para a Convenção, a influência da Convenção Europeia de Direitos Humanos no Direito Penal e no Direito Processual Penal. E, aí, é até uma coisa curiosa, embora as normas não tenham força normativa, como regra geral etc., ele até faz uma anotação direto, mas nos diz: essas normas começam a ser lidas com o conteúdo - as normas constitucionais, como, por exemplo, a cláusula do devido processo legal - que lhes dá um dado tratado ou Convenção Internacional."

Por fim, a última menção ao Controle de Convencionalidade, nesta ADI, coube ao Ministro Luis Roberto Barroso que assentou:

> "Aí eu vou votar divergente, porque a minha tese é: um ato normativo secundário do Tribunal de Justiça regulamentou um instituto que já está internalizado no Direito brasileiro por uma norma infraconstitucional. Portanto, pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, não cabe controle de constitucionalidade em ação direta. É um ato normativo secundário que sequer questiona, do ponto de vista material, a audiência de custódia. Ele menciona a audiência de custódia apenas para dizer, sem explicar, que, diante da Convenção de Costa Rica, houve impropriedade no meio empregado no provimento conjunto. Portanto, não há nenhuma objeção ao conteúdo material da Convenção para que se faça um controle de convencionalidade se nós evoluíssemos para achar que cabe. A questão aqui é bem mais simples: um ato normativo secundar um provimento de Tribunal que não inovou no ordenamento."

Com efeito, os Ministros do Supremo Tribunal Federal, embora a questão apresentasse como "pano de fundo" a Convenção Americana e mais ainda, aspectos relativos a proteção dos direitos

humanos, não se manifestaram sobre o controle de convencionalidade, e se limitaram apenas a fazer breves menções sobre o mesmo.

b) Habeas Corpus 141.949 – Distrito Federal

O outro caso que aparece na busca do Supremo Tribunal Federal com a expressão "controle de convencionalidade" é o Habeas Corpus 141.949 – Distrito Federal – DF, onde colhe-se a ementa:

> "*Habeas corpus*. 2. Crime de desacato a militar (art. 299 do Código Penal Militar). 3. **Controle de constitucionalidade** (arts. 1º; 5º, incisos IV, V e IX, e 220 da Constituição Federal) **e de convencionalidade** (art. 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica). 4. Alegada ofensa à liberdade de expressão e do pensamento que se rejeita. 5. Criminalização do desacato que se mostra compatível com o Estado Democrático de Direito. 6. Ordem denegada." (grifei)

O controle de convencionalidade sobre a criminalização do desacato já foi objeto de análise no Superior Tribunal de Justiça, ocasião em que os Ministros daquele Tribunal proferiram importante decisão em relação a esta matéria[31], mas que infelizmente, em decisão posterior, o entendimento foi modificado com argumentos nada convincentes e que demonstram verdadeiro retrocesso neste campo.

Este caso, submetido ao crivo do Supremo Tribunal Federal, versou sobre *habeas corpus* com pedido de medida liminar, impetrado por Rafael de Deus Garcia, em favor de Admys Francisco de Sousa Gomes, contra decisão do Superior Tribunal Militar, que negou provimento à Apelação 3-46.2016.7.11.0211/DF, ementada nos seguintes termos:

> "APELAÇÃO. MPM. DEFESA. DESACATO. PRELIMINAR DE NULIDADE DO JULGAMENTO. DOLO CARACTERIZADO. 1. Não caracteriza nulidade do julgamento, por ofensa ao Princípio da Correlação ou por excesso de linguagem do Juiz, quando os fundamentos expostos na Sentença estão em estrita consonância com as provas dos autos e com o pedido contido na Denúncia. 2. Resta caracterizado o dolo, elemento subjetivo do tipo, quando o Réu se refere à autoridade militar utilizando termo desrespeitoso, com a clara intenção de menosprezar sua função militar. Preliminar de nulidade do julgamento rejeitada. Decisão unânime. Recursos conhecidos e não providos. Decisão unânime".

Com efeito, segundo consta nos autos, o paciente foi condenado à pena de 6 meses de detenção, como incurso no art. 299 do CPM, com benefício do *sursis* pelo prazo de 2 anos, o direito de apelar em liberdade e o regime prisional inicialmente aberto. Irresignada a defesa apresenta o presente *habeas corpus*, **com o intuito de se discutir a constitucionalidade e não convencionalidade do crime de desacato aplicado a civis no âmbito da Justiça Militar da União**. Alega-se que ao condenar o paciente: (...) como incurso no crime tipificado no art. 299 do Código Penal Militar, assentando o

[31] GUERRA, Sidney, GUERRA, Caio, op. cit.,

entendimento de que o crime de desacato não viola a Constituição Federal e tampouco o Pacto de São José da Costa Rica. (grifei)

Afirma-se que a decisão desse Superior Tribunal vai de encontro ao entendimento do Superior Tribunal de Justiça, que, aos 15 de dezembro de 2016, em decisão unânime na Quinta Turma (REsp Nº 1.640.084 - RELATOR: MINISTRO RIBEIRO DANTAS), descriminalizou a conduta tipificada como crime de desacato, por entender que a tipificação ofende o art. 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica). (…) Tal quadro de insegurança impõe a necessidade de provocação desta Suprema Corte, a fim de que exare um entendimento unificado acerca da possibilidade de processo e julgamento por civis pelo crime de desacato. [32]

Vale ressaltar que a defesa fez menção a decisão prolatada pelo Superior Tibunal de Justiça sobre controle de convencionalidade, mas que neste caso o que estaria em jogo era a constitucionalidade do crime de desacato aplicado a civis no âmbito da Justiça Militar.

Ao final, na apreciação de mérito, houve a declaração de nulidade da condenação imposta ao paciente, em razão de sua não convencionalidade (violação do art. 13 da CADH) e inconstitucionalidade (violados os art. 5º, IV, V, IX e art. 220 da Constituição Federal.

O Relator – Ministro Gilmar Mendes – proferiu seu voto[33] com larga fundamentação acerca do crime de desacato a militar, valendo-se, inclusive, de robusto alicerce doutrinário em direito penal para, na sequência, tratar um pouco, dos aspectos do direito internacional dos direitos humanos[34] e chegar ao seguinte entendimento:

---

[32] Apresentou-se o requerimento liminar de suspensão dos efeitos da condenação imposta ao paciente, sob o argumento de que eventual demora no julgamento do presente HC apresenta real risco de perecimento do objeto apresentado, uma vez que pode não ser capaz de afastar a coação ilegal que pesa sobre o paciente, o que impõe a necessidade e conveniência da suspensão dos efeitos da decisão condenatória.

[33] O Ministro Gilmar Mendes contextualiza a matéria logo no início de seu voto: "Aduz o impetrante, em síntese, que a condenação de um civil pela Justiça Militar, por crime de desacato, ofende o art. 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos, bem como os artigos 5º, incisos IV, V e IX, e 220 da Constituição Federal, os quais garantem a liberdade de expressão e de pensamento. Por ter desacatado o 2º Sargento do Exército Átila Ferro Corrêa, que se encontrava no exercício de suas funções no Batalhão da Guarda Presidencial, chamando-o de "palhaço", foi imputado ao paciente o crime previsto no art. 299 do CPM, tendo sido condenado pelo Superior Tribunal Militar à pena de 6 meses de detenção, regime inicial aberto, com direito ao *Sursis*."

[34] "Sabe-se que os tratados de direitos humanos têm para nós significado ímpar, extraindo da Constituição Federal a sua condição de validade. Sobre a incorporação dos tratados ao direito interno, após a entrada em vigor da Emenda Constitucional 45/2004, possibilitou-se elevar aqueles relativos a direitos humanos ao patamar das emendas constitucionais (art. 5º, § 3º, da Constituição). Para tanto, devem esses tratados ser aprovados pelo Poder Legislativo (posteriormente, ratificados pelo Executivo) por três quintos dos votos de cada uma das suas Casas, em dois turnos de votação. Registre-se que já anteriormente à referida EC, a partir de decisões do STF, elevou-se o *status* dos tratados de direitos humanos a patamar *superior* ao das leis ordinárias, evoluindo relativamente às decisões anteriores (desde a década de 70, no RE 80.004/SE) que equiparavam os tratados internacionais

> "Destarte, para além do controle *de constitucionalidade*, o modelo brasileiro atual comporta, também, um controle *de convencionalidade* das normas domésticas."

A partir daí, o Ministro Gilmar Mendes constrói seu entendimento de maneira clara, é verdade, e apresenta aspectos interessantes relativos às liberdades; à Constituição da República; e mesmo ao Sistema Interamericano. Neste ponto, há concordância com o posicionamento e decisão do Ministro.

Por outro lado, a visão que apresenta neste caso do Direito Internacional dos Direitos Humanos é bastante restritiva e faz menção ao "Pacto de São José da Costa Rica como parâmetro do controle de convencionalidade do ordenamento jurídico interno". [35]

Sem embargo, urge que o Supremo Tribunal Federal tome conhecimento das normas de proteção internacional dos direitos humanos e, particularmente, o acervo existente no próprio sistema interamericano de proteção. Assim, é indubitável que compete ao Supremo realizar o controle de convencionalidade de maneira difusa.

A partir do entendimento acima esposado alguns questionamentos podem ser formulados: E quanto a todas as outras normas jurídicas internacionais que fazem parte da ordem jurídica brasileira? Não devem ser também utilizadas como parâmetro para se realizar o controle de convencionalidade?

O Ministro Edson Fachin, diferentemente do Ministro Relator, logo no início de seu voto já procura empreender valoração diferenciada para os tratados de direitos humanos e acentua:

O cerne da impetração consiste na análise de compatibilidade entre o crime de desacato, previsto no art. 299 do Código Penal Militar, e a Constituição da República, lida em conjunto com os tratados de direitos humanos de que a República Federativa do Brasil faz parte. A leitura conjunta de ambos os diplomas normativos é indispensável para que se leve a sério o disposto no art. 5º, § 2º, da CRFB, também conhecido por "cláusula de abertura". Não deve o intérprete partir do pressuposto de que há eventual incompatibilidade entre a Constituição e o Pacto de São José da Costa Rica, como se, por meio de uma simples referência à hierarquia normativa, a *ratio decidendi* das decisões dos órgãos de direitos humanos pudesse simplesmente ser olvidada. É desnecessário, pois, falar-se em controle de convencionalidade no direito brasileiro, porquanto a cláusula constitucional de abertura, art. 5º, §

(quaisquer que fossem, de direitos humanos ou não) ao nível da legislação ordinária. Assim, se os tratados de direitos humanos podem ser (i) *equivalentes* às emendas constitucionais (nos termos do art. 5º, § 3º, da Constituição Federal), *se aprovados pelo Legislativo após a EC 45/2004*, ou ainda (ii) *supralegais* (segundo o entendimento atual do STF RE 349.703/RS), *se aprovados antes da referida Emenda*, o certo é que, estando *acima* das normas infraconstitucionais, hão de ser *também* paradigma de controle da produção normativa doméstica."

[35] Ao que parece, o Ministro Gilmar Mendes faz o controle de convencionalidade nesta passagem: "a uma simples leitura do dispositivo supracitado não se infere qualquer afronta na tipificação do crime de desacato. Não houve revogação da norma penal, mas recepção pela regra supralegal."

2º, da CRFB, incorpora no **bloco de constitucionalidade** os tratados de direitos humanos de que faz parte a República Federativa do Brasil."[36]

Fachin, ainda nas suas considerações preliminares, destaca que o mais importante do que saber se, por força do disposto no Artigo 62 do Pacto de São José, ou pela aplicação do princípio da interpretação evolutiva do Artigo 31, § 3º, da Convenção de Viena, são ou não obrigatórios os precedentes do Sistema Interamericano, **é investigar as razões pelas quais determinada conduta é ou não incompatível com a proteção dos direitos humanos** e enfatiza o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, no HC 379.269, datado de 30 de junho de 2017, sobre o lastimável entendimento sobre a Comissão Interamericana de Direitos Humanos[37]:

> "É evidente que, de modo diverso do que assentou o Superior Tribunal de Justiça no HC 379.269, as inúmeras manifestações dos órgãos do Sistema Americano não são meras recomendações aos Estados-parte, mas, na linha do disposto no art. 31, § 3º, da Convenção de Viena, verdadeira medida de interpretação evolutiva. (...) A menos que se subverta por completo os precedentes desta Corte Suprema, é evidente que os argumentos trazidos pelos órgãos do sistema interamericano foram plenamente albergados pelo Supremo Tribunal Federal."

Outro aspecto interessante suscitado por este Ministro, recai no entendimento, também firmado pelo Ministro Celso de Mello, sobre o bloco de constitucionalidade, que alcança não apenas o texto da Constituição, mas também tratados e convenções de direitos humanos dos quais o Brasil seja parte.

---

[36] Na ADI 4.439, sobre o ensino religioso em escolas públicas, o Ministro Fachin assentou que: "Os tratados de direitos humanos, na linha do disposto no art. 5º, § 2º, da CRFB, têm natureza constitucional. Essa afirmação, ao implicar uma equiparação hierárquica entre as fontes dos direitos fundamentais e dos direitos humanos, impõe que a atividade judicante exercida por este Tribunal e pelos Tribunais de Direitos Humanos seja efetivamente dialógica e complementar. Noutras palavras, não há necessária submissão de uma ordem à outra. Com efeito, o direito a ser significado por um Tribunal é objeto de uma pluralidade de compreensões, a revelar típico desacordo moral razoável, na conhecida acepção de Jeremy Waldron. A solução, em casos tais, deve ser a que melhor se adeque à fundamentação democrática do estado constitucional, ou seja, não apenas a que dê primazia à pessoa humana, fundada no princípio *pro homine*, mas a que tenha em conta o valor igual de cada pessoa em dignidade."

[37] "É certo que, ao contrário do que lamentavelmente assentou o Superior Tribunal de Justiça, quando do julgamento do HC 379.269, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Rel. para o Acórdão Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Terceira Seção, DJe 30.06.2017, a função da Comissão Interamericana, ao interpretar as normas do sistema interamericano, corrobora para a correta interpretação da Convenção, contribuindo decisivamente para a atividade jurisdicional dos Estados e da Corte. Os órgãos do sistema interamericano registraram, em diversas oportunidades, que os chamados delitos de desacato são incompatíveis com o direito à liberdade de expressão e pensamento, tal como expresso no Artigo 13 do Pacto de São José. (...) No Informe sobre la Compatibilidad entre las Leyes de Desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (OEA/ ser L/V/II.88, Doc. 9 ver (1995)), a Comissão Interamericana assentou que "a penalização de qualquer tipo de expressão só pode aplicar-se em circunstâncias excepcionais nas quais exista uma ameaça evidente e direta de violência anárquica" e que, por isso, "a proteção especial que as leis de desacata dão aos funcionários públicos contra uma linguagem insultante ou ofensiva é incongruente com o objetivo de uma sociedade democrática de fomentar o debate público". A Corte Interamericana, no caso Palamara Iribarne v. Chile (sentença de 22 de novembro de 2005) afirmou que "a legislação sobre desacata aplicada ao senhor Palamara Iribarne estabelecia sanções desproporcionais por realizar críticas sobre o funcionamento das instituições estatais de seus membros, suprimindo o debate essencial para o funcionamento das instituições estatais" (par. 88)."

Independentemente da compreensão do Ministro sobre a matéria, que discordou do posicionamento do Ministro Relator Gilmar Mendes e deferiu a ordem de Habeas Corpus quanto ao reconhecimento da nulidade da condenação imposta pelo Superior Tribunal Militar, ganha particular relevo, neste estudo, os aportes firmados por Fachin sobre a apreciação da matéria no plano constitucional ou do bloco de constitucionalidade (abarcando aqui os tratados e convenções sobre direitos humanos).

Os Ministros Ricardo Lewandowski e Dias Toffoli limitaram-se a acompanhar o voto do Ministro Relator e o Ministro Celso Mello encontrava-se ausente.

4 À guisa de conclusão: o desprestígio do controle de convencionalidade por parte do Supremo Tribunal Federal

Apesar de a Constituição de 1988 ter sido extremamente pródiga na enunciação de direitos inerentes à pessoa humana, seja na consagração de Direitos Fundamentais, seja ao estabelecer *lócus* privilegiado dos tratados internacionais de direitos humanos na ordem jurídica interna, o fato de a mais elevada Corte ter se posicionado em número tão diminuto sobre o Controle de Convencionalidade corrobora, de certo modo, o que foi anteriormente afirmado, quanto ao tratamento dispensado às normas de proteção internacional dos direitos humanos por parte dos diversos atores jurídicos (advogados, Ministério Público e Poder Judiciário) que atuam no cenário nacional.

Ademais, ao ser atribuído local e papel de destaque na Carta Magna brasileira para a dignidade da pessoa humana, para os direitos e garantias fundamentais e também a observância da prevalência dos direitos humanos, como um dos princípios regedores do Estado nas relações internacionais, a expectativa era de que os resultados reverberassem na atuação firme do Supremo Tribunal Federal no tocante ao diálogo existente as normas internas e internacionais de proteção de direitos. [38]

[38] SALDANHA, Jânia Maria Lopes. O dever do STF de controlar a convencionalidade. Disponível em http://justificando.cartacapital.com.br/2016/02/29/o-dever-do-stf-de-controlar-a-convencionalidade/ Acesso em 28/05/2018: "(...)O Brasil é signatário da Convenção Americana de Direitos Humanos e reconheceu a jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Assim, a resposta à pergunta antes formulada é sim, o Supremo Tribunal Federal tem o dever de controlar a convencionalidade, porque é uma instituição do Estado brasileiro inserida no contexto de uma ordem regional protetiva dos direitos humanos a que nosso País está voluntariamente vinculado. E à pergunta de Lenio Streck duas outras poderão ser acrescentadas: *1) por que é tão difícil controlar a convencionalidade? 2) por que é tão difícil, quando o tema central do julgamento é o respeito aos direitos humanos, praticar o diálogo interjurisdicional com os juízes da Corte Interamericana?* Claro, razões histórico-jurídico-políticas explicam a reserva de nossa Suprema Corte em usar como elemento argumentativo ou até mesmo como razões de decidir os precedentes da Corte Regional. Mas não são justificáveis do ponto de vista do Direito e da

Todavia, evidenciou-se que as ações deflagradas no âmbito do Supremo Tribunal Federal foram bastante tímidas em relação a esta matéria. Legale, em estudo sobre a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos no Supremo Tribunal Federal, apresenta uma inquietante afirmação:

> "O intrigante é que a jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos, apesar da assinatura do aceite de competência contenciosa depositada na Secretaria da OEA em 10 de dezembro de 1998, não presenciou no Brasil nem de longe uma expansão análoga àquela vivenciada pela postura do STF em considerer a Constituição como norma. Mesmo ciente das diferenças entre a jurisdição constitucional e a jurisdição internacional, a resistência brasileira às transformações culturais à normatividade dos direitos humanos é lamentável. Não houve uma regulação legislativa específica sobre o processo para cumprimento das decisões da Corte IDH. Não houve uma integração efetiva da jurisprudência interamericana – contenciosa e consultiva – na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Não houve um diálogo enttre a Corte nacional e a internacional. O desprestígio é tão sistemático que, em um primeiro momento, não houve menções à jurisprudência da Corte IDH entre 1998 e 2004. E apenas entre 2008 e 2016 as menções começaram a se dar de forma mais sistemática. A jurisprudência da Corte IDH mencionada pelo STF passou de um cenário "nada" para outro onde é "alguma coisa". Mesmo assim, esse alguma coisa se revela bastante incipiente, porque as menções são pontuais nos votos de um ou outro Ministro, possuem equívocos e não representam necessariamente uma adesão ao conteúdo das decisões interamericanas. "[39]

De fato, o posicionamento do Supremo Tribunal Federal é bastante incipiente quando se trata da aplicação das normas de proteção dos direitos humanos provenientes de tratados internacionais de que o Brasil seja parte e, neste particular, no sistema interamericano de proteção.[40]

Tal postura adotada pelo Supremo Tribunal Federal tem gerado um déficit muito significativo, pois se as mesmas (normas internacionais) oferecem grau de proteção maior que as consagradas pelo direito interno e deixam de ser aplicadas, há severos prejuízos para a pessoa humana. A título exemplificativo, verifica-se que os Ministros do Supremo Tribunal Federal não

internacionalização dos direitos humanos. Esse perfil, aliás, foi comum – e ainda o é – para boa parte dos Estados latino-americanos até tempo recente."

[39] FERREIRA, Siddharta Legale. *A Corte Interamericana de Direitos Humanos como tribunal constitucional transnacional.* Tese de Doutorado, Rio de Janeiro: UERJ, 2017, p. 332/333.

[40] Veja a propósito a manifestação de SALDANHA, Jânia, op. cit., sobre a matéria: "Embora tais resistências, a CIDH, desde o caso Loayza Tamayo vs. Peru, julgado em 1997, vem reafirmando o dever de os Estados e de suas instituições controlarem a convencionalidade. Foi o que fez em 26.09.2006 por ocasião do julgamento do caso Almonacid Arellano vs. Chile quando decidiu ser dever de todo juiz nacional controlar a convencionalidade, inclusive de ofício e, em 24.11.2006, quando no caso Trabalhadores demitidos do Congresso vs. Peru a CIDH elevou o controle de convencionalidade à condição de um instituto jurídico. Há hoje, no continente latino-americano, como se sabe, uma rica doutrina jurídica relacionada ao controle de convencionalidade, porque os juristas da América Latina identificaram não só a necessidade de apresentar respostas aos problemas comuns de violações de direitos humanos que experimentamos, quanto de dotar de susbstancialidade as Convenções de direitos humanos, especialmente porque alteraram profundamente o cenário do direito interno e também do direito internacional. Seria extremamente enganador afirmar que o *"jurispudencialismo"* apenas mudou de lugar."

aplicam sequer a disposição contida na Convenção Americana de Direitos Humanos, expressa no artigo 29, que consagra o princípio *pro personae.* Tal fato demonstra total desprezo ao sistema interamericano[41], que o Brasil faz parte, e também ao Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Quanto ao controle de convencionalidade[42] aplicado no plano interno[43], evidenciou-se que serve como instrumento para garantir aplicação mais qualificada não só das normas jurídicas e demais espécies normativas produzidas no sistema doméstico, mas também das decisões emanadas de tribunais internacionais de direitos humanos e, por isso mesmo, o desconhecimento, o desprezo ou a ignorância do mesmo impactará no alcance pleno do que se pretende com os referenciais do Acesso à Justiça[44]. Como apresentado no presente estudo, ao se promover a busca livre no sítio do Supremo

41 Idem, p. 336: "O reduzido número de citações, por si só, revela o desprestígio da Corte Interamericana para os Ministros do STF em suas decisões. Infelizmente, o STF cita mais o Tribunal Constitucional Federal Alemão, que é uma Corte Constitucional estrangeira, cujas interpretações não são vinculantes para o Brasil, do que são decisões da Corte IDH, que é uma Corte Internacional a qual o aderiu formalmente à competência contenciosa desde 1998. O STF parece crer mais no famoso adágio "ainda há juízes em Berlim" para socorrer suas decisões do que há juízes em São José de Costa Rica. Os magistrados alemães, porém, não iriam socorrer os brasileiros, quando o acesso à justiça nacional falhar. Isso cabe à Corte IDH. Não é raro ainda, a Corte IDH ser mencionada, após breves estudos de direito comparado, sem uma clivagem muito clara entre o que é direito internacional ao qual o país aderiu e o que é referência à direito estrangeiro – útil eventualmente para melhorar a qualidade da decisão, mas desprovida de obrigatoriedade."

42 A propósito, *vide* GUERRA, Sidney. *O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o controle de convencionalidade.* São Paulo: Atlas, 2013.

43 CHAVES, Denisson Gonçalves; SOUSA, Mônica Teresa Costa, op. cit: "O controle de convencionalidade apresenta-se como um mecanismo eficiente à proteção e efetivação dos direitos humanos, tanto no Brasil como nos sistemas regionais e transnacionais de proteção aos direitos do homem. As transformações geradas pelo controle de convencionalidade vão além de modificações estruturais – são mudanças de postura e de interpretação do Direito em sua totalidade. Conforme exposto, não é possível admitir que os juízes e tribunais brasileiros restrinjam-se às fontes internas do Direito. Isso porque, para que os direitos e a liberdade dos homens possam ser respeitados, é preciso ir além das limitações políticas do Estado. É forçoso compreender o Direito além do Estado, o Direito sob a perspectiva do ser humano. (...) Na contemporaneidade, o Poder Judiciário é convocado a dizer o direito nas dinâmicas relações sociais. Uma postura de menoscabo com as novas fontes jurídicas (internacionais) é um posicionamento não condizente com a finalidade proposta pelo Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos; por tal motivo, o controle de convencionalidade exsurge como um "dever/poder" de aplicar os direitos humanos no âmbito jurídico interno de cada Estado. O Judiciário brasileiro é marcado pelo autocentrismo, no qual as decisões judiciais reconhecem as fontes jurídicas internas como autossuficientes, sob a égide de uma concepção primitiva de soberania, dando um falso aspecto de esgotamento dos instrumentos normativos de proteção aos direitos humanos. O mito da autossuficiência traduz-se na cegueira de parcela do Judiciário em perceber alternativas eficazes de combate à violação de direitos e liberdades. Defende-se, no presente labor, que o fenômeno do controle de convencionalidade é um despertar sistêmico; um espaço de (re)construção objetiva e cultural do modo de reconhecer os direitos humanos como um conjunto de elementos integralizados. Desse modo, o Poder Judiciário brasileiro tem essa oportunidade de refletir sobre sua função e suas competências, podendo decidir pela integração ou pelo isolamento do Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos. O controle de convencionalidade é um chamamento ao Poder Judiciário, para a defesa do ser humano além das fronteiras territoriais, ideológicas e políticas."

44 Para GRECO, Leonardo. Garantias fundamentais do processo: o processo justo. *Estudos de direito processual.* Campos dos Goytacazes: Faculdade de Direito de Campos, 2005. p.229, "o acesso à justiça é o direito de qualquer cidadão de dirigir-se ao Judiciário e esperar dele um pronunciamento sobre as pretensões apresentadas. Além de possibilitar a obtenção da tutela de um direito, o acesso à justiça abrange também o direito de defesa e de influência na atividade jurisdicional por aquele em face do qual ela foi desencadeada, ou seja, não basta assegurar

Tribunal Federal com as palavras "controle de convencionalidade", apareceram apenas dois casos e isso demonstra o desprestígio da aplicação do controle de convencionalidade pela mais elevada Corte do país; mais ainda: ao próprio Sistema Interamericano de proteção dos direitos humanos[45].

Além disso, a aplicação do referido Controle, nos casos anteriormente identificados, ficou muito aquém daquilo que se espera de um tribunal constitucional[46] que deve observar a compatibilidade da ordem interna com a internacional de direitos humanos e ainda, prezar pela aplicação da norma mais benéfica para o indivíduo, fato que não ocorreu.

Oxalá que a partir deste marco simbólico – 30 anos da Constituição da República Federativa do Brasil - os Ministros do Supremo Tribunal Federal sejam tocados pelas normas de direito internacional dos direitos humanos e apliquem o controle de convencionalidade nos casos correspondentes à matéria.

5 Referências bibliográficas

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição.* 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

CANTOR, Ernesto Rey. *Control de conveniconalidad de las leys y derechos humanos.* Méxixo, D.F.: Porruá, 2008.

CHAVES, Denisson Gonçalves; SOUSA, Mônica Teresa Costa. *O controle de convencionalidade e a autoanálise do poder judiciário brasileiro.* Disponível em https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/43787. Acesso em 29/05/2018.

CONSTITUIÇÃO da República Federativa do Brasil de 1988.

o direito de levar demandas ao conhecimento do Judiciário, mas tem que haver garantia do alcance efetivo da ordem jurídica justa."

45 FERREIRA, Siddharta Legale, op. cit., p. 434 afirma que o STF tem uma tendência em interpretar o Pacto de São José à sua maneira e a partir desta interpretação própria acaba por não cotejar cuidadosamente a interpretação das decisões e opiniões consultivas da Corte Interamericana e complementa: "Analisando os casos por classes processuais (HC, RE, ADI e ADPF), verifica-se não apenas referências superficiais à jurisprudência da CIDH, mas erros grosseiros e reiterados no diálogo com o sistema interamericano. Quanto ao conteúdo, as decisões da Corte IDH ora são citadas para fundamentação a *ratio decidendi*, ora como mero adorno interpretativo lateral.

46 FERREIRA, Siddharta Legale, op. cit., p. 413 também apresenta sua percepção sobre o que o Supremo Tribunal Federal tem feito sobre o sistema interamericano: "O STF tem esvaziado a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Em geral, ignora ao não se reportar ou não aplicar as suas sentenças, medidas provisionais e opiniões consultivas. As menções encontradas nos votos dos Ministros geralmente não passam de um ou dois parágrafos, formando argumentos laterais de um ou outro Ministro, que não chegam, geralmente, a compor a *ratio decidendi* dos acórdãos. (...) A indexação em todas as decisões pesquisadas no STF encontra-se equivocada. As sentenças da Corte IDH foram catalogadas não como uma sentença de uma Corte Internacional, mas sim como se fosse uma sentença de uma Corte estrangeira."

CORTE Interamericana de Direitos Humanos. Disponível em http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/controlconvencionalidad8.pdf

CORTE Interamericana de Direitos Humanos. Disponível em https://www.wcl.american.edu/humright/hracademy/mcourt/registration/documents/2012__bench__memorandum.es.pdf?rd=1

CORTE Interamericana de Direitos Humanos. Disponível em http://www.corteidh.or.cr/pais.cfm?id_Pais=7.

CORTE Interamericana de Direitos Humanos. Caso Masacre de Santo Domingo Vs. Colombia. Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 30 de noviembre de 2012.

FERREIRA, Siddharta Legale. *A Corte Interamericana de Direitos Humanos como tribunal constitucional transnacional.* Tese de Doutorado, Rio de Janeiro: UERJ, 2017.

GRECO, Leonardo. *O processo de execução.* Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

GUERRA, Sidney. *Curso de direito internacional público.* 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

GUERRA, Sidney. *Direitos humanos: curso elementar.* 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

GUERRA, Sidney. *Direito internacional dos direitos humanos.* 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

GUERRA, Sidney. *O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o controle de convencionalidade.* São Paulo: Atlas, 2013.

GUERRA, Sidney; MOREIRA, Thiago Oliveira. Contornos atuais do controle de convencionalidade doméstico. *Los desafíos jurídicos a la gobernanza global: una perspectiva para los próximos siglos.* Brasília: Advocacia-Geral da União, 2017.

GUERRA, Sidney; GUERRA, Caio Grande. *O controle de convencionalidade no Superior Tribunal de Justiça brasileiro.* Revista Electrónica Cordobesa de Derecho Internacional Público – Núm. 1 (2017). Disponível em https://www.dipublico.org/108306/revista-electronica-cordobesa-de-derecho-internacional-publico-num-1-2017.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Tratados internacionais de direitos humanos e direito interno.* São Paulo: Saraiva, 2010.

MOREIRA, Thiago Oliveira. *O exercício do Controle de Convencionalidade pelo Superior Tribunal de Justiça: uma breve análise do voto do Min. Ribeiro Dantas.* Revista FIDES, 15 ed., v. 8, n. 1. Natal: 2017, pg. 99 – 103.

SALDANHA, Jânia Maria Lopes. *O dever do STF de controlar a convencionalidade.* Disponível em http://justificando.cartacapital.com.br/2016/02/29/o-dever-do-stf-de-controlar-a-convencionalidade/ Acesso em 28/05/2018.

Como citar este artigo

GUERRA, S. Controle De Convencionalidade No Supremo Tribunal Federal?. **Revista Pan-americana de Direito**, Curitiba (PR), v. 1, n. 1, 2021. Disponível em: https://periodicosfapad.emnuvens.com.br/rtpj/article/view/14.