



RVMD, Brasília, V. 14, n. 1, Jan/Jun (2020)

INTERNALIZAÇÃO DE TRATADOS E CONVENÇÕES INTERNACIONAIS EM MATÉRIA DE PROCESSO PENAL POR MEIO DO CONTROLE DIFUSO DE CONVENCIONALIDADE

INTERNALIZATION OF INTERNATIONAL TREATIES AND CONVENTIONS IN THE FIELD OF CRIMINAL PROCEEDINGS THROUGH DIFFUSE CONTROL OF CONVENTIONALITY

Felipe Laurêncio de Freitas Alves¹

Thiago Allisson Cardoso de Jesus²

Resumo: O presente trabalho objetiva a análise da efetivação das garantias processuais penais oriundas do plano internacional humanitário, a partir dos movimentos de internalização de tratados e regras internacionais em matéria criminal, bem como o controle de convencionalidade de leis, considerando os fundamentos, os dilemas e perspectivas no contexto brasileiro pós-1988 de construção do devido processo penal. A pesquisa tem natureza exploratória e fez abordagem predominantemente qualitativa das categorias eleitas. Utilizou técnicas de pesquisa documental e bibliográfica. Concluiu, entre outras inferências, que os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil têm índole

e nível materialmente constitucionais. Ainda, que o parâmetro a ser adotado, ante o conflito entre uma norma constitucional e a de um tratado internacional de direitos humanos no processo penal, deve ser a interpretação que mais privilegia a pessoa humana e a sua liberdade. Nesses casos, o julgador pode, inclusive, aplicar ambas as normas aparentemente antinômicas para efetivar as garantias processuais penais da pessoa em conflito com a lei penal.

Palavras-Chave: Direitos humanos; Tratados e convenções internacionais; Garantias processuais penais; Controle de convencionalidade; Devido processo penal.

¹ Advogado. Mestrando do Programa de Pós-Graduação em Direito e Instituições do Sistema de Justiça da Universidade Federal do Maranhão (UFMA). Graduado em Direito pela UFMA. Pesquisador do Grupo de Pesquisa e Extensão em Ciências Criminais - NUPECC/UFMA (DGP/CNPq). E-mail: felipelaurencio@hotmail.com.

² Advogado. Pós-Doutor em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC/RS). Fez estágio pós-doutoral no Programa Desigualdades Globais e Justiça Social (Capes/Print) pela Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (UnB) e pela Faculdade Latinoamericana de Estudos Sociais (FLACSo). Editor-Assistente da Revista Brasileira de Direito Processual Penal (RBDPP). Pesquisador da Rede e Observatório Internacional em Desaparecimento Forçado (ROAD). Doutor e Mestre em Políticas Públicas pela Universidade Federal do Maranhão (UFMA). Bacharel em Direito pela UFMA. Professor Adjunto I do Curso de Direito da Universidade Estadual do Maranhão (UEMA) e Universidade Ceuma. Professor Permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito e Afirmação de Vulneráveis (Mestrado Profissional em Direito) da Universidade Ceuma. Orientador de Iniciação Científica (FAPEMA e CNPQ) e de atividades extensionistas. Integrante do Corpo Nacional e Internacional de Pareceristas do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI). Conferencista e Consultor científico. Autor de “A (des)ordem do discurso em matéria de segurança pública” lançada em 2020 pela Editora Tirant Lo Blanch e de diversas outras obras. E-mail: t_allisson@hotmail.com.

Abstract: This work aims to analyze the effectiveness of criminal procedural guarantees, arising from the international humanitarian plan, based on the movements of internalization of international treaties and rules in criminal matters, as well as the control of conventionality of laws, considering the fundamentals, the dilemmas and perspectives in the post-1988 Brazilian context of building due criminal proceedings. The research has an exploratory nature and made a predominantly qualitative approach to the elected categories. It used techniques of documentary and bibliographic research. It concluded, among other inferences, that the international human rights treaties ratified by Brazil have a material and

constitutional nature. Furthermore, that the parameter to be adopted, in the face of the conflict between a constitutional norm and an international human rights treaty, in criminal proceedings, must be the interpretation that most privileges the human person and his freedom. In these cases, the judge can even apply both apparently antinomic rules to effect the criminal procedural guarantees of the person in conflict with criminal law.

Keywords: Human rights; International treaties and conventions; Criminal procedural guarantees; Conventionality control; Due criminal process.

SUMÁRIO: 1 Introdução – 2 A aplicação doméstica dos acordos internacionais de direitos humanos - o controle de convencionalidade – 3 Descompasso entre os compromissos internacionais assumidos e a prática do processamento criminal brasileiro – 4 O controle difuso de convencionalidade como instrumento para o devido processo penal – 5 Considerações finais – Referências.

1. INTRODUÇÃO

A abertura constitucional do ordenamento brasileiro para as normas internacionais, em especial as dos sistemas protetivos de direitos humanos, potencializou gradativa influência do plano internacional na ordem interna, no que diz respeito à aplicação dos direitos civis e políticos, aos direitos de grupos vulneráveis e, especialmente, das garantias processuais penais que voltam-se à limitação do poder de punir.

Como exemplo, podemos citar a implementação das Audiências de Custódia pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ); a atribuição de efeito paralisante à previsão constitucional da prisão civil do depositário infiel; a criação da Comissão da Verdade; a aprovação pelo Congresso Nacional da Convenção Internacional das Pessoas com Deficiência (e o seu Protocolo Facultativo), bem como do Tratado de Marraqueche com equivalência às emendas constitucionais, entre outros.

Diante dessa maior interconexão entre as ordens nacional e internacional, os questionamentos a respeito de quais normas serão aplicadas ao caso concreto e de como os

conflitos e antinomias normativos serão resolvidos se tornaram impositivos, dando relevância para o controle de convencionalidade como mais uma estratégia de monitoramento e compatibilização normativas.

Esse controle normativo, no caso do Sistema Americano de Direitos Humanos no qual o Brasil se insere, parte da obrigação imposta pelo art. 2º da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), que estabelece aos Estados-partes a obrigação de respeitar, garantir e tomar medidas de qualquer natureza para proteger os direitos e as liberdades adotados na CADH.

Essa obrigação também foi reforçada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), no caso *Almonacid Arellano e Outros vs. Chile*, quando estabeleceu que o controle de convencionalidade é uma função de ordem pública a ser exigida dos juízes e entes estatais, sendo a Corte IDH a intérprete última da Convenção Americana.

Colocando em *suspense* a temática ora justificada, frente a uma possível relativização no âmbito interno das garantias processuais penais asseguradas em convenções internacionais, além do estado de coisas inconstitucional em matéria carcerária que é expressão máxima da inefetividade do sistema de justiça em matéria criminal, justifica-se a análise sobre os limites e possibilidades da internalização e efetivação do devido processo penal¹ no Brasil.

Objetivamos, com esse estudo, analisar a efetivação das garantias processuais penais oriundas do plano internacional humanitário a partir dos movimentos pela internalização dos acordos internacionais de direitos humanos no Brasil, considerando os fundamentos, os dilemas e as perspectivas do contexto brasileiro Pós-1988 de construção do devido processo penal.

Em conformidade com a problematização levantada e com o objetivo exposto, utilizamos da abordagem predominantemente qualitativa, por meio de pesquisa exploratória. Como técnicas apuradas de pesquisa, utilizamos a pesquisa documental e a bibliográfica, a partir da análise de obras e julgados que sistematizem potencialidades do controle de convencionalidade brasileiro (e sua necessidade de mudança).

¹ Expressão usada no Brasil por Giacomolli (*In: O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica*. São Paulo: Atlas, 2016) e que constitui nosso pressuposto conceitual e linguagem científica aqui utilizada.

Nosso plano de investigação foi desenvolvido em três seções e, ao final, considerações representativas sobre a pesquisa sem o intuito de esgotar a temática e como contributo à literatura especializada.

Na primeira seção, buscamos entender a maneira que o controle de convencionalidade se desenvolve atualmente no Ordenamento Brasileiro. Na seção seguinte, verificamos se o Judiciário Brasileiro tem efetivado a obrigação de compatibilizar as garantias processuais penais asseguradas pela CADH e demais acordos internacionais de direitos humanos com o nível de proteção adotado pela nossa legislação. E, na última seção, discutimos mais a fundo o modo como deve acontecer o controle difuso de convencionalidade como instrumento assecuratório do devido processo penal.

2. A APLICAÇÃO DOMÉSTICA DOS ACORDOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS - O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE

Nesta seção, refletiremos sobre o lugar que as normas do sistema interamericano de direitos humanos devem figurar nas decisões judiciais brasileiras, a considerar que o governo brasileiro declara que reconhece desde o dia 10 de dezembro de 1998 - por tempo indeterminado, como obrigatória e de pleno direito - a competência da Corte IDH, em todos os casos relacionados com a interpretação ou aplicação da CADH, o que o obriga também a aplicar internamente suas diretrizes.

A competência interpretativa da Corte, conforme os termos da CADH, obriga também aos juízes dos Estados-partes a aplicar seus entendimentos, por meio do controle de convencionalidade de suas leis, a saber, por meio da compatibilização das normas nacionais e internacionais, em abstrato (controle concentrado) e em casos concretos (controle difuso). Nessa senda, o seguinte questionamento: Qual o cenário atual do controle de convencionalidade feito pelo Judiciário Brasileiro?

A prevalência dos direitos humanos em nossa Constituição parte de uma primazia dada à pessoa humana no plano global, principalmente a partir da Segunda Guerra Mundial e em decorrência dos movimentos pela paz que se seguiram após as atrocidades cometidos pela Alemanha Nazista no período sombrio do holocausto.

Seguindo esses movimentos, que criaram sistemas globais e regionais de direitos humanos por meio de acordos internacionais que pudessem estabelecer *standards* mínimos para proteção de direitos, a Constituição de 1988 se abriu para tais normas, quando, no §2º do seu art. 5º, deixou claro que: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos *tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte*”².

Por conta da locução desse dispositivo, Mazzuoli³ defende que os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil têm índole e nível constitucionais, além de aplicação imediata, não podendo ser revogados por lei ordinária posterior.

É dizer que, como os direitos e garantias fundamentais (título no qual se encontra o art. 5º da Constituição) e, mais especificamente, os direitos e deveres individuais e coletivos (capítulo em que se encontra o dispositivo), não excluem aqueles decorrentes de tratados internacionais assinados pelo Brasil, sem qualquer ressalva, os direitos humanos expressos nestes tratados passam automaticamente a terem matéria constitucional e, como todos os direitos contidos naquele artigo, possuem eficácia, ainda que contida ou limitada.

A dificuldade encontrada no cenário jurídico nacional tem sido, no entanto, entender como deve acontecer esse processo de integração entre as ordens interna e externa, e aqui se encontra o cerne de diversas divergências doutrinárias e jurisprudenciais.

Para Delmas-Marty⁴, por exemplo, três respostas seriam possíveis: a partir de legislações nacionais que sejam imitações de leis estrangeiras, ou fazendo referências a decisões judiciais de tribunais internacionais na jurisprudência doméstica, processo que ela chama de coordenação e que implica em uma integração muito fraca, já que é um processo horizontal e não vinculativo; através do que ela chama de harmonização, que seria proveniente da aproximação de diferentes sistemas, envolvendo alguma hierarquia entre as ordens nacional e internacional e que, por meio da sua incompletude e flexibilidade, geraria um processo que permite algumas diferenças regionais; ou, ainda, por meio da unificação,

² BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2016, p. 17, *grifo nosso*.

³ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **O controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 39.

⁴ DELMAS-MARTY, Mireille. Ordering pluralism. **Max Weber Lecture n. 2009/06**, Florença, 2009.

que consistiria em criar regras idênticas para todos os países, em um processo ambicioso de transformar o plural em único⁵.

A Constituição Brasileira de 1988 parece ter escolhido o segundo caminho, pois, conforme aponta Mazzuoli⁶, a partir da análise do art. 5º da Carta Republicana, estariam ali elencadas três categorias de direitos e garantias fundamentais: a) aqueles *expressos* na constituição, a exemplo dos dispostos nos incisos I ao LXXVIII do art. 5º, bem como outros fora do *rol* de direitos, mas dentro da Constituição, como a garantia da anterioridade tributária; b) os direitos e garantias *implícitos*, que seriam aqueles decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição, nos termos do art. 5º, §2º, primeira parte; e os c) direitos e garantias *inscritos nos tratados internacionais* em que a República Federativa do Brasil seja parte, que teriam a mesma hierarquia dos demais, considerando o que diz o art. 5º, §2º, parte final, já analisado.

Apesar destas afirmações, não podemos ignorar o conteúdo do §3º do art. 5º da Constituição, incluído após a Emenda Constitucional (EC) 45/2004 e que traz em sua redação que “os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais⁷”.

Com a locução deste parágrafo, somos levados a entender que apenas os acordos internacionais de direitos humanos que tivessem esse tratamento pelo Congresso Nacional é que teriam índole constitucional, o que é refutado pelos argumentos expostos anteriormente.

⁵ A autora, na mesma obra, afirma acreditar ter se desenvolvido um processo de globalização da lei, tendo a ordem internacional influenciado todos os campos do direito e não somente o microsistema dos direitos humanos. Segundo ela, “o mundo não é estático, mas interativo e está evoluindo rapidamente, por isso, devemos enfrentar o desafio de mudar de ideia à medida que nossa história jurídica muda. Mudou na Europa, onde uma ordem jurídica supranacional foi estabelecida após o fim da Segunda Guerra Mundial, e mudou em todo o mundo, pois o fim da Guerra Fria acelerou a chamada globalização do direito (não apenas do direito dos Direitos Humanos, mas também do Direito Comercial, do Direito do Trabalho, do Direito Ambiental, do Direito da Internet e muitos outros campos, como o Direito Contratual e o Direito Penal)” (DELMAS-MARTY, Mireille. *Ordering pluralism. Max Weber Lecture n. 2009/06*, Florença, 2009, p. 1, *tradução livre*).

⁶ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **O controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 29.

⁷ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2016, p. 17.

Ao que nos parece, o *quórum* qualificado indicado pelo dispositivo serviria apenas para dar forma constitucional aos tratados e convenções internacionais de direitos humanos, já que estes, pelo entendimento do §2º deste artigo, aqui defendido, já passam a ser materialmente constitucionais no momento de suas ratificações.

Esse também é o entendimento de Mazzuoli⁸, para quem tudo continua da mesma forma como antes da Emenda Constitucional, ou seja, o tratado é aprovado pelo Congresso por *decreto legislativo*, podendo o Parlamento decidir se com o *quórum* (e somente o *quórum*...) de emenda constitucional, ou sem ele, pois não importa o momento em que o tratado de direitos humanos foi ratificado ou mesmo sua forma, uma vez que o tratado internacional de direitos humanos terá sempre o *status* de norma constitucional por integrar o núcleo material do *bloco de constitucionalidade*.

A noção de bloco de constitucionalidade, que tem guarida na literatura constitucionalista de língua portuguesa desde Canotilho⁹, diz respeito ao paradigma que será usado para o controle de constitucionalidade das leis (compatibilização entre normas constitucionais e infraconstitucionais).

Em havendo um bloco de constitucionalidade, o paradigma de constitucionalidade é a ordem constitucional global (normas escritas e não escritas na Constituição). Por isso, o juízo de legitimidade constitucional dos atos normativos deve fazer-se não apenas segundo as normas e princípios escritos nas Constituições, mas também tendo em conta princípios não formalmente integrantes dessa ordem global.

Nesse ponto de vista, independentemente se formal ou apenas materialmente constitucionais, o fato é que os tratados e convenções internacionais de direitos humanos

⁸ *Op. cit.*, p. 43-45.

⁹ O autor, ainda na década de 90, ensinava que todos os atos normativos devem estar em conformidade com a Constituição, ou seja, os atos legislativos e restantes atos normativos devem estar subordinados, formal, procedimental e substancialmente, ao parâmetro constitucional. Em sua visão a dificuldade estará em escolher o paradigma para esse controle, o que esbarraria fundamentalmente em duas posições: 1) o parâmetro constitucional equivale à constituição escrita ou leis com valor constitucional formal, e daí que a conformidade dos atos normativos só possa ser aferida, sob o ponto de vista da sua constitucionalidade ou inconstitucionalidade, segundo as normas e princípios escritos da constituição; e 2) o parâmetro constitucional é a ordem constitucional global, e, por isso, o juízo de legitimidade constitucional dos atos normativos deve fazer-se não apenas segundo as normas e princípios escritos nas leis constitucionais, mas também tendo em conta princípios não escritos integrantes da ordem constitucional global, em outras palavras, tendo em vista o bloco de constitucionalidade (CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999, p. 811-812).

fazem parte do bloco de constitucionalidade brasileiro, devendo ser usados como paradigma de controle das leis.

O controle, nesse caso, será de convencionalidade, que, ao lado do *controle de constitucionalidade em sentido estrito* (que leva em conta as normas escritas na Constituição e o regime e os princípios por ela adotados), torna-se relevante instrumento a serviço da legitimação constitucional das normas que estão abaixo da Constituição.

É o chamado *duplo controle de verticalidade*, ou seja, de um lado, as normas internas de um país devem ser compatíveis com a Constituição (controle de constitucionalidade), ao passo que, de outro, também devem guardar respeito aos tratados internacionais ratificados pelo país onde vigora tais normas (controle de convencionalidade)¹⁰.

No Judiciário Brasileiro, apesar de toda a discussão levantada, prevaleceu a posição do Ministro Gilmar Mendes na votação do Recurso Extraordinário (RE) 466343/SP para quem os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que não tenham passado pelo *quórum* qualificado do art. 5º, §3º, da Constituição tem *status* normativo *supralegal*, o que, apesar de tornar inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, nega a existência de um bloco de constitucionalidade de aplicação imediata e obrigatória.

O julgamento tratou da possibilidade de prisão civil do depositário infiel, permitida originalmente pela Constituição da República, porém vedada pela CADH (Pacto de San José da Costa Rica). No seu voto, o Ministro entendeu que, desde a ratificação, pelo Brasil, sem qualquer reserva, do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e da CADH (art. 7º, 7), ambos no ano de 1992, não há mais base legal para prisão civil do depositário infiel, pois o caráter especial desses diplomas internacionais sobre direitos humanos lhes reserva lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna¹¹.

Como se vê, na visão do Ministro, a CADH não integraria o bloco de constitucionalidade brasileiro porque anterior à EC 45/2004 e, portanto, não teria passado

¹⁰ GUERRA, Sidney. Controle de convencionalidade. *Revista Jurídica – UNICURITIBA*, Curitiba, v. 1, n. 46, p. 1-21, 2017, p. 6.

¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 466343/SP**. Relator: Ministro Cezar Peluso, 5 de junho de 2009, *não paginado*.

pelo procedimento do art. 5º, §3º, da Constituição, restando em um nível abaixo do texto constitucional e reduzindo a constituição global apenas às normas escritas na Constituição, ao regime e princípios por ela adotados e aos tratados e convenções internacionais que tenham sido aprovados em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros (normas materialmente constitucionais).

Tal jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) prevalece ainda hoje nas Turmas e no Plenário da Corte, apesar de vozes dissidentes dentre os Ministros.

No Habeas Corpus (HC) 185051/SC e no HC 178527/RS, por exemplo, em que os pacientes não haviam sido intimados da reforma da sentença absolutória para condená-los, transitando em julgado as condenações sem suas ciências e transgredindo, pois, a CADH (art. 8º, 2, H) e o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (art. 9º, 4), o Relator dessas demandas, o ainda Ministro Celso de Mello, reconheceu o entendimento consolidado da Corte da suprallegalidade dos acordos internacionais de direitos humanos que não foram votados pelo *quórum* qualificado do art. 5º, §3º, da Constituição, apesar de deixar explícito no seu voto, assim como na redação das ementas, seu entendimento pessoal pela atribuição da natureza constitucional a essas normas, apoiado pela noção de bloco de constitucionalidade¹².

No Superior Tribunal de Justiça (STJ), a posição jurisprudencial sobre o assunto parece também compor vozes dissonantes entre seus representantes. Quando chamados a decidir sobre a legalidade do crime de desacato, o qual tanto a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) quanto a Corte IDH já declararam violar o direito à liberdade de expressão previsto no art. 13 da CADH¹³, os ministros da Seção Criminal daquele Tribunal produziram julgados inclusive divergentes entre si.

¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). **Habeas Corpus 178527/RS**. Relator: Ministro Celso de Mello, 10 de outubro de 2020b; BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). **Habeas Corpus 185051/SC**. Relator: Ministro Celso de Mello, 10 de outubro de 2020c. Nas ementas dos acórdãos desses dois julgados, consta expressamente: “PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL QUE CONFEREM A ESSES DIPLOMAS INTERNACIONAIS A CONDIÇÃO DE SUPRALEGALIDADE – **POSIÇÃO PESSOAL DO RELATOR (MINISTRO CELSO DE MELLO) QUE ATRIBUI QUALIFICAÇÃO CONSTITUCIONAL**, INCLUSIVE COM APOIO NA NOÇÃO CONCEITUAL DE BLOCO DE CONSTITUCIONALIDADE, A TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS SUBSCRITOS PELO BRASIL OU A QUE O ESTADO BRASILEIRO HAJA ADERIDO” (*grifo nosso*).

¹³ Para a CIDH, as leis de desacato limitam a expressão de ideias e são utilizadas como uma medida para silenciar opiniões impopulares, assim como restringem um debate fundamental para o bom funcionamento das instituições democráticas, motivo pelo qual as leis que criminalizam a expressão de ideias que não incitem a violência anárquica são incompatíveis com a liberdade de expressão e pensamento consagrado no art. 13 da

Em dezembro de 2016, no Recurso Especial (REsp) 1640084/SP, de relatoria do Ministro Ribeiro Dantas, a Quinta Turma do STJ, órgão fracionário da Terceira Seção, disse que a ausência de lei veiculadora de *abolitio criminis* (lei de descriminalização) não inibe a atuação do Poder Judiciário na verificação da inconformidade do art. 331 do Código Penal, que prevê a figura típica do desacato, com o art. 13 do Pacto de São José da Costa Rica, por meio do controle de convencionalidade¹⁴.

Na oportunidade, votaram a favor desse entendimento, seguindo o relator, os Ministros Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca.

Já em maio de 2017, poucos meses depois desse julgamento, a Terceira Seção do STJ volta novamente a se pronunciar sobre a matéria, desta vez no HC 379269/MS, cujo relator para o acórdão foi o Ministro Antonio Saldanha Palheiro.

Agora, o Tribunal revê o seu posicionamento para dizer que, apesar da CADH possuir *status* de norma supralegal, produzindo efeito paralisante sobre as demais normas que compõem o ordenamento jurídico, à exceção da Constituição, as deliberações internacionais de direitos humanos sobre os crimes de desacato, notadamente no âmbito da CIDH e da Corte IDH, não ostentam caráter decisório, mas tão somente instrutório ou cooperativo (que chama de “poder de embaraço” ou “mobilização da vergonha”¹⁵)¹⁶.

Na ementa do acórdão desse julgamento, o STJ inclusive admite a possibilidade do controle difuso de convencionalidade, mas parece não reconhecer na Corte IDH, por

CADH (CIDH. Informe sobre la Incompatibilidad entre las leyes de desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. **OEA/Ser.L/V/II.88**, Whashington, 17 fev. 1995, p. 339). Também a Corte IDH, que, como vimos, é a intérprete máxima das normas da CADH, tanto no Caso Herrera Ulloa v. Costa Rica quanto no Caso Ricardo Canese v. Paraguai, ambos em 2004, manifestou-se no sentido de que as pessoas que desenvolvem atividades públicas devem ser estar mais expostas ao escrutínio e ao debate públicos que as demais, uma vez que essa exposição é fundamental para o funcionamento da democracia (Corte IDH. **Caso Herrera Ulloa v. Costa Rica**. São José, 2 jul. 2004, p. 70-71; Corte IDH. **Caso Ricardo Canese v. Paraguai**. São José, 31 ago. 2004, p. 58-59).

¹⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). **Recurso Especial 1640084/SP**. Relator: Ministro Ribeiro Dantas, 15 de dezembro de 2016.

¹⁵ Expressões traduzidas do que os autores internacionalistas chamam de “*power of embarrassment*”, que se referem a decisões que não detêm força obrigatória ou vinculante, tampouco qualquer sanção é prevista na hipótese de o Estado não lhe conferir cumprimento, mas que enseja consequências no plano político, já que podem causar constrangimento político e moral ao Estado violador (PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 14. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 150).

¹⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Seção). **Habeas Corpus 379269/MS**. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, 24 de maio de 2017.

exemplo, o papel de intérprete melhor autorizado para a interpretação das normas da Convenção Americana.

Os Ministros Reynaldo Soares da Fonseca e Ribeiro Dantas, que haviam participado do julgamento anterior, no entanto, votaram contra o prosseguimento da ação penal analisada com relação ao crime de difamação, por entenderem, ser inconveniente. Ficaram vencidos em seus argumentos, no entanto, pelos demais Ministros da Seção Felix Fischer e Jorge Mussi (que, portanto, mudaram seu posicionamento), Maria Thereza de Assis Moura, Rogerio Schietti Cruz e Nefi Cordeiro, que seguiram o novo relator escolhido, em substituição do Ministro Reynaldo da Fonseca.

Essa também foi a visão adotada pelo STF, em março de 2018, sobre a convencionalidade do crime de desacato, julgada de maneira difusa no HC 141949/DF, que teve como relator o Ministro Gilmar Mendes.

Na ação, os ministros da Segunda Turma, por maioria de votos, vencido o Ministro Edson Fachin e com a ausência justificada do Ministro Celso de Mello, entenderam que o crime de desacato, na verdade, é convencional, pois o art. 13 do Pacto de San Jose da Costa Rica dispõe claramente que o exercício do direito à liberdade de pensamento e de expressão, embora não sujeito à censura prévia, deve assumir responsabilidades ulteriores, expressamente fixadas em lei, para assegurar o respeito aos direitos ou à reputação das demais pessoas¹⁷.

Tal interpretação, no entanto, vai de encontro ao que dizem a CIDH e a Corte IDH, que não foram levadas em conta no momento dessa compatibilização convencional da lei brasileira.

O Ministro Edson Fachin, em contrapartida, citou o julgamento do HC 379269/MS pelo STJ e, divergindo de seus pares, deixou claro que as inúmeras manifestações dos órgãos do Sistema Americano de Direitos Humanos sobre a inconveniente do crime de desacato não são meras recomendações aos Estados-parte, mas verdadeira medida de interpretação evolutiva a ser seguida pelos tribunais, sem o que se estaria desmerecendo a autoridade do argumento utilizado por eles¹⁸.

¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). **Habeas Corpus 141949 /DF**. Relator: Ministro Gilmar Mendes, 13 de março de 2018.

¹⁸ *Ibidem*, não paginado.

Para Abboud, Scavuzzi e Fernandes¹⁹, essa multiplicidade de posições entre os magistrados brasileiros aponta que a questão, na sua maior parte, seria meramente por “enfeite terminológico”. Isto porque, na sua leitura, tratados aprovados pelo rito do §3º são, pura e simplesmente, texto constitucional, e, portanto, parâmetro de controle de constitucionalidade, ao passo que os demais possuem hierarquia supralegal, daí porque ser mais adequado intitular “controle de supralegalidade” aquele que o tenha por parâmetro.

Acontece que a forma pela qual o controle de compatibilidade entre as normas e internacionais tem sido feito pelos tribunais brasileiros, no entanto, não evidencia que o problema interpretativo seja um problema de mera alteração de nomenclatura (se controle de convencionalidade, concentrado ou difuso, de constitucionalidade ou de supralegalidade), uma vez que, como se viu dos julgados acima selecionados, a alteração da norma internacional de uma categoria para outra acaba afetando o próprio efeito que é dado a ela pelos magistrados no ordenamento jurídico nacional.

Isso está mais que evidenciado no fato de que, quando do controle difuso de convencionalidade, compromissos em direitos humanos firmados pelo Brasil no plano internacional humanitários chegam a ser compreendidos como simples catálogos de instruções gerais, sem qualquer força decisória, esvaziando-se o conteúdo normativo de tratados e convenções internacionais, como a CADH.

Assim, a nossa interpretação do que se tem atualmente de controle de convencionalidade no STF, bem como no STJ, é a de que as decisões desses tribunais se ancoram em uma visão mais restritiva da natureza constitucional dos acordos internacionais de direitos humanos.

Soma-se a isso a inexistência, em nosso ordenamento, de uma figura específica para tal controle, o que acaba por se admitir na nossa Corte Constitucional, por exemplo, tão somente o controle concentrado de constitucionalidade que use como paradigma normas convencionais formalmente constitucionais, negando, dessa forma, a existência de uma constituição global no contexto brasileiro.

¹⁹ ABBoud, Georges; SCAVUZZI, Maira Bianca; FERNANDES, Ricardo Yamin. Controle de convencionalidade e direitos fundamentais. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 268, p. 569-584, jun. 2017, p. 576.

3. DESCOMPASSOS ENTRE OS COMPROMISSOS INTERNACIONAIS ASSUMIDOS E A PRÁXIS DO PROCESSAMENTO CRIMINAL BRASILEIRO

Tenha *status* supralegal ou mesmo constitucional, os acordos internacionais de direitos humanos, e aqui voltamos nossos esforços para tratar da matéria das garantias processuais penais, são por vezes ignoradas no processamento criminal doméstico, fazendo do Justo Processo (*Due Criminal Process*) um princípio morto.

Revela-se, ainda que pelo interdito, relevante hiato entre realidade e norma, entre ser (*Sein*) e dever ser (*Sollen*), entre a *Constituição jurídica* e a *Constituição real*²⁰.

Considerando tal hipótese, tentaremos responder nesta seção a seguinte pergunta: Com relação às garantias processuais penais asseguradas pela CADH e demais acordos internacionais de direitos humanos, estas têm se compatibilizado com o nível de proteção adotado pela legislação brasileira por meio da atividade judiciária?

Por um lado, pela atividade legislativa, percebemos uma maior preocupação com a efetivação das garantias processuais penais, por exemplo, com a aprovação recente da assim chamada “Lei Anticrime” (Lei 13.964/2019), que, com a introdução do Acordo de Não Persecução Penal (ANPP), possibilitou mais uma saída para a pena privativa de liberdade, intensificando as medidas despenalizadoras discutidas nas Regras de Tóquio (Regras mínimas padrão das Nações Unidas para a elaboração de medidas não privativas de liberdade) e as diversas recomendações da OEA sobre a redução do encarceramento em massa.

Por outro, parece ainda haver uma resistência do Judiciário para o respeito das garantias processuais penais, principalmente para aquelas que tentam efetivar os acordos internacionais de direitos humanos.

Essa discussão se faz presente porque as garantias processuais penais, alçadas na contemporaneidade ao patamar de direitos humanos, não podem se revestir da frieza de simples regras jurídicas, mas devem ser vistas como princípios, para a busca de sua otimização.

²⁰ Para usar as expressões de Hesse (*In: A força normativa da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991), a quem remetemos para a leitura dessa discussão, em profundidade.

Ao contrário do que se diz na tese da distinção enunciativa sobre a *abertura semântica dos princípios*, é a regra que *abre a interpretação*, exatamente em razão de sua perspectiva universalizante, pois pretende abarcar todos os casos conquanto, quando, na verdade, não abrange nenhum, sem a cobertura densificatória fornecida pelo mundo prático da singularidade principiológica²¹.

Apenas para usar o exemplo do estado de inocência, pelo seu histórico de relativizações perante o STF²², quando se trata deste de um modo universalizante, *tabula rasa*, o que se faz é uma espécie de *regramento do princípio da presunção de inocência*, pois sempre que se decide, aplica-se um princípio, porque é ele que será responsável pela *individualização da regra*, de modo que, o que legitima a decisão de um caso é sua justificação principiológica²³.

Os direitos e garantias processuais penais previstos nos tratados internacionais de direitos humanos, em especial na CADH, são os elementos estruturantes do Justo Processo, devendo se fazer presentes no dia-a-dia dos tribunais.

Ou seja, os tribunais brasileiros precisam reconhecer o conteúdo jurídico-normativo que possuem os tratados e convenções internacionais de direitos humanos. Essa *virada cosmopolita* da teoria constitucional (a que inclui os direitos humanos na decisão fundamental dos Estados nacionais modernos) pode ser evidenciado por vários fatores representativos da juridicidade dos acordos internacionais de direitos humanos, a exemplo do acesso à justiça internacional pelo indivíduo pelo ângulo formal (a possibilidade de estar em juízo) e material (o controle de convencionalidade)²⁴.

Pode-se dizer que há, atualmente, pelo menos no plano teórico, uma equivalência dos tratados e convenções internacionais, notadamente os de direitos humanos, e as

²¹ STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **O que é isto - as garantias processuais penais?**. 2. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019, p. 22.

²² Antes de julgadas as Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADCs) 43, 44 e 54, que puseram fim à questão da possibilidade ou não do cumprimento antecipado da pena antes do trânsito em julgado da ação penal condenatória, o Supremo Tribunal Federal havia, no julgamento do HC 126292, mudado o entendimento já consolidado pela Corte de que viola o princípio constitucional da presunção de inocência o início da execução da pena após a confirmação da sentença em segundo grau.

²³ STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **O que é isto - as garantias processuais penais?**. 2. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019, p. 97.

²⁴ LEGALE, Siddharta. Neoconstitucionalismo internacionalizado e internacionalização do direito: o engajamento tardio do direito constitucional do Brasil na esfera internacional. In: TIRBURCIO, Carmen (Org.). **Direito internacional**: coleção 80 anos da UERJ. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2015, p. 564.

previsões normativas internas, o que exige a observação daquelas pelos magistrados brasileiros da mesma forma como estas são exigíveis. Vigem, portanto, no Brasil, um verdadeiro *direito processual penal internacionalizado*.

Tais categorias, no entanto, acabam não se fazendo presentes em diversos exemplos da realidade jurídica brasileira. Como representativo disso, podemos olhar para a suspensão do juiz das garantias, que nos termos do art. 3º-B, do Código de Processo Penal (CPP), seria o “responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário”²⁵.

A suspensão da eficácia da alteração no CPP foi determinada pelo relator das ações que questionam a constitucionalidade dessa figura processual no STF, Ministro Luiz Fux, nos autos da Medida Cautelar (MC) na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 6299/DF.

Além do juiz das garantias, a decisão do Ministro também suspendeu a eficácia de outros dispositivos incluídos pela Lei Anticrime, como o art. 310, §4º, do CPP, que reforça a ilegalidade da prisão em flagrante de condenado que não tenha sido apresentado ao juiz para a Audiência de Custódia²⁶, instrumento previsto também no art. 7º, 5, da CADH, e no art. 9º, 3, do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos.

Se não fosse isso, a decisão monocrática tomada pelo Ministro Fux na ADI 6299/DF suspendeu consigo a eficácia do art. 3º-A do CPP, que prevê expressamente a adoção de um sistema acusatório pelo processo penal brasileiro²⁷, dispositivo que, caso confirmado sua constitucionalidade, poderá ser capaz de alterar os rumos da situação aqui apresentada de uma efetivação das garantias processuais penais no Brasil restringida, por vezes, à forma definida em um código processual nascido sob o regime do Estado Novo.

Outro dado que pode apontar para o descompasso entre discurso e prática no cenário brasileiro de aplicação interna das normas de proteção aos direitos humanos é o

²⁵ BRASIL. **Código de Processo Penal**. 3. ed. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2020a, p. 11.

²⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6299/DF**. Relator: Ministro Luiz Fux, 22 de janeiro de 2020d, *não paginado*.

²⁷ A inclusão desse artigo ao Código ressoou os anseios de importantes processualistas brasileiros, como Aury Lopes Jr., Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, Geraldo Prado, Alexandre Moraes da Rosa, e tantos outros, que sempre criticaram a parte expressiva da doutrina que classificava o processo penal brasileiro como misto (entre o sistema acusatório e inquisitório), que o chamam de ilusório (*sic*). Sobre o assunto, em profundidade, cf. Lopes Junior (*In: Direito processual penal*. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 64-71).

pouco debate que o controle de convencionalidade ocupa nos tribunais brasileiros, ainda que o nosso sistema permita que esse controle possa ser feito de maneira difusa.

Sobre isso, Madeira confirma, por meio de pesquisa quali-quantitativa nos sítios eletrônicos de julgados de tribunais de justiça estaduais e tribunais regionais federais de três regiões do Brasil, do ano de 2012, apesar da análise de 1.307.360 (um milhão trezentos e sete mil trezentos e sessenta) processos daquele ano, nenhum deles fazia referência expressa ao termo “controle de convencionalidade”, registrando-se um debate tímido sobre direitos humanos nos tribunais, restrito a aspectos bem pontuais²⁸.

Ora, a internalização das normas da CADH e das decisões da Corte IDH, importante passo para a mudança da situação brasileira, já foi feita, por meio dos Decretos 678/1992 (que promulga a CADH), 89/1998 (que aprova a solicitação de reconhecimento da competência obrigatória da Corte IDH em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação da CADH) e 4.463/2002 (que promulga a declaração de reconhecimento da competência obrigatória da Corte IDH em âmbito nacional).

O que falta, porém, é colocar em prática as diretrizes humanitárias, motivo pelo qual o controle de convencionalidade (concentrado e difuso) se apresenta como importante instrumento a serviço da efetivação desses direitos.

É dizer que, por óbvio, a efetivação dos direitos humanos não se reconhece apenas a partir de resoluções, convenções ou declarações. Estas, em si, nada podem dizer se não estiverem alavancadas pelos setores organizados da sociedade e pelas instituições democráticas em fazer cumpri-las²⁹. Em outras palavras, é preciso que os compromissos firmados internacionalmente pelo Brasil seja acompanhado por movimentos jurídicos e legislativos de internalização dos direitos humanos, a fim de que, além de vigência, possuam eficácia e aplicação no Justo Processo.

²⁸ MADEIRA, Lígia Mori. Compliance: a (rara) aplicação de instrumentos internacionais de proteção a direitos humanos pelos tribunais intermediários no Brasil. *Revista Brasileira de Ciência Política*, Brasília, n. 21, p. 45-76, set./dez. 2016, p. 63-64.

²⁹ FAVARIN, Ana Paula Schimidt. **O controle de convencionalidade no processo penal como condição de possibilidade para um maior diálogo com os direitos humanos**. 2017. Dissertação (Mestrado em Direitos Humanos) – Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul, Ijuí, 2017, p. 84.

4. O CONTROLE DIFUSO DE CONVENCIONALIDADE COMO INSTRUMENTO PARA A EFETIVAÇÃO DO DEVIDO PROCESSO PENAL

Acreditamos que, até aqui, restou-se demonstrado que o propósito do disposto no §2º do art. 5º da Constituição Brasileira não é outro senão o de assegurar a aplicabilidade direta pelo Poder Judiciário da normatividade internacional dos direitos humanos, de estatura materialmente constitucional.

Também posicionamos nossas discussões na visão restritiva do STF acerca do bloco de constitucionalidade e no descompasso existente entre o ser e o dever ser do justo processo, revelado pela atividade judiciária em temas importantes para o processamento criminal brasileiro.

Noutro giro, a ausência de debate acerca do controle difuso de convencionalidade nas varas locais e nos tribunais de segundo grau pelo país faz com que as nossas cortes superiores sejam quase que exclusivamente as únicas instituições de disputa pela efetivação dos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos dos quais o Brasil seja parte.

A centralidade da temática dos direitos humanos somente na cúpula do Judiciário, ainda, faz com que a vinculação dos demais magistrados às normas internacionais de direitos humanos dependa da análise de casos concretos perante os tribunais superiores, que tem uma sistemática de acesso à Justiça bem mais rigorosa e lenta do que as demais instâncias.

Tal dificuldade se soma à visão restritiva que esses tribunais dão aos compromissos internacionais firmados pelo Brasil em matéria de direitos humanos, muitas vezes excluídos por aqueles do bloco de constitucionalidade brasileiro e dependentes ainda mais da previsão de suas normas em leis internas, já que sua aplicação parece se dá, na prática, de maneira reflexa, ao revés do discurso da aplicação direta das normas internacionais.

Essa situação, conforme descrevem Maués e Magalhães³⁰, é comum em toda a América Latina. Na Colômbia e na Argentina, as cortes superiores começaram a exercer o

³⁰ MAUÉS, Antonio Moreira; MAGALHÃES, Breno Baía. Apresentação. In: MAUÉS, Antonio Moreira; MAGALHÃES, Breno Baía. (Orgs.). **O controle de convencionalidade na América Latina**: experiências comparadas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. XXI-XXII.

controle de convencionalidade mesmo antes do Caso Almonacid Arellano, indicando que o processo de recepção do direito internacional dos direitos humanos decorreu mais de fatores internos que externos. No México, ao contrário, foi uma sentença da Corte IDH, no Caso Radilla Pacheco, em 2009, que obrigou a Suprema Corte do país a começar a exercer o controle de convencionalidade de suas normas. Em todos eles, no entanto, é a postura adotada pelas cortes superiores que têm sido determinantes no desenvolvimento do controle de convencionalidade, ao invés do controle difuso determinado na CADH para que seja feito por todos os magistrados.

Nesta última seção, portanto, nos responsabilizaremos de esclarecer melhor a temática proposta pelo artigo, a partir da resposta à seguinte questão: Como deve acontecer o controle difuso de convencionalidade em matéria de processo penal?

Cançado Trindade³¹ militava, ainda na década de 90, em edição do *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional*, que, desde a promulgação da atual Constituição, a normativa dos tratados de direitos humanos em que o Brasil é parte tem efetivamente nível constitucional e entendimento contrário requer demonstração. Segundo ele, a tese da equiparação dos tratados de direitos humanos à legislação infraconstitucional representa um retrocesso não acolhido pela Constituição de 1988.

Apesar deste movimento não ter ecoado na jurisprudência da nossa Corte Constitucional, nada impede que o juízes de base e os tribunais adotem as diretrizes internacionais de direitos humanos em suas decisões para casos concretos (controle difuso de convencionalidade), pois obrigam sua observância pelo Brasil, pela cláusula de abertura do art. 5, §2º, da Constituição, e, como visto ao longo de nossa exposição, sendo considerado de nível constitucional ou supralegal, implica na revogação de qualquer norma infraconstitucional com elas conflitante.

Do ponto de vista da aplicação no caso concreto, apesar disso, tem-se uma dificuldade: o que fazer quando houver colisão entre as normas materialmente constitucionais e formalmente constitucionais — quando a proteção de um determinado

³¹ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Memorial em prol de uma nova mentalidade quanto à proteção dos direitos humanos nos planos internacional e nacional. **Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional**, Brasília, n. 113-118, 1998, p. 88-89.

direito no texto de uma Constituição é mais ampla ou mais restrita que a proteção do mesmo direito ao nível transnacional?

Para Luz³², o paradigma a ser adotado quando houver conflito entre uma norma constitucional e a de um tratado internacional de direitos humanos não devem ser os ultrapassados métodos tradicionais, mas o critério hermenêutico *pro homine* e *pro libertatis*, que impõe que seja adotada a interpretação que mais privilegia a pessoa humana e sua liberdade.

Este seria, segundo ela, o mandamento insculpido nos artigos 1º, III, e 4º, II, da Constituição da República, que privilegiam, respectivamente, a dignidade da pessoa humana e a prevalência dos direitos humanos. Mazzuoli³³ ainda acrescenta que o julgador pode, inclusive, aplicar ambas as normas aparentemente antinômicas conjuntamente, cada qual naquilo que tem de melhor à proteção do direito da pessoa.

A autora ainda esclarece, corroborando com o que aqui defendemos, que, no Brasil, o controle da convencionalidade das leis deve ser realizada pelo Poder Judiciário como um todo, sob o fundamento normativo contido no art. 5º, §§2º e 3º, já analisados, arts. 1º, III e 4º, II, citados acima, e arts. 5º, XXXV e 7º dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), todos da Constituição da República³⁴. Estes dois últimos dispositivos apontam para a inafastabilidade da jurisdição e para o anseio do Constituinte de 1988 pela formação de um tribunal internacional de direitos humanos.

Certo é que com a expressa previsão de um bloco de constitucionalidade na Constituição da República, que se daria no art. 5º, §2º, o STF tem embasamento legal para adotar normas materialmente constitucionais como parâmetros de constitucionalidade³⁵,

³² LUZ, Denise Nachtigall. **Controle de convencionalidade do justo processo penal**: a internalização jurisdicional das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos no Brasil. 2018. Tese (Doutorado em Ciências Criminais) – Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2018, p. 68.

³³ LUZ, Denise Nachtigall. **Controle de convencionalidade do justo processo penal**: a internalização jurisdicional das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos no Brasil. 2018. Tese (Doutorado em Ciências Criminais) – Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2018, p. 30.

³⁴ *Op. cit.*, p. 73.

³⁵ Outros pesquisadores também apontam para o potencial dessa afirmação, ao revés da jurisprudência atual da Corte. Para uma visão mais ampla dessa discussão, cf. Lopes (*In*: Bloco de constitucionalidade e princípios constitucionais: desafios do poder judiciário. **Revista Sequencia** Florianópolis, n. 59, p. 43-60, dez. 2009, p. 4) e Lopes e Chehab (*In*: Bloco de constitucionalidade e controle de convencionalidade: reforçando a proteção dos

solução que aqui insistimos em defender, no que seria considerado o controle concentrado de convencionalidade.

Ademais, quaisquer justificativas que os tribunais brasileiros deem para não realizar efetivamente o controle de convencionalidade de suas leis são absolutamente ineficazes à luz do Direito Internacional dos Direitos Humanos³⁶, em vista do *locus* de exigência diferenciado que possuem os direitos humanos (exigibilidade internacional) e do sistema de petições individuais adotado por diversos tratados e convenções dos quais o Brasil é parte, a exemplo do recebimento de denúncias pela CIDH.

Sobre o assunto, inclusive, Piovesan³⁷ entende que a democratização no acesso à justiça internacional, mediante a ampliação da capacidade processual do indivíduo nos sistemas global e regional de proteção, ajudará na maior fiscalização dos Estados violadores de direitos humanos, que muitas vezes passam despercebidos frente à tímida *justicialização* atual dos direitos humanos e da necessidade urgente de consolidação do indivíduo como verdadeira pessoa de direito³⁸ no campo internacional.

No que diz respeito à observância obrigatória dos julgados da Corte IDH, que, como vimos ao longo do trabalho, tem a competência para dar a última interpretação sobre a CADH, também há que se falar na existência de um controle de convencionalidade interno, sob os mesmos fundamentos apontados por Luz³⁹ anteriormente, devendo ser feito também pelo Poder Judiciário de todos os níveis, pois tem a possibilidade de aplicar diretamente as normas da Convenção, seus protocolos adicionais e demais tratados internacionais de direitos humanos em matéria processual penal.

direitos humanos no Brasil. **Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo, v. 12, n. 2, p. 82-94, jul./dez. 2016, p. 90-91).

³⁶ PIOVESAN, Flávia; FACHIN, Melina Giradi; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 46.

³⁷ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e justiça internacional**: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano. Prefácio de Celso Lafer. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 129.

³⁸ Sobre o assunto, inclusive, também cf. ALVES, Felipe Laurêncio de Freitas; JESUS, Thiago Allisson Cardoso de. Linguagem (não) estigmatizante em julgados no Judiciário Brasileiro. **Revista Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, *Ahead of print*, 2021, p. 9-12.

³⁹ LUZ, Denise Nachtigall. **Controle de convencionalidade do justo processo penal**: a internalização jurisdicional das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos no Brasil. 2018. Tese (Doutorado em Ciências Criminais) – Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2018, p. 78.

Além disso, como exorta Piovesan⁴⁰, o Sistema de Justiça brasileiro precisa avançar na interação entre as esferas internacional e local, mediante o fortalecimento do controle da convencionalidade, bem como do diálogo entre jurisdições, ou seja, da troca de experiência entre as jurisdições.

Nesse ponto, faz-se importante vencer a visão restritiva que impera atualmente de que a interpretação dada pelas Cortes e demais organismos internacionais seriam simples direcionamentos interpretativos, sem qualquer força vinculante ou mesmo de persuasão.

Acréscita Lopes⁴¹ que, no caso latino-americano, tem-se a diversidade como mais um fator a se considerar na consolidação do *ius commune* regional, pelo que sempre defendeu processos dialógicos, como o diálogo entre as fontes (normas nacionais e internacionais) e o diálogo entre a Corte IDH e as cortes nacionais (entre estas e aquela, e vice-versa)⁴².

Ainda, não se pode olvidar que o Estado Brasileiro faz parte de uma ordem global e regional de direitos humanos e que, por isso, precisa se adequar aos compromissos que firma internacionalmente, principalmente o de não retrocessão (*efecto cliquet* das normas internacionais). Até porque o processo de universalização dos direitos humanos, em si, traz naturalmente a criação de uma sistemática internacional de monitoramento e controle (*international accountability*) tanto pelos organismos internacionais quanto pelos próprios Estados-parte⁴³.

Por fim, como não há, como já dissemos, nenhuma ação específica para esse tipo de

⁴⁰ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 14. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 14.

⁴¹ LOPES, Ana Maria D'Ávila. *Ius commune: entre o pluralismo jurisdicional dialógico e a adoção de normas alternativas*. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 11, n. 2. p. 916-934, 2021, p. 931.

⁴² A autora, no entanto, acredita a imposição do controle de convencionalidade, revela uma postura hierarquizante da Corte IDH, especialmente a partir focado numa proposta homogeneizante da compreensão jurídica dos direitos humanos e que não contribui para o processo de integração multicultural, motivo pelo qual se posiciona ao lado da necessidade de uma taxonomia de normas alternativas, como proposto pelo jurista chileno proposta do jurista chileno Andrade Moreno, que possa garantir o respeito à diversidade dos valores constitucionais dos Estados latino-americanos sem fragilizar a proteção à dignidade humana. Sobre o assunto, cf. Lopes (*In: Ius commune: entre o pluralismo jurisdicional dialógico e a adoção de normas alternativas*. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 11, n. 2. p. 916-934, 2021, p. 918-931) e Lopes e Santos Junior (*In: Controle de convencionalidade e margem de apreciação nacional: (in)compatibilidade no sistema interamericano de direitos humanos*. **Revista Direito Público**, Porto Alegre, v. 14, n. 81, 2018, p. 35-54, maio/jun. 2018, p. 51-52).

⁴³ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 14. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 147.

controle em nosso ordenamento, a compatibilização entre as normas nacionais e internacionais de direitos humanos, no caso concreto, deve se dar na atividade ordinária do juiz de proferir suas decisões, em sede de instrução processual, na sentença, ou na via recursal.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Durante a pesquisa, buscamos responder qual o cenário do controle de convencionalidade no Judiciário Brasileiro.

Procurávamos entender se as garantias processuais penais constantes da CADH e demais acordos e convenções internacionais de direitos humanos seriam apenas um guia de atividade legislativa e judiciária ou se estas seriam normas que possuem eficácia e aplicabilidade imediatas no ordenamento jurídico interno.

Nessa linha, objetivamos analisar a efetivação de garantias processuais penais, oriundas do plano internacional humanitário, a partir dos movimentos pela internalização dos acordos internacionais de direitos humanos no Brasil, considerando os fundamentos, os dilemas e as perspectivas do contexto brasileiro Pós-1988 de construção do devido processo penal.

Do que vimos, não restam dúvidas de que os tratados e convenções internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil têm índole e nível constitucionais, além de aplicação imediata, não podendo ser revogados por lei ordinária posterior, o que implica a revogação das normas infraconstitucionais com eles conflitante.

Ratificamos que o paradigma a ser adotado quando houver conflito entre uma norma constitucional e a de um tratado internacional de direitos humanos devem ser os critérios *pro homine* (em favor da pessoa humana) e *pro libertate* (em favor da liberdade).

Essas duas regras impõem que seja adotada a interpretação normativa que mais privilegia a pessoa humana e sua liberdade, podendo o julgador, inclusive, aplicar ambas as normas aparentemente antinômicas conjuntamente, cada qual naquilo que tem de melhor à proteção do direito da pessoa.

Noutra banda, é tarefa do Poder Judiciário de todas as instâncias promover a adequação de suas decisões aos *standards* de proteção dos direitos e garantias processuais penais aos quais o Brasil se comprometeu a cumprir.

Tal atividade interpretativa, por fim, deve se dar por meio dos controles concentrado e difuso de convencionalidade, utilizando-se dos meios já existentes em nosso ordenamento jurídico, como as ações do controle concentrado de constitucionalidade, as ações autônomas de impugnação, a instrução criminal, a sentença, os recursos, etc.

Apesar de tudo o que defendemos, no Brasil, os movimentos de internacionalização do processo penal e de efetivação do devido processo penal têm esbarrado em posições mais conservadoras do Judiciário e de descompassos entre o direito dos livros (*the law in the books*) e o direito colocado em prática (*the law in action*), no que diz respeito à proteção das garantias processuais penais internacionalmente tuteladas, exigindo-se a atuação proativa do jurista e das instituições no fortalecimento dos mecanismos de controle.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges; SCAVUZZI, Maira Bianca; FERNANDES, Ricardo Yamin. Controle de convencionalidade e direitos fundamentais. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 268, p. 569-584, jun. 2017.

ALVES, Felipe Laurêncio de Freitas; JESUS, Thiago Allisson Cardoso de. Linguagem (não) estigmatizante em julgados no Judiciário Brasileiro. **Revista Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, Ahead of print, 2021. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/53792>. Acesso em: 1 ago. 2021.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2016.

BRASIL. **Código de Processo Penal**. 3. ed. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2020a.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Seção). **Habeas Corpus 379269/MS**. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, 24 de maio de 2017. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/474450253/habeas-corpus-hc-379269-ms-2016-0303542-3>. Acesso em: 10 nov. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). **Recurso Especial 1640084/SP**. Relator: Ministro Ribeiro Dantas, 15 de dezembro de 2016. Disponível em:

<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/424970279/recurso-especial-resp-1640084-sp-2016-0032106-0>. Acesso em: 10 nov. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). Habeas Corpus 141949 /DF. Relator: Ministro Gilmar Mendes, 13 de março de 2018. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/768146913/habeas-corpus-hc-141949-df-distrito-federal-0002875-5820171000000>. Acesso em: 10 nov. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). **Habeas Corpus 178527/RS**. Relator: Ministro Celso de Mello, 10 de outubro de 2020b. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur434609/false>. Acesso em: 28 dez. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). **Habeas Corpus 185051/SC**. Relator: Ministro Celso de Mello, 10 de outubro de 2020c. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur434615/false>. Acesso em: 28 dez. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6299/DF**. Relator: Ministro Luiz Fux, 22 de janeiro de 2020d. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho1059892/false>. Acesso em: 26 dez. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 466343/SP**. Relator: Ministro Cezar Peluso, 5 de junho de 2009. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur323/false>. Acesso em: 22 fev. 2020.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999.

CIDH. Informe sobre la Incompatibilidad entre las leyes de desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. **OEA/Ser.L/V/II.88**, Whashington, 17 fev. 1995. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/a12042.pdf>. Acesso em: 9 nov. 2021.

Corte IDH. **Caso Herrera Ulloa v. Costa Rica**. São José, 2 jul. 2004. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_107_esp.pdf. Acesso em: 10 nov. 2021.

Corte IDH. **Caso Ricardo Canese v. Paraguai**. São José, 31 ago. 2004. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_111_por.pdf. Acesso em: 10 nov. 2021.

DELMAS-MARTY, Mireille. Ordering pluralism. **Max Weber Lecture n. 2009/06**, Florença, 2009. Disponível em: https://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/14274/MWP_LS_2009_06.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 23 fev. 2020.

FAVARIN, Ana Paula Schmidt. **O controle de convencionalidade no processo penal como condição de possibilidade para um maior diálogo com os direitos humanos**. 2017. Dissertação (Mestrado em Direitos Humanos) – Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul, Ijuí, 2017. Disponível em:

<https://bibliodigital.unijui.edu.br:8443/xmlui/handle/123456789/6264>. Acesso em: 13 nov. 2021.

GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. São Paulo: Atlas, 2016.

GUERRA, Sidney. Controle de convencionalidade. **Revista Jurídica – UNICURITIBA, Curitiba**, v. 1, n. 46, p. 1-21, 2017, p. 6. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/1994>. Acesso em: 8 nov. 2021.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

LEGALE, Siddharta. Neoconstitucionalismo internacionalizado e internacionalização do direito: o engajamento tardio do direito constitucional do Brasil na esfera internacional. In: TIRBURCIO, Carmen (Org.). **Direito internacional**: coleção 80 anos da UERJ. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2015, p. 543-570.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

LOPES, Ana Maria D'Ávila. Bloco de constitucionalidade e princípios constitucionais: desafios do poder judiciário. **Revista Seqüência**, Florianópolis, n. 59, p. 43-60, dez. 2009. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/viewFile/14145/13589>. Acesso em: 22 fev. 2020.

LOPES, Ana Maria D'Ávila. Ius commune: entre o pluralismo jurisdicional dialógico e a adoção de normas alternativas. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 11, n. 2, p. 916-934, 2021. Disponível em: <https://www.arqcom.uniceub.br/RBPP/article/view/7858>. Acesso em: 12 nov. 2021.

LOPES, Ana Maria D'Ávila; CHEHAB, Isabelle Maria Campos Vasconcelos. Bloco de constitucionalidade e controle de convencionalidade: reforçando a proteção dos direitos humanos no Brasil. **Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo, v. 12, n. 2, p. 82-94, jul./dez. 2016. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5776417>. Acesso em: 12 nov. 2021.

LOPES, Ana Maria D'Ávila; SANTOS JUNIOR; Luis Haroldo Pereira dos. Controle de convencionalidade e margem de apreciação nacional: (in)compatibilidade no sistema interamericano de direitos humanos. **Revista Direito Público**, Porto Alegre, v. 14, n. 81, 2018, p. 35-54, maio/jun. 2018. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/2866>. Acesso em: 12 nov. 2021.

LUZ, Denise Nachtigall. **Controle de convencionalidade do justo processo penal**: a internalização jurisdicional das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos no Brasil. 2018. Tese (Doutorado em Ciências Criminais) – Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2018.

MADEIRA, Lúcia Mori. Compliance: a (rara) aplicação de instrumentos internacionais de proteção a direitos humanos pelos tribunais intermediários no Brasil. **Revista Brasileira de Ciência Política**, Brasília, n. 21, p. 45-76, set./dez. 2016. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rbcpol/a/fQMxYswC9bxrbPNTmTqX78R>. Acesso em: 9 nov. 2021.

MAUÉS, Antonio Moreira; MAGALHÃES, Breno Baía. Apresentação. In: MAUÉS, Antonio Moreira; MAGALHÃES, Breno Baía. (Orgs.). **O controle de convencionalidade na América Latina: experiências comparadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **O controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. 2. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano**. Prefácio de Celso Lafer. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 14. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

PIOVESAN, Flávia; FACHIN, Melina Giradi; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **O que é isto - as garantias processuais penais?**. 2. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Memorial em prol de uma nova mentalidade quanto à proteção dos direitos humanos nos planos internacional e nacional. **Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional**, Brasília, n. 113-118, 1998. Disponível em: <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/download/1122/1055>. Acesso em: 22 fev. 2020.