

**XXIV CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM
HELDER CÂMARA**

**DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS
HUMANOS II**

BRUNO MANOEL VIANA DE ARAUJO

KIWONGHI BIZAWU

MARGARETH ANNE LEISTER

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

D598

Direito internacional dos direitos humanos II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/
UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara;

coordenadores: Bruno Manoel Viana De Araujo, Kiwonghi Bizawu, Margareth Anne
Leister – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-100-5 2

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO E POLÍTICA: da vulnerabilidade à sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Direito internacional .
3. Direitos humanos. I. Congresso Nacional do CONPEDI - UFMG/FUMEC/Dom Helder
Câmara (25. : 2015 : Belo Horizonte, MG).

CDU: 34



XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC /DOM HELDER CÂMARA

DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS II

Apresentação

A tarefa de promover o conhecimento, de estimular valores e de desenvolver a pesquisa não é nada simples. Sua complexidade decorre de uma imensidão de fatores, inúmeras dificuldades para a superação de entraves que marcam as determinantes do processo de produção do conhecimento.

O presente livro é composto por vinte e seis artigos, que foram selecionados por pareceristas .

Os autores apresentaram suas pesquisas no Grupo de Trabalho Direito Internacional dos Direitos Humanos, e suas conclusões foram objeto de amplo debate, no qual coordenadores, autores e a comunidade científica presente puderam contribuir com a pesquisa.

Em linhas gerais, o primeiro debate girou em torno do ser humano como sujeito do direito internacional e as doutrinas relativismos e universalistas.

No segundo debate, foram abordados temas como paz Internacional, ingerência ecológica e liberdade religiosa.

O terceiro debate deve como foco o sistema interamericano de direitos humanos, mais especificamente a Corte Interamericana e os tratados internacionais de proteção aos direitos econômicos, sociais e culturais.

O quarto debate tratou da condição dos refugiados e a imigração no Brasil.

Ainda, foram abordados temas variados como: violação aos direitos humanos da mulher, do idoso e o controle de convencionalidade.

Desse modo, o artigo de Renata Albuquerque Lima , Carlos Augusto M. de Aguiar Júnior analisa as consequências da proteção internacional dos direitos humanos, verificando-se a necessidade de compreender o valor do indivíduo no cenário internacional, bem como a necessidade de refletir sobre o conceito de soberania historicamente construído. Quanto ao artigo de lavra de Helena Cristina Aguiar De Paula Vilela, tem por objetivo investigar se a pessoa humana é sujeito de direito internacional, sob o abrigo da cidadania, e a partir de que

momento foi possível considerar tal afirmação. No mesmo diapasão se situam Gustavo Bovi Gonçalves , Pedro Henrique Oliveira Celulare ao apresentarem uma discussão sobre o conceito de Estado soberano ante a efetivação da proteção internacional dos direitos humanos sob a ótica do relativismo cultural. Sabrina Nunes Borges , Naiara Cardoso Gomide da Costa Alamy fazem um estudo sobre o surgimento dos direitos humanos como resposta ao abuso e desrespeito praticado pelo homem contra o próprio semelhante. Já Frederico Antonio Lima De Oliveira , Alberto de Moraes Papaléo Paes instigam o espaço da Revista Ensino como um instrumento dialético através da possibilidade de crítica e réplica, apostando numa visão universalista dos direitos humanos.

Para Késia Rocha Narciso , Roseli Borin, numa linguagem poética, a Paz internacional est vista como como direito humanona ótica do efeito borboleta. Henrique Augusto Figueiredo Fulgêncio , Rafael Figueiredo Fulgêncio examinam a violência soberana positivada através das resoluções do Conselho de Segurança das Nações Unidas que estabelecem sanções aplicáveis ao Talibã e à Al-Qaeda, como diplomas jurídicos. Luiza Diamantino Moura aborda a construção da noção da ingerência ecológica como instrumento jurídico para salvaguardar o ambiente dos danos ecológicos. Rafael Zelesco Barretto comenta a relação entre a Sharia, ou lei islâmica, e a liberdade religiosa, enfatizando a possibilidade de múltiplas interpretações das principais fontes deste ordenamento jurídico. Jahyr-Philippe Bichara apresenta uma reflexão sobre imigração e direito internacional, abordando um aspecto jurídico mais complexo da imigração, partindo da soberania dos Estados. Aline Andrighetto destaca em seu artigo os Pactos Internacionais protetores de grupos sociais minoritários, demonstrando a efetividade do compromisso assumido pelos países signatários. Gilda Diniz Dos Santos em belo texto ressalta a jurisprudência internacional e tratados internacionais de direitos humanos contribuindo para efetivação dos direitos humanos do trabalhador. O artigo de Marília Aguiar Ribeiro do Nascimento , Germana Aguiar Ribeiro do Nascimento examina a questão atinente ao acesso direto dos indivíduos perante à Corte Interamericana de Direitos Humanos. Clarice Gavioli Boechat Simão "analisa o processo de regionalização da proteção dos direitos humanos, abordando suas justificativas e progressos obtidos, notadamente a partir da ótica interamericana, com suas peculiaridades." Débora Regina Mendes Soares faz "uma análise acerca de Direitos Humanos Econômicos, Sociais e Culturais de grupos vulneráveis integrarem o núcleo duro de normas universais e cogentes identificadas pelo Sistema Internacional de Proteção de Direitos Humanos como Jus Cogens, especificamente no âmbito da seara da jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos." Maria Lucia Miranda de Souza Camargo analisa a responsabilidade do Estado brasileiro frente às violações de direitos humanos ocorridas no país, em razão dos casos que passaram a ser julgados pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. Geraldo Eustaquio Da Conceição analisa o instituto do refúgio no Brasil, partindo das Declarações da ONU e da

legislação brasileira sobre o tema. Cecilia Caballero Lois e Julia de Souza Rodrigues escrevem sobre as deliberações das reuniões ordinárias e extraordinárias realizadas no Conselho nacional de Imigração no período compreendido entre 2013 e 2014, para compreender melhor a formulação dos principais mecanismos criados pelo governo brasileiro para regular a permanência de nacionais haitianos por razões humanitárias no Brasil. Erica Fabiola Brito Tuma e Mariana Lucena Sousa Santos tecem críticas contra duas decisões de diferentes cortes acerca do respeito, proteção e aplicação do direito à saúde. Lino Rampazzo e Aline Marques Marino procuram discutir a situação da migração interna no Brasil dentro da Lei nº 6.815/1980, denominada Estatuto do Estrangeiro, tomando como referência os projetos de lei em trâmite nas Casas Legislativas (PL nº 5.655/2009 e PL nº 288/2013) à luz do direito internacional e da Constituição brasileira de 1988, resgatando, para tanto, o princípio da dignidade humana. Artenira da Silva e Silva Sauaia e Edson Barbosa de Miranda Netto analisam "as interpretações explicitadas nas decisões do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão acerca da Lei Maria da Penha em sede de Conflitos de Competência." Antonio Cezar Quevedo Goulart Filho faz apontamentos críticos às violações de direitos humanos dos idosos. Igor Martins Coelho Almeida e Ruan Didier Bruzaca estudam o direito de consulta prévia na América Latina, tendo em vista o exemplo colombiano e as perspectivas para o Brasil. Valdira Barros estuda a eficácia dos mecanismos internacionais de proteção aos direitos humanos, tendo por referencial empírico o chamado caso dos meninos emasculados do Maranhão, analisando-se a denúncia internacional apresentada perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos sobre o caso. A seu turno, Joao Francisco da Mota Junior indaga a implementação da LAI pelos estados federados e a violação ao pacto San Jose de Costa Rica. João Guilherme Gualberto Torres e Geovany Cardoso Jevaux apresentam o ensaio intitulado "Ensanchas de um controle de convencionalidade no Brasil: três casos sob análise." Cassius Guimaraes Chai e Denisson Gonçalves Chaves abordam o Controle de convencionalidade das leis no contexto jurídico brasileiro, expondo, quanto à sua aplicabilidade, suas tipologias e delimitações teóricas e práticas.

**ENSANCHAS DE UM CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE NO BRASIL:
TRÊS CASOS SOB ANÁLISE**

**OPORTUNIDADES DE UN CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN BRASIL:
TRES CASOS BAJO ESTUDIO**

**João Guilherme Gualberto Torres
Geovany Cardoso Jevaux**

Resumo

Nada obstante haja constante reverberação de um chamado controle de convencionalidade, não parece estar o tema tão pacificado na doutrina e na jurisprudência brasileiras. Em verdade, parece haver um espaço de vagueza de sentido, sem que se enfrente a fundo a questão da incorporação dos tratados internacionais no Brasil, bem como o grau hierárquico por eles ocupado após sua inserção. As decisões do Supremo Tribunal Federal não conduzem a um alicerce firme de entendimento, perante o que se possa passar ao exame de validade dos diversos outros estatutos normativos nacionais frente ao direito internacional. Três casos, todavia, têm-se apresentado como ensancha de um controle cujo parâmetro tem sido um tratado internacional, abdicando-se da única referência da prisão civil do depositário infiel, abordada, mas sem conclusões elucidativas, pela Suprema Corte.

Palavras-chave: Constituição federal, Tratados internacionais, Hierarquia normativa, Ordenamento jurídico brasileiro, Controle de convencionalidade

Abstract/Resumen/Résumé

Aunque haya la constante reverberación de un llamado control de convencionalidad, no parece ser el tema pacificado en la doctrina y la jurisprudencia brasileñas. De hecho, parece que hay un área de vaguedad de significado sin estudio en profundidad del tema de la incorporación de los tratados internacionales en Brasil, así como el nivel jerárquico que ocupan después de la inserción. Las decisiones de la Corte Suprema no conducen a una base sólida de entendimiento, antes de que pueda pasar la prueba de la validez de varias otras leyes nacionales delanteros del derecho internacional. Tres casos, sin embargo, se han presentado como oportunidades de control cuyo parámetro ha sido un tratado internacional, abdicándose de la única referencia del arresto civil del fideicomisario delincuyente, abordado, pero sin conclusiones esclarecedoras, por la Suprema Corte del Brasil.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Constitución de brasil, Tratados internacionales, Jerarquia normativa. leyes brasileñas. control de convencionalidad

INTRODUÇÃO

Tem se tornado cada vez mais comum o uso da expressão “controle de convencionalidade” para aludir ao exame de validade de um dispositivo legal ou ato normativo frente aos tratados e acordos internacionais ratificados pelo Brasil.

Importa, porém, salientar, que, conquanto a aceitação da utilização da expressão se faça sem maiores tergiversações, tal não induz a pensar que o tema de controle de um estatuto legal pátrio frente ao direito internacional seja estreme de maiores problemas.

Em verdade, a alusão mesma a decisões do Supremo Tribunal Federal, nos famosos casos em que enfrentada a questão da prisão civil do depositário infiel não se encontra desembaraçada de questionamentos, consoante se tem reproduzido na doutrina e na jurisprudência nacionais.

Nem mesmo, deve-se dizer, o *status* normativo ocupado pelos acordos internacionais, que versem ou não sobre direitos humanos, no ordenamento jurídico brasileiro é consenso entre os juristas. Tampouco veio a Suprema Corte a concluir por um posicionamento o qual pudesse servir de parâmetro para ulteriores decisões¹.

Busca-se, portanto, com o presente ensaio, não somente demonstrar de que forma o problema do grau hierárquico dos tratados internacionais do ordenamento jurídico brasileiro se mantém, como também indagar se, diante dos três casos que serão apontados, pode-se cogitar de um verdadeiro controle de convencionalidade realizado no Brasil.

Faz-se necessário um olhar atento à forma de abordagem da questão para que não se torne o controle de convencionalidade espaço desprovido de sentido, dentro do qual tudo poderá ser feito, desrespeitando-se, outrossim, o texto constitucional, com incursões legislativas que provocaram sensíveis mudanças na incorporação do direito internacional, a exemplo da Emenda Constitucional n. 45/04.

¹ Prova disso foram os comentários *obiter dicta* proferidos pelos Ministros Edson Fachin e Roberto Barroso no recente julgamento da ADI n. 5.240, quando do exame da constitucionalidade do Provimento Conjunto n. 03/15, do Tribunal de Justiça de São Paulo, que versa sobre a audiência de custódia. Os Ministros, na oportunidade, entenderam necessário um esclarecimento ou uma afirmação do entendimento, no Supremo Tribunal, sobre a incorporação dos tratados internacionais no ordenamento jurídico pátrio.

1 BREVE ANÁLISE DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE

A crescente globalização percebida nas últimas décadas e a necessidade de os Estados Nacionais manterem constantes acordos para não perecerem diante de certas deficiências históricas têm provocado a composição cada vez maior de normas internacionais (bilaterais ou multilaterais) a que se obrigam os Estados-Parte a nível internacional, baseados na observância da boa fé e do *pacta sunt servanda*.

Os três clássicos pilares que fundamentavam o Estado Constitucional, quais sejam, território, população e soberania, percebem-se, desse modo, flexibilizados ante as novas aspirações. Isso porque, consoante escreve Francisco Lucas Pires, o território não encontra mais barreiras perfeitamente delimitadas, tampouco a população se encontra exclusiva a um determinado Estado e, por fim, a soberania já não é indivisível (PIRES, 1997).

La Convención y demás actos similares, como derecho supranacional eliminan, obviamente, el dogma del poder interno de cada país – o gobierno – como poder incondicionado e ilimitado. El precio de ser parte de una comunidad civilizada es reconocer el respeto a sus mínimas normas de convivencia y comportamiento en el plano *interno*. Incluso los países con suficiente poder como para pretender aislarse del mundo terminan reconociendo que no está en su propio interés hacerlo.

No hay más poderes nacionales ilimitados en un mundo tan estrechamente interconectado con el actual, y menos aún los habrá en el futuro (GORDILLO, 2005, p. II-21).

A impossibilidade de se manter o Estado alijado do cenário mundial tem feito com que acordos e tratados internacionais sejam realizados com escopo único de reunir esforços para destinar a um único fim, desde a quebra de barreiras alfandegárias até o combate à corrupção e ao tráfico ilícito de entorpecentes.

Percebeu-se, já de algum tempo, que a associação a outros países do globo faz-se imprescindível, em época que não tem como, quer por limitações econômicas quer por limitações geográficas, manter-se o Estado autossuficiente, demandando constante intercâmbio com outros países.

Neste cenário, e de relativo rompimento do dogma da supremacia estatal, urge a necessidade de verificação da acomodação, já no direito interno de cada Estado, do *topos* ocupado por essas Convenções Internacionais, em especial quando colidente com a Constituição nacional.

Juristas latino-americanos têm avançado no estudo do *Direito Comunitario*, a fim de compreender quais os impactos gerados pelas normativas internacionais uma vez inseridas no

ordenamento jurídico nacional, máxime quando pretende o tratado internacional abordar tema relativo a direitos humanos, cuja garantia, por vezes, é já expressa no texto constitucional.

Ademais, o papel assumido pela Corte Constitucional de cada Estado, diante, por vezes, da insuficiência do texto constitucional, tem, outrossim, merecido amplo destaque, como modo não só de colmatação de lacunas, como também de avanço nos estudos do intercâmbio entre direito interno e direito comunitário.

Em alusão à Constituição Argentina, Augustín Gordillo (2005) ratifica que

de este modo, ya no basta con que la administración esté sometida a la ley y ésta a la Constitución, sino que todo el derecho interno está sometido a un derecho supranacional en materia de derechos humanos y libertades públicas.

Por tales razones los derechos individuales preexisten a todo ato estatal: a la Constitución, a las sentencias, a las leyes e a los actos y reglamentos administrativos. Las leyes pueden regular los derechos de los individuos, fijando sus alcances y límites; pero aunque ninguna ley sea dictada, el derecho individual existe no obstante, por imperio de la Constitución, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y demás pactos internacionales de derechos humanos previstos en el inciso 22 del artículo 75 de la Constitución. (p. II-5)

Impõe-se, diante disso, a exigência de se saber se é possível que, ao tratar de aspectos de tão grande valor, por exemplo, direitos humanos, ou ainda por se tratar de uma forma voluntária de autolimitação estatal, é válido o controle de constitucionalidade exercido sobre o direito comunitário e se, uma vez inserido no ordenamento pátrio, assume o mesmo *status* hierárquico da Constituição, passando, desde já a limitar as leis nacionais, servindo, ademais, de controle de validade dos atos normativos que lhe são inferiores.

Como se perceberá, grande parte dos Estados latino-americanos têm adotado o controle prévio de constitucionalidade dos tratados internacionais, antes de sua ratificação. Controle esse exercido pela Corte Constitucional respectiva ou pelo Parlamento (SIDOU, 2003) ou por ambos.

Tendo sido, no entanto, ratificado o acordo internacional, não mais seria cabível qualquer análise que pudesse sustar a aplicabilidade do pacto internacional em vista do direito interno, sob pena de responsabilização internacional pelo descumprimento. O que é recrudescido pelo fato de, na maioria desses países, ter havido adesão à Convenção de Viena, cujo art. 27² obsta a invocação de direito interno para descumprimento de normativas internacionais.

² **Art. 27.** Uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado. Esta regra não prejudica o artigo 46.

Nesse sentido, anota Victor Bazán (2004), para quem

¿qué um control de constitucionalidade *a posteriori*, pues – hipnotizando –, ¿qué sucedería si el órgano jurisdiccional pertinente concluyera que el mismo es total o parcialmente inconstitucional? Percibimos que tal alternativa podría coadyuvar al vaciamiento del contenido axiológico y jurídico de la exigencia que se impone a todo Estado en el sentido de honrar sus compromisos internacionales, no supondría – precisamente – respetar los principios generales del derecho y, ya en particular, las pautas *pacta sunt servanda* (norma fundamental de todo el derecho de los tratados), buena fe e improcedencia de alegar disposiciones de derecho interno para justificar el incumplimiento de los acuerdos internacionales, y, por el contrario, propiciaría el demérito de la seguridad jurídica y la potencial responsabilidad internacional del país en cuestión. (p. 369-370)

E prossegue

Sin embargo, cuando el tratado o el convenio han sido suscritos, aprobados, ratificados y con comunicaciones de ratificación canjeadas (o cumplimentado el mecanismo estipulado por el instrumento en cuestión) y tales actividades fueron desplegadas por las respectivas autoridades nacionales con competencia para dichos menesteres sin que mediara cuestionamiento constitucional (en la hipótesis del control previo facultativo) o con la declaración de constitucionalidad por parte del Tribunal pertinente (en el caso del contralor previo obligatorio), habiéndose los instrumentos internacionales integrado al plexo normativo respectivo, es razonable entender extinguida la competencia del Tribunal para efectivizar el control de constitucionalidad respecto de aquéllos, quedando potencialmente subsistente, *v. gr.*, la vía de la denuncia como salida alternativa. (p. 372)

No caso da Bolívia, referido autor noticia que

es posible verificar que el texto constitucional no contiene previsiones expresas referentes a la recepción de la norma internacional en el sistema del Derecho interno del Estado boliviano; ni a la determinación del lugar jerárquico que en dicho sistema ocupa la norma internacional. (BAZÁN, 2004, p. 374)

No incidente de constitucionalidade (controle difuso de constitucionalidade) provocado na *Sentencia Constitucional* n. 036/2001, proferida pela *Corte Suprema de la Justicia de la Nación* da Bolívia, entendeu o Tribunal Constitucional boliviano que certo dispositivo do tratado internacional deveria ser declarado constitucional, fato que, segundo Balzán, abriu uma “brecha hermenéutica” para que o Tribunal, por via de recurso incidental de constitucionalidade, promova a revisão constitucional de um tratado internacional em vigor (BAZÁN, 2004, p. 380-381).

Avocando para si a competência de resolver sobre tratados internacionais, entendeu a Corte Constitucional colombiana, na sentença C-400, sobre a possibilidade de se analisar a constitucionalidade da lei nacional aprovadora do tratado internacional, ainda que, frente aos organismos internacionais, padeça a decisão de qualquer validade (BAZÁN, 2004, p. 384-385).

No que tange ao Chile, é possível perceber manifestações no sentido de que, por se tratar de conclusão bilateral entre organismos internacionais, os tratados internacionais escapariam à competência da Corte Suprema para análise de sua constitucionalidade, sob pena de vulneração da Convenção de Viena, art. 27, que impede a alegação de direito interno para inaplicabilidade de direito internacional (BAZÁN, 2004, p. 389).

Na linha de diversos outros países andinos, o Equador prevê o controle prévio de constitucionalidade dos instrumentos internacionais, necessário à aprovação ou ratificação de um tratado internacional, após o que deverá ser cumprido pelo Estado (BAZÁN, 2004, p. 390-391).

O Peru, peculiarmente, chegou a prever, no próprio texto constitucional, a possibilidade de controle de constitucionalidade dos tratados internacionais firmados pelo Estado, ainda que seja de questionável manutenção por alguns juristas após a ratificação pelo Estado peruano da Convenção de Viena (BAZÁN, 2004, p. 392-393). Observe-se, todavia, a garantia constitucional de que qualquer cidadão peruano possa recorrer às Cortes Internacionais em caso de violação de direitos humanos, segundo os tratados internacionais de que o Peru é parte (BAZÁN, 2004, p. 396).

A seu turno, a Venezuela confere à Corte Constitucional a possibilidade de analisar, sob os preceitos constitucionais, o tratado internacional antes de ser ratificado pelo Estado, é dizer, um controle prévio de constitucionalidade. Após a ratificação, careceria de sentido a invalidação do tratado internacional frente à Constituição (BAZÁN, 2004, p. 396-398).

A Corte Argentina, em famoso precedente (*Caso Girolodi*) invocou a hierarquia constitucional do instrumento internacional sobre direitos humanos, para invalidar disposição infraconstitucional que não atendia aos preceitos comunitários, é dizer, que se opunha à efetivação do duplo grau de jurisdição (*doble instancia*), máxime em se tratando de restrição à liberdade, como sói ocorrer com as decisões em matéria penal.

La Corte em forma expresa determina em caso “Girolodi”: “... la forma más adecuada para asegurar la garantía de la doble instancia em matéria penal prevista em la Convención Americana de Derechos Humanos (art. 8, inc. 2, ap. h), es declarar la invalidez constitucional de la limitación establecida em el art. 459, inc. 2 del Cód. Procesal Penal de la Nación, en cuando veda la admisibilidad del recurso de casación contra las sentencias de los tribunales en lo criminal en razón del monto de la pena” (cons. 10). (PIESCO, 2002, p. 465)

Ponto de destaque deve se conferir aos países europeus, haja vista ser uma única Constituição a qual assume posição hierárquica superior aos próprios ordenamentos nacionais, ocasionando, com isso, ainda maior integração e respeito às diretivas supranacionais.

Mariano Bacigalupo, em observância do cenário espanhol, aponta que

el Tribunal Constitucional español ha secundado expresamente el punto de vista según el cual la incompatibilidad entre el Derecho comunitario e las leyes internas posteriores constituye un mero problema de legalidad ordinaria, esto es, de selección del Derecho aplicable al caso concreto, que debe resolver por sí mismo el juez ordinario. (BACIGALUPO, 1995, p. 110)

Desse modo, a imediata incorporação no cenário nacional das normas internacionais não ocasiona maior estremecimento da soberania, uma vez que, de antemão, já está admitida a participação do Estado na Comunidade Europeia.

A integração, igualmente, das Cortes Constitucionais nacional e europeia conduzem a uma estreita ligação para confirmar a observância de acordos firmados entre os diversos países europeus, sob pena de, abalado o sistema comunitário, haver consequente desintegração dos acordos supraestatais.

[...] para que [...] la cuestión prejudicial comunitaria surja com um incidente dentro de um processo pendiente del que resuelve um juez o tribunal estatal que solicite la interpretación y/o apreciación de validez de la norma comunitaria cuya aplicación pretende para el caso concreto; pero precisamente por esta razón, em absoluto podrá calificarse esta competencia prejudicial de contenciosa. (BULNES, 2003, p. 583)

Em dissertação sobre o tema de aplicabilidade direta das diretivas internacionais no contexto europeu, escreve Paula Quintas (2000, p. 56) sobre o fato de o Tribunal Europeu caracterizar o Direito Comunitário como “direito de integração”, declarando que “ao contrário dos tratados internacionais, o Tratado CEE instituiu uma ordem jurídica própria, integrada no sistema jurídico dos Estados membros, a partir da entrada em vigor do tratado, e que se impõe às suas jurisdições”.

Podemos considerar, ainda, o Direito Comunitário como um direito em que o princípio da aplicabilidade directa possui plena eficácia não só quando nos reportamos aos regulamentos, como ainda e em certos casos, às diretivas, atendendo a que tais normativos produzem, em certos casos, efeitos na ordem jurídica interna dos Estados-membros sem carecerem de ser incorporados pelo direito interno. (QUINTAS, 2000, p. 57)

Conquanto o controle de constitucionalidade dos tratados internacionais não seja o objeto direto deste estudo, abrem-se parênteses para esclarecer que, no Brasil, apenas se opera controle judicial repressivo, sendo prévio o controle político, exercido pelas Comissões de Constituição, Justiça e Cidadania do Órgão Legislativo ou mesmo pelo Órgão Executivo.

Na ADI n. 1.480 (BRASIL, 2001), assentou o Supremo Tribunal Federal que, sendo subjetivamente complexo o processo de incorporação dos tratados internacionais, é possível o controle de constitucionalidade sobre os decretos legislativo (CRFB, art. 49, I) e executivo (CRFB, art. 84, VIII) que não correspondam, material e formalmente, aos preceitos da Constituição da República.

Tenha-se presente que se objetiva no momento apenas o estudo da existência ou não de um pretense controle de convencionalidade, superada, portanto, para os lindes deste texto, a discussão acerca do controle de constitucionalidade dos tratados internacionais a serem incorporados ou já presentes na órbita jurídica nacional. Parte-se, pois, do pressuposto de que os tratados internacionais são constitucionais (material e formalmente) e, por isso, podem servir de parâmetro para as demais normas internas, observado o *status* ocupado por eles. Esta a circunscrição do objeto de estudo.

Nesse sentido, impõe-se considerar, que, de longa data, anunciam-se as teorias dualista e pluralista no estudo do tema ora problematizado. Importa, para fins do presente, tratar brevemente de referidas correntes doutrinárias para que, só então, possa ser dado prosseguimento.

A partir do reconhecimento ou não de planos diversos de validade normativa ou de graus distintos de hierarquia entre direito interno e internacional, vislumbram-se as teorias dualistas (ou pluralistas) e monistas, as quais intentam responder de que modo deve se dar o intercâmbio entre essas normativas.

Há que se distinguir, ademais, as teorias antecitadas segundo **(a)** a exigência de conversão do direito internacional em direito interno (transformação); ou **(b)** a exigência da tão-só introdução do direito internacional em direito interno por meio de um ato de conhecimento, mantendo o primeiro sua natureza originária (execução); ou, por fim, **(c)** a partir da validade imediata conferida ao direito internacional sobre o direito interno (incorporação ou adaptação).

As teorias dualistas ou pluralistas propugnam pela coexistência de duas ordens jurídicas, internacional e nacional, “diferenciadas na fonte (vontade de um Estado ou de vários Estados), nos sujeitos (indivíduos ou Estados) e no conteúdo (subordinação ou coordenação)” (JEVEAUX, 2008, p. 296).

Em Triepel, encontra-se a chamada teoria dualista radical ou rígida, segundo a qual há sensíveis diferenciações entre o direito interno e o direito internacional que obstaculizam o

entendimento de intercâmbio entre eles, de modo que apenas por uma regra de transformação poderia se garantir a recepção normativa do direito internacional pelo sistema nacional.

Trilhando o pressuposto dualista, Anzilotti confirma a existência de duas ordens distintas, mas rejeita a necessidade de transformação da norma internacional em norma interna, uma vez que são sistemas cujo condicionamento é diferenciado. “Enquanto o direito interno está condicionado pela obrigatoriedade de suas leis, o direito internacional condiciona os Estados pela regra *pacta sunt servanda* e, por isso, podem os tribunais internos aplicar diretamente a norma internacional” (JEVEAUX, 2008, p. 297).

As teorias monistas, por sua vez, dividem-se, igualmente em rígida e moderada. Na linha radical ou rígida, destacam-se Jellinek e Wenzel, para os quais a obrigatoriedade do direito internacional provém do direito interno dos Estados, consoante autolimitação de sua soberania, dependente, por conseguinte, da aceitação voluntária das normas internacionais. Logo, neste caso, a prevalência é da norma interna.

No dualismo moderado, está presente o pensamento kelseniano, sustentado na recorrência da validade das normas. Leciona, a propósito Geovany Jeveaux, com interessante síntese:

a) O direito interno exerce uma função meramente complementar em relação do direito internacional; b) todas as matérias são possíveis ao direito internacional, mas não ao direito interno; c) há uma única ordem jurídica, procedida por uma norma fundamental de validade: c.1) a pressuposição de obrigatoriedade do costume internacional; c.2) seguida do aforisma *pacta sunt servanda* referente a tratados concretos; c.3) normas de órgãos criados pelos tratados como as cortes e os conselhos; d) visão holística das ordens: lógica, e não histórica, porque tradicionalmente os Estados vieram antes de uma ordem internacional; e) o direito internacional é aplicável de imediato aos Estados quando as suas constituições omitirem sua prevalência ou afirmarem a prevalência do direito internacional, salvo se: e.1) exigirem a transformação do direito internacional em direito interno; e.2) exigirem, em determinados casos, que apenas as leis internas sejam aplicadas; f) validade universal do direito internacional, independentemente do reconhecimento que é então presumido (reconhecimento tácito, contrário à teoria do reconhecimento); g) a soberania dos Estados “delegada” pelo direito internacional; h) o tratado “revoga” a lei interna, e é por ela “revogado”, conforme a regra *later in time rule*. (JEVEAUX, 2008, p. 298)³

Rechaçando as ideias contrárias à validação do direito internacional na órbita interna, assevera Augustin Gordillo (2005):

³ As teorias abordadas não se encontram imunes às críticas, as quais podem ser encontradas em JEVEAUX, Geovany Cardoso. **Direito constitucional: teoria da constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. pp. 297 e 299; JEVEAUX, Geovany Cardoso. **Teorias do estado e da constituição**. 1. ed. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2015. pp. 367-368 e 370; e DIAS, Ricardo Gueiros Bernardes; TORRES, João Guilherme Gualberto. O processo de incorporação de tratados internacionais: novas perspectivas jurisprudenciais. **Revista de direito brasileira**, Florianópolis, ano 4, v. 7, p. 309-333, jan./abr., 2014.

No podemos, sea en materia de derechos humanos constitucionales o de los reconocidos en la Convención, retornar a las épocas en que se sostenía que una garantía determinada era inaplicable “por no existir aún ley que la reglamente”. La misma tesis clásica de la aplicación directa de la Constitución ha de ser entonces la tesis de la aplicación directa de la Convención. (p. III-4)

Importa, porém, para fins deste ensaio, referir a que modo, no ordenamento brasileiro, tem se compreendido o *status* hierárquico dos tratados internacionais, desde logo, adiantando, que não há, ainda, consolidação do tema, doutrinária e jurisprudencialmente, destoando, assim, dos exemplos latino-americanos trazidos.

1.1 O controle de convencionalidade no Brasil

A utilização da expressão “controle de convencionalidade” é assaz ambígua no solo brasileiro devido ao fato de que radicada, a depender do uso, em uma ou outra base teórica entre si conflitantes.

Nos limites deste trabalho, torna-se dificultoso abordar os precedentes vários do Supremo Tribunal Federal que enfrentaram o problema do *status* hierárquico no ordenamento tupiniquim, levando, muitas vezes, a conclusões equivocadas por parte da doutrina, bem como na reprodução errônea pelos tribunais e, inclusive, pela Suprema Corte.

Os precedentes que levaram à edição da súmula vinculante número 25 são capazes de fazer refletir acerca das manifestações dos Ministros votantes, mas que, diante do fato de que houve alteração na composição da Corte nos últimos anos, bem como, pela densidade da matéria, não foi possível chegar a um denominador comum muito facilmente, além de apresentarem as ementas dos respectivos arestos dissonâncias quanto às teses vencedoras.

Tudo isso causa grave impacto na compreensão da incorporação dos tratados internacionais no Brasil e, por conseguinte, reflete na afirmação de uma tese para a existência ou não de um controle de convencionalidade.

É demasiadamente referido pela doutrina e pela jurisprudência o voto proferido pelo Ministro Gilmar Mendes no Recurso Extraordinário n. 466.343, não se explicitando, contudo, que a tese lançada pelo eminente julgador não foi a vitoriosa neste processo, mas em um que lhe antecede, o Recurso Extraordinário n. 349.703.

Os equívocos se dão pelo julgamento conjunto desses e de outros processos que visavam a esclarecer sobre a manutenção ou não da prisão civil do depositário infiel (judicial

ou contratual) e do alienante fiduciário diante da ratificação do Pacto de São José de Costa Rica e do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, os quais, expressamente, vedam a prisão civil por dívida, ressalvada, no primeiro, a obrigação alimentícia.

A referência que se faz e que será necessária à análise de utilização do controle de convencionalidade diz quanto aos tratados internacionais que versem sobre direitos humanos⁴, abdicando-se, por ora, de discorrer acerca dos tratados internacionais versados em outra matéria, a exemplo de tributário ou mesmo que condensem, entre suas disposições, diversas outras temáticas.

Segundo o Ministro Gilmar Mendes, quatro são as teses existentes na doutrina brasileira que visam à determinação da hierarquia assumida pelos tratados internacionais sobre direitos humanos. São elas: (a) supraconstitucionalidade (Celso Duvivier Albuquerque de Mello); caráter constitucional das normas de direito internacional (Antônio Augusto Cançado Trindade e Flávia Piovesan); (c) índole legal (como sustentada pela Suprema Corte até então) e (d) natureza supralegal dos tratados (Bidart Campos).

Em análise do extenso voto do Ministro, Geovany Jevaux (2015) discorre que

3) a primeira teoria não combina com a rigidez adotada pelo modelo constitucional brasileiro, que afirma a supremacia formal e material da Constituição sobre o ordenamento interno e permite, inclusive, o controle de constitucionalidade dos tratados, já que esses documentos devem respeito não apenas à forma de seu ingresso na ordem jurídica interna, como também ao conteúdo material da Constituição, “...especialmente em tema de direitos e garantias fundamentais”; 4) a segunda teoria parte da premissa da incorporação direta dos tratados de direitos humanos na ordem interna, pela cláusula de abertura § 2º do artigo 5º da CF, mas foi esvaziada pela nova orientação normativa do § 3º daquele mesmo dispositivo, introduzido pela EMC 45/2004, que contém “...uma declaração eloquente de que os tratados já ratificados pelo Brasil anteriormente à mudança constitucional e não submetidos ao processo legislativo especial de aprovação no Congresso Nacional, não podem ser comparados às normas constitucionais”; 5) outrossim, essa mesma reforma realça “...o caráter especial dos tratados de direitos humanos...” ao mesmo tempo em que “...acena para a insuficiência da tese da legalidade ordinária...”, que já colidia com a regra do art. 27 da Convenção de Viena (1969), segundo o qual nenhuma Estado pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado; 6) por isso, a última teoria é a mais adequada ao direito nacional [...]. (p. 377-378)

⁴ “Para Ingo Wolfgang Sarlet (2006, p. 35-37), há distinção entre “direitos fundamentais”, “direitos humanos” e “direitos do homem”. Assim, o termo “direitos fundamentais” aplica-se aos direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado. Já a expressão “direitos humanos” diz respeito aos direitos solenemente proclamados nos documentos de direitos internacional, por referir-se às posições jurídicas reconhecidas ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação a determinado Estado e, nessa perspectiva, assume um caráter supranacional e aspira validade universal em todos os povos e em todos os tempos. Por fim, o termo “direitos do homem” tem, nas palavras de Sarlet (2006, p. 37), conteúdo marcadamente jusnaturalista, pois refere-se a uma fase anterior ao reconhecimento dos direitos no âmbito no direito positivo interno e internacional.” (LEITE, 2011, p. 33-34)

Parece que as conclusões do Ministro Gilmar Mendes, diante das alterações provocadas pela Emenda Constitucional n. 45/04, são mesmo de prevalecer diante da lógica e da coerência que expressam.

No entanto, como dito, embora o voto tivesse sido proferido nos dois precedentes aludidos, a tese somente foi vencedora no primeiro deles, de modo que a referência sempre presente ao RE 466.343 é indevida para assinalar a posição da Corte Suprema. E mais, havendo a apontada divergência entre os fundamentos dos processos sublinhados como precedentes da edição da súmula vinculante n. 25 é difícil concluir que o Supremo Tribunal Federal acolhe o entendimento da suprallegalidade dos tratados internacionais sobre direitos humanos.

Chamam a atenção, nesse cenário, os votos proferidos pelos Ministros Celso de Mello e Cezar Peluso, os quais servem para demonstrar o porquê de serem apontados tantos equívocos no que pertine ao entendimento do Órgão máximo do Judiciário.

O Ministro Celso de Mello assinalou que

frente ao texto do § 3º do art. 5º, ali introduzido pela EMC 45/2004, os tratados internacionais que versem sobre direitos humanos terão *status* constitucional quando a adesão do país tiver ocorrido: a) antes da promulgação da CF de 1988, hipótese em que se consideram formalmente recepcionados, consoante o disposto no § 2º do art. 5º, daquele diploma; b) entre a promulgação da CF de 1988 e a promulgação daquela EMC, hipótese em que se consideram materialmente constitucionais “...porque essa qualificada hierarquia jurídica lhes é transmitida por efeito de sua inclusão no bloco de constitucionalidade...”; c) após a promulgação daquela EMC, desde que sejam submetidos ao procedimentos das emendas. (JEVEAUX, 2015, p. 380)

A atribuição da natureza materialmente constitucional “temporal” provocou a crítica do Ministro Gilmar Mendes, porquanto, a se adotar o entendimento do Min. Celso de Mello, haveria uma “atomização de normas constitucionais”, isto é, uma ampliação insegura do plano constitucional relativamente ao plano infraconstitucional sujeito a controle. Outrossim, é de ser refutada a tese de natureza materialmente constitucional dos tratados de direitos humanos firmados entre a promulgação da Carta de 88 e a edição da EC n. 45/04, vez que inexistente a chancela nesse sentido do Poder Constituído de Reforma, cuja competência se pretendia preservar.

Ainda,

Do ponto de vista argumentativo é incoerente sustentar o *status* constitucional (exclusivamente material) de tratados e convenções internacionais que versem sobre direitos humanos não aprovados pelo procedimento das emendas, pela via do § 2º do art. 5º da CF, num regime que agora ostenta a exigência do § 3º. Em outras palavras,

a qualidade constitucional de tais documentos internacionais está hoje confinada tanto material quanto formalmente pelo procedimento das emendas. Não fosse assim, seria desnecessário submeter esses documentos internacionais a tal procedimento mesmo quando aprovados depois da EMC 45/2004, já que também teriam natureza materialmente constitucional pela mesma via do § 2º do art. 5º da CF. (JEVEAUX, 2015, p. 381-382)

É no voto do ministro Celso de Mello que surge, por primeiro, a utilização da expressão “controle de convencionalidade”, mas que, como visto, encontra graves incoerências em seus fundamentos. Não se trata, para este Ministro, de controle de convencionalidade diante do plano de supralegalidade ocupado pelos tratados internacionais de direitos humanos, senão que se deve à incorporação de tais normativas internacionais, materialmente constitucionais, ao bloco de constitucionalidade.

Ora, a prevalecer esta tese, razão alguma há para a utilização da expressão “controle de convencionalidade”, pois acaba por se confundir com o controle mesmo de constitucionalidade, independente da natureza material e formalmente constitucional, à vista do que se percebe com tantas outras disposições constitucionais, oriundas de opção mesma do Poder Constituinte/Constituído.

A Constituição de 1988, por excelência, alberga em seu feixe normativo, diversas normas de natureza apenas materialmente constitucional e nem por isso se diz que, em casos como estes, não se procede ao controle de constitucionalidade. Desse modo, não encontra justificção bastante o “novel” controle.

A tese proclamada no conhecido precedente (RE 466.343) foi aquela atribuída ao voto do Min. Cezar Peluso, que

resistiu o quanto pôde acerca do *status* normativo dos documentos internacionais na ordem interna, até declarar a sua duplicidade (formal e materialmente constitucionais), quando aprovados de acordo com o procedimento das emendas, e materialmente constitucionais, quando não se submeterem a tal procedimento, tese que definitivamente não coincide com aquela defendida pelo Ministro Gilmar Mendes, para quem a materialidade constitucional dos tratados e convenções internacionais está condicionada ao procedimento das emendas, ficando os demais tratados no plano da supralegalidade, ou seja, num limbo entre as emendas constitucionais e as leis infraconstitucionais. (JEVEAUX, 2015, p. 387)

A atribuição de cariz materialmente constitucional de forma instantânea e imediata aos tratados internacionais versados sobre direitos humanos não encontra espaço diante das alterações provocadas pela Emenda Constitucional n. 45, pelo que se faria letra morta o procedimento qualificado para a sua incorporação com *status* constitucional.

A prevalecer, repita-se, a tese segundo a qual os tratados sobre direitos humanos já nascem no ordenamento pátrio com natureza materialmente constitucional razão alguma haveria para se falar em “controle de convencionalidade”, porque, ao fazer parte do bloco de constitucionalidade, haverá mesmo controle de constitucionalidade, vez que incorporados à Constituição.

Talvez mesmo pelo impasse criado, a súmula vinculante n. 25⁵, proposta pelo Min. Cezar Peluso, não seja esclarecedora acerca do posicionamento do Supremo Tribunal Federal, pelo que se pode afirmar que a discussão ainda deverá ser, no futuro, amadurecida.

A própria súmula, em sua redação, padece de vícios técnicos, os quais induzem a erro quanto ao pensamento da Corte Suprema, sem que, por sua singela leitura, se possa extrair maiores conclusões.

A “inteligência corretiva” do enunciado tribunalício só pode ocorrer tomando-se, por base, a linha teórica desenvolvida pelo ministro Gilmar Mendes. Torna-se, já de início, deveras dificultoso, compreender como “ilícita” a prisão civil do depositário infiel relegando ao plano de controle de legalidade tratados internacionais versados sobre direitos humanos.

Já quando incorporadas ao ordenamento pátrio, não podem referidas normas internacionais ser de calibre legal, quando já a Constituição, desde muito antes, confere prevalência sobre as normas infraconstitucionais, além de que poderia haver afronta ao art. 27 da Convenção de Viena.

Trata-se, em verdade, de comodismo hermenêutico, sem que, desde logo, fossem extirpadas as dúvidas acerca da prevalência de tal ou qual entendimento. É possível, no entanto, fazer um exercício hermenêutico para compreender que prevaleceu a corrente defendida pelo Ministro Gilmar Mendes.

Tal conclusão se afigura viável em vista da renovação, pelo Código Civil de 2002, posterior aos pactos internacionais, da prisão civil do depositário infiel. Possuíssem os tratados de direitos humanos *status* de texto legal e estariam revogados pela máxima *lex posterior derogat priori*.⁶

⁵ “É ilícita a prisão civil do depositário infiel, qualquer que seja a modalidade de depósito.”

⁶ “quanto à fidelidade entre os julgamentos precedentes e o texto da súmula, ela é parcial, por três motivos: a) porque abrange apenas um item do tema anteriormente debatido, em torno da “ilicitude” da prisão do depositário infiel, ainda assim de maneira conceitualmente reprovável, já que exige esforço dedutivo para conceber a tese da supralegalidade do Pacto de São José da Costa Rica (na linha interpretativa do Ministro Gilmar Mendes); b) porque as categorias hierárquicas dos tratados e convenções internacionais não foram

Todavia, outros questionamentos adviriam dessa última afirmação, como, por exemplo, se tanto os pactos como o Código Civil são leis gerais que podem se revogar mutuamente. Decerto, como se vê, que tal malabarismo hermenêutico não é conclusivo quanto à adoção da linha teórica do Ministro Gilmar Mendes, merecendo ainda, e em tempo breve, uma revisitação temática com conseqüente alteração da redação falha da súmula vinculante.

Consigne-se, todavia, que a tese de suprallegalidade defendida por Bidart Campos e, na Suprema Corte, pelo Ministro Gilmar Mendes é aquela que, sem dúvidas, melhor responde ao paradigma constitucional-hermenêutico.

Para Geovany Jevaux (2015),

são possíveis as seguintes conclusões: 1) documentos internacionais que versem sobre direitos humanos podem adquirir *status* constitucional formal derivado quando aprovados pelo procedimento e *quórum* das Emendas; 2) documentos internacionais que versem sobre direitos humanos e não tenham sido aprovados pelo procedimento e *quórum* das Emendas têm nível supralegal, não obstante possuam conteúdo materialmente constitucional⁷; 3) os demais documentos internacionais, de qualquer outro conteúdo, têm a mesma hierarquia das leis ordinárias; 4) tudo isso sem alterar o modo como tais documentos adquirem validade e eficácia no ordenamento nacional, ou seja, mediante o modelo de execução.

Com isso, o modelo brasileiro passa a ser monista radical, com exclusão das demais teorias, porque: 1) o dualismo radical é compatível apenas com regime da transformação; 2) o dualismo moderado é compatível apenas com o regime da incorporação ou adaptação; 3) o monismo moderado inverte a prioridade do direito internacional sobre o direito interno apenas quando este adota o regime da transformação. (p. 388-389)

2 ENSANCHAS DE UM CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE?

Adotando-se a premissa na qual se baseou o Ministro Gilmar Mendes, é possível assentar um “controle de convencionalidade” no Brasil. Implica dizer, desse modo, que as normas de direito internacional, pactuadas entre os Estados, só terão natureza constitucional material e formal, se e quando aprovados pelo procedimento e pelo quórum prescrito pelo §3º,

enunciadas, em específico a natureza formal e materialmente constitucional derivada dos tratados de direitos humanos aprovados de acordo com o procedimento das emendas e a natureza supralegal dos demais tratados e convenções de direitos humanos que não tenham observado aquele procedimento, seja qual for o tempo de sua aprovação nacional; c) porque deixou margem para se atribuir aos tratados que não cuidam de direitos humanos e sequer podem ser submetidos ao procedimento das emendas o *status* de leis ordinárias, como outrora entendia o próprio STF.” (JEVEAUX, 2011)

⁷ Não passa despercebido pelo autor a incoerência que essa afirmação carrega. Em nota (nota 42), o eminente professor esclarece que há notória contradição, pois um documento internacional possuirá conteúdo materialmente constitucional, mas nível hierárquico inferior.

do art. 5º, da Constituição Federal, com redação determinada pela Emenda Constitucional n. 45/04.⁸

O contrário é contrapor-se ao entendimento do Poder Constituído e enveredar-se pela adoção de teorias (dualistas radical ou moderada ou monista moderada) que não se coadunam com o paradigma constitucional brasileiro.

Admitir, por outro lado, que tais normas são materialmente constitucionais, porque tratam de direitos humanos, mas que não são formalmente constitucionais porque não inseridas no ordenamento pátrio pelo mecanismo das emendas constitucionais encerrará inadmissível incoerência. Um minotauro⁹ interpretativo que não se propõe a enfrentar a opção constituinte.

Não se franqueia que a Constituição seja ela mesma “‘complementada’ por qualquer aplicador, à revelia do processo legislativo regulamentar (portanto, à revelia do princípio democrático)”. O contrário seria pactuar com uma suposta autorização para ativismos, que acabam por redundar em decisionismo.

Indagar, por isto, o critério de pertença de uma norma é, antes de tudo, conferir-lhe, de acordo com os mandos constitucionais postos por uma autoridade competente, de que modo passa a ser válido no sistema jurídico o preceito normativo legislado, ou se se preferir, incorporado. (DIAS; TORRES, 2014, p. 312)

Uma leitura sistêmica do ordenamento jurídico leva à conclusão de que a adoção constituinte foi pela teoria monista em sua versão radical ou rígida, de modo que o direito interno (constitucional) se superpõe ao direito internacional, à primeira vista, mas que este pode ser galgado ao *status* constitucional se for incorporado pelo procedimento previsto (modelo de execução).

Apenas a adoção da “supralegalidade” conduz a um verdadeiro controle de convencionalidade, se e quando não for recepcionado o tratado internacional sobre direitos humanos segundo o quórum próprio das emendas constitucionais.

Nada impede que os tratados sobre direitos humanos ratificados pelo Estado brasileiro antes da Emenda Constitucional n. 45/04 sejam reavaliados pelo Congresso Nacional, como, aliás, propunha o Projeto de Resolução n. 204/2005¹⁰, da Câmara dos

⁸ Merece nota o fato de que o primeiro ato internacional aprovado nos termos do enunciado constitucional foi a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (Decreto n. 6.949/09).

⁹ Figura mitológica grega que é parte homem e parte touro.

¹⁰ O Projeto visava à criação do art. 203-A no Regimento Interno da Câmara dos Deputados, inovando, no §10, quanto à possibilidade de nova votação dos tratados ratificados antes da Emenda Constitucional n. 45/04. Foi, todavia, arquivado o Projeto de Resolução, em julho de 2012, porque findada a legislatura, sem que houvesse

Deputados, que intentava alterar o disposto sobre o rito de tramitação de tratados e convenções internacionais.

Ainda, caso não seja atingido o quórum estabelecido pelo Poder Constituído, os tratados internacionais sobre direitos humanos serão, ainda assim, incorporados, porém com *status* supralegal, desde que aprovados, ao menos, por maioria simples.

Em vista dessas considerações, e tendo por certo que o controle de convencionalidade somente existe se admitida a tese da supralegalidade, surgem outras análises possíveis no ordenamento brasileiro de manifesto confronto entre as normativas internacionais e a legislação ordinária.

O único e velho exemplo do depositário infiel cede espaço a tantos outros incômodos, que, igualmente, afrontam a obrigação assumida pelo Brasil frente a outros países, pelos Pactos Internacionais, em especial da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) e Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, incorporados, respectivamente, pelos decretos 678/92 e 592/92.

Tais são os casos, conforme se verá a seguir, (a) da audiência de custódia, (b) do crime de desacato e (c) da suspensão dos direitos políticos nas ações de improbidade administrativa.

2.1 A Audiência de Custódia

Em fevereiro último, o Conselho Nacional de Justiça, juntamente com o Ministério da Justiça e o Tribunal de Justiça de São Paulo lançaram o projeto-piloto da audiência de custódia (Provimento Conjunto 3/2015)¹¹.

Conhecida nos países vizinhos por “Juizados de Garantias”, a audiência de custódia visa à efetivação do direito, previsto no Pacto de São José da Costa Rica, de que todo cidadão preso em flagrante seja levado, em tempo razoável, entendido pelo Provimento como sendo de 24h, à presença de um juiz de direito para que decida sobre a prisão em flagrante.

requerimento de desarquivamento. Longe estava de eventualmente colmatar as “lacunas do STF”, mas seria uma tentativa de retomar a votação para que antigos tratados galgassem o nível hierárquico constitucional.

¹¹ Conferir, a propósito, a ADI n. 5.240/DF, de relatoria do Min. Luiz Fux, na qual o Supremo Tribunal Federal entendeu pela Constitucionalidade do Provimento e, por conseguinte, da audiência de custódia. O acordo ainda pende de publicação.

Merece destaque o fato de o Estado do Espírito Santo ter sido, por meio da Resolução n. 13/2015 (ESPÍRITO SANTO, 2015), a segunda unidade federativa a instituir a audiência de custódia em algumas comarcas da Grande Vitória (Vitória, Vila Velha, Serra, Cariacica e Viana).¹²

Trata-se de mecanismo com vistas ao controle da legalidade e da necessidade da manutenção da prisão como também verificação de maus tratos à pessoa presa. O escopo é, outrossim, evitar que o julgador, ao decidir sobre a conversão ou não da prisão em flagrante em preventiva não tenha como elementos apenas papéis, mas contato pessoal com a pessoa encaminhada para que, ouvindo dela sobre o ocorrido, possa deliberar.

Aí reside o primeiro passo fundamental para o acolhimento da audiência de custódia. Não se tratará mais do “criminoso” que imaginamos, mas sim do sujeito de carne e osso, com nome, sobrenome, idade e rosto. O impacto humano proporcionado pelo agente, em suas primeiras manifestações, poderá modificar a compreensão imaginária dos envolvidos no Processo Penal. As decisões, portanto, poderão ser tomadas com maiores informações sobre o agente, a conduta e a motivação. (LOPES JR.; ROSA, 2015a)

O Pacto de São José da Costa Rica (Convenção Interamericana de Direitos Humanos), em seu art. 7º, ponto 5, ao tratar da liberdade pessoal do indivíduo, dispõe que

Toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais e tem o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo.

É dizer, presa em flagrante, a pessoa deverá ser conduzida até a presença de uma autoridade judiciária para que esta avalie a real possibilidade de a manter segregada durante o transcorrer do processo. Como cautelar que é, a prisão preventiva deverá ser fundamentada nos elementos *fumus comissi delicti* e *periculum libertatis*, sem o que torna impossibilitada a medida.

Ademais, deverão estar presentes um ou mais elementos do art. 312, do Código de Processo Penal, além de satisfeitos um ou mais dos requisitos do art. 313, também do diploma processual. Sem a presença concomitante de todos esses elementos autorizadores para a decretação da prisão, esta deverá ser entendida como ilegal ou arbitrária.

¹² Em funcionamento desde 21 de maio de 2015, o projeto da audiência de custódia atingiu índice de, aproximadamente, 50% (cinquenta por cento) de liberdade ou de relaxamento de prisão. (TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Balanço: Audiência de Custódia realiza 500 audiências, Vitória, 26 jun. 2015. Disponível em: <http://www.tjes.jus.br/index.php?option=com_content&view=article&id=13390%3Abalanco-audiencia-de-custodia-realiza-500-audiencias&catid=3%3Aultimasnoticias&Itemid=1>. Acesso em: 16 jul. 2015)

Outrossim, é com o contato pessoal com o preso em flagrante que o julgador terá condições de, indagando sobre suas condições de vida e sobre as circunstâncias nas quais se deu a prisão, entender ser ou não o caso de aplicação de outras medidas cautelares, diversas da prisão, nos termos dos arts. 282 e 319, ambos do CPP, haja vista ser o cárcere a *ultima ratio* do ordenamento, ou seja, quando todas as demais medidas cautelares mostrarem-se insuficientes.

É nesse momento, ainda, possível que o magistrado compreenda ser ilegal a prisão efetuada e determine imediato relaxamento, sem que tenha, como sói ocorrer, de esperar o encarcerado por dias, senão meses, até que haja decisão liberatória.

A Audiência de Apresentação do Preso (Audiência de Custódia) é correspondente aos ditames constitucionais segundo os quais “ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança” (CRFB, art. 5º, LXVI), garantindo-se que “a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária” (CRFB, art. 5º, LXVI).

Trata-se de relevante instrumento de garantia dos direitos humanos fundamentais que fortalece a visão do juiz como fiador desses mesmos direitos perante a sociedade e as instituições policiais hoje fragilizadas pela desconfiança de que são protagonistas de abusos e torturas por ocasião da realização de prisões em flagrantes e da documentação. Mesmo que não se justifique essa desconfiança sobre o trabalho policial, a certeza de que o preso será apresentado de imediato a uma autoridade judiciária cumpre uma importante função preventiva contra os possíveis abusos, afinal, na abalizada visão de Zafaroni “os processos penais se desenvolvem em um mundo real, no qual se violam direitos humanos todos os dias, ainda que as leis estabeleçam garantias formais que, na prática não são observadas por diferentes razões”. (OLIVEIRA *et al.*, 2015, p. 104)

Nesse contexto, após as alterações provocadas legislativamente no que toca às medidas cautelares no direito processual penal, merece novel leitura o disposto no art. 310 do estatuto adjetivo, de modo a adequá-lo à Constituição e ao Pacto de São José da Costa Rica.

Dispõe o art. 310, do Código de Processo Penal:

Art. 310. Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentadamente:

I – relaxar a prisão ilegal; ou

II – converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; ou

III – conceder a liberdade provisória, com ou sem fiança. [...]

A fim de coadunar o preceito legal ao disposto na Convenção Interamericana, faz-se necessário que a decisão sobre a prisão em flagrante seja dada na presença do conduzido e em tempo breve (“sem demora”), sob pena de constrangimento ilegal.

O disposto na normativa internacional vem especificar um problema já de há muito conhecido e contrário ao disposto na Carta Magna, quando esta veda, em absoluto, a manutenção de prisão ilegal ou desnecessária, mas que, com o Pacto Internacional, toma maior contorno e propicia mudança de atitude (já tardia, é verdade).

O art. 310, do CPP, nesse contexto, é de sofrer o controle de convencionalidade, muito embora o controle de constitucionalidade pudesse ser exercido, entendido o Pacto como de hierarquia supralegal, devendo a ele se submeter, em uma espécie de “interpretação conforme o Pacto Internacional”.

Igualmente, passando pela mesma “interpretação conforme”, o art. 306¹³, do mesmo diploma normativo, prevê a remessa do auto de prisão em flagrante para o órgão julgador em até 24h, nada dispondo, no entanto, quanto ao prazo para a tomada de decisão¹⁴. Refira-se, ainda, que, por vezes, as decisões sobre a prisão em flagrante são tomadas sem a prévia oitiva do Ministério Público, ao arrepio do sistema acusatório.¹⁵

Acrescente-se que, por vezes, os elementos recebidos pelo julgador para que tome tão importante decisão são insuficientes para compreender as circunstâncias do ocorrido, sem que tenha havido até o momento acompanhamento do acusado por advogado, o que leva a que, muitas vezes, haja impetração de *habeas corpus* pleiteando o relaxamento da prisão ou a concessão de liberdade provisória.

A manifestação do Ministério Público, com a escassez de elementos, é também dificultada, servindo a Audiência de Custódia para esclarecimento de diversos pontos

¹³ **Art. 306.** A prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente, ao ministério público e à família do preso ou à pessoa por ele indicada. **§1º.** Em até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, será encaminhado ao juiz competente o auto de prisão em flagrante e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral para a Defensoria Pública. **§2º.** No mesmo prazo, será entregue ao preso, mediante recibo, a nota de culpa, assinada pela autoridade, com o motivo da prisão, o nome do condutor e os das testemunhas.

¹⁴ Resulta que somente serão constitucionais os arts. 306 e 310 se lidos no sentido de que o preso deve ser apresentado ao juízo competente, sem demora, para que este decida sobre a revogação de sua prisão, conversão do flagrante em outras medidas cautelares ou, ainda, manutenção da prisão (preventiva).

¹⁵ Tramita no Órgão Legislativo o PLS 554/2011 visando a conferir nova redação ao art. 306 do Código de Processo Penal para trazer, por expresso, a Audiência de Custódia.

nebulosos com a simples transcrição de informação no papel, com a presença do acusado e de seu defensor, do membro do Ministério Público e do julgador. (LOPES JR.; ROSA, 2015c)

Aury Lopes Jr e Alexandre Morais da Rosa, enfrentando o tema, dissertam que

o controle de compatibilidade das leis não se trata de mera faculdade conferida ao julgador singular, mas sim de uma incumbência, considerado o princípio da supremacia da Constituição. No exercício de tal controle deve o julgador tomar como parâmetro superior do juízo de compatibilidade vertical não só a Constituição da República (no que diz respeito, propriamente, ao controle de constitucionalidade difuso), mas também os diversos diplomas internacionais, notadamente no campo dos Direitos Humanos, subscritos pelo Brasil, os quais, por força do que dispõe o artigo 5º, parágrafos 2º e 3º, da Constituição Federal, moldam o conceito de "bloco de constitucionalidade" (parâmetro superior para o denominado controle de convencionalidade das disposições infraconstitucionais).

No que concerne especificamente ao chamado controle de convencionalidade das leis, inarredável a menção ao julgamento do Recurso Extraordinário 466.343, da relatoria do ministro Gilmar Mendes, no qual ficou estabelecido o atual entendimento do Supremo Tribunal Federal no que diz respeito à hierarquia das normas jurídicas no direito brasileiro. (LOPES JR.; ROSA, 2015a)¹⁶

Perceba-se que o equívoco salientado alhures é repetido mesmo por autores de escol. Nada obstante se concorde sobre a vinculatividade do julgador à análise do controle de compatibilidade (aqui entendidos controle de constitucionalidade e de convencionalidade), sob pena de se criar indevida alteração no escalonamento jurídico e fragilizar a Carta Magna, ao conceder aos tratados internacionais a "materialidade constitucional" não haveria necessidade, por aí, de se referir ao controle de convencionalidade.

Ou bem faz parte do bloco de constitucionalidade e, portanto, não ocupa posição supralegal, ou bem não faz parte da Constituição, enquanto não aprovado pelo procedimento próprio das emendas constitucionais, e há de ser parâmetro eventual controle de convencionalidade.

Certo, contudo, que

não há porque temer a audiência de custódia, ela vem para humanizar o processo penal e representa uma importantíssima evolução, além de ser uma imposição da Convenção Americana de Direitos Humanos que ao Brasil não é dado o poder de desprezar. (LOPES JR.; ROSA, 2015b)

¹⁶ Perceba-se, ademais, que o RE 466.343, cujo relator foi o Ministro Cezar Peluso, povoa o imaginário como sendo autêntico precedente confirmatório da tese da supralegalidade. Interessante perceber que, em que pese a referência ao RE 466.343, na sequência do texto há transcrição da ementa de outro precedente, qual seja, RE 349.703, cuja tese vitoriosa foi aquela esposada pelo Ministro Gilmar Mendes.

2.2 O Crime de Desacato

Previsto no art. 331, do Código Penal, o crime de desacato tem encontrado, recentemente, resistência quanto à sua manutenção no ordenamento jurídico brasileiro, em vista dos direitos preconizados pela Constituição Federal e pela Convenção Interamericana de Direitos Humanos. De sua redação, colhe-se:

Art. 331. Desacatar funcionário público no exercício da função ou em razão dela:

Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, ou multa.

O tipo penal aludido é encontrado nas mais diversas repartições públicas e utilizado, quase sempre, para inibir eventuais manifestações de descontentamento dos administrados com a precarização do serviço público. Serve, por vezes, de escudo para vários servidores públicos, os quais, atrás do dispositivo penal, sentem-se protegidos em tudo aquilo que pertine e não pertine ao cargo que exerce.

Em um Estado Democrático que se preze, tolher a livre manifestação da opinião e, em particular, contra o serviço prestado pelo próprio governo é verdadeiramente contraditório. De um lado, tem-se a Constituição, pródiga em direitos e garantias fundamentais, individuais e sociais, e de outro, o Código Penal, estatuto hierarquicamente inferior, que blindava de toda e qualquer crítica a prestação de um serviço que é público e que é pelo administrado remunerado.

O contrassenso não passou incólume pelo juiz da Comarca de Florianópolis (SC) Alexandre Morais da Rosa, quem, nos autos do processo de n. 0067370-64.2012.8.24.0023 proferiu decisão no sentido de reconhecer a inexistência de crime de desacato em ambiente democrático, invocando, para tanto, a Declaração de Princípios sobre a Liberdade de Expressão, efetuando um controle de convencionalidade.

Na fundamentação de sua decisão, o julgador problematiza o controle de compatibilidade das leis ao qual está submetido todo e qualquer julgador. De fato, antes de analisar um enunciado prescritivo deve o magistrado verificar se, ante a ordem constitucional vigente, este persiste. É questão prejudicial a toda e qualquer decisão, de caráter obrigatório, sob pena de, ao final, ser prolatada decisão que mereça a pecha da inconstitucionalidade.

No entanto, conquanto referido anteriormente, novamente o jurista comete o mesmo equívoco ao retomar como paradigmático o RE 466.343.

No que concerne especificamente ao chamado controle de convencionalidade das leis, inarredável a menção ao julgamento do Recurso Extraordinário 466.343, da

relatoria do Ministro Gilmar Mendes, no qual ficou estabelecido o atual entendimento do Supremo Tribunal Federal no que diz respeito à hierarquia das normas jurídicas no direito brasileiro. Assentou o STF que os tratados internacionais que versem sobre matéria relacionada a Direitos Humanos têm natureza infraconstitucional e supralegal – à exceção dos tratados aprovados em dois turnos de votação por três quintos dos membros de cada uma das casas do Congresso Nacional, os quais, a teor do art. 5º, §3º, CR, os quais possuem natureza constitucional. (SANTA CATARINA, 2015)¹⁷

Refere-se o magistrado à aprovação, em 2000, da Declaração de Princípios sobre a Liberdade de Expressão, tendo este documento por escopo contribuir para a definição da abrangência da garantia da liberdade de expressão assegurada no art. 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos.

Artigo 13 - Liberdade de pensamento e de expressão

1. Toda pessoa tem o direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito inclui a liberdade de procurar, receber e difundir informações e ideias de qualquer natureza, sem considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer meio de sua escolha.

2. O exercício do direito previsto no inciso precedente não pode estar sujeito à censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente previstas em lei e que se façam necessárias para assegurar:

a) o respeito dos direitos e da reputação das demais pessoas;

b) a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas.

3. Não se pode restringir o direito de expressão por vias e meios indiretos, tais como o abuso de controles oficiais ou particulares de papel de imprensa, de frequências radioelétricas ou de equipamentos e aparelhos usados na difusão de informação, nem por quaisquer outros meios destinados a obstar a comunicação e a circulação de ideias e opiniões.

4. A lei pode submeter os espetáculos públicos a censura prévia, com o objetivo exclusivo de regular o acesso a eles, para proteção moral da infância e da adolescência, sem prejuízo do disposto no inciso 2.

5. A lei deve proibir toda propaganda a favor da guerra, bem como toda apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitamento à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência.

Os princípios enunciados na declaração ratificam que a liberdade de expressão é “requisito indispensável para a própria existência de uma sociedade democrática” (Princípio 1), tendo toda pessoa o direito de divulgar “informação e opiniões livremente” (Princípio 2). O Princípio 11, naquilo que ora interessa, prevê que

11. Os funcionários públicos estão sujeitos a maior escrutínio da sociedade. As leis que punem a expressão ofensiva contra funcionários públicos, geralmente

¹⁷ As críticas expendidas contra o equívoco na remissão dos julgados já foram feitas no tópico antecedente.

conhecidas como “leis de desacato”, atentam contra a liberdade de expressão e o direito à informação. (grifou-se)

Desse modo, confirmada a posição supralegal do Pacto de São José da Costa Rica, superior ao Código Penal, portanto, é de se repudiar a manutenção da incriminação do desacato, ante ao controle de convencionalidade realizado.

Aqui, novamente, embora se pudesse extrair do art. 5º, inciso IV, a livre manifestação do pensamento, traz o direito comunitário maior precisão no apontamento da incompatibilidade entre este e a conduta tipificada.

A Declaração de Princípios sobre a Liberdade de Expressão, conquanto não vinculante, serve de auxílio interpretativo quanto à abrangência do art. 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos, podendo-se, desde logo, afastar o tipo incriminador com base na abrangência da liberdade de expressão “preenchida” pela Declaração.

Em que pese reconhecer-se a inexistência, *a priori*, de caráter vinculante na interpretação do tratado operada pela referida instituição internacional, filio-me ao entendimento apresentado, considerando, antes de tudo, os princípios da fragmentariedade e da interferência mínima, os quais impõem que as condutas de que deve dar conta o Direito Penal são essencialmente aquelas que violam bens jurídicos fundamentais, que não possam ser adequadamente protegidos por outro ramo do Direito. Nesse prisma, tenho que a manifestação pública de desapeço proferida por particular, perante agente no exercício da atividade Administrativa, por mais infundada ou indecorosa que seja, certamente não se consubstancia em ato cuja lesividade seja da alçada da tutela penal. Trata-se de previsão jurídica nitidamente autoritária – principalmente em se considerando que, em um primeiro momento, caberá à própria autoridade ofendida (ou pretensamente ofendida) definir o limiar entre a crítica responsável e respeitosa ao exercício da atividade administrativa e a crítica que ofende à dignidade da função pública, a qual deve ser criminalizada. A experiência bem demonstra que, na dúvida quanto ao teor da manifestação (ou mesmo na certeza quanto à sua lidimidade), a tendência é de que se conclua que o particular esteja desrespeitando o agente público – e ninguém olvida que esta situação, reiterada no cotidiano social, representa infração à garantia constitucional da liberdade de expressão. (grifos originais) (SANTA CATARINA, 2015)

A prevalecer na seara penal o art. 331, estar-se-ia violando o disposto no art. 27 da Convenção de Viena, segundo o qual, o Estado-parte não poderá invocar o direito interno para descumprir tratados internacionais.

Ressalta o julgador que a análise de incompatibilidade do crime de desacato frente à liberdade de expressão é tendência observada pela “Comissão”, a Suprema Corte de Justiça do Estado de Honduras e pela Corte de Constitucionalidade da República de Guatemala¹⁸, as

¹⁸ Manifestou-se a Corte guatemalteca no sentido de que “en consecuencia, no existe un bien jurídico que merezca la tutela que se pretende al instituir los tipos penales contenidos en los artículos 411 y 412 antes citados, generando una protección adicional respecto de críticas, imputaciones o señalamientos de la que no disponen los particulares y un efecto disuasivo en quienes deseen participar en el debate público, por temor a ser objeto de sanciones penales aplicadas conforme una ley que carece de la debida certeza entre los hechos y

quais julgaram inconstitucionais os tipos penais dos respectivos ordenamentos jurídicos correlatos ao crime de desacato previsto na legislação brasileira.¹⁹

Assevere-se, por fim, que a Defensoria Pública do Estado do Espírito Santo emitiu a Recomendação Conjunta n. 02/2015, de 23 de abril de 2015, indicando a impossibilidade de criminalização do desacato. Segundo a Recomendação,

A incriminação por desacato, delito previsto no artigo 331 do Código Penal, afronta o artigo 13 da Convenção Americana de Derechos Humanos (Pacto de San Jose da Costa Rica), ao impedir que o cidadão manifeste-se criticamente diante de ações e atitudes dos funcionários públicos, no exercício de sua função. Desta forma, RECOMENDA-SE aos Defensores Públicos que sustentem a absolvição do indivíduo, no bojo das ações judiciais, utilizando como instrumento o controle de convencionalidade.

Diante disso, afigura-se incompatível o crime de desacato, representativo de uma antiga prevalência do ideal de superioridade estatal sobre o indivíduo, utilizando-se do direito penal para manutenção do autoritarismo. Certo é que há meios administrativos e cíveis de coibir eventuais abusos por particulares em desrespeito à função pública, mas tal encargo não deve ser do direito penal, o qual funciona como *ultima ratio*, incidindo o princípio da intervenção mínima.

Portanto, o que se percebe, diante da supralegalidade do tratado internacional é a ausência de fundamento de validade do tipo penal (art. 331) em uma norma que lhe é superior, no caso, o Pacto de São José da Costa Rica, atuando este como verdadeiro parâmetro de validade para correção do sistema (controle de convencionalidade).

los juicios de valor. Es pertinente acotar que desde mil novecientos sesenta y cuatro la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, en su sentencia en el caso *New York Times vs Sullivan* (376 U.S. 254, 1964) estableció que el Estado debe garantizar la libertad de expresión, incluso en sus leyes penales, por “un compromiso nacional profundo con el principio de que el debate sobre los asuntos de interés público debe ser desinhibido, robusto, y absolutamente abierto, por lo que perfectamente puede incluir fuertes ataques vehementes, casuísticos y a veces desagradables contra el gobierno y los funcionarios públicos”. Dicha Corte sostuvo, en ese fallo, que las leyes que penalicen la difamación no se pueden referir a una crítica general al gobierno o de sus políticas, pues los ciudadanos son libres de divulgar información cierta sobre sus funcionarios, lo cual también es compartido por este Tribunal. Tampoco es ajeno a esta Corte el que desde mil novecientos noventa y cinco, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos haya considerado que las leyes que establecen el delito de Desacato son incompatibles con el artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos, al haberse determinado que no son acordes con el criterio de necesidad y que los fines que persiguen no son legítimos, por considerarse que este tipo de normas se prestan para abuso como un medio para silenciar ideas y opiniones impopulares y reprimen el debate necesario para el efectivo funcionamiento de las instituciones democráticas”. (SANTA CATARINA, 2015.)

¹⁹ Interessante notar que a Comissão de Juristas instituída para redigir o Novo Código Penal, em observância do Pacto de São José da Costa Rica, houve por bem revogar o crime de desacato.

2.3 A Suspensão dos Direitos Políticos na Ação de Improbidade Administrativa

Como último caso a ser analisado, a previsão de suspensão dos direitos políticos na ação de improbidade administrativa encontra entraves nas disposições da Convenção Americana de Direitos Humanos, em seu art. 23 (Direitos Políticos), ponto 2.

Art. 23. 2. A lei pode regular o exercício dos direitos e oportunidades, a que se refere o inciso anterior, exclusivamente por motivo de idade, nacionalidade, residência, idioma, instrução, capacidade civil ou mental, **ou condenação, por juiz competente, em processo penal.** (grifou-se)

O art. 15, da Constituição Federal, estabelece, como regra, a vedação à cassação dos direitos políticos²⁰, podendo, entretanto, haver a perda ou a **suspensão** nos casos, entre outros, de “**improbidade administrativa**, nos termos do art. 37, §4^o” (grifou-se – CRFB, art. 15, inciso V).

O art. 37, §4^o, da Magna Carta, a seu turno, prevê que

Os **atos de improbidade administrativa** importarão a **suspensão dos direitos políticos**, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível. (grifou-se)

Atualmente, a Lei n. 8.429/92 (Lei de Improbidade Administrativa) dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional, sanções estas previstas no art. 12 do mesmo diploma normativo.

Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato:

I – na hipótese do art. 9^o, [...] suspensão dos direitos políticos de 8 (oito) a 10 (dez) anos [...];

II – na hipótese do art. 10, [...] suspensão dos direitos políticos de 5 (cinco) a 8 (oito) anos [...];

III – na hipótese do art. 11, [...] suspensão dos direitos políticos de 3 (três) a 5 (cinco) anos [...].

²⁰ Segundo João Barbalho, “políticos se dizem os direitos que se entendem com a organização constitucional do Estado e as relações entre este e os cidadãos no que pertence à governação pública. Nesses direitos se compreende o de intervir e tomar parte no exercício da autoridade nacional. E isto mostra a importância e fundamento da exigência da posse deles como condição de elegibilidade para o cargo de Presidente da República. Por isto não podem ser eleitos os que se acharem compreendidos nas hypotheses de suspensão e perda dos direitos políticos”. (*apud* RAMAYANA, 2005, p. 126).

De se perceber que a previsão de suspensão de direitos políticos dos agentes públicos (Lei n. 8.429/92) que sejam condenados por improbidade administrativa não encontra guarida no Pacto de São José da Costa Rica, o qual resguarda a dita suspensão para as condenações em processo penal.

De tão alto valor a possibilidade de eleger e ser eleito em um Estado Democrático de Direito que a suspensão de direitos políticos, e já aqui questionável, demanda condenação por infração penal, haja vista a cominação de pena privativa de liberdade.²¹

Não pairam dúvidas sobre ser a Ação de Improbidade Administrativa eminentemente civil, como, aliás, sedimentado pelo Supremo Tribunal Federal na Reclamação n. 2.138-6/DF, na qual ratificou-se que o texto constitucional (CRFB, art. 37, §4º) expõe o cabimento de sanções “sem prejuízo da ação penal cabível”, o que implica dizer que não se trata de processo penal.²² Mesmo anteriormente, no julgamento da ADI n. 2.797/DF, afirmou-se a natureza civilística da ação em comento, ao se declarar a inconstitucionalidade das alterações provocadas pela Lei n. 10.628/02, no art. 84, do Código de Processo Penal.

Na linha do que restou consignado quanto ao depositário infiel, considerando o entendimento do ministro Gilmar Mendes, já anteriormente aludido, conquanto a previsão constitucional pela possibilidade de suspensão dos direitos políticos pela condenação em ação de improbidade administrativa, os dispositivos infraconstitucionais (legais) que assim dispõem sofrem o “efeito paralisante” diante da expressa prescrição do Pacto de São José da Costa Rica de que a suspensão dos direitos políticos somente ocorrerá por condenação em processo penal.

Se se pretende a Suprema Corte como uniformizadora da jurisprudência em matéria constitucional, deverá ela consentir com que, inseridos os tratados internacionais com *status* supralegal no ordenamento jurídico, pelas razões demonstradas alhures, as normas legais, que lhes subjazem não poderão espriar efeitos, porquanto colidentes com as normativas internacionais.

²¹ Urge a tomada de devia atenção à suspensão dos direitos políticos do condenado por sentença criminal condenatória trânsita em julgado. É do caráter da democracia “suportar” aqueles que discordam das leis vigentes no país, permitindo-lhes questionar e atuar contra elas. A permanência da suspensão dos direitos políticos tão somente pelo fato de encontrar-se premido da liberdade de ir e vir não parece coadunar com os propósitos de um Estado que intenta ostentar a democracia em sua bandeira.

²² Renato Bretz Pereira relembra que “o Ministro Barbosa reitera que as sanções constitucionais para os atos de improbidade administrativa têm natureza eminentemente civil, conforme se infere do próprio texto do §4º do art. 37 da CF, o qual se refere à incidência das sanções por improbidade, “[...] sem prejuízo da ação penal cabível [...]””. (PEREIRA, 2013).

É dizer, a Convenção Americana de Direitos encontra-se em patamar superior à Lei de Improbidade Administrativa, pelo que as disposições desta devem ser controladas pelas disposições daquela. A cominação de suspensão dos direitos políticos em casos como que tais implicaria em descumprimento da Convenção de Viena (art. 27), nada obstante a previsão constitucional.

O que se faz é, tão somente, encontrar uma coerência no posicionamento do Supremo Tribunal Federal, pela interpretação dedutiva que se pode extrair da súmula vinculante n. 25. Tivesse o tratado internacional caráter materialmente constitucional, estariam revogados os arts. 15, IV, e 37, §4º, da Constituição Federal, observada a frontal contradição entre os regramentos. Reitera-se, enfim, o caráter supralegal dos tratados internacionais versados sobre direitos humanos não aprovados pelo procedimento próprio das emendas constitucionais.

CONCLUSÃO

É inegável a necessidade de que a Corte Suprema volte a discutir a temática da incorporação dos tratados internacionais no ordenamento jurídico, pacificando, de uma vez por todas, o grau hierárquico ocupado por eles.

A tentativa de, por meio da súmula vinculante n. 25, expor a corrente teórica adotada não obteve sucesso em vista da questionável redação do enunciado, o qual exige um esforço interpretativo dedutivo para que se consigne pela adoção da “supralegalidade”.

A posição dos tratados internacionais abaixo da Constituição Federal e superior à legislação ordinária é a que mais se acomoda com o texto constitucional, quanto mais após a inserção do §3º, do art. 5º, que dispôs sobre o procedimento para adoção dos tratados internacionais sobre direitos humanos, igualando-os às emendas constitucionais.

Aprovados com o procedimento e quórum qualificados haverá, sem dúvida, a inclusão do tratado ou acordo internacional no “bloco de constitucionalidade”, perante o qual será possível a realização do controle de constitucionalidade.

O “controle de convencionalidade” assim chamado somente subsiste se se compreender o tratado internacional na linha intermediária, de supralegalidade, entre a Constituição e o ordenamento infraconstitucional. Ocupando esta posição intermediária,

servirá a norma internacional de parâmetro para as demais normas nacionais que lhe subjazem.

Nos casos aludidos, têm-se três diferentes situações acerca da incidência do controle de convencionalidade em relação à legislação infraconstitucional.

A audiência de custódia impõe uma “interpretação conforme o Pacto de São José da Costa Rica” dos arts 306 e 310, do Código de Processo Penal, para o fim de assegurar ao cidadão preso em flagrante a sua apresentação, em até 24h, à autoridade judiciária competente para resolver sobre sua prisão, relaxando-a por ser ilegal, convertendo-a em medida cautelar menos gravosa, ou, ainda, convertendo-a em prisão preventiva, se presentes os requisitos ensejadores.

No caso do crime de desacato, inserto no art. 331, do Código Penal, o *topos* ocupado pelo tratado internacional leva a que, na realização do controle de convencionalidade, padeça a incriminação do desacato a funcionário público, de validade, porquanto é livre a manifestação de opinião, não se permitindo que o Estado, por meio de seus funcionários, se constitua em órgão autoritário e minimizador de direitos e garantias fundamentais.

Por fim, o “efeito paralisante” do art. 12, da Lei n. 8.429/92, ante a prescrição da Convenção Americana de Direitos Humanos de que é vedada a suspensão de direitos políticos, exceto em condenações em processo penal.

Em todos os três casos, entendido o tratado com o *status* supralegal, e será do mesmo nível das normas constitucionais, material e formalmente, caso aprovado sob o procedimento específico, é possível vislumbrar o “controle de convencionalidade”, estabelecendo-se o próprio tratado internacional como parâmetro válido para a legislação ordinária, que deve estar a ele submetido, não podendo, sob hipótese alguma, invocar-se referida legislação ordinária para descumprir a normativa internacional, sob pena de violação ao art. 27, da Convenção de Viena.

É cada vez mais necessário o amadurecimento da disciplina dos tratados internacionais em âmbito interno, sem descurar do previsto pelo Poder Constituinte/Constituído, sendo o entendimento acerca dos tratados internacionais um meio de promover a efetivação dos direitos humanos e de assegurar as garantias de cada cidadão frente aos demais cidadãos e frente ao Estado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BACIGALUPO, Mariano. **La justicia comunitaria**: estudio sistemático y textos normativos básicos. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas S.A., 1995.

BAZÁN, Victor. Aproximación a la problemática de control de constitucionalidad de los tratados y convenios internacionales en derecho comparado iberoamericano. **Revista latinoamericana de estudios constitucionais**. Belo Horizonte: Del Rey, n. 4, p. 367-417, jul./dez., 2004.

BRASIL. SANTA CATARINA. Absolvição do acusado. Ação Penal n. 0067370-64.2012.8.24.0023. Ministério Público e A. S. dos S. F. Julgador: Alexandre Morais da Rosa. Florianópolis, 17 mar. 2015.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Parcialmente procedente. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.480. Confederação Nacional dos Transportes e outro e Presidente da República e outro. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 18 mai. 2001.

BULNES, Mar Jimeno. El control jurisdiccional de la “Constitución” europea. In: BAZÁN, Victor et al. **Defensa de la constitución**: Garantismo e controles. Buenos Aires: Ediar, 2003.

DIAS, Ricardo Gueiros Bernardes; TORRES, João Guilherme Gualberto. O processo de incorporação de tratados internacionais: novas perspectivas jurisprudenciais. **Revista de direito brasileira**, Florianópolis, ano 4, v. 7, p. 309-333, jan./abr., 2014.

GORDILLO, Augustin Alberto. **Derechos humanos**. Buenos Aires: FDA, 2005.

JEVEAUX, Geovany Cardoso. **Direito constitucional**: teoria da constituição. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

_____. **Comentários às súmulas vinculantes**. Rio de Janeiro: GZ, 2011.

_____. **Teorias do estado e da constituição**. 1. ed. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2015.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Direitos humanos**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

LOIANNO, Adelina *et al.* **Derechos humanos**. Buenos Aires: FDA, 2005.

LOPES JR, Aury; ROSA, Alexandre Morais. Afinal, quem tem medo da audiência de custódia? (Parte 1). **Consultor jurídico**, 13 fev. 2015. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2015-fev-13/limite-penal-afinal-quem-medo-audiencia-custodia-parte>>. Acesso em 16 jul. 2015.

LOPES JR, Aury; ROSA, Alexandre Morais. Afinal, quem continua com medo da audiência de custódia? (Parte 2). **Consultor jurídico**, 20 fev. 2015. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2015-fev-20/limite-penal-afinal-quem-continua-medo-audiencia-custodia-parte2>>. Acesso em 16 jul. 2015.

LOPES JR, Aury; ROSA, Alexandre Morais. Afinal, quem tem medo da audiência de custódia? (Parte 3). **Consultor jurídico**, 27 fev. 2015. Disponível em

<<http://www.conjur.com.br/2015-fev-27/limite-penal-afinal-quem-medo-audiencia-custodia-parte>>. Acesso em 16 jul. 2015.

OLIVEIRA, Gisele de Souza *et al.* **Audiência de custódia**: dignidade humana, controle de convencionalidade, prisão cautelar e outras alternativas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

PIESCO, Andrea. Jerarquía de los tratados internacionales sobre derechos humanos. In: DALLA VIA, Alberto Ricardo (org.). **Colección de análisis jurisprudencial**: derecho constitucional. Buenos Aires: La Ley, 2002.

PIRES, Francisco Lucas. **Introdução ao direito constitucional europeu**. Coimbra: Livraria Almedina, 1997.

QUINTAS, Paula. **Da problemática do efeito directo nas diretivas nas directivas comunitárias**. Porto: Dixit, 2000.

RAMAYANA, Marcos. **Direito eleitoral**. 4. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2005.

PEREIRA, Renato Bretz. O regime de responsabilização dos agentes políticos proposto por ocasião do julgamento da reclamação 2.138-6. **De jure**: revista jurídica do Ministério Público de Minas Gerais, Belo Horizonte, v. 12, p. 310-327, jan./jun., 2013.

SIDOU, J. M. Othon. O controle dos Atos Internacionais pelo Poder Legislativo: apontamentos de direito constitucional internacional. **Revista latino-americana de estudos constitucionais**. Belo Horizonte: Del Rey, n. 1, pp. 477-495, jan./jun., 2003.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESPÍRITO SANTO. Balanço: Audiência de Custódia realiza 500 audiências, Vitória, 26 jun. 2015. Disponível em: <http://www.tjes.jus.br/index.php?option=com_content&view=article&id=13390%3Abalanco-audiencia-de-custodia-realiza-500-audiencias&catid=3%3Aultimasnoticias&Itemid=1>. Acesso em: 16 jul. 2015.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESPÍRITO SANTO. Resolução nº 13, de 09 de abril de 2015. **Diário da Justiça Eletrônico**, Vitória, 10 abr. 2015.