

# O Supremo Tribunal Federal e o controle interno de convencionalidade na base dos tratados internacionais de direitos humanos aos trinta anos da Constituição Federal

*Ingo Wolfgang Sarlet*<sup>1,2</sup>

Desembargador do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul

## 1. Introdução

Dentre os problemas que se situam nesse contexto mais ampliado, e que constitui precisamente o objeto do presente estudo, a relação entre a Constituição Federal Brasileira de 1988 (doravante apenas CF), a ordem jurídica interna (nacional) como um todo, e os direitos humanos previstos nos tratados internacionais ratificados pelo Brasil, assume cada vez maior relevância, resultando gradualmente na incorporação daquilo que se costuma designar – a partir da proposta feita no Brasil por Valério Mazzuoli<sup>3</sup> e inspirada no modelo francês – de um controle de convencionalidade dos atos normativos internos, ou seja, de um controle da compatibilidade entre a legislação nacional e os parâmetros postos pelos tratados internacionais.

Como a experiência brasileira e a evolução já desde antes da promulgação da Constituição Federal de 1988 (CF) o demonstram, nunca houve – salvo algumas exceções, em geral no campo do direito internacional – maior receptividade por parte da comunidade jurídica em relação ao tema, seja do ponto de vista do seu tratamento dogmático, mas especialmente na prática jurídico-judiciária.

---

<sup>1</sup> Doutorado e Pós-Doutorado em Direito (Universidade de Munique e Instituto Max-Planck de Direito Social e Política Social). Professor Titular da Faculdade de Direito e dos Cursos de Mestrado e Doutorado do Programa de Pós-Graduação em Direito e em Ciências Criminais da PUC/RS. Professor da Escola Superior da Magistratura (Ajuris).

<sup>2</sup> Agradecemos à Profa. Doutora em Direito (PUCR/RS) CATARINE ACIOLI pelo valioso auxílio na pesquisa e seleção da jurisprudência referida no último capítulo do presente artigo.

<sup>3</sup> MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *O controle jurisdicional de convencionalidade das leis*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

Com o advento da CF, era de se esperar uma guinada nessa seara, visto que, de modo pioneiro no direito brasileiro, o constituinte, afinado com os desenvolvimentos mais recentes, fez constar do texto constitucional, tanto o princípio de prevalência dos direitos humanos no plano das relações internacionais (artigo 4º, II) quanto fez constar, no § 2º do artigo 5º, que os direitos expressamente positivados no texto constitucional não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios da CF, mas também abarcam os direitos constantes dos tratados internacionais dos quais o Brasil for parte. Com isso, a abertura material do catálogo constitucional de direitos, antes (ao menos textualmente) restrita a direitos decorrentes dos princípios e do regime constitucional, foi ampliada para integrar, no assim chamado bloco de constitucionalidade, direitos consagrados na esfera do direito internacional dos direitos humanos.

Não foi, contudo, o que se passou, ao menos não durante a maior parte das duas primeiras décadas de vigência da CF. Se, por um lado, no campo da literatura jurídica começou a haver maior receptividade, crescendo o número de autores a se ocupar do tema e mesmo a defender uma força jurídica reforçada, na condição de direitos materialmente fundamentais e com hierarquia constitucional dos tratados de direitos humanos, o mesmo não se verificou na esfera jurisprudencial. Com efeito, apesar da acolhida de tal entendimento em decisões isoladas de juízes e tribunais, inclusive do STJ, em geral versando sobre a na época tão polêmica prisão do depositário infiel, o STF, instado a se pronunciar novamente sobre o tema, optou por manter o seu posicionamento anterior a 1988, no sentido da paridade entre tratados internacionais (inclusive em matéria de direitos humanos) e a legislação ordinária.

É possível afirmar que uma nova fase do debate, acadêmico e jurisprudencial, iniciou com a promulgação da Emenda Constitucional nº 45, de 8 de dezembro de 2004 (doravante denominada EC 45). A EC 45, após longa e tormentosa tramitação no Congresso Nacional, veiculou a assim chamada Reforma do Poder Judiciário, implicando a inserção de várias disposições diretamente relativas aos direitos humanos e fundamentais na CF, como foi o caso, apenas para citar o dispositivo mais próximo da temática aqui versada, da inclusão do § 3º do artigo 5º, versando sobre a forma de incorporação, ao direito interno, dos tratados internacionais de direitos humanos.

O dispositivo inserido por meio da Emenda Constitucional (EC) nº 45/2004 (§ 3º do art. 5º da CF), estabelecendo que “os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados,

em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”, veio para complementar o já referido § 2º do mesmo artigo, já referido, gerando uma série de perplexidades, ligadas tanto a questões de natureza formal (procedimental) quanto de cunho material, designadamente sobre a força jurídica dos tratados de direitos humanos na esfera doméstica.

A essa altura, uma vez incorporado e vigente o § 3º do artigo 5º da CF, também o STF teve a ocasião de retomar o tema, revisando a posição anterior e assegurando a prevalência dos tratados de direitos humanos em relação pelo menos ao direito infraconstitucional interno, além de revisar a sua posição sobre a legitimidade do instituto da prisão civil do depositário infiel, tudo a ser examinado com mais vagar na sequência.

Mediante tais alterações, no plano do direito constitucional positivo e na esfera jurisprudencial, não restaram resolvidos todos os problemas teóricos e práticos, muito antes pelo contrário. Além de uma série de aspectos de natureza procedimental, ligados, por exemplo, à obrigatoriedade da adoção, pelo Congresso Nacional, do rito estabelecido no § 3º do artigo 5º ou mesmo da possibilidade de denúncia dos tratados aprovados mediante tal procedimento, ganhou terreno, a partir do caso da prisão civil do depositário infiel e da declaração, pelo STF, de sua incompatibilidade com os tratados internacionais de direitos humanos, a discussão em torno do assim chamado controle de convencionalidade, objeto precisamente do presente texto.

Mas também aqui o terreno segue fértil no que diz com as diversas questões que envolvem essa – no Brasil – ainda recente modalidade de controle jurisdicional dos atos normativos e mesmo atos do poder público em geral. No próprio STF, especialmente quando se examinam as decisões posteriores ao seu *leading case* na matéria, se verificam algumas incongruências e movimentos em parte díspares, ainda que do ponto de vista quantitativo – o que já é seguramente um avanço significativo – aos poucos o número de decisões invocando tratados de direitos humanos e mesmo decisões de cortes internacionais esteja a aumentar.

Outro aspecto digno de nota, ainda em sede preliminar, é que a despeito de outros Tribunais, a começar pelo STJ e pelo TST, estarem a praticar um controle de convencionalidade, a falta de clareza e de uma posição mais sólida e diretiva por parte do STF, particularmente quanto aos critérios (o como) para proceder tal controle e para solucionar conflitos entre os tratados e a ordem interna, não permite (e mesmo não estimula e muito menos vincula) as instâncias ordinárias a realizarem o

controle de convencionalidade. Além disso, seguem em aberto, embora já sendo discutidas na doutrina, relevantes questões que envolvem tanto o parâmetro quanto o objeto do controle de convencionalidade, seu alcance, os critérios para a solução de conflitos, como os efeitos das decisões, isso sem falar em problemas relativos à iniciativa do controle e os órgãos competentes para o mesmo.

Assim, dada a amplitude do problema central e dos seus aspectos correlatos e considerando o papel central e diretivo do STF também nessa matéria, o objetivo a que nos propomos é, uma vez revisitado o tema da força normativa dos tratados de direitos humanos na ordem jurídico-constitucional brasileira (2), apresentar algumas questões centrais ligadas ao controle de convencionalidade em si (3), para, na sequência, inventariar e analisar as principais decisões da nossa Suprema Corte em que os tratados de direitos humanos de algum modo tiveram peso na respectiva fundamentação (4), culminando com uma síntese conclusiva (5).

Note-se, além disso, que estaremos aqui enfrentando apenas o assim chamado controle interno de convencionalidade, ou seja, aquele realizado pelos órgãos jurisdicionais nacionais em relação ao direito nacional (interno) e não o controle designado de externo, realizado pelos Tribunais Internacionais quanto ao cumprimento, pelos Estados que ratificaram os tratados e se submeteram à sua jurisdição, dos parâmetros postos pelo direito internacional dos direitos humanos, limitando-nos, como já anunciado no próprio título, a julgados do STF.

## **2. O problema da força normativa dos tratados de direitos humanos na ordem jurídica brasileira**

A Emenda Constitucional nº 45 (EC 45), que cuidou da reforma do Poder Judiciário, acrescentou - como já frisado - um § 3º ao art. 5º da CF. Tal preceito acabou por inserir no texto constitucional uma norma (no caso, uma regra do tipo procedimental) dispendo sobre a forma de incorporação ao direito interno dos tratados em matéria de direitos humanos, que, interpretada em sintonia com o art. 5º, § 2º, pode ser compreendida como assegurando – *em princípio e em sendo adotado tal procedimento* – a condição de direitos formalmente e materialmente fundamentais aos direitos consagrados no plano das convenções internacionais.

Mas, a despeito da aparente clareza e singeleza da regra, as coisas não são assim tão simples e a controvérsia doutrinária e jurisprudencial seguiu acirrada.

Um primeiro problema diz respeito aos tratados aprovados antes da promulgação da EC 45, incorporados mediante decreto legislativo aprovado por maioria simples em sessão unicameral pelo Congresso Nacional.

Nesse sentido, a tese de que por força da EC 45 todos os tratados em matéria de direitos humanos já incorporados ao sistema jurídico brasileiro possam ser considerados como equivalentes às emendas constitucionais, é altamente questionável, pois não há como aplicar, neste caso, o argumento da recepção quando se trata de procedimentos legislativos distintos, ainda que haja compatibilidade material, como se fosse possível equiparar decreto legislativo aprovado pela maioria simples à emenda constitucional, que exige uma maioria reforçada de três quintos dos votos, sem considerar os demais limites formais das emendas à CF<sup>4</sup>. A própria comparação com a fungibilidade possível entre lei ordinária e lei complementar não se revela apropriada, considerando a incompatibilidade total de rito (e natureza) dos decretos legislativos e das emendas constitucionais, isso sem falar na hierarquia constitucional das emendas, parâmetro de controle de constitucionalidade também das leis complementares. Emendas à Constituição cumprem função notadamente distinta da legislação o que deveria bastar para demonstrar a inviabilidade da tese da recepção, ainda que material.<sup>5</sup>

Em caráter alternativo – mas substancialmente diverso da tese da recepção – há como sustentar que os tratados internacionais (que já são materialmente constitucionais e, portanto, conforme ainda será objeto de maior desenvolvimento, *já possuem hierarquia constitucional* por força do próprio art. 5º, § 2º, da CF!<sup>6</sup>) também poderão ser formalmente constitucionais – ainda que não inseridos no corpo permanente do texto constitucional – caso forem aprovados, a qualquer momento, pelo procedimento reforçado instituído pelo art. 5º, § 3º,<sup>7</sup> linha argumentativa que nos parece mais sólida.

Assim, como afirma Flávia Piovesan, no caso dos tratados incorporados pelo rito mais rigoroso previsto no artigo 5º, § 3º, da CF, estar-se-ia apenas a reforçar – no plano formal – a sua hierarquia

<sup>4</sup> Neste sentido, registra-se a posição de PIOVESAN, Flávia. Reforma do judiciário e direitos humanos. In: TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; ALARCON, Pietro de Jesus Lora (Org.). *Reforma do judiciário analisada e comentada*. São Paulo: Método, 2005. p. 72.

<sup>5</sup> Ver, justamente neste sentido, o enfático pronunciamento de PIOVESAN, Flávia, “Reforma do judiciário e direitos humanos”, op. cit., p. 72.

<sup>6</sup> Nesse sentido, v., por todos, MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 386.

<sup>7</sup> Nesse sentido, precisamente a conclusão de MAZZUOLI, Valério de Oliveira. O novo § 3º do art. 5º da Constituição e sua eficácia. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, v. 32, n. 98, p. 321, jun. 2005.

constitucional material desde logo assegurada por força do art. 5º, § 2º, da CF, que – segundo a autora e a doutrina dominante – a todos os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil<sup>8</sup>. De resto, há que enfatizar sempre que a condição de direitos fundamentais é absolutamente incompatível com uma hierarquia normativa infraconstitucional, visto que direitos fundamentais são sempre direitos constitucionais e não podem estar à disposição plena do legislador ordinário<sup>9</sup>.

De qualquer sorte, a despeito do pleito já antigo e insistente da doutrina majoritária, o STF, embora tenha meritoriamente (e de fato tratou-se de significativo avanço) consagrado a hierarquia supralegal dos tratados de direitos humanos no direito interno, reservou-se a prerrogativa de seguir podendo controlar a constitucionalidade dos tratados em geral, mas também dos tratados de direitos humanos, refutando, por maioria, a tese da paridade entre os tratados de direitos humanos e a CF, não importando, para tal efeito, se os tratados foram, ou não, aprovados pelo rito do § 3º do artigo 5º. De todo modo, já merece aplausos o fato de o STF ter revisto a sua doutrina anterior, que apenas assegurava aos tratados de direitos humanos força de lei ordinária, equiparando-os a todo e qualquer outro pacto (acordo) internacional. Com efeito, buscando conciliar o papel de destaque atribuído pela CF aos tratados de direitos humanos com a supremacia da constituição, o STF acabou migrando para a tese da hierarquia supralegal de tais tratados, inclusive e especialmente os que foram aprovados antes da EC 45.

O problema de tal entendimento, por ora consolidado ainda que não de forma uníssona, é que mesmo que a hierarquia supralegal tenha representado um considerável avanço em relação ao entendimento antes prevalente, é o de que se segue relegando os direitos humanos consagrados nos tratados internacionais a uma posição secundária em face dos direitos fundamentais da CF, visto que o STF, como bem apontado, acabou – em matéria de tratados de direitos humanos – criando uma “duplicidade de regimes jurídicos”<sup>10</sup>.

Assim, se é certo que comungamos da posição bastante difundida de que talvez melhor tivesse sido que o reformador constitucional tivesse renunciado a inserir um § 3º no art. 5º ou que (o que evidentemente teria sido bem melhor) – em entendendo de modo diverso

<sup>8</sup> Cf. PIOVESAN, Flávia. *Reforma do judiciário e direitos humanos*. Op. cit., p. 72.

<sup>9</sup> Cf., por todos, o nosso *A eficácia dos direitos fundamentais*, op. cit., p. 88 e ss., bem como p. 145 e ss.

<sup>10</sup> Cf., por todos, MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. Op. cit., p. 386.

– tivesse se limitado a expressamente cancelar a incorporação automática (após prévia ratificação) e com hierarquia constitucional de todos os tratados em matéria de direitos humanos, com a ressalva de que no caso de eventual conflito com direitos previstos pelo Constituinte de 1988, sempre deveria prevalecer a disposição mais benéfica para o ser humano (proposta legislativa esta formulada, nestes termos ou em termos similares, por autores como Antonio Augusto Cançado Trindade, Valério Mazzuoli e Flávia Piovesan, entre outros ilustres e engajados defensores da hierarquia constitucional), e por mais que seja controverso, em cada caso, qual o direito de qual (ou quais) pessoa(s) a ser assegurado, também é correto que vislumbramos no dispositivo ora analisado um potencial positivo, no sentido de viabilizar alguns avanços concretos em relação à práxis ora vigente entre nós.

Assim, à vista do exposto e em caráter de síntese, há que distinguir entre a posição dominante na doutrina, crítica ao STF, advogando que os tratados de direitos humanos têm valor equivalente ao da CF e com ela formam um bloco de constitucionalidade, e a posição adotada pela nossa Corte Suprema. Com efeito, a prevalecer a atual orientação, para o STF são três as possibilidades em termos de força jurídica dos tratados na ordem doméstica: a) hierarquia equivalente a de emenda constitucional, no caso dos tratados de direitos humanos incorporados mediante observância do rito estabelecido pelo § 3º do artigo 5º da CF; b) hierarquia supralegal, aplicável aos tratados de direitos humanos ratificados pelo sistema convencional, por meio de decreto legislativo aprovado com maioria simples, anteriores a EC 45; c) hierarquia de lei ordinária, que segue sendo a posição adotada em relação aos demais tratados, que não integram o sistema internacional de reconhecimento e proteção dos direitos humanos.

Assim, tecidas algumas considerações gerais sobre o estado da arte no Brasil no que toca ao problema da hierarquia dos tratados de direitos humanos de acordo com a doutrina e jurisprudência, está preparado o terreno para, no próximo item, enfrentarmos, ainda que em caráter sumário, alguns dos aspectos que dizem respeito ao assim chamado controle de convencionalidade e dos seus respectivos pressupostos e limites.

### **3. Notas sobre o assim chamado controle de convencionalidade no Brasil**

Independentemente da posição adotada em prol de uma hierarquia constitucional de todos os tratados em matéria de direitos humanos ratificados pelo Brasil, é possível afirmar que tanto os tratados

incorporados pelo rito previsto no § 3º do art. 5º da CF quanto os demais tratados, aprovados até o advento da Emenda Constitucional n. 45/2004 e pelo procedimento simplificado dos decretos legislativos e que possuem hierarquia supralegal, ensejam, por força de sua superior hierarquia em relação ao restante da normativa interna, a possibilidade (e mesmo o dever) de aferição da compatibilidade entre tais atos normativos e os tratados que lhes são superiores. Isso, como já referido, ficou evidenciado na decisão do STF sobre a proscricção – mediante um efeito “paralisante” – da eficácia de toda e qualquer hipótese legal prevendo a prisão civil do depositário infiel, seja ela criada antes da aprovação do tratado, seja ela introduzida posteriormente, a despeito da manutenção, no texto constitucional, da hipótese de tal modalidade de prisão civil<sup>11</sup>.

Assim, sem que se vá aqui adentrar o tema específico da prisão civil e do acerto da decisão do STF no concernente ao tema, o que importa nesta quadra é a constatação de que se cuidou da primeira vez em que a mais alta Corte brasileira efetuou o que passou, também no Brasil, a ser chamado de um controle de convencionalidade.

A terminologia adotada, por sua vez, busca evidenciar a distinção entre o controle de constitucionalidade, pois independentemente de sua hierarquia constitucional, trata-se de afirmar que os tratados (aqui referidos pelo termo convenções) operam como parâmetro para o controle de outros atos normativos que lhes são hierarquicamente inferiores.

A partir do que até agora foi sumariamente exposto, já é possível avançar com o tema e esboçar algumas considerações preliminares, todas, contudo, sujeitas ao crivo do contraditório e aguardando a evolução da prática política e jurisdicional brasileira, ademais do desenvolvimento e refinamento do debate na doutrina. Assim, importa sublinhar, não faremos referência à experiência de outros países na matéria e nem ao que se processa na esfera da jurisdição supranacional (salvo, quando for o caso, no que toca a decisões que envolvem ações ou omissões do poder público do Brasil) para o que, desde logo, remetemos à literatura especializada<sup>12</sup>.

---

<sup>11</sup> Cf. especialmente o voto do Ministro Gilmar Mendes no RE 466.343, Rel. Ministro Cezar Peluso, publicado no DJ em 05.06.2009.

<sup>12</sup> V especialmente, dentre outros, MAZZUOLI, Valério de Oliveira; MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil/Argentina/Chile/México/Peru/Uruguai. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013. MIDÓN, Mario A. (Dir.). *Derechos humanos y control de convencionalidad*. Resistencia: ConTexto Libros, 2016.

De qualquer sorte, importa sublinhar que o controle de convencionalidade se mostra operante em dois grandes planos: a) um controle externo, que diz respeito ao controle levado a efeito por tribunais ou mesmo outras instâncias de caráter supranacional, aqui com destaque para a Comissão e a Corte Interamericana de Direitos Humanos, mas que, como adiante, não constitui o objeto do presente texto, bem como b) um controle interno, realizado por órgãos nacionais, o qual agora e na perspectiva das decisões do STF será analisado mais detidamente,

Uma primeira indagação – por si só não imune a dissídio – diz respeito a quais os tratados internacionais que podem servir de parâmetro para um controle de convencionalidade no plano interno, pois resulta óbvio que para os defensores da paridade entre tratados e CF, todos os tratados integram com a mesma dignidade jurídica o bloco de constitucionalidade, de modo a serem simultaneamente parâmetros do controle de constitucionalidade e do controle de convencionalidade. Mas, muito embora também seja esta – e de há muito – a posição perfilhada, tomaremos como ponto de partida a orientação atual do STF, que, de resto, como guardião da CF, detém a última palavra também nessa seara.

Ainda assim, seria possível advogar um tratamento diferenciado, a depender da natureza do tratado de direitos humanos ou mesmo em virtude de seu modo de incorporação, o que, aliás, corresponde ao entendimento atual do STF. Todavia, a distinção entre tratados ratificados antes da promulgação da EC 45 e aprovados por maioria simples e os tratados incorporados mediante o rito previsto no artigo 5º, § 3º, CF, embora implique um tratamento em parte diferenciado, não obsta a que todos os tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil, sejam, por força de sua hierarquia superior à normativa infraconstitucional doméstica, parâmetro para o controle de convencionalidade.

Tal controle, assim como ocorre no caso do controle de constitucionalidade, se dá – de acordo com a orientação do STF – especialmente em virtude da hierarquia normativa superior assegurada aos tratados de direitos humanos, quando, de acordo com o modelo advogado pelos defensores de um constitucionalismo de múltiplos níveis, inexistente hierarquia entre a ordem interna e a internacional, mas, sim, a necessidade de uma harmonização que não pressupõe a supremacia de uma em relação à outra.

Cabe anotar, que mesmo que a hierarquia dos tratados seguisse sendo equivalente a da lei ordinária (como durante muito tempo entendeu o STF), ainda assim seria necessária uma espécie controle de convencionalidade, pelo menos para resolver conflitos entre tratados e

legislação. Do mesmo modo não parece correto, s.m.j., distinguir, para efeitos do controle de convencionalidade, apenas uma parte dos tratados de direitos humanos, buscando definir convenções (ainda mais para o efeito ora discutido) como sendo uma espécie do gênero tratados, de tal sorte que as convenções deveriam ser então incorporadas pelo rito do artigo 5º, § 3º, da CF, ao passo que os demais tratados de direitos humanos poderiam ser aprovados por maioria simples.

O que de fato passa a ser relevante é que a diferença entre tratados com status equivalente aos de uma emenda constitucional e os demais tratados, dotados de hierarquia supralegal, nos termos da orientação imprimida pelo STF, reside no fato de que os primeiros passam a integrar o bloco de constitucionalidade, operando como parâmetro tanto de um controle de constitucionalidade como de um controle de convencionalidade. A dificuldade maior, nesses casos (por ora apenas o da Convenção das Pessoas com Deficiência e seu respectivo Protocolo Facultativo), será a de verificar, dadas as circunstâncias, a existência de eventual conflito entre o tratado aprovado e as cláusulas pétreas da constituição na sua versão originária, situação na qual, a prevalecer a posição do STF no sentido de que o embate entre tratado e constituição se resolve, em princípio, em favor da segunda, poderá resultar na declaração de inconstitucionalidade do tratado internacional (em verdade, do texto aprovado pelo Congresso Nacional). Tal hipótese, contudo, ainda não foi objeto de apreciação pelo STF e, de resto, caso venha a ocorrer o será em caráter isolado, especialmente pelo fato de que a CF é pródiga em direitos fundamentais e consagrou – expressa e/ou implicitamente – praticamente todos os direitos consagrados nos principais documentos internacionais, mas também pelo fato de que se haverá de recorrer à técnica da interpretação conforme a constituição, que, s.m.j., limitará ainda mais tal possibilidade, ainda que esta não possa ser afastada de plano.

Além disso, ainda no tocante aos tratados aprovados pelo rito qualificado do § 3º do artigo 5º da CF, o diferencial reside no fato de que, por integrarem o bloco de constitucionalidade, operam como parâmetro do controle de constitucionalidade em sede concentrada e difusa, desafiando todas as ações constitucionais e recursos que garantem o acesso ao STF que, em última instância, decide sobre a compatibilidade do direito infraconstitucional interno e mesmo dos tratados (tenham eles hierarquia supralegal ou apenas legal) com a CF.

Quanto aos tratados que, de acordo com o STF (ressalvando-se a posição divergente da doutrina dominante), possuem hierarquia

supralegal, podem ser vislumbradas já algumas alternativas no que diz respeito ao controle da compatibilidade entre atos do poder público (em especial atos normativos) internos e os tratados de direitos humanos que lhes são superiores, no mesmo passo em que os tratados podem ser submetidos a um controle de constitucionalidade: a) incompatibilidade entre a normativa interna (infraconstitucional) e o tratado aprovado pelo Congresso Nacional, mas simultaneamente compatibilidade com a CF; b) incompatibilidade entre as normas internas e os tratados, mas também inconformidade com a CF; c) compatibilidade com o tratado, mas desconformidade com a CF;

O quadro, sumariamente apresentado, desde logo revela que a duplicidade de regime criada pelo STF para os tratados de direitos humanos, mas especialmente pelo fato de o STF afirmar a sua competência para realizar o controle (difuso e concentrado) de constitucionalidade do tratado, torna a questão ainda mais complexa, além de colocar o controle de convencionalidade, ao menos em princípio, em uma condição subalterna ao próprio controle de constitucionalidade. De todo modo, isso não deveria servir de escusa para que os Juízes e Tribunais ordinários renunciassem ao controle de convencionalidade, já que a hierarquia supralegal se revela suficiente, como se viu quando do julgamento do caso da prisão civil do depositário infiel, para superar toda e qualquer lei ou ato normativo interno naquilo que contraria tratado internacional de direitos humanos. Cuida-se, outrossim, de autêntico poder-dever cometido ao Poder Judiciário, seja no âmbito de um controle difuso, seja pela via de um controle abstrato e concentrado, tal como propõem Valério Mazzuoli<sup>13</sup> e Luiz Guilherme Marinoni<sup>14</sup>, aspecto que aqui não temos a intenção de desenvolver.

Que o controle de convencionalidade não é, por outro lado, um controle exclusivamente jurisdicional, igualmente há de ser sublinhado, e talvez possa merecer alguma atenção adicional como hipótese plausível. O Poder Legislativo, quando da apreciação de algum projeto de lei, assim como deveria sempre atentar para a compatibilidade da legislação com a CF, também deveria assumir como parâmetro os tratados internacionais, o que, de resto, não se aplica apenas aos tratados de direitos humanos, mas deveria ser levado mais a sério nesses casos.

Não se pode olvidar, nessa quadra, que legislação interna incompatível com algum tratado ratificado pelo Brasil e que esteja em vigor

<sup>13</sup> Cf. MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. Op. cit., p. 394 e ss.

<sup>14</sup> Cf. MARINONI, Luiz Guilherme, op. cit., p. 1187 e ss.

na esfera supranacional configura violação do tratado, cabendo ao Poder Legislativo operar de modo preventivo também nesta seara. Do mesmo modo, o Chefe do Executivo deveria vetar lei aprovada pelo Legislativo quando detectar violação de tratado internacional, ainda que não se cuide aqui de um veto justificado pela eventual inconstitucionalidade da lei, a não ser no caso de tratado aprovado pelo rito do artigo 5º, § 3º, da CF, em que, pelo menos assim o sugerimos, o tratado – mesmo de acordo com o entendimento do STF – integra, ao menos em geral, o bloco de constitucionalidade brasileiro. De qualquer sorte, cuida-se de tópico a merecer desenvolvimento pela doutrina especializada e que poderá lançar maior luz sobre o tema do que aqui fomos capazes (e mesmo intentamos) de fazer.

Outro tópico de relevo e que aqui se refere em caráter ilustrativo, diz com os efeitos do controle de convencionalidade (e da respectiva e eventual declaração de inconvencionalidade) sobre a normativa legal e infralegal interna. Nesse contexto, o STF já se pronunciou pelo reconhecimento do que designou (especialmente por ocasião do voto proferido pelo Ministro Gilmar Mendes, já referido) de um efeito paralisante, que impede edição de legislação superveniente em sentido contrário e afasta a aplicação de lei anterior incompatível com o tratado. Se a exemplo do que se verifica no controle de constitucionalidade se poderá declarar a nulidade da lei com base em tratado internacional (hipótese mais plausível em se tratando de tratado com status equivalente a emenda constitucional), portanto, se é o caso de afetação da esfera da validade ou apenas da eficácia dos atos normativos aferidos com base nos tratados internacionais, constitui igualmente tópico a ser explorado pela literatura e submetido ao crivo da prática decisória dos Tribunais. Por ora, contudo, à míngua de mais exemplos disponíveis na jurisprudência do STF – ressalvada a decisão sobre a prisão civil do depositário infiel – é de se apostar que a doutrina, atenta ao problema, possa construir alternativas adequadas.

No caso de Valério Mazzuoli, verifica-se a necessidade de realizar um controle dúplice da compatibilidade vertical material das normas de direito interno, no sentido de que, em se tratando de norma interna posterior à ratificação do tratado, a declaração de sua contrariedade ao tratado, seja no âmbito do controle difuso, seja no controle concentrado, implica em perda de sua validade, por vício material, assim como da consequente perda de sua eficácia. Todavia, se o tratado de direitos humanos for ratificado pelo Brasil após a norma de direito interno entrar em vigor, a declaração de inconvencionalidade desta

ocasionará sua revogação imediata. O autor faz, ainda, uma distinção entre a perda da validade e a vigência da norma de direito interno, destacando que há situações em que esta norma é compatível formal e materialmente com a Constituição (primeira via de compatibilidade vertical) e, por isso, vigente, porém incompatível com o tratado de direitos humanos, o que a torna inválida mediante a realização da dupla via de compatibilidade vertical material, bem como resulta, segundo sua visão, numa espécie mais completa de controle de validade das normas jurídicas<sup>15</sup>.

Luiz Guilherme Marinoni, por sua vez, a despeito de destacar, conforme linha dominante no Supremo Tribunal Federal, a suprallegalidade dos tratados de direitos humanos que não foram aprovados nos moldes do § 3º do art. 5º da Constituição Federal de 1988, acompanha o entendimento de Mazzuoli sobre os efeitos de invalidação da decisão que declara a inconvenção das normas de direito interno conflitantes com essa espécie de tratado internacional<sup>16</sup>.

Já para André de Carvalho Ramos, o “verdadeiro” (aspas nossas) controle de convencionalidade verifica-se apenas no âmbito internacional (ou seja, na esfera do assim chamado controle externo), cuja interpretação deve ser seguida pelos órgãos nacionais mediante um “diálogo das Cortes”. Mas, quanto aos efeitos da decisão que reconhece a violação do tratado internacional de direitos humanos, Ramos reconhece o efeito de invalidação da decisão em sede de controle de convencionalidade nacional, destacando, todavia, que – segundo o STF – os tratados de direitos humanos aprovados pelo rito previsto no art. 5º, § 3º da CF/88 passam a integrar o bloco de constitucionalidade restrito. Além disso, o autor destaca que o caráter suprallegal dos demais tratados de direitos humanos recepcionados pelo Brasil sem observância do citado rito torna inaplicável a legislação infraconstitucional conflitante<sup>17</sup>.

Assim, é possível – ressalvada é claro a posição pessoal no sentido de afirmar a existência de um controle externo e interno de convencionalidade e a crítica ao modelo dúplice adotado pelo STF – sustentar, acompanhando no substancial os autores citados, que eventual incompatibilidade entre a normativa interna, no todo ou em parte, implica a

---

<sup>15</sup> Cf. MAZZUOLI, Valério de Oliveira. O controle jurisdicional de convencionalidade das leis. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 160 e ss..

<sup>16</sup> Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. Controle de convencionalidade. In: SARLET, Ingo W.; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 1334-1335.

<sup>17</sup> Cf. RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 386-403.

declaração de sua invalidade e consequente inaplicabilidade. Todavia, ousamos divergir em parte pelo fato de entendermos não haver uma simetria cogente entre a prática ainda dominante no STF no que diz com o controle de constitucionalidade abstrato de normas anteriores à promulgação da CF, situação na qual o entendimento dominante é no sentido de que o efeito não é a invalidação, mas, sim, a revogação da normativa anterior. Esse entendimento, contudo, não se aplica no caso da ADPF e não é cogente na esfera do controle difuso, ademais de ser em si mesmo criticável e não corresponder à solução adotada em muitos países. Portanto, o efeito de invalidação, assim como suas respectivas consequências, opera, no nosso entender, tanto no caso de normas anteriores à ratificação dos tratados quanto no caso de normas posteriores.

Além disso, também no controle interno de convencionalidade há de se observar a necessária autocontenção (*self restraint*) por parte dos órgãos judiciários, ao menos para efeito de invalidar uma lei interna, lançando-se mão (aqui a exemplo do que se verifica no controle de constitucionalidade) do instituto de uma interpretação conforme ao direito internacional dos direitos humanos.<sup>18</sup>

De qualquer sorte, tendo em conta que em matéria de controle de convencionalidade tanto a doutrina quanto a jurisprudência brasileira se encontram em uma fase que se pode (ainda) designar de embrionária, resulta evidente que um balanço mais minucioso e seguro das principais questões materiais e processuais por ora se mostra bastante temerário. Por outro lado, ao longo dos últimos anos já podem ser identificados vários casos em que o Poder Judiciário brasileiro, aqui representado pelo STF, acabou – de algum modo – por fazer um controle de convencionalidade, ainda que se possa, eventualmente, criticar os fundamentos ou o resultado do julgamento.

Assim, no próximo segmento, o objetivo é colacionar alguns julgados nos quais tal controle (interno) foi exercido, seja por uma interpretação do direito interno à luz dos tratados de direitos humanos, seja mesmo pela não aplicação da legislação interna quando em manifesto contraste com

<sup>18</sup> Nesse sentido v. SAGÜÉS, Néstor Pedro. El “control de convencionalidad” en el sistema interamericano, y sus antecipos en el ámbito de los derechos económicos-sociales: concordancias y diferencias con el sistema europeo. In: BOGDANDY, Armin von et al. (Org.). *Construcción y papel de los derechos sociales fundamentales*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011. Disponível em: <[http://www.ijf.cjf.gob.mx/cursososp/2012/derhumancontrolconvencionalidad/Nestor%20Sagu es.pdf](http://www.ijf.cjf.gob.mx/cursososp/2012/derhumancontrolconvencionalidad/Nestor%20Sagu%20es.pdf)>. Acesso em: 4 fev. 2017. O autor, compartilhando o entendimento no sentido da existência de um controle duplo (internacional e nacional), salienta, quanto ao efeito das decisões de controle de convencionalidade, a função de invalidação das normas de direito interno inconventionais, assim como a exigência de uma interpretação e aplicação de tais normas em conformidade com os tratados de direitos humanos.

os tratados internacionais, desde logo informando que não se trata de um inventário exaustivo, o que desbordaria dos limites do presente estudo.

#### **4. Apresentação e breve análise de alguns casos no âmbito do assim chamado controle (jurisdicional) interno de convencionalidade no Brasil realizado pelo STF**

No caso do controle interno, realizado pelos órgãos jurisdicionais brasileiros, muito embora existam decisões isoladas dos Tribunais Superiores invocando tratados de direitos humanos, o principal tema levado ao Poder Judiciário e que acabou resultando na alteração da jurisprudência dominante do STF (cuja prática decisória será aqui priorizada) nessa matéria, em especial no que diz com a hierarquia dos tratados no direito interno, foi, como já adiantado, o reconhecimento da ilegitimidade das hipóteses de prisão civil do depositário infiel, sejam elas criadas por lei para situações específicas, seja no caso de contratos típicos de depósito ou mesmo no caso de depositários judiciais. O principal (e primeiro) caso, já referido quando da análise do problema da hierarquia dos tratados, foi o Recurso Extraordinário 466.343-1, Relator Ministro Cezar Peluso, Tribunal Pleno, julgado em 03/12/2008, por ocasião do qual, a despeito de ter sido (no voto condutor da posição vencedora proferido pelo Ministro Gilmar Mendes) reconhecido que os casos de prisão do depositário infiel previstos na legislação sobre a alienação fiduciária em garantia (e congêneres) já seriam inconstitucionais por violação do princípio da proporcionalidade, foi afirmada a hierarquia supralegal de todos os tratados de direitos humanos ratificados até a promulgação da Emenda Constitucional nº 45/2004, que inseriu o já citado § 3º no artigo 5º da CF, vencida uma minoria de três ministros que sustentaram a tese da paridade entre tratados de direitos humanos e a CF. Por via de consequência, foi decidido que os tratados teriam efeito paralisante, não apenas implicando a não aplicação de toda e qualquer hipótese legal anterior, mas também bloqueando a criação de novas hipóteses de prisão do depositário infiel. Além disso, em julgamentos posteriores, o STF acabou por afastar inclusive a possibilidade de se determinar a prisão do depositário judicial infiel, o que resultou na edição da Súmula Vinculante nº 25.

Todavia, por mais que, em geral, se possa aplaudir tal decisão (e decisões), em especial pelo inegável mérito de terem protagonizado uma valorização substancialmente maior dos tratados de direitos humanos no direito interno brasileiro (o que já foi comentado), a edição

de súmula vinculante proscrevendo por completo toda e qualquer possibilidade de criação legislativa de hipótese de prisão civil de depositário infiel não deixa de merecer algum crivo de caráter mais crítico.

Em primeiro lugar, considerando que a possibilidade de prisão de depositário infiel está prevista no próprio texto constitucional (artigo 5º, inciso LXVII, da CF) e tendo sido afastada a tese da paridade entre tratados de direitos humanos e a CF, a proibição sumulada de criação de qualquer hipótese de prisão equivale, ao fim e ao cabo (e sendo afastada qualquer possibilidade de ponderação com outros direitos e bens constitucionalmente protegidos) a uma mutação constitucional que conflita diretamente o texto da CF, o que se revela especialmente problemático pelo fato de o STF ter afirmado que a CF prevalece sobre os tratados que tiveram reconhecida a hierarquia supralegal. Se o STF tivesse reconhecido a tese da paridade entre tratados de direitos humanos e a CF seria possível, ao menos em princípio, admitir uma regra (constitucional, por força dos tratados que integram o bloco de constitucionalidade) que afastasse a prisão civil nessas hipóteses ou pelo menos por força do princípio da aplicação da solução mais protetiva da pessoa humana. Assim, o que se percebe é uma potencial incongruência entre a tese da força supralegal dos tratados de direitos humanos e a circunstância de que, de fato, o STF acabou por afirmar, no caso da prisão civil, a prevalência dos tratados sobre a própria CF, impedindo por completo o legislador estabelecer aquilo que o texto constitucional expressamente autoriza.

Independentemente de outras críticas que poderiam ser formuladas, e que inclusive encontram ressonância em parte da doutrina, como é o caso de ter o STF desconsiderado a existência de um conflito entre direitos fundamentais, que, no âmbito de uma ponderação, poderia justificar, em caráter excepcional, ao menos a prisão do depositário judicial, especialmente em se tratando de crédito de natureza existencial, o fato é que sequer existe um conflito direto entre a CF e os tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil, que vedam a prisão por dívida (salvo alimentos), mas não fazem referência expressa a toda e qualquer hipótese de prisão civil, visto que esta é gênero do qual a prisão por dívida e a prisão do depositário infiel (especialmente do judicial) são espécies. De qualquer sorte, não é o caso de aqui aprofundar a discussão, além do que, a despeito de eventuais pontos controvertidos, o caso da prisão civil, como já sinalado, apresenta o inegável mérito de reverter, ainda que transcorridos dezoito anos da promulgação da CF, a vetusta jurisprudência que estabelecia uma relação de paridade entre tratados de direitos humanos e a legislação ordinária interna.

Um segundo caso relevante, que gerou significativa crítica por parte dos profissionais do jornalismo, que sustentava a necessidade de diploma superior específico habilitando para o exercício da profissão, o STF, em julgamento por maioria de votos realizado em 17/06/2009, nos termos do voto do Relator Min. Gilmar Mendes, julgou procedente o Recurso Extraordinário nº 511961, no sentido de que a norma contida no art. 4º, inciso V, do Decreto-Lei nº 972/1969, que determina a obrigatoriedade de apresentação de diploma de curso superior registrado no Ministério da Educação para o exercício da profissão de jornalista, não foi recepcionada pela CF, ademais de violar o artigo 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos, por representar uma limitação desarrazoada ao direito de liberdade de expressão, e, por via de consequência, por afetar o incondicionado e efetivo exercício da liberdade jornalística, referenciando inclusive precedentes da Comissão de Direitos Humanos e da Corte Interamericana nesse sentido. Convém registrar que restou vencido o Ministro Marco Aurélio, que votou pela recepção da referida norma infraconstitucional pela CF, argumentando que se trata de requisito inerente à regulamentação profissional prevista constitucionalmente no âmbito da liberdade de profissão, ademais de resguardar-se a segurança jurídica e a qualificação profissional.

Em matéria criminal, registram-se vários casos nos quais o STF acabou, de algum modo, lançando mão do parâmetro dos tratados de direitos humanos para balizar as suas decisões.

Em 01.09.2010, por maioria, nos termos do voto do Relator, Ministro Ayres Britto, o Pleno do STF decidiu por conceder parcialmente a ordem no âmbito do Habeas Corpus nº 97256, impetrado pela Defensoria Pública da União em face de decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça, para afastar a vedação contida no art. 44 da Lei nº 11.343/2006 quanto à substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos nos delitos de tráfico de entorpecentes. Na sua fundamentação, o Relator utilizou como parâmetro a Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas, que permite a incidência de substituição da pena privativa de liberdade nestes casos, bem como ressaltou que este tratado internacional foi incorporado pelo Brasil mediante Decreto nº 154 de 26/07/1991, o que resultou, portanto, no reconhecimento da sua prevalência (dada a sua hierarquia supralegal) em face da Lei Federal nº 11.343/2006, a Lei que tipifica e regulamenta o processo que envolve o tráfico e o porte para consumo de drogas no Brasil.

Importa sublinhar que houve divergência, inaugurada pelo Ministro Joaquim Barbosa, que denegou a ordem por entender necessário

tratamento equânime entre todos os crimes hediondos e os que lhes são equiparados conforme norma constitucional, o que representaria forma de respeitar a garantia de individualização da pena, sendo acompanhado pela Ministra Cármen Lúcia. A Ministra Ellen Gracie denegou a ordem com base na reserva absoluta de lei formal para tratar da matéria penal e entendeu que a vedação de substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direitos deveria ser aplicada a crimes de tráfico de drogas cometidos após a Lei nº 11.343/2006, ao passo que o Ministro Marco Aurélio denegava a ordem por entender ser razoável a referida vedação enquanto opção política do Legislador, a exemplo de outras vedações previstas em leis especiais, bem como tendo em conta a repercussão social da prática criminosa relativa ao tráfico de drogas.<sup>19</sup>

Ainda na seara criminal, o STF, em 22/11/2011, na Ação de Extradicação nº 1223, relatada pelo Ministro Celso de Mello, por unanimidade de votos da sua 2ª Turma, negou pedido de extradição fundado em tratado de extradição entre Brasil e Equador, ao reconhecer a garantia fundamental da “*double jeopardy*” (vedação ao *bis in idem*), prevista no art. 14 n. 7 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, por força de sua hierarquia supralegal, como obstáculo insuperável à instauração de persecução penal no Brasil contra brasileiro naturalizado, que tenha cometido delito comum antes da sua naturalização, exceto tráfico de entorpecentes, e que já tenha sido condenado ou absolvido, com trânsito em julgado, pelo mesmo fato no estrangeiro.

Tema polêmico e a respeito do qual se estabeleceu intensa controvérsia doutrinária, mas também jurisprudencial, diz com o reconhecimento, ou não, de um direito-garantia do duplo grau de jurisdição no direito interno brasileiro, especialmente em face da inexistência de previsão constitucional expressa a respeito.

Note-se que, em geral, o STF vinha rechaçando o reconhecimento de um direito ao duplo grau de jurisdição, ou então entendo que o mesmo não assume a condição de direito absoluto, podendo ser objeto de restrição em virtude da necessidade de compatibilizar sua incidência com as peculiaridades do direito interno. Assim, por exemplo, no Agravo Regimental em AI nº 601832, relatado pelo Ministro Joaquim Barbosa e julgado em 17/03/2009, foi afirmado, à unanimidade, o entendimento de que não configura violação ao princípio da igualdade o fato de alguns réus terem acesso ao duplo grau de jurisdição e outros não o terem por

<sup>19</sup> No mesmo sentido do HC nº 97256, ver no STF: HC 125188, Relator: Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, julgado em 04/10/2016; HC 123329, Relator: Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, julgado em 16/02/2016 e RHC 119832, Relator: Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, julgado em 22/04/2014.

questão de prerrogativa de foro em tribunal superior, isso pelo fato de que a garantia do duplo grau de jurisdição necessita se adequar em relação às demais normas constitucionais, não possuindo natureza absoluta.

Todavia, retomando o tópico e a despeito de uma série de decisões anteriores em sentido distinto, o STF, em 12/09/2013, por maioria de votos e em sede de questões de ordem analisadas em julgamento de embargos infringentes interpostos no âmbito da Ação Penal nº 470<sup>20</sup> (mais conhecido como o julgamento do “Mensalão”), entendeu que a garantia fundamental prevista no art. 8º da Declaração Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) se aplica a processos que se iniciam originariamente nos tribunais superiores e que o reexame da matéria poderá ser feito pelo próprio tribunal a partir do manejo do referido recurso previsto no Regimento próprio do tribunal.

Mediante tal decisão, o STF modificou seu entendimento anterior em relação ao acesso ao duplo grau de jurisdição em sede de ação penal originária na Corte Suprema, pois ao analisar pedidos de desmembramento da ação como forma de não violar o duplo grau de jurisdição para aqueles réus que não tinham prerrogativa de foro e que estavam sendo processados devido à regra da conexão e continência, o Tribunal entendeu por aplicar sua Súmula nº 704, ainda que o duplo grau de jurisdição restasse relativizado para os referidos réus<sup>21</sup>. Todavia, ao reconhecer a possibilidade de interposição de embargos infringentes nas ações penais originárias, desde que os requisitos recursais fossem preenchidos quanto à existência de decisões não unânimes, o Ministro

---

<sup>20</sup> Particularmente, na análise do vigésimo quinto e vigésimo sexto recursos de embargos infringentes, cujo teor pode ser conferido, em caráter sumário, no Informativo de Jurisprudência do STF números 719 e 720.

<sup>21</sup> Sobre essa questão, prevaleceu o voto do Min. Joaquim Barbosa, relator, que destacou o Enunciado 704 da Súmula do STF (“Não viola as garantias do juiz natural, da ampla defesa e do devido processo legal a atração por continência ou conexão do processo do corréu ao foro por prerrogativa de função de um dos denunciados”), a demonstrar que o debate, pelo prisma constitucional, já teria sido realizado. O Min. Luiz Fux observou que o exame de ações conexas teria por escopo a aplicação de duas cláusulas constitucionais: devido processo legal e duração razoável do processo. Considerou não haver, nas causas de competência originária da Corte, duplo grau obrigatório de jurisdição, bem como ressaltou a possibilidade de o eventual julgamento isolado de alguns dos réus, em contexto de interdependência fática, levar à prolação de decisões inconciliáveis. afirmou que, da ponderação entre as regras do Pacto de São José da Costa Rica e da Constituição, prevaleceriam estas, porquanto emanadas do Poder Constituinte. O revisor, Ministro Ricardo Lewandowski, por sua vez, aduziu não ser possível admitir-se que a interpretação de normas infraconstitucionais, notadamente, daquelas que integrassem o CPP – instrumento cuja finalidade última seria proteger o *jus libertatis* do acusado diante do *jus puniendi* estatal – derrogasse a competência constitucional estrita fixada pela Constituição aos diversos órgãos judicantes. Ademais, essa exegese malferiria o princípio do duplo grau de jurisdição, previsto no Pacto de São José da Costa Rica. (Informativo de Jurisprudência nº 673 do Supremo Tribunal Federal).

Celso de Mello proferiu o voto de desempate e admitiu a possibilidade de utilização, no caso, dos embargos infringentes. Ele destacou, também, que a regra consubstanciada no art. 333, I, do Regimento Interno do STF buscaria permitir a concretização, no âmbito daquele Tribunal, no contexto das causas penais originárias, do postulado do duplo reexame, que visa amparar direito consagrado na Convenção Americana de Direitos Humanos, na medida em que realizaria, embora insuficientemente, a cláusula da proteção judicial efetiva. A decisão majoritária partiu de divergência aberta pelo Min. Roberto Barroso, que foi seguido pelos Ministros Teori Zavaski, Dias Toffoli, Rosa Weber, Ricardo Lewandowski e Celso de Mello. A despeito de a fundamentação dos Ministros não ser convergente (em parte) quanto aos argumentos invocados, acabou sendo reconhecida a primazia do duplo grau de jurisdição, seja por força de sua previsão constitucional implícita, seja em virtude (de acordo com manifestação de alguns Ministros) de sua previsão na Convenção Americana de Direitos Humanos. Ao final do julgamento, restaram vencidos os Ministros Joaquim Barbosa, Presidente e Relator, Luiz Fux, Cármen Lúcia, Gilmar Mendes e Marco Aurélio, que não admitiam os embargos infringentes por entenderem que este recurso estaria revogado pela Lei 8.038/1990.<sup>22</sup>

Outra matéria recorrentemente contemplada em julgamentos do STF diz respeito ao direito-garantia da razoável duração do processo e a configuração do excesso de prazo em ação criminal e as respectivas sanções. Tal garantia, incorporada ao texto constitucional pela Emenda Constitucional nº 45/2004, encontra também expressa previsão nos artigos 7.5 e 7.6 do Pacto de São José da Costa Rica, que reconhecem a garantia da razoável duração do processo na forma de um direito subjetivo a um julgamento sem dilações indevidas. Em julgamento datado de 13.11.2014, Segunda Turma, proferido à unanimidade, o STF, no Habeas Corpus nº 111173, Relator Ministro Celso de Mello, procedeu ao controle de convencionalidade de decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), invocando precisamente as disposições

<sup>22</sup> A Corte manteve o referido entendimento em relação ao voto majoritário proferido pelo Min. Barroso no julgamento dos Agravos Regimentais que, posteriormente, buscavam o conhecimento de embargos infringentes de corrêus sem que os requisitos previstos no art. 333, inciso I, do Regimento Interno da Corte estivessem supridos. Nesse sentido, a título de exemplo, ver o julgado mais recente no âmbito da citada ação penal: AP 470 El-décimos quintos-AgR, Relator: Min. Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, julgado em 22/05/2014. Todavia, em outros julgados posteriores de ações originárias, a Corte seguiu o entendimento de que a prerrogativa de foro prevista na Constituição Federal não viola a garantia do duplo grau de jurisdição, constituindo, pois, forma de sua relativização, nesse sentido ver: AP 560, Relator: Min. Dias Toffoli, Segunda Turma, julgado em 25/08/2015 e Inq 3412 ED, Relatora: Min. Rosa Weber, Tribunal Pleno, julgado em 11/09/2014.

referidas na Convenção Americana de Direitos Humanos, reconhecendo a configuração de constrangimento ilegal da liberdade de locomoção em virtude do excesso de prazo, afirmando que o julgamento deve ocorrer em tempo adequado. Na conclusão do citado julgado, o Tribunal determinou, ainda, prazo de duas Sessões para que o Superior Tribunal de Justiça (autoridade coatora) finalizasse o julgamento do Habeas Corpus nº 203917, cuja alegação de excesso de prazo teria ocasionado a impetração do Habeas Corpus ora noticiado perante o STF.

Julgado importante – novamente em matéria criminal – diz respeito a assim chamada audiência de custódia (em verdade uma audiência de apresentação), procedimento criado inicialmente pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, mediante o Provimento 03/2015, como forma de dar cumprimento ao disposto no Pacto de São José da Costa Rica (artigo 7º, item 05), naquilo em que determina que toda pessoa detida ou retida deverá ser apresentada sem demora a um juiz. Nesse caso, o STF, em 20/08/2015, por maioria de votos e nos termos do voto do Relator, Ministro Luiz Fux, conheceu em parte do pedido na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5240, julgando tal ação improcedente. Ao proceder ao exame de constitucionalidade o STF também analisou a convencionalidade do referido ato normativo em face da Convenção Americana de Direitos do Homem, entendendo que seu já referido artigo 7º, item 5, oferta o fundamento necessário para validar o citado ato normativo, ademais de entender não existir violação das normas constitucionais que envolvem a competência legislativa em matéria processual penal. Importa registrar, contudo, o voto divergente do Ministro Marco Aurélio, que acatava a preliminar de extinção da ação pela impossibilidade de o STF analisar ato secundário via controle concentrado de constitucionalidade, inclusive ressaltando que o ato impugnado não estaria inovando no sistema jurídico, tendo em vista a disposição do § 1º do art. 306 do Código de Processo Penal, que já previa, ainda que não sob o mesmo rótulo, a audiência de custódia. No mérito, o Ministro Marco Aurélio julgou a ação procedente por entender que houve violação das normas sobre competência legislativa exclusiva da União.

O caso da assim chamada audiência de custódia, para além de ter sido objeto de decisão afirmativa do STF em sede de controle de constitucionalidade e de convencionalidade, ilustra a possibilidade (polêmica aos olhos dos que entendem que a medida careceria de regulamentação legal) deferida ao Poder Judiciário para, no âmbito de sua competência regimental e administrativa, dar execução a exigências estabelecidas em convenções internacionais, por conta da regra da

aplicabilidade imediata dos direitos e garantias civis e políticos, assim também afirmada pela CF em relação aos direitos fundamentais em geral (artigo 5º, § 1º), mormente que não se está, no caso, propriamente a “legislar” sobre processo e procedimento, mas, sim, implementar, em termos logísticos e operacionais, medida concreta que já decorre de obrigação legal interna, notadamente pelo fato de o Congresso Nacional ter aprovado sem reservas a Convenção Americana de Direitos Humanos no ponto em causa.

Matéria de elevado impacto, inclusive já submetida à Comissão de Direitos Humanos da OEA, diz respeito às precárias condições de cumprimento de penas privativas de liberdade, ou prisões provisórias, no âmbito do sistema carcerário brasileiro. Embora a existência de decisões de outras instâncias judiciais dispondo sobre o tema, a matéria chegou ao STF para uma análise mais sistemática e substancial. Com efeito, em 09/09/2015, por maioria de votos, sendo Relator o Ministro Marco Aurélio, foi julgada a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347, tendo sido reconhecido que a situação precária na qual se encontram os presos nos presídios brasileiros consiste em uma violação generalizada e sistêmica de direitos fundamentais, resultado de inércia ou incapacidade reiterada e persistente das autoridades públicas em modificar a conjuntura. O Tribunal reconheceu a existência de transgressões a exigirem a atuação não apenas de um órgão, mas, sim, de uma pluralidade de autoridades, e que se instalou um assim designado “estado de coisas inconstitucional”, no mesmo sentido em que já havia julgado a Corte Constitucional Colombiana.

Nesse contexto, o STF passou a estabelecer algumas medidas para que não só a Administração Pública, mas também os demais órgãos do Poder Judiciário, assegurassem o respeito ao mínimo em dignidade humana, conforme compromisso firmado mediante a ratificação do Pacto de Direitos Civis e Políticos da ONU e da Convenção Interamericana de Direitos Humanos. Os Ministros frisaram que no sistema prisional brasileiro ocorreria violação generalizada de direitos fundamentais dos presos no tocante à dignidade, higidez física e integridade psíquica e que as penas privativas de liberdade aplicadas nos presídios converter-se-iam em penas cruéis e desumanas, dadas as condições em geral de cumprimento de tais penas. Nesse contexto, diversos dispositivos (artigos 1º, III, 5º, III, XLVII, e, XLVIII, XLIX, LXXIV, e 6º) da CF, além de normas internacionais reconhecedoras dos direitos dos presos (o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos e Penas Cruéis, Desumanos e Degradantes e a Convenção

Americana de Direitos Humanos), bem como normas infraconstitucionais como a Lei de Execução Penal e a Lei Complementar nº 79/1994, que criara o Fundo Penitenciário (Funpen), teriam sido transgredidas. Em relação ao citado Fundo, os recursos estariam sendo contingenciados pela União, o que impediria a formulação de novas políticas públicas ou a melhoria das existentes e contribuiria para o agravamento do quadro. Anotaram, ainda, que a reiterada violação dos direitos fundamentais dos presos repercute além das respectivas situações subjetivas, produzindo mais violência contra a própria sociedade. Além disso, a prova de ineficiência do sistema penitenciário brasileiro verifica-se mediante as altas taxas de reincidência registradas. Por fim, quanto a sua possibilidade de interferência nessa seara, o Tribunal reconheceu que não poderia substituir o legislador e nem a Administração Pública em questão que abrangiam a edição de políticas públicas específicas.

Especialmente digna de nota é a circunstância de que nesse julgamento o STF deliberou pelo deferimento de medida liminar determinando um conjunto de providências a serem levadas a efeito pelos Juízes e Tribunais das instâncias ordinárias, de modo a combater tal estado de coisas. Dentre tais medidas, destacam-se a realização tempestiva de audiências de custódia, a consideração das condições do sistema carcerário por ocasião da aplicação de medidas cautelares alternativas à prisão, o abrandamento dos requisitos temporais para a fruição de benefícios e direitos dos presos, como a progressão de regime, o livramento condicional e a suspensão condicional da pena, quando reveladas as condições de cumprimento da pena mais severa do que as previstas na ordem jurídica em razão do quadro do sistema carcerário, preservando-se, assim, a proporcionalidade da sanção. Particularmente inovadora (mas também objeto de polêmica) é a diretiva de que se abatesse da pena o tempo de prisão, se constatado que as condições de efetivo cumprimento são significativamente mais severas do que as previstas na ordem jurídica, de forma a compensar o ilícito estatal. Além disso, o Tribunal determinou que a União liberasse as verbas do Fundo Penitenciário Nacional, abstendo-se de realizar novos contingenciamentos.

Nessa mesma toada, no que respeita o sistema carcerário, o STF, por unanimidade, em julgamento ocorrido em 13/08/2015, em sede de Repercussão Geral no Recurso Extraordinário nº 592581, relatado pelo Ministro Ricardo Lewandowski, deu provimento ao recurso e mencionou como parâmetro para fundamentar a possibilidade de controle judicial de políticas públicas nesta seara, normas da Declaração Universal de

Direitos do Homem de 1948 (art. 8º), do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos da ONU (art. 19), do Pacto de São José da Costa Rica (art. 5º) e as Resoluções nº 663 e 2076 do Conselho Econômico e Social das Nações Unidas. Além disso, o Relator lembrou as condenações sofridas pelo Brasil por parte da Corte Interamericana de Direitos Humanos, em virtude de graves violações a direitos humanos no âmbito do sistema penitenciário brasileiro, como o Caso do Presídio de Urso Branco, em Rondônia, e do Complexo de Tatuapé-FEBEM-SP. Ao final, o Tribunal assentou a tese de que

[...] é lícito ao Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais para dar efetividade ao postulado da dignidade da pessoa humana e assegurar aos detentos o respeito à sua integridade física e moral, nos termos do que preceitua o art. 5º, XLIX, da Constituição Federal, não sendo oponível à decisão o argumento da reserva do possível nem o princípio da separação dos poderes.

Tal decisão, aliás, alinha-se (agora em matéria de controle judicial na seara das condições do sistema prisional) com um conjunto de decisões anteriores no âmbito do controle de ações e omissões na base dos direitos fundamentais sociais, especialmente os direitos à saúde e educação.

Dois casos julgados pelo STF tiveram como parâmetro a Convenção dos Direitos das Pessoas com Deficiência, que, por ter sido aprovada pelo Congresso Nacional observando o rito do § 3o do artigo 5o da CF, possui hierarquia equivalente a de uma emenda constitucional e íntegra, portanto, o bloco de constitucionalidade, fazendo convergir e dialogar diretamente o controle de constitucionalidade e o controle de convencionalidade.

Num primeiro momento, o STF, por meio do julgamento do Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 32732, relatado pelo Ministro Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 03/06/2014, ficou assentado, à unanimidade, que a Administração Pública brasileira tem legitimidade para ofertar tratamento diferenciado às pessoas portadoras de deficiência no acesso a cargos públicos, devendo seguir critérios objetivos para definir os cargos públicos que irão suprir esta cota específica, de modo que o Poder Público deverá implementar mecanismos

compensatórios destinados a corrigir as profundas desvantagens sociais que afetam as pessoas vulneráveis, em ordem a propiciar-lhes maior grau de inclusão e a viabilizar sua efetiva participação, em condições equânimes e mais justas, na vida econômica, social e cultural do País.

O segundo caso, objeto de decisão mais recente, julgado em 09.06.2016, foi o julgamento da ADI 5357, relatada pelo Ministro Edson Fachin, quando foram declaradas constitucionais as normas contidas no Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei 13.146/2015), que estabelecem a obrigatoriedade de as escolas privadas promoverem a inserção de pessoas com deficiência no ensino regular e providenciar as medidas de adaptação necessárias sem que o ônus financeiro seja repassado mediante inserção nas taxas escolares (mensalidades, anuidades ou matrículas). Cumpre salientar que a ação direta de inconstitucionalidade foi promovida pela Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino, que sustentou que os dispositivos impugnados do Estatuto estariam a violar diversos preceitos constitucionais, em especial o artigo 208, III, CF, que prevê ser dever do Estado assegurar o atendimento educacional às pessoas com deficiência. O autor da ADI aduz que as medidas impostas aos estabelecimentos particulares implicam em custos elevados e que se não puderem ser repassados aos usuários poderão mesmo inviabilizar a manutenção das atividades do estabelecimento. Dentre os argumentos deduzidos pelo Relator da ação, destaca-se que os estabelecimentos privados tiveram tempo suficiente (previsto na própria Lei) para promover as necessárias adaptações e que em causa não estão apenas aspectos econômicos, mas, sim, especialmente uma questão de integração e solidariedade, promovendo a inclusão, o respeito e a tolerância. Dos votos dos demais Ministros, que no geral aderiram aos argumentos do Relator, cabe referir a manifestação do Ministro Gilmar Mendes, que, embora julgando também improcedente a ação, apontou a necessidade de se adotar regras de transição proporcionais, pois boa parte das exigências da nova legislação demanda um determinado tempo para sua execução, ademais de um adequado planejamento. Registre-se, além disso, que apenas o Ministro Marco Aurélio aportou voto divergente, dando parcial provimento à ADI, no sentido de que seja considerada constitucional a interpretação dos artigos impugnados no que dispõe sobre a necessidade de planejamento por parte das entidades privadas, sendo, contudo, inconstitucional a interpretação de que as diversas exigências previstas nos artigos 28 e 30 do Estatuto sejam obrigatórias, isso pelo fato de que “o Estado não pode cumprimentar com chapéu alheio”, não podendo impor à iniciativa privada o que ele

próprio não cumpre, especialmente no campo da Educação, onde é o Estado o principal obrigado.

Finalmente, encerrando o inventário ilustrativo dos casos mais relevantes em que o STF realizou um controle de convencionalidade da normativa interna na sequência de decisão proferida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, que realiza o controle do tipo externo, vale referir o julgamento da ADI 4424, da Relatoria do Ministro Marco Aurélio, julgamento ocorrido em 19/02/2012 e decidido por maioria nos termos do voto do Relator. Nesse julgamento, foram analisadas arguições de inconstitucionalidades aduzidas em face de dispositivos da Lei nº 11.340/2006, em especial quanto ao fato de ter violado o princípio da isonomia, no sentido de assegurar um tratamento diferenciado no processo de crimes cometidos no âmbito da violência doméstica, consistente em definir a natureza da ação penal como pública incondicionada nos casos de crimes de lesão corporal praticados contra mulher neste contexto, a partir da interpretação dos artigos 12, inciso I, e 16 do referido diploma legal. O Relator ressaltou, de início, que a edição do referido ato legislativo adveio de uma condenação sofrida pelo Brasil e imposta pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (2001), de tal sorte que necessária a interpretação da Lei Federal tendo como diretriz as exigências da Convenção Americana de Direitos Humanos e da Convenção Internacional de Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial. Registre-se que restou vencido o Ministro Cezar Peluso, que julgava procedente a ação para reconhecer que não cabe ao legislador interferir nesse tipo de decisão, que somente caberá à própria mulher o poder de decidir se almeja continuar com a ação penal, além de argumentar no sentido de que com isso se estaria a interferir em aspectos ligados à vida familiar.

Mas também não há como deixar de colacionar casos nos quais o STF acabou por não decidir em sintonia com a orientação imprimida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, designadamente no altamente relevante e polêmico problema envolvendo diversos países da América Latina que, após terem vivenciado períodos de perfil ditatorial (como é o caso, por exemplo, da Argentina, do Chile e do Uruguai, além do próprio Brasil), aprovaram legislação anistiando os crimes praticados contra dissidentes políticos e a população civil em geral. Aqui o STF, em decisão por maioria na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental-ADPF nº 153, Relator Ministro Eros Grau, julgada pelo Tribunal Pleno em 29/04/2010, que recebeu um considerável número de críticas inclusive internas, julgou que a legislação que decretou a anistia em relação aos crimes cometidos no período da ditadura militar foi recepcionada pela

CF, tratando-se de um pacto de transição, que teve legitimidade democrática e que assegurou a evolução para a democracia, ademais de operada a prescrição e da proibição de retroatividade prevista na CF.

## 5. Síntese conclusiva

De todo o exposto, é possível extrair que no tocante ao valor atribuído aos tratados internacionais de direitos humanos, o Brasil registrou importantes avanços sob a égide da CF. Isso se deve tanto ao reconhecimento expresso de que os tratados de direitos humanos integram o catálogo dos direitos e garantias fundamentais da CF (artigo 5º, § 2º), previsão inovadora na trajetória constitucional brasileira, quanto pela ratificação, na primeira metade da década de 1990 (ainda que tardiamente), dos principais tratados internacionais de caráter geral, como é o caso dos dois Pactos Internacionais da ONU, ambos de 1966, bem como da Convenção Americana de Direitos Humanos, de 1969. Além disso, a afirmação da prevalência dos direitos humanos no âmbito dos princípios fundamentais, que regem as relações internacionais do Brasil (artigo 4º), demonstra que o projeto constituinte foi no sentido de uma abertura ao sistema internacional (e regional) de proteção dos direitos humanos.

Por outro lado, do ponto de vista da efetiva consideração dos tratados de direitos humanos na ordem jurídica interna, mesmo depois da promulgação da atual CF, os avanços foram tímidos, ao menos durante considerável tempo, visto que não apenas eram raros os casos de invocação de tais tratados por Juízes e Tribunais, como o STF lhes atribuía valor apenas de lei ordinária, de tal sorte que se podia falar até mesmo de uma falta de cultura nessa seara. Ademais disso - e justamente em virtude disso - a noção de um controle de convencionalidade da normativa interna não só era praticamente desconhecida, como não tinha em regra relevância prática, excetuando-se decisões de Juízes e Tribunais ordinários, que, mesmo na contramão do que então entendia o STF, afastavam a prisão civil do depositário infiel em casos de natureza contratual, valendo-se da Convenção Americana de Direitos Humanos.

Mas também aqui, consoante já demonstrado, houve avanços significativos, seja do ponto de vista legislativo, seja na perspectiva jurisprudencial. Com efeito, mediante a inserção de um parágrafo terceiro no artigo 5º da CF, ficou estabelecido que os tratados de direitos humanos aprovados pelo Congresso por maioria de 3/5, nas duas Casas do Congresso e em dois turnos de votação, são considerados equivalentes às emendas constitucionais, o que veio a ser colocado em prática

mediante a aprovação da Convenção dos Direitos das Pessoas com Deficiência. Além disso, o próprio STF revisou seu entendimento (2008), passando a atribuir hierarquia supralegal aos tratados de direitos humanos em geral, ressalvados os que forem aprovados pelo rito do artigo 5º, § 3º, da CF, que assim terão hierarquia equivalente às emendas constitucionais.

De lá para cá, tanto o STF e mesmo outros Tribunais passaram gradativamente a recorrer aos tratados internacionais para motivar suas decisões em diversos casos relevantes, ainda que, em geral, como dão conta os exemplos já colacionados, não se tenha deixado de aplicar o direito interno (como ocorreu no caso da prisão civil), mas, sim, utilizado os tratados como parâmetros interpretativos e de justificação, tudo no âmbito do que se tem designado de um controle de convencionalidade das leis.

É claro que não se olvida aqui de condenações sofridas pelo Brasil pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, nem se desconsidera que ainda falta muito para que a teoria e prática do controle de convencionalidade sejam bem assimiladas, resultando numa atuação rotineira por parte dos atores da cena judiciária, mas também, no âmbito das respectivas atribuições e no plano de um controle de natureza política, por parte do legislador e do Poder Executivo.

Do mesmo modo, segue problemática, ao menos aos nossos olhos e de expressiva doutrina, a solução protagonizada pelo STF ao sufragar duas modalidades de força normativa dos tratados, distinguindo entre os que foram aprovados como sendo equivalentes às emendas constitucionais, operando como parâmetro do próprio controle de constitucionalidade (e de convencionalidade), e os tratados (que são a esmagadora maioria) aprovados pelo rito convencional e anterior à inclusão do § 3º do artigo 5º da CF, os quais têm hierarquia supralegal e não são considerados como parâmetro do controle de constitucionalidade, mas somente de convencionalidade.

Por outro lado, ainda que muitas questões sigam desafiando uma adequada reflexão e solução, em especial aspectos de natureza processual, algumas das quais já noticiadas, o fato é que o balanço que se pode fazer nessa quadra, especialmente mediante uma comparação com o quadro verificado nos primeiros vinte anos de vigência da CF, é positivo e sugere ulterior aperfeiçoamento e consagração em termos tanto quantitativos como qualitativos do controle de convencionalidade e do respeito às decisões das Cortes Internacionais pelo Brasil. Aliás, somente assim se poderá alcançar a necessária sintonia entre Direitos Humanos e Direitos Fundamentais e a projetada integração do Brasil na comunidade internacional e, em especial, regional, tal qual previsto no artigo quarto da CF.