

**AVANÇOS E
RETROCESSOS SOBRE
O CONTROLE DE
CONVENCIONALIDADE
DE NA ORDEM
JURÍDICA
BRASILEIRA: UMA
ANÁLISE DO
POSICIONAMENTO
DO SUPERIOR
TRIBUNAL DE
JUSTIÇA**
SIDNEY GUERRA¹

RESUMO: , o presente artigo se propõe a apresentar algumas questões do Controle de Convencionalidade no plano interno para na sequência analisar o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça sobre a matéria em dois recentes casos

PALAVRA-CHAVE: Controle de Convencionalidade, Superior Tribunal de Justiça, Brasil

ABSTRACT: This paper broaches the conventionality control in the Brazilian High Court of Justice in recente caselaw.

KEYWORD: Conventionalitu controle, High Court of Justicer

1. INTRODUÇÃO

O direito internacional contemporâneo já não tem apenas a função clássica de regular as relações entre os Estados soberanos, mas procura atuar no desenvolvimento da sociedade internacional, que contempla vários novos atores, inclusive com a própria inserção do indivíduo no campo internacional.

Não por acaso é que nos dias atuais há um grande envolvimento da ordem jurídica internacional e a interna¹, de modo que tem-se utilizado bastante normas e atos provenientes do sistema jurídico internacional.

¹ Pós-Doutor pelo Centro de Estudos Sociais da Universidade de Coimbra; Pós-Doutor pelo Programa Avançado em Cultura Contemporânea da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Doutor e Mestre em Direito. Professor Associado da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Professor

Titular da Universidade do Grande Rio e Professor Adjunto da Faculdade Presbiteriana Mackenzie Rio. Presidente do Instituto Brasileiro Pacificador (IBP). Advogado. Contato: sidneyguerra@terra.com.br

¹ RIDRUEJO, Jose A. Pastor. *Curso de derecho internacional público y organizaciones*

O controle de convencionalidade² aplicado no plano interno serve como instrumento para garantir aplicação mais qualificada não só das normas jurídicas e demais espécies normativas produzidas no sistema doméstico, mas também das decisões emanadas de tribunais internacionais de direitos humanos.

Este tipo de controle vem sendo utilizado no Brasil, de maneira ainda muito tímida, mas que tem sido propagado por vários estudiosos³, ensejando uma mudança gradativa na análise, principalmente dos tribunais, sobre os tratados de direitos humanos que a República Federativa do Brasil seja parte.

Neste sentido, o presente artigo se propõe a apresentar algumas questões do Controle de Convencionalidade no plano interno para na sequência analisar o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça sobre a matéria em dois recentes casos.

2. O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE NO PLANO INTERNO

O controle de convencionalidade em sede nacional⁴ ocorre quando aplica-se a Convenção Americana de Direitos Humanos ou normas de direitos humanos incluídas em tratados internacionais ao bloco de constitucionalidade ao invés de utilizar o direito interno, mediante um exame de confrontação normativo (material) em um caso concreto e elabora uma sentença judicial que proteja os direitos da pessoa humana. Neste caso, corresponde ao

internacionales. 10. ed. Madrid: Tecnos, 2006, p. 166: “El derecho internacional contemporáneo ya no tiene únicamente la función clásica de regular las relaciones entre Estados y distribuir las competencias entre ellos, sino que, tiende además al desarrollo de los pueblos e individuos, lo cual exige una cooperación em muchas materias que antes asumían exclusivamente los Estados y se regulaban por los derechos internos. Ya dijimos en este orden de ideas que la interdependência inherente a la civilización comporta un aumento progresivo del contenido del derecho internacional a costa del de los derechos internos.”

² A propósito, vide GUERRA, Sidney. *O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o controle de convencionalidade*. São Paulo: Atlas, 2013.

³ A exemplo de Sidney Guerra, Valério Mazzuoli, Thiago Oliveira e outros

⁴ La Corte IDH ha puesto de relieve la importancia de la realización del control de convencionalidad en el ámbito interno para evitar que los Estados incurran en responsabilidad internacional, considerando que ellos son los primeros llamados a cumplir con la labor de protección de los derechos humanos. En este sentido, la Corte IDH ha destacado la subsidiariedad del sistema internacional (en lo contencioso) y ha dado cuenta de la progresiva incorporación del control por parte de la jurisprudencia constitucional comparada. Disponível em <http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/controlconvencionalidad8.pdf>

controle de caráter difuso, em que cada juiz aplica este controle de acordo com o caso concreto que será analisado.⁵

Isso se dá na esfera interna (controle de convencionalidade)⁶ por intermédio da atuação dos tribunais e juízes internos que terão a competência de aplicar a Convenção em detrimento da legislação interna, em um caso concreto, a fim de proteger direitos mais benéficos à pessoa humana.

⁵ *Ib idem*, p. 47: “Se trata de un examen de confrontación normativo (material) del derecho interno con la norma internacional, alrededor de unos hechos – acción u omisión – internacionalmente ilícitos. La confrontación es una técnica jurídica que se denomina control y tiene por objeto asegurar y hacer efectiva la supremacía de la Convención Americana. En otros términos, preservar la prioridad y primacía del derecho internacional, respecto del derecho interno, incluida en este la propia Constitución del Estado.”

⁶ A nivel de los ordenamientos jurídicos nacionales, la Constitución de México establece que se incorporarán las normas de derechos humanos incluidas en tratados internacionales al bloque de constitucionalidad, otorgándoles jerarquía constitucional a las normas de Derechos Humanos incluidas en tratados internacionales (artículo 1). En la resolución del expediente Varios 912/2010 emitida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación para determinar el trámite a la sentencia emitida por la Corte IDH en el caso Radilla Pacheco Vs. México, aquella determinó la obligación *ex officio* para los jueces mexicanos, quienes deberán fundar y motivar sus resoluciones, considerando tratados internacionales y asimismo, ordenó la transición a un sistema de control constitucional difuso, que incorporó a la justicia ordinaria a la dinámica de protección de derechos humanos definidos en los instrumentos internacionales. En dicha Resolución se señaló que los jueces no pueden hacer una declaración general sobre la invalidez o expulsar del orden jurídico las normas que consideren contrarias a los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los tratados; no obstante, están obligados a dejar de aplicar estas normas inferiores, dando preferencia a los contenidos de la Constitución y de los tratados en esta materia. Asimismo se observan importantes desarrollos jurisprudenciales al respecto en otros países de la región. En el caso de Colombia, el artículo 94 de la Constitución Política da sustento al control de convencionalidad. En la Sentencia C-010/00 emitida el 19 de enero de 2000 por la Corte Constitucional, el Tribunal determinó que los derechos y deberes constitucionales deben interpretarse “de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”, derivándose “que la jurisprudencia de las instancias internacionales, encargadas de interpretar esos tratados, constituye un criterio hermenéutico relevante para establecer el sentido de las normas constitucionales sobre derechos fundamentales”. Disponível em https://www.wcl.american.edu/humright/hracademy/mcourt/registration/documents/2012__bench__memorandum.es.pdf?rd=1

Indubitavelmente se por um lado os juízes de primeiro grau e os tribunais estão submetidos ao império da lei estatal⁷, por outro também não se pode olvidar que um tratado internacional quando ratificado pelo Estado é incorporado à ordem jurídica interna.⁸

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

⁷ CANTOR, Ernesto Rey. *Control de conveniconalidad de las leyes y derechos humanos*. México, D.F.: Porruá, 2008, p. 48 “La Corte es conciente que lós jueces y tribunales internos están sujetos al império de la ley, y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado há ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, ló que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leys contrarias a su objeto y fin, y desde um inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una espécie de Control de Convencionalidad entre las normas jurídicas internas que aplican em lós casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos.”

⁸ Vide a propósito o caso República Federativa do Brasil x Gomes Lund (Guerrilha do Araguaia) onde destaca-se duas passagens da sentença datada de 24 de novembro de 2010: “176. Este Tribunal estabeleceu em sua jurisprudência que é consciente de que as autoridades internas estão sujeitas ao império da lei e, por esse motivo, estão obrigadas a aplicar as disposições vigentes no ordenamento jurídico. No entanto, quando um Estado é Parte de um tratado internacional, como a Convenção Americana, todos os seus órgãos, inclusive seus juízes, também estão submetidos àquele, o que os obriga a zelar para que os efeitos das disposições da Convenção não se vejam enfraquecidos pela aplicação de normas contrárias a seu objeto e finalidade, e que desde o início carecem de efeitos jurídicos. O Poder Judiciário, nesse sentido, está internacionalmente obrigado a exercer um “controle de convencionalidade” *ex officio* entre as normas internas e a Convenção Americana, evidentemente no marco de suas respectivas competências e das regulamentações processuais correspondentes. Nessa tarefa, o Poder Judiciário deve levar em conta não somente o tratado, mas também a interpretação que a ele conferiu a Corte Interamericana, intérprete última da Convenção Americana. 177. No presente caso, o Tribunal observa que não foi exercido o controle de convencionalidade pelas autoridades jurisdicionais do Estado e que, pelo contrário, a decisão do Supremo Tribunal Federal confirmou a validade da interpretação da Lei de Anistia, sem considerar as obrigações internacionais do Brasil derivadas do Direito Internacional, particularmente aquelas estabelecidas nos artigos 8 e 25 da Convenção Americana, em relação com os artigos 1.1 e 2 do mesmo instrumento. O Tribunal estima oportuno recordar que a obrigação de cumprir as obrigações internacionais voluntariamente contraídas corresponde a um princípio básico do direito sobre a responsabilidade internacional dos Estados, respaldado pela jurisprudência internacional e nacional, segundo o qual aqueles devem acatar suas obrigações convencionais internacionais de boa-fé (*pacta sunt servanda*). Como já salientou esta Corte e conforme dispõe o artigo 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969, os Estados não podem, por razões de ordem interna, descumprir obrigações internacionais. As obrigações convencionais dos Estados Parte vinculam todos seus poderes e órgãos, os quais devem garantir o cumprimento das disposições convencionais e seus efeitos próprios (*effet utile*) no plano de seu direito interno⁸”. (grifei). Disponível em http://www.corteidh.or.cr/pais.cfm?id_Pais=7. Acesso em 10/04/2017

Como assinalado em outra oportunidade⁹, para a celebração dos tratados internacionais devem ser observadas algumas fases em seu processo de elaboração: negociação, elaboração do texto, assinatura, ratificação, promulgação, publicação e registro. Não tendo aqui a pretensão de retomar a discussão, mas apenas de enfatizar a importância da ratificação quanto as etapas para elaboração dos tratados internacionais, imperioso destacar que ela (ratificação) torna o tratado obrigatório internacionalmente por se tratar de ato pelo qual a autoridade nacional competente informa às autoridades correspondentes dos Estados cujos plenipotenciários concluíram, com os seus, um projeto de tratado, a aprovação que dá a este projeto e o que faz doravante um tratado obrigatório para o estado que esta autoridade encarna nas relações internacionais.¹⁰

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

“os direitos humanos constitui a meta da sociedade internacional e da cultura jurídica contemporâneas e que sua implementação prática, pelos diversos Estados que ratificam seus instrumentos de proteção, ainda carece de maior efetividade, notadamente no que tange às soluções das antinomias que decorrem das incompatibilidades da ordem jurídica interna com os mandamentos convencionais (tanto do sistema global, como dos sistemas regionais) de que o Estado é parte.”¹¹

A melhor solução jurídica para atender a este desafio, segundo ele¹², foi proposta por Lima Marques que se baseia no diálogo das fontes, cujos alicerces encontram-se nos estudos

⁹ GUERRA, Sidney. *Curso de direito internacional público*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, cap. III.

¹⁰ Idem.

¹¹ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Tratados internacionais de direitos humanos e direito interno*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 20.

¹² Idem, p. 106: “O que se pretende frisar aqui é que os direitos humanos encontram proteção de diversos contextos (sistemas de proteção) e em diversos instrumentos (mecanismos de proteção). Portanto, os direitos humanos, na pós-modernidade, têm proteção plural. E onde há pluralidade há conflitos. Assim, a existência dessa diversidade de fontes normativas está a requerer soluções para os conflitos advindos das suas relações entre si. A proposta de Erik Jayme é no sentido de que as fontes do direito devam ser coordenadas, ao invés de se optar por uma em detrimento de outra. Tal concepção se aplica perfeitamente aos tratados internacionais de direitos humanos, os quais já contêm cláusulas de comunicação de normas mais protetoras, garantindo a aplicação da norma mais benéfica ao ser humano, em atenção ao princípio internacional *pro homine*.”

de Erik Jayme. Trata-se de coordenar a incidência de normas que possibilitem ao juiz aplicar, no caso concreto, a solução jurídica mais favorável à pessoa humana. Em verdade este estudo não é novo; ao contrário, a doutrina e a jurisprudência nacional adotou este entendimento em várias circunstâncias. Neste sentido, vale trazer à colação o magistério de Trindade que advertiu que:

“no presente domínio de proteção, não mais há pretensão de primazia do direito internacional ou do direito interno, como ocorria na polêmica clássica e superada entre monistas e dualistas. No presente contexto, a primazia é da norma mais favorável às vítimas, que melhor as proteja, seja ela norma de direito internacional ou de direito interno. Este e aquela interagem em benefício dos seres protegidos.”¹³

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

¹³ Em se tratando do sistema americano de proteção dos direitos humanos, TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*. Porto Alegre, Sérgio Fabris, 1997, p. 434 e 435 afirma: “Na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, que proíbe a interpretação de qualquer de suas disposições no sentido de limitar o gozo e exercício de quaisquer direitos que possam ser reconhecidos de acordo com as leis de qualquer dos Estados partes ou de acordo com outra convenção em que seja Parte um dos referidos Estados (artigo 29 b); proíbe, ademais, a interpretação de qualquer de suas disposições no sentido de excluir ou limitar o efeito que possam produzir a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e outros atos internacionais da mesma natureza (artigo 29 d). Da mesma forma, o Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Protocolo de San Salvador) determina que não poderá restringir ou limitar qualquer dos direitos reconhecidos ou vigentes em um Estado em virtude de sua legislação interna ou de convenções internacionais, sob pretexto de que este Protocolo não os reconhece ou os reconhece em menor grau.”

Impende assinalar que o entendimento relativo ao diálogo das fontes serve para aclarar aspectos relativos ao controle de convencionalidade.¹⁴ Neste sentido, Mazzuoli¹⁵ assevera que o conceito de diálogo das fontes é a peça-chave para o controle de convencionalidade e sustenta que há duas formas de coordenar normas internacionais com legislação interna: por intermédio dos diálogos horizontais e também por diálogos verticais entre as fontes.

Em linhas gerais¹⁶, os diálogos horizontais são aqueles em que o direito internacional dos direitos humanos e o direito interno brasileiro guardam relação de complementaridade ou de integração. Assim, há a possibilidade de uma norma internacional apresentar princípios muito semelhantes com uma norma interna, podendo haver, neste caso, uma complementaridade entre elas. Ou seja, ao aplicá-las em um determinado caso concreto, há possibilidade de coordená-las de acordo com o interesse mais favorável à pessoa humana, sem haver necessidade de escolher uma norma em detrimento da outra. Também há casos em que os diálogos horizontais possibilitarão a supressão de lacunas no direito interno, evocando-se uma norma internacional a fim de garantir a tutela de um direito não regulamentado por lei interna, passando a integrá-la.¹⁷

No caso dos chamados diálogos verticais, evidencia-se que são mais complexos por haver uma aparente rivalidade entre a norma internacional e a norma interna. Seja porque o ordenamento interno é omissivo na tutela de um determinado direito consagrado em norma

¹⁴ CANTOR, Ernesto Rey, op. cit., p. 161: "(...) Es aquí donde el operador jurídico y, em especial, el juez nacional adquiere cierto protagonismo como juez internacional de derechos humanos, es decir, que el juez ordinario actúa como juez internacional al aplicar el tratado, porque activa el Control de Convencionalidad em sede interna. (...) este es el Control de Convencionalidad en sede interna con los siguientes alcances. Es una especie de Control de Convencionalidad difuso, porque cualquier juez podrá acudir a esta forma de control, por ser el juez llamado a aplicar o inaplicar la ley, en el caso concreto. La inaplicación de la ley interna que efectúa el juez, por mérito de una providencia judicial, produce efectos interpartes, esto es, solo entre las partes que intervienen em el caso concreto."

¹⁵ Vide MAZZUOLI, Valério de Oliveira, op. cit., p. 129: "(...) modelo para as soluções das antinomias entre o Direito Internacional dos Direitos Humanos e o direito interno brasileiro, afastando os métodos tradicionalmente utilizados, quando em cena um direito humano fundamental ou um direito internacionalmente reconhecido. (...) o estudo desse novo método de solução de antinomias levará também à teoria do controle de convencionalidade das normas de direito interno."

¹⁶ Idem, p. 154

¹⁷ Ib idem, p. 154 e 155: "Os diálogos horizontais podem se dar de duas maneiras: a) quando a norma de direito constitucional é mera repetição de um direito que já vem expresso em tratado internacional, caso em que, inegavelmente, o valor extrínseco da norma convencional será o de norma materialmente constitucional, possuindo o poder de revogar todas as disposições internas em contrário; ou b) quando a norma internacional vem a suprir lacunas existentes tanto na Constituição como em leis infraconstitucionais. O primeiro caso denomina-se diálogo de complementaridade e o segundo, diálogo de integração."

internacional ou porque tal ordenamento proíbe expressamente a tutela de um direito garantido na legislação alienígena. Nos casos em que a legislação interna é omissa na tutela de algum direito, o diálogo de verticalidade promoverá a inserção da norma internacional para compor nosso ordenamento jurídico, garantindo o cumprimento dos compromissos estabelecidos no tratado ratificado pelo país. Quando o direito interno dispõe de norma que viola frontalmente algum preceito normativo presente em tratado internacional ratificado pelo país, não há obrigatoriedade em revogar norma interna em prol da aplicação absoluta da norma internacional.¹⁸

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

Assim, a norma interna de natureza infraconstitucional terá validade se conseguir passar por estes dois dispositivos de controle: o primeiro tem a finalidade de verificar se a lei infraconstitucional é compatível com a Constituição e o segundo serve para averiguar se há violação de direitos consagrados em tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo país.¹⁹

Complementando o asserto²⁰, evidencia-se que o controle de convencionalidade deve ser exercido pelos órgãos da justiça nacional relativamente aos tratados de direitos humanos

¹⁸ *Ib idem*, p. 165: “Os diálogos verticais são aqueles em que se presencia uma conversa mais direta – e, poderíamos dizer, mais agressiva – entre as fontes, a fim de resolver o problema das antinomias. Neste caso, temos também duas situações: a) ou a norma internacional dispõe sobre direito não expressamente consagrado na órbita constitucional, o que irá gerar sua inclusão no rol dos direitos constitucionalmente assegurados; b) a norma internacional entra em choque frontal com uma disposição constitucional, consagrando direito que vem disciplinado de modo diverso pela Constituição. Ao primeiro caso, chama-se diálogo de inserção e ao segundo, diálogo de transigência.

¹⁹ *Ib idem*, p. 208: “A compatibilidade do direito doméstico com os tratados internacionais de direitos humanos em vigor no País faz-se por meio do controle de convencionalidade, que é complementar e coadjuvante (jamais subsidiário) do conhecido controle de constitucionalidade. O controle de convencionalidade tem por finalidade compatibilizar verticalmente as normas domésticas (as espécies leis vigentes no país) com os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Estado em vigor no território nacional.”

²⁰ *Ib idem*, 208 a 210: “O controle de convencionalidade concentrado ou abstrato seria possível quando o confronto normativo se der entre norma interna e tratado de direitos humanos aprovado por rito qualificado previsto no art. 5º, § 3º, da Constituição, uma vez que estes tratados são equiparados a emendas constitucionais.

aos quais o país se encontra vinculado. Trata-se de adaptar ou conformar os atos ou leis internas aos compromissos internacionais assumidos pelo Estado, que criam para estes deveres no plano internacional com reflexos práticos no plano do seu direito interno. Ou seja, não somente os tribunais internacionais devem realizar este tipo de controle, mas também os tribunais internos. O fato de serem os tratados internacionais (notadamente os de direitos humanos) imediatamente aplicáveis no âmbito do direito doméstico garante a legitimidade dos controles de convencionalidade das leis e dos atos normativos do Poder Público.²¹

Este novo status jurídico dado às normas internacionais teve início com a Emenda Constitucional n. 45, de 8 de dezembro de 2004. Para os demais tratados ratificados pelo Brasil (de direitos humanos ou comuns), os tribunais internos deverão aplicar o controle normativo pela via difusa ou concreta.”

²¹ Destaca-se, a propósito, o Caso Masacre de Santo Domingo Vs. Colombia. Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 30 de noviembre de 2012, como se vê:

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

(...)Lo anterior significa que se ha instaurado un control dinámico y complementario de las obligaciones convencionales de los Estados de respetar y garantizar derechos humanos, conjuntamente entre las autoridades internas (primariamente obligadas) y las instancias internacionales (en forma complementaria), de modo que los criterios de decisión puedan ser conformados y adecuados entre sí. Así, la jurisprudencia de la Corte muestra casos en que se retoman decisiones de tribunales internos para fundamentar y conceptualizar la violación de la Convención en el caso específico. En otros casos se ha reconocido que, en forma concordante con las obligaciones internacionales, los órganos, instancias o tribunales internos han adoptado medidas adecuadas para remediar la situación que dio origen al caso; ya han resuelto la violación alegada; han dispuesto reparaciones razonables, o han ejercido un adecuado control de convencionalidad.

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

Assim sendo, evidencia-se que o controle de convencionalidade doméstico consiste numa sindicância de compatibilidade entre o direito estatal e o internacional dos direitos humanos²², que irão trazer vários desdobramentos para a ordem jurídica estatal. Eis o ponto agora a ser abordado, *in casu* o entendimento do Superior Tribunal de Justiça.

3 O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE

Em recente artigo, produzido em parceria com o Prof. Thiago Oliveira Moreira²³, apresentamos a decisão proferida em 15 de dezembro de 2016, pela 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, que ao julgar o Recurso Especial (REsp.) nº 1.640.084-SP, adotou por decisão unânime, o entendimento do Min. Ribeiro Dantas (Relator), no sentido de que o crime de desacato é inconveniente.²⁴

Naquela oportunidade destacamos que a decisão acima referenciada era um exemplo claro de exercício do controle de convencionalidade por parte do Superior Tribunal de Justiça

²² GUERRA, Sidney; MOREIRA, Thiago Oliveira. GUERRA, Sidney; MOREIRA, Thiago Oliveira. Contornos atuais do controle de convencionalidade doméstico. *Los desafíos jurídicos a la gobernanza global: una perspectiva para los próximos siglos*. Brasília: Advocacia-Geral da União, 2017, v. 1, p. 67-77: “Partindo desse conceito básico, torna-se necessário esclarecer algumas questões: primeiro, dito controle possui a natureza de “garantia”, ou seja, trata-se de um instrumento à serviço da proteção dos direitos humanos internacionalmente consagrados; segundo, seu resultado não necessariamente irá definir que uma norma internacional seja prevalente em determinado caso, pois, os direitos fundamentais previstos na ordem jurídica interna, caso eles sejam mais favoráveis a tutela da pessoa humana (princípio pro persona), devem ter primazia. Portanto, o exercício do controle de convencionalidade independe da hierarquia que o Estado atribui as normas internacionais em matéria de direitos humanos; terceiro, quaisquer normas estatais, incluindo as constitucionais e decisões judiciais, estão sujeitas ao controle de convencionalidade doméstico. Desse modo, leis em abstrato e até mesmo omissões legislativas podem ser objeto do citado controle; quarto, o bloco de convencionalidade doméstico é mais amplo que o interamericano, uma vez que composto também pelas normas emanadas do sistema onusiano; quinto, segundo o atual entendimento da Corte IDH (que já mudou inúmeras vezes), compete a todos os órgãos e poderes do Estado exercerem o controle de convencionalidade; sexto e último, já que são breves aspectos, os efeitos da declaração de inconveniente dependem do órgão que a proclamou. Em sede de jurisdição constitucional, haverá invalidação da norma estatal com efeitos erga omnes e ex tunc. Se por outros órgãos dotados de jurisdição, inter partes. Por fim, se realizado por autoridades sem jurisdição (controle fraco), não há que se falar em invalidação, mas sim em interpretação conforme, ou seja, afasta-se somente a interpretação incompatível.”

²³ Idem.

²⁴ Vide também à propósito MOREIRA, Thiago Oliveira. *O Exercício do Controle de Convencionalidade pelo Superior Tribunal de Justiça: uma breve análise do voto do Min. Ribeiro Dantas*. Revista FIDES, 15 ed., v. 8, n. 1. Natal: 2017, pg. 99 – 103.

e do reconhecimento do dever de aplicação qualificada dos tratados internacionais de direitos humanos pelo Judiciário brasileiro.

Ao analisar o caso, evidenciou-se que o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo havia condenado um indivíduo pela prática do delito de desacato (art. 331 do Código Penal). O recorrente alegou que a previsão normativa do crime de desacato na ordem jurídica interna viola o art. 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos e, portanto, o fato seria atípico e o crime não existiria.

O Ministério Público Federal emitiu parecer favorável em relação ao argumento da incompatibilidade do delito de desacato quanto ao art. 13 da referida norma internacional e fundamentou seu entendimento com fulcro em manifestação esposada pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos que consubstancia a prevalência da Convenção Americana de Direitos Humanos em caso de “colisão” com o direito interno e no reconhecimento do status supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos.

Enfatizamos que o Ministro Relator²⁵, para robustecer seu entendimento, que ao final sagrou-se vitorioso, levou em consideração que os artigos iniciais da CADH estabelecem a obrigação de respeitar os direitos, bem como o dever de adotar as disposições de direito interno, destacando que incumbe ao Estado adotar medidas legislativas ou de outra natureza para solucionar eventuais antinomias normativas, além de tornar efetivos os direitos e liberdades consagrados no Sistema Interamericano. Lembrou ainda que o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal reconheceram o caráter supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos, que a hipótese de conflito entre norma interna e a CADH

²⁵ Quinta Turma descriminaliza desacato a autoridade. Disponível em http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/Quinta-Turma-descriminaliza-desacato-a-autoridade: Ao apresentar seu voto, o ministro Ribeiro Dantas destacou que a decisão não invade o controle de constitucionalidade reservado ao STF, já que se trata de adequação de norma legal brasileira a um tratado internacional, o que pode ser feito na análise de um recurso especial, a exemplo do que ocorreu no julgamento da Quinta Turma. “O controle de convencionalidade não se confunde com o controle de constitucionalidade, uma vez que a posição supralegal do tratado de direitos humanos é bastante para superar a lei ou ato normativo interno que lhe for contrária, abrindo ensejo a recurso especial, como, aliás, já fez esta corte superior ao entender pela inconventionalidade da prisão civil do depositário infiel”, explicou Ribeiro Dantas. O ministro lembrou que o objetivo das leis de desacato é dar uma proteção maior aos agentes públicos frente à crítica, em comparação com os demais, algo contrário aos princípios democráticos e igualitários que regem o país. “A criminalização do desacato está na contramão do humanismo, porque ressalta a preponderância do Estado – personificado em seus agentes – sobre o indivíduo”, destacou o ministro. Quinta Turma descriminaliza desacato a autoridade.

acarreta na invalidação do direito estatal e não em sua revogação, constatando-se a compatibilidade vertical entre a norma estatal e o DIDH. Ao passar à análise dos dispositivos em confronto, art. 13 da CADH e art. 331 do CP, o Relator destacou o posicionamento da CIDH, que atesta a prevalência do art. 13 da CADH, notadamente por meio do Relatório sobre a Compatibilidade de Leis de Desacato e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1995), bem como o Caso “Palamara Iribarne”, em que a Corte IDH condenou o Chile, afirmando que a imputação do crime de desacato violou o direito à liberdade de expressão.

Com efeito, embora, a nosso ver, a decisão do Superior Tribunal de Justiça tenha sido proferida de maneira acertada, criando um precedente importante naquele Tribunal Superior, sendo inclusive alvo de comentários elogiosos e objeto de análise em outro estudo²⁶, evidencia-se que a matéria foi novamente submetida ao crivo do referido Tribunal, cujo entendimento foi consignado de maneira diversa, conforme abaixo.

Trata-se de Habeas Corpus nº 379.269 - MS (2016/0303542-3), com pedido liminar, impetrado em favor de Magno Leandro Santos Angelico, contra o Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul, cujo Relator foi o Ministro Reynaldo Soares da Fonseca em que o paciente havia sido denunciado pelos delitos tipificados nos arts. 306 do Código de Trânsito Brasileiro (dirigir veículo automotor sob a influência de álcool) e 330 e 331, ambos do Código Penal (desobediência e desacato).

O Juízo de primeiro grau rejeitou parcialmente a denúncia, sob o fundamento de que o delito de desacato absorveu o crime de desobediência (princípio da consunção). Inconformado, o Ministério Público recorreu e o Tribunal de origem deu provimento ao recurso em sentido estrito, em acórdão assim ementado²⁷.

²⁶ GUERRA, Sidney; MOREIRA, Thiago Oliveira, op. cit.

²⁷RECURSO EM SENTIDO ESTRITO INTERPOSTO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO - DESOBEDEIÊNCIA E DESACATO - APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO NO RECEBIMENTO DA DENÚNCIA - INVIABILIDADE - RECURSO PROVIDO. É inaplicável o princípio da consunção, quando os crimes são autônomos, ou seja, quando um não é obrigatoriamente fase de preparação ou execução do outro. Para a aplicação do referido princípio, a análise deve ser feita entre fatos concretos e não entre normas; pois há a prática de mais de um tipo penal, porém, configura apenas um delito, dessa forma, o momento mais adequado para a aplicação do referido princípio, é o da prolação da sentença, após a instrução processual, pois necessária uma análise aprofundada dos fatos e da autoria, salvo em casos excepcionais. No presente caso, não se verifica, de plano, a existência de um nexo de dependência das condutas ilícitas praticadas pelo recorrido; incabível, portanto, a aplicação do princípio da consunção neste momento. CONTRA O PARECER - RECURSO PROVIDO.

Na oportunidade, em 16 de novembro de 2016, o Ministro relator entendeu que em um juízo de cognição sumária, não seria possível visualizar manifesta ilegalidade no ato impugnado a justificar o deferimento da medida de urgência e somado a outros aspectos, indeferiu a liminar.

Posteriormente, a matéria ao ser submetida ao colegiado da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, o Relator teve novamente a oportunidade de se manifestar, em alentado voto, para ao final decidir²⁸:

“...Em conclusão, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) já se pronunciou no sentido de que a criminalização do desacato contraria a Convenção Americana sobre os Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica).

O Princípio 11 da "Declaração de Princípios sobre a liberdade de expressão" da Comissão Interamericana de Direitos Humanos é de clareza solar. Na colisão entre normas de direito interno e previsões da CADH, as regras de interpretação nela previstas (art. 29) determinam a prevalência da norma do tratado.

O Excelso Pretório já firmou diretriz no sentido de que os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo país e incorporados ao

²⁸ “(...) Não obstante, a 5ª Turma desta Corte Superior, no julgamento do REsp-1.640.084/SP, afastou a tipicidade do crime de desacato, ante sua incompatibilidade com a Convenção Americana de Direitos Humanos. A propósito, foram estes os fundamentos utilizados pelo Relator, Ministro Ribeiro Dantas: O art. 2º, c/c o art. 29, da Convenção Americana de Direitos Humanos prevê a adoção, pelos Estados Partes, de "medidas legislativas ou de outra natureza", visando à solução de antinomias normativas que possam suprimir ou limitar o efetivo exercício de direitos e liberdades fundamentais: "Artigo 1. Obrigação de respeitar os direitos. 1. Os Estados Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social. 2. Para os efeitos desta Convenção, pessoa é todo ser humano. Artigo 2. Dever de adotar disposições de direito interno. Se o exercício dos direitos e liberdades mencionados no artigo 1 ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza, os Estados Partes comprometem-se a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades ." (...) Artigo 29. Normas de interpretação. Nenhuma disposição desta Convenção pode ser interpretada no sentido de: a. permitir a qualquer dos Estados Partes, grupo ou pessoa, suprimir o gozo e exercício dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção ou limitá-los em maior medida do que a nela prevista; b. limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos de acordo com as leis de qualquer dos Estados Partes ou de acordo com outra convenção em que seja parte um dos referidos Estados; c. excluir outros direitos e garantias que são inerentes ao ser humano ou que decorrem da forma democrática representativa de governo; e d. excluir ou limitar o efeito que possam produzir a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e outros atos internacionais da mesma natureza.".

direito interno na forma do artigo 5º, § 2º, da Constituição brasileira, têm natureza supralegal (RE n. 466.343).

Resta, pois, inviabilizada a condenação por desacato com fundamento em norma interna incompatível com Tratado Internacional de Direitos Humanos (norma supralegal), do qual o Brasil é signatário.

Desse modo, embora entendendo as razões práticas dos que pensam em sentido contrário (ordem, respeito à autoridade, etc.), deve-se retirar da ação penal na origem a imputação do crime de desacato, em razão do controle de convencionalidade ora realizado. Com tal decisão, a alegação de consunção fica, a rigor, prejudicada.”

Entretanto, a Terceira Seção, por maioria, não conheceu do habeas corpus, nos termos do voto do Ministro Antonio Saldanha Palheiro²⁹, que lavrou o acórdão, cujo entendimento foi acompanhado pelos Ministros Felix Fischer, Maria Thereza de Assis Moura, Jorge Mussi, Rogerio Schietti Cruz³⁰ e Nefi Cordeiro, sendo vencido o entendimento esposado pelos Ministros Reynaldo Soares da Fonseca e Ribeiro Dantas, que não conheceram o habeas corpus e concederam a ordem de ofício para excluir da ação penal o crime de desacato e determinando o prosseguimento da ação penal, quanto aos delitos previstos nos arts. 306 do C.T.B e 330 do CP, onde colhe-se a Ementa:

²⁹ TERCEIRA Seção define que desacato continua a ser crime. Disponível em http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/Terceira-Se%C3%A7%C3%A3o-define-que-desacato-continua-a-ser-crime. Acesso em 01 de outubro de 2017: “Segundo o Ministro Antonio Saldanha Palheiro, autor do voto vencedor, a tipificação do desacato como crime é uma proteção adicional ao agente público contra possíveis “ofensas sem limites”. Para o magistrado, a figura penal do desacato não prejudica a liberdade de expressão, pois não impede o cidadão de se manifestar, “desde que o faça com civilidade e educação”. O ministro destacou que a responsabilização penal por desacato existe para inibir excessos e constitui uma salvaguarda para os agentes públicos, expostos a todo tipo de ofensa no exercício de suas funções.”

³⁰ Idem: “Com outros fundamentos, o ministro Rogerio Schietti Cruz acompanhou o voto vencedor e disse que a exclusão do desacato como tipo penal não traria benefício concreto para o julgamento dos casos de ofensas dirigidas a agentes públicos. Ele explicou que, com o fim do crime de desacato, as ofensas a agentes públicos passariam a ser tratadas pelos tribunais como injúria, crime para o qual a lei já prevê um acréscimo de pena quando a vítima é servidor público. Schietti lembrou que, apesar da posição da Comissão Interamericana de Direitos Humanos ser contrária à criminalização do desacato, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, órgão que efetivamente julga os casos envolvendo indivíduos e estados, já deixou claro em mais de um julgamento que o direito penal pode responder a eventuais excessos na liberdade de expressão. Acrescentou, por outro lado, que o Poder Judiciário brasileiro deve continuar a repudiar reações arbitrárias eventualmente adotadas por agentes públicos, punindo pelo crime de abuso de autoridade quem, no exercício de sua função, reagir de modo autoritário a críticas e opiniões que não constituam excesso intolerável do direito de livre manifestação do pensamento.”

Habeas corpus nº 379.269 - MS (2016/0303542-3). Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca R.p/Acórdão: Ministro Antonio Saldanha Palheiro. Impetrante: Defensoria Pública do Estado de Mato Grosso do Sul. Advogado: Defensoria Pública do Estado de Mato Grosso do Sul. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul. Paciente: Magno Leandro Santos Angelico. Ementa: Habeas corpus. Recebimento da denúncia. Violação do art. 306 do Código de Trânsito e dos arts. 330 e 331 do Código Penal. Princípio da consunção. Impossibilidade. Manutenção da tipificação do crime de desacato no ordenamento jurídico. Direitos Humanos. Pacto de São José da Costa Rica. Direito à liberdade de expressão que não se revela absoluto. Controle de Convencionalidade. Inexistência de decisão proferida pela corte (idh). Atos expedidos pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos (cidh). Ausência de força vinculante. Teste tripartite. Vetores de hermenêutica dos direitos tutelados na Convenção Americana de Direitos Humanos. Possibilidade de restrição. Preenchimento das condições antevistas no art. 13.2 do Pacto de São José da Costa Rica. Soberania do Estado. Teoria da margem de apreciação nacional (margin of appreciation). Incolumidade do crime de desacato pelo ordenamento jurídico pátrio, nos termos em que entalhado no art. 331 do Código Penal. Inaplicabilidade, *in casu*, do princípio da consunção tão logo quando do recebimento da denúncia. Writ não conhecido.

Com efeito, o entendimento majoritário esposado pelos ilustres Ministros do Superior Tribunal de Justiça, no Acórdão proferido em 24 de maio de 2017, em que pese contemplar vários aspectos relativos ao Sistema Interamericano de proteção dos Direitos Humanos³¹,

³¹ 1. O Brasil é signatário da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), denominada Pacto de São José da Costa Rica, sendo promulgada por intermédio do Decreto n. 678/1992, passando, desde então, a figurar com observância obrigatória e integral do Estado. 2. Quanto à natureza jurídica das regras decorrentes de tratados de direitos humanos, firmou-se o entendimento de que, ao serem incorporadas antes da Emenda Constitucional n. 45/2004, portanto, sem a observância do rito estabelecido pelo art. 5º, § 3º, da CRFB, exprimem status de norma supralegal, o que, a rigor, produz efeito paralisante sobre as demais normas que compõem o ordenamento jurídico, à exceção da Magna Carta. Precedentes. 3. De acordo com o art. 41 do Pacto de São José da Costa Rica, as funções da Comissão Interamericana de Direitos Humanos não ostentam caráter decisório, mas tão somente instrutório ou cooperativo. Desta feita, depreende-se que a CIDH não possui função jurisdicional. 4. A Corte Internacional de Direitos Humanos (IDH), por sua vez, é uma instituição judiciária autônoma cujo objetivo é a aplicação e a interpretação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, possuindo atribuição jurisdicional e consultiva, de acordo com o art. 2º do seu respectivo Estatuto. 5. As deliberações internacionais de direitos humanos decorrentes dos processos de responsabilidade internacional do Estado podem resultar em: recomendação; decisões quase judiciais e decisão judicial. A primeira revela-se ausente de qualquer caráter vinculante, ostentando mero caráter "moral", podendo resultar dos mais diversos órgãos internacionais. Os

apresentou posicionamento retrógrado, quando comparado a recente manifestação produzida naquele mesmo Tribunal Superior.

Nesse sentido, ao analisar o voto do eminente Ministro Antonio Saldanha, Palheiro, relator para o Acórdão, evidencia-se que o mesmo teceu ótimos comentários sobre o Sistema

demais institutos, porém, situam-se no âmbito do controle, propriamente dito, da observância dos direitos humanos. 6. Com efeito, as recomendações expedidas pela CIDH não possuem força vinculante, mas tão somente "poder de embaraço" ou "mobilização da vergonha". 7. Embora a Comissão Interamericana de Direitos Humanos já tenha se pronunciado sobre o tema "leis de desacato", não há precedente da Corte relacionada ao crime de desacato atrelado ao Brasil. 8. Ademais, a Corte Interamericana de Direitos Humanos se posicionou acerca da liberdade de expressão, rechaçando tratar-se de direito absoluto, como demonstrado no Marco Jurídico Interamericano sobre o Direito à Liberdade de Expressão. 9. Teste tripartite. Exige-se o preenchimento cumulativo de específicas condições emanadas do art. 13.2. da CADH, para que se admita eventual restrição do direito à liberdade de expressão. Em se tratando de limitação oriunda da norma penal, soma-se a este rol a estrita observância do princípio da legalidade. 10. Os vetores de hermenêutica dos Direitos tutelados na CADH encontram assento no art. 29 do Pacto de São José da Costa Rica, ao passo que o alcance das restrições se situa no dispositivo subsequente. Sob o prisma de ambos instrumentos de interpretação, não se vislumbra qualquer transgressão do Direito à Liberdade de Expressão pelo teor do art. 331 do Código Penal. 11. Norma que incorpora o preenchimento de todos os requisitos exigidos para que se admita a restrição ao direito de liberdade de expressão, tendo em vista que, além ser objeto de previsão legal com acepção precisa e clara, revela-se essencial, proporcional e idônea a resguardar a moral pública e, por conseguinte, a própria ordem pública. 12. A CIDH e a Corte Interamericana têm perfilhado o entendimento de que o exercício dos direitos humanos deve ser feito em respeito aos demais direitos, de modo que, no processo de harmonização, o Estado desempenha um papel crucial mediante o estabelecimento das responsabilidades ulteriores necessárias para alcançar tal equilíbrio exercendo o juízo de entre a liberdade de expressão manifestada e o direito eventualmente em conflito. 13. Controle de convencionalidade, que, na espécie, revela-se difuso, tendo por finalidade, de acordo com a doutrina, "compatibilizar verticalmente as normas domésticas (as espécies de leis, lato sensu, vigentes no país) com os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Estado e em vigor no território nacional." 14. Para que a produção normativa doméstica possa ter validade e, por conseguinte, eficácia, exige-se uma dupla compatibilidade vertical material. 15. Ainda que existisse decisão da Corte (IDH) sobre a preservação dos direitos humanos, essa circunstância, por si só, não seria suficiente a elidir a deliberação do Brasil acerca da aplicação de eventual julgado no seu âmbito doméstico, tudo isso por força da soberania que é inerente ao Estado. Aplicação da Teoria da Margem de Apreciação Nacional (margin of appreciation). 16. O desacato é especial forma de injúria, caracterizado como uma ofensa à honra e ao prestígio dos órgãos que integram a Administração Pública. Apontamentos da doutrina alienígena. 17. O processo de circunspeção evolutiva da norma penal teve por fim seu efetivo e concreto ajuste à proteção da condição de funcionário público e, por via reflexa, em seu maior espectro, a honra lato sensu da Administração Pública. 18. Preenchimento das condições antevistas no art. 13.2. do Pacto de São José da Costa Rica, de modo a acolher, de forma patente e em sua plenitude, a incolumidade do crime de desacato pelo ordenamento jurídico pátrio, nos termos em que entalhado no art. 331 do Código Penal. 19. Voltando-se às nuances que deram ensejo à impetração, deve ser mantido o acórdão vergastado em sua integralidade, visto que inaplicável o princípio da consunção tão logo quando do recebimento da denúncia, considerando que os delitos apontados foram, primo ictu oculi, violadores de tipos penais distintos e originários de condutas autônomas. 20. Habeas Corpus não conhecido.

Interamericano de proteção dos Direitos Humanos utilizando, inclusive, decisões da Corte e doutrina abalizada sobre o tema³².

Todavia, com a clara convicção de que não seria possível realizar o controle de convencionalidade no crime de desacato no caso apresentado, utiliza, de forma equivocada³³, a compatibilidade vertical material em dissonância com os argumentos seguintes que robusteceram a sua discordância sobre a matéria:

“Nessa toada, atraindo essa conjuntura à situação em concreto, tem-se que o crime de desacato não pode, sob qualquer viés, seja pela ausência de força vinculante às recomendações expedidas pela CIDH, como já explanado, seja pelo viés interpretativo, o que merece especial importância, ter sua tipificação penal afastada.”

Sem embargo, o magistrado ao afirmar que o crime de desacato não pode ser submetido ao controle de convencionalidade, sob qualquer viés, não parece adequado pelos fundamentos ali esposados. O controle de convencionalidade consiste numa sindicância de compatibilidade entre o direito estatal e o internacional dos direitos humanos. Ademais, o

³² A respeito do tema, bem leciona a específica doutrina: "(...) as funções da Comissão Interamericana de Direitos Humanos são quase judiciais. A maior 'punição' consiste na publicação de suas opiniões e conclusões sobre as questões a ela submetidas na forma de relatório (Artigo 51, parágrafo 3º) (...). Ela não prolata sentenças. A função jurisdicional dentro do sistema interamericano cabe, para os Estados que a aceitam, à Corte Interamericana de Direitos Humanos, tratada no Capítulo Oitavo do Pacto de São José." (Alves, J. A. Lindgren. A arquitetura internacional dos Direitos humanos. São Paulo: Ftd, 1997. p. 281/282). A Corte Interamericana de Direitos Humanos, por sua vez, é uma instituição judiciária autônoma cujo objetivo é a aplicação e a interpretação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, possuindo função jurisdicional e consultiva, de acordo com o art. 2º do seu respectivo Estatuto [Aprovado pela resolução AG/RES. 448 (IX-O/79), adotada pela Assembleia Geral da OEA, em seu Nono Período Ordinário de Sessões, realizado em La Paz, Bolívia, outubro de 1979]. Já o art. 68 da CADH prevê que os Estados Partes na Convenção comprometem-se a cumprir a decisão da Corte em todo caso em que forem partes, o que denota de forma patente seu caráter vinculante. Acentue-se que as deliberações internacionais de direitos humanos decorrentes dos processos de responsabilidade internacional do Estado podem resultar em: recomendação; decisões quase judiciais e decisão judicial. A primeira revela-se ausente de qualquer caráter vinculante, ostentando mero caráter "moral", podendo resultar dos mais diversos órgãos internacionais. Os demais institutos, porém, situam-se no âmbito do controle, propriamente dito, da observância dos direitos humanos. Desta feita, a despeito do que fora aduzido no inteiro teor do voto proferido no REsp. 1.640.084/SP, no que encampado pelo Ministro relator do presente writ, certo é que as recomendações não possuem força vinculante, mas tão somente "poder de embaraço" ou "mobilização da vergonha". Como bem assinala André de Carvalho Ramos ao alumiá-lo: "(...) essas deliberações compõem o chamado power of embarraço, que por definição é uma pressão política, já que lhe faltaria a chamada força vinculante. Busca-se, então, a chamada "mobilisation de la honte", para que o Estado violador, sponte propria, repare integralmente a ofensa aos direitos humanos protegidos."

³³ "Noutras palavras, embora a Corte (IDH) já tenha se pronunciado sobre o tema "leis de desacato", consoante se infere do emblemático caso Palamara Iribarne vs. Chile – cujas circunstâncias que balizaram foram significativamente distintas às da presente abordagem –, não há precedente da Corte relacionada ao crime de desacato atrelado ao Brasil."

Ministro enfatiza que “ainda que existisse decisão da Corte (IDH) sobre a preservação dos direitos humanos, essa circunstância, por si só, não seria suficiente a elidir a deliberação do Brasil acerca da aplicação de eventual julgado no seu âmbito doméstico, tudo isso por força da soberania inerente ao Estado.”³⁴(grifei)

Sem embargo, no atual estágio das relações internacionais e com o desenvolvimento dos mecanismos protetivos dos direitos humanos que serviram, inclusive, para estabelecer um novo patamar sobre a própria leitura e compreensão do Direito Internacional, que deixou de dialogar apenas entre Estados, passando a contemplar novos sujeitos internacionais, inserido aí o indivíduo, ter a manifestação de um Ministro do Superior Tribunal de Justiça, de que o Estado brasileiro não poderia ter aplicado na ordem jurídica interna uma entendimento produzido no Sistema internacional em razão da observância da força da soberania, é algo que encontra-se completamente ultrapassado e em desconformidade com o que preconiza a própria Carta Magna de 1988.

Como salientado em diversas oportunidades³⁵, o vasto número de documentos internacionais que foram produzidos sob os auspícios da ONU em matéria de direitos humanos fez com que a dignidade da pessoa humana passasse a se inserir entre os principais interesses da sociedade internacional. Outra consequência relevante da internacionalização desses direitos relaciona-se à soberania dos Estados, cuja noção vai sendo alterada de forma sistemática³⁶, ou seja, os direitos humanos deixam de pertencer à jurisdição doméstica ou ao domínio reservado dos Estados.

Assim sendo, a despeito de toda rica formulação jurídica apresentada pelo eminente Ministro do Superior Tribunal de Justiça sobre o crime de desacato, iniciada com as Ordenações

³⁴ “Nada obstante, ainda que existisse decisão da Corte (IDH) sobre a preservação dos direitos humanos, essa circunstância, por si só, não seria suficiente a elidir a deliberação do Brasil acerca da aplicação de eventual julgado no seu âmbito doméstico, tudo isso por força da soberania inerente ao Estado. Nada obstante, ainda que existisse decisão da Corte (IDH) sobre a preservação dos direitos humanos, essa circunstância, por si só, não seria suficiente a elidir a deliberação do Brasil acerca da aplicação de eventual julgado no seu âmbito doméstico, tudo isso por força da soberania inerente ao Estado.”

³⁵ GUERRA, Sidney. *Direitos humanos: curso elementar*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

³⁶ Em igual sentido, PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Saraiva, 2016: “Os Direitos Humanos se converteram em tema de legítimo interesse internacional, transcendente ao âmbito estritamente doméstico, o que implicou no reexame dos valores da soberania e da autonomia absoluta do Estado. A universalização dos direitos humanos fez com que os Estados consentissem em submeter ao controle da comunidade internacional o que até então era de domínio reservado”.

Filipinas, passando pelo Código Criminal do Império de 1830, Código Penal dos Estados Unidos do Brasil de 1890, até chegar ao Código Penal vigente, o ponto central relaciona-se ao diálogo existente entre o Direito internacional e o Direito interno, que deve levar em conta o princípio *pro personae*, não podendo mais admitir o exercício pleno e absoluto da soberania Estatal.

Lamentavelmente o Superior Tribunal de Justiça, o Tribunal da Cidadania, presta um desserviço à sociedade brasileira ao consagrar a ideia Hegeliana sobre a soberania estatal, em completa dissonância com o que estabelece a ordem constitucional brasileira³⁷.

4. CONCLUSÕES

1. Os Estados ao se tornarem signatários de tratados internacionais de direitos humanos e, neste particular, a Convenção Americana, geram para si um dever, qual seja, o de adequar sua legislação e jurisdição interna para que estas estejam em consonância com as normas externas e com a jurisprudência da Corte Interamericana;

2. O controle de convencionalidade doméstico consiste numa sindicância de compatibilidade entre o direito estatal e o internacional dos direitos humanos;

3. As normas violadoras ou potencialmente violadoras aos direitos humanos devem ser julgadas e estar sujeitas ao crivo do controle de convencionalidade;

4. O Sistema Interamericano de proteção dos direitos humanos que abarca a Comissão e a Corte perfilha o entendimento de que o exercício dos direitos humanos deve ser feito em respeito aos demais direitos, de modo que, no processo de harmonização, o Estado desempenha um papel crucial mediante o estabelecimento das responsabilidades ulteriores necessárias para alcançar o equilíbrio dos direitos em conflito. O controle de convencionalidade

³⁷ CONSTITUIÇÃO da República Federativa do Brasil de 1988: Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado democrático de direito e tem como fundamentos: (...) III - a dignidade da pessoa humana; Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: (...) II - prevalência dos direitos humanos;

Art. 5º. § 2º 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.

tem por finalidade compatibilizar as normas domésticas com os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Estado e que estejam em vigência no território nacional.

5. Diante do caso concreto, o Superior Tribunal de Justiça, em julgamento realizado pela 5ª Turma, no dia 15 de dezembro de 2016, no Recurso Especial (REsp.) nº 1.640.084-SP, adotou por decisão unânime, o entendimento do Min. Ribeiro Dantas (Relator), no sentido de que o crime de desacato é inconveniente.

6. Em 24 de maio de 2017, o Superior Tribunal de Justiça por intermédio de sua Terceira Seção, não conheceu do habeas corpus, nos termos do voto do Ministro Antonio Saldanha Palheiro, que lavrou o acórdão, concedeu a ordem de ofício para excluir da ação penal o crime de desacato e determinou o prosseguimento da ação penal, quanto aos delitos previstos nos arts. 306 do C.T.B e 330 do CP.

7. Invocar a soberania estatal para adotar posicionamento que não leva em consideração o atual estágio da proteção dos Direitos humanos, seja em razão das regras ou dos princípios, como por exemplo o *pro personae*, corresponde a um desserviço e retrocesso prestado pelo Tribunal da Cidadania.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CANTOR, Ernesto Rey. **Control de conveniencia de las leyes y derechos humanos**. México, D.F.: Porrúa, 2008.

CONSTITUIÇÃO da República Federativa do Brasil de 1988.

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

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

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

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

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

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

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

- GUERRA, Sidney; MOREIRA, Thiago Oliveira. Contornos atuais do controle de convencionalidade doméstico. **Los desafíos jurídicos a la gobernanza global: una perspectiva para los próximos siglos**. Brasília: Advocacia-Geral da União, 2017.
- MOREIRA, Thiago Oliveira. O exercício do Controle de Convencionalidade pelo Superior Tribunal de Justiça: uma breve análise do voto do Min. Ribeiro Dantas. **Revista FIDES**, 15 ed., v. 8, n. 1. Natal: 2017, pg. 99 – 103.
- MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Tratados internacionais de direitos humanos e direito interno**. São Paulo: Saraiva, 2010.
- QUINTA Turma descriminaliza desacato a autoridade. Disponível em http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/Quinta-Turma-descriminaliza-desacato-a-autoridade. Acesso em 01 de outubro de 2017.
- RIDRUEJO, Jose A. Pastor. **Curso de derecho internacional público y organizaciones internacionales**. 10. ed. Madrid: Tecnos, 2006.
- TERCEIRA Seção define que desacato continua a ser crime. Disponível em http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/Terceira-Se%C3%A7%C3%A3o-define-que-desacato-continua-a-ser-crime. Acesso em 01 de outubro de 2017.
- TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**. Porto Alegre, Sérgio Fabris, 1997.
- PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 16. ed. São Paulo: Saraiva: 2016.

